



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 14— 2020

Volumen Ordinario - Diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual  
Nº 14. Ordinário - Dezembro - 2020

EQUIPO EDITORIAL

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

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

**Secretario adjunto:** Cristian Carbajales Neira. *Universidad de Navarra*.

COMITÉ CIENTÍFICO

**Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **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**, *Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Casti-blanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Teresa Carballeira Rivera**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Bruno Joviniano de Santana**, *Universidade Anhanguera, (Brasil)*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**,

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

© Asociación Xuristas en Acción.

**Edita:** Asociación Xuristas en Acción.

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

## SUMARIO

### Artículos de investigación

El derecho de acceso a la justicia, la mediación y el arbitraje en la Convención Europea de Derechos Humanos

**Paulo José Homem de Sousa Alves de Brito** 09

Proteção internacional do meio ambiente marinho: a contribuição do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar

**Sidney Guerra, Milton L. J. de Souza & Marcelo J. das Neves** 46

Imposto na Exportação e sua função extrafiscal também em tempos de pandemia

**Valéria Furlan** 61

O Constitucionalismo Transnacional a partir da matriz historicista: do território ao mundo

**Bruno Cozza Saraiva** 83

O plano de insolvência - análise sobre algumas das questões fundamentais nesta matéria

**Patrícia Anjos & Ana Rita F. Araújo** 107

La respuesta del sistema penitenciario español ante el fenómeno de la radicalización yihadista

**Carlos Fernández Abad** 121

Disputes related to the company's relationship in arbitration proceedings in the light of the amendments to the Polish Code of Civil Procedure from 2019

**Karol Ryszkowski** 142

Vida e de morte: os direitos de personalidade diante das manifestações de última vontade no ordenamento jurídico brasileiro

**Caroline Leite de Camargo & Celany Queiroz Andrade** 158

Conflitos ambientais e águas no Brasil: a mediação como meio de solução de litígios

**Rogério Borba & Priscila Vasconcelos** 173

Acidentes de trabalho pelas lentes criminológicas do dano social: um estudo de caso na jurisdição penal de Passo Fundo-RS

**Felipe da Veiga Dias & Victória Barcarollo Ficagna** 191

La justicia agraria en Costa Rica

**Geison López Barrantes** 209

A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas

**Magno F. Gomes & Lorena D. Marques** 223

O eventual crime de responsabilidade pelo poder executivo brasileiro com a utilização da hidroxicloroquina no tratamento da covid-19

**Luiz O. Moraes Panza, Guilherme S. do A. Catani & Sarah G. Ribeiro** 238

Trabalho Escravo Contemporâneo e a Pandemia SARS-COV-2: Reflexões sobre o Biopoder, a Biopolítica e a Necropolítica

**Marcelo Silva & Elaine Cristina Francisco Volpato** 256

Análise dos atos de concentração no setor bancário brasileiro no final da década passada: aspectos jurídicos e contábeis

**Marco Aurélio Gumieri Valério** 277

A Constituição escrita dinâmica, o Poder Judiciário e a emancipação cidadã nos países periféricos

**Hilbert M. Akihito Obara & Bárbara C. Vignochi Obara** 294

Implicaciones de la neutralidad en la guerra naval

**Gonzalo De La Haba De Los Rios** 310

O conteúdo lógico da lei: conhecimento, linguagem, jurisprudência e o vínculo normativo do direito

**Rafael Lourenço Navarro & Marcus Vinícius Pimenta** 325

O protagonismo do judiciário e a necessidade do aperfeiçoamento da accountability no Brasil

**Patricia Almeida de Moraes & Amanda M. Caldas** 340

Responsabilidad Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo

**Mariana Battochio Stuart & Victor A. Estevam Valente** 353

O direito em tempos de pandemia: apontamentos sobre o conflito entre liberdades individuais e o interesse público à luz da experiência brasileira

**André R. de Amorim, Gabriela B. Affonso & Giulia Parola** 374

Apuntes para una propuesta analítica de los discursos jurídicos

**Cristian Furfaro** 390

O direito de morrer e os desafios trazidos pela evolução da ciência no século XXI

**Caroline Leite de Camargo & Muriel Amaral Jacob** 407

## **Recensiones**

Reseña del libro "Ajedrez en el Café Museum", Coordinador Enrique San Miguel Pérez,

Fundación Universitaria Española, Madrid, 2020, 274 páginas, ISBN: 9788473929585  
**Álvaro Alzina Lozano** 418

Reseña del libro "El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Especial referencia al ordenamiento jurídico español", Rubén Miranda Gonçalves, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, 302 páginas, ISBN: 9786587684000.  
**Isabela Moreira Domingos** 422

### **Comentarios jurisprudenciales**

Autoadoctrinamiento con fines terroristas. (Comentario resumen y consideraciones a las sentencias de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre, y del Tribunal Supremo núm. 354/2017, de 17 de mayo)  
**Carlos González León** 424

### **\* Artículos de investigación añadido a posteriori (corrección)**

La regulación española de la asistencia sanitaria al inmigrante en situación irregular como desafío a la universalidad de los derechos  
**Laura Miraut Martín** 434



## **El derecho de acceso a la justicia, la mediación y el arbitraje en la Convención Europea de Derechos Humanos**

The right of access to a court, mediation and arbitration in the European Convention on Human Rights

**Paulo José Homem de Sousa Alves de Brito**<sup>1</sup>

Universidade Lusófona do Porto

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El derecho fundamental de acceso a la justicia: análisis del problema. 3. El derecho fundamental de acceso a la justicia y las modalidades de solución alternativa de controversias. 4. Conclusión. Bibliografía.

**Resumen:** ¿Podrían las formas alternativas de solución extrajudicial de controversias, como el arbitraje y la mediación preprocesal obligatoria, poner en tela de juicio el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos?

**Palabras clave:** derecho de acceso a la justicia, estado de derecho, mediación preprocesal obligatoria, arbitraje.

**Abstract:** Can arbitration and mandatory mediation be compatible with the right of access to a court within the framework of article 6 of the European Convention on Human Rights?

**Keywords:** right of access to a court, rule of law, mandatory mediation, arbitration.

### **Notas preliminares:**

La jurisprudencia será citada conforme a los siguientes criterios: nombre del Tribunal, en mayúsculas, fecha de la sentencia, nombre del relator o, a falta de indicación del relator, del Presidente del Grupo de Jueces, entre paréntesis y, cuando proceda, referencia a la ubicación de la sentencia en la página web, con referencia expresa a la fecha de su consulta.

### **Principales siglas utilizadas:**

CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos)

ECHR (European Court of Human Rights / Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

CRP (Constitución de la República Portuguesa de 1976)

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la University of Bristol (UK). Profesor Asociado en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidade Lusófona do Porto, Portugal.

## 1. Introducción

Incluso en las diferentes condiciones de tiempo y lugar en que se manifiesta e interpreta, la noción de justicia se refiere siempre al concepto de valor, a la composición de las relaciones humanas en la sociedad, guiada por una idea que ya va más allá de la mera expresión bruta de la fuerza (ya sea la de la parte privada que elimina los obstáculos que el vecino le plantea, o la fuerza del caudillo que impone su ley al conquistado) y busca un orden virtuoso de relación entre los sujetos que permita el pleno desarrollo de la persona dentro de la comunidad. Por lo tanto, busca un orden de paz. Una paz que sea más que la ausencia de guerra y que se afirme positivamente como generadora del indispensable contexto de seguridad y estabilidad necesario para el desarrollo y la máxima realización personal<sup>2</sup>.

La paz es, pues, la condición de seguridad que constituye la base de la confianza en las relaciones humanas y que, con la justicia, es el fundamento mismo del ordenamiento jurídico, entendido como el sistema de regulación social que supera el modelo primitivo de la venganza privada y la ley del más fuerte, e institucionaliza la regulación pacífica de los conflictos por referencia a los valores y no a la fuerza.

Nótese, sin embargo: yendo más allá de la fuerza, la justicia - cuando es institucionalizada y erigida en el fin último de la Ley - no renuncia a la fuerza. Somete, regula y controla el uso de la fuerza, orientándolo hacia la consecución del orden que pretende promover: el orden justo. La fuerza es sólo un instrumento al servicio de esa orden. Como un fin en sí mismo, como una expresión pura e incondicional de la afirmación de una voluntad - incluso de la voluntad general - la fuerza es más bien y sólo la manifestación del orden injusto. Y la orden injusta tiene que ser eliminada<sup>3</sup>.

Es así como todas las sociedades que han superado la fase primitiva de la venganza y de la organización privada de la justicia tuvieron que establecer órganos y mecanismos de regulación de la justicia -tribunales, policía, órganos de investigación criminal, sistemas formales de enjuiciamiento y defensa- garantizando, al mismo tiempo, el acceso a la protección jurídica de los derechos de cada uno, dispensados de esta manera.

El establecimiento de un sistema judicial dotado de los medios necesarios para dictar y hacer respetar el orden de valores que una comunidad erige como «justo», declarando con fuerza vinculante general el derecho de cada uno (*suum cuique tribuere*) y al que todos pueden acceder es, de hecho, el complemento indispensable de las ideas de justicia y paz.

Prohibida la justicia privada, la comunidad tiene que asegurar que cada ciudadano, incluso los más débiles ("huérfanos y viudas" en el imaginario medieval), tengan acceso a la justicia, y no simplemente dejarlos sujetos y subyugados a la voluntad y el poder de los más fuertes<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Cf., en este sentido, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. "ODS16: paz, justicia e instituciones fuertes". Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2018, p. 9. Disponible en [http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs\\_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf](http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_investig/2018/DIEEEINV18-2018ODS.pdf), consultado el 30 de abril de 2020: "la idea de paz va más allá del (...) sentido negativo para adquirir una dimensión positiva, que reclama estabilidad real en las sociedades de referencia y que alumbra también la idea de seguridad humana, además de no limitarse a la lógica estatal. No cabe duda de que el concepto de paz ha sufrido una profunda evolución que permite acercarlo, como apunta Rojas Aravena, al desarrollo".

<sup>3</sup> Cf. RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 3: "...laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifices imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantages enjoyed by many".

<sup>4</sup> Tratamos el problema desde el punto de vista de la legislación estatal nacional. El tema de este estudio no va más allá de esa dimensión. Sin embargo, la cuestión tiene una dimensión no menos internacional. No sólo las relaciones entre los individuos no deben basarse en la fuerza pura, sino también las relaciones entre los Estados. Aunque carece de los medios de

Es en este sentido, por ejemplo, que el artículo 1 del Código de Proceso Civil portugués, afirma que "Nadie podrá hacer uso de la fuerza para realizar o asegurar su derecho, salvo en los casos y dentro de los límites establecidos por la ley", sólo adquiere sentido cuando se integra en el artículo 2.º, número 2, del mismo texto legal: "A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação"<sup>5</sup>. Es necesario ir más allá. Es necesario que se garantice al titular del derecho, al que se refiere una acción, la facultad de facto de entablar dicha acción y de hacerla revisar por un tribunal que proclame ese derecho con fuerza vinculante general.

En este punto, llegamos al problema central asumido en este trabajo: el problema del acceso a la justicia.

No hay "justicia justa" sin acceso a la justicia. En efecto, para que haya un orden conforme a la ley y sus fines, no basta con que un Estado tenga leyes justas. Es necesario, además, asegurar que estas leyes se apliquen. Esto sólo puede lograrse garantizando a todos, sin discriminación, el acceso a los tribunales que apliquen esas leyes de manera imparcial e independiente.

Las leyes justas hacen que el orden sea justo, pero sólo un verdadero y garantizado derecho de acceso a la justicia puede lograr una sociedad de la que se elimine definitivamente la "gravedad de las injusticias manifiestas", como propone Amartya Sen<sup>6</sup>.

¿Cuáles son las condiciones previas materiales y formales para una verdadera garantía de acceso de los ciudadanos a la justicia?

Es alrededor de esta cuestión que se organiza hoy la esencia del discurso de la justicia aplicada. Debido al gran tamaño que implica responder a tal pregunta, no encaja con la naturaleza de lo que estamos presentando aquí. Por lo tanto, nos centraremos en un aspecto muy específico y parcial que interviene en esa cuestión: ¿en qué medida las formas alternativas de solución extrajudicial de conflictos, a saber, la mediación (en particular la mediación obligatoria) y el arbitraje, constituyen o pueden constituir modelos perversos de retorno a los sistemas de justicia privados que niegan un derecho verdadero y fundamental de acceso a la justicia?

Es evidente que incluso el tratamiento limitado de esta cuestión restringida no la exime del problema más amplio en el que encaja. Por lo tanto, es a través de la tematización y contextualización del derecho fundamental de acceso a la justicia

---

coerción de que suelen disponer los Estados, aunque se limita al uso del derecho no vinculante y de normas imperfectas sin sanción, el orden internacional no está, por tanto, menos sujeto a la ley que el orden interno, y el uso de la fuerza a veces no es menos legítimo en las relaciones entre Estados que en las relaciones entre particulares. A este respecto, véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., op. cit.

<sup>5</sup> Cabe señalar que las aparentes excepciones contenidas en esos preceptos legales no lo son realmente. En efecto, los casos en que el derecho portugués permite el uso de la fuerza, para la protección privada de los derechos, son los de "acción directa" (artículo 336 del Código Civil portugués), "legítima defensa" (artículo 337.º) y "estado de necesidad" (artículo 339), situaciones todas ellas justificadas por la urgencia y la imposibilidad de garantizar a su debido tiempo el recurso a las vías institucionalizadas de hetero-realización de la justicia. Sin embargo, no se trata de verdaderos casos de justicia privada. Corresponde siempre a las instituciones judiciales estatales verificar y controlar los supuestos de utilización de esos medios de protección privada de los derechos, inspeccionando y controlando los respectivos supuestos y reprimiendo los posibles abusos. La única diferencia es que esta verificación y control se realiza a posteriori, tras la acción de tutela privada, sin legitimación previa de esta acción. Sin embargo, no estamos en el campo de la ilegalidad o indiferencia del sistema de justicia pública ante la justicia privada.

<sup>6</sup> Cf. RODRIGUES, G. C. "A ação declarativa comum". *O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013, p. 105.

que comenzaremos, aunque sea de manera muy preliminar y sucinta, a restringirnos a los aspectos esenciales para la comprensión del problema que se postula en ella.

## **2. El derecho fundamental de acceso a la justicia: análisis del problema**

### **2.1. Preliminares**

Como ya hemos dicho, para tener una sociedad justa, no basta con tener normas justas. También debemos contar con los tribunales o, más ampliamente, con un sistema judicial mundial que aplique esas normas y *-last but not least-* con los medios adecuados de hecho y de derecho para garantizar el acceso efectivo a la protección que ofrece ese sistema a cualquier ciudadano que reclame la titularidad de un derecho subjetivo.

La necesidad de esta garantía es de carácter imperativo (sin la cual toda la construcción del sistema legislativo y judicial, es decir, toda la construcción del ordenamiento jurídico de una comunidad quedará vacía) lo que pone a cualquier Estado que desee tener un Estado de derecho en la situación de sumisión al ciudadano, y no puede negarle o restringirle innecesariamente, el derecho de acceso a la justicia. Es esta situación de sometimiento la que configura el derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental potestativo<sup>7</sup>, insusceptible de renuncia o negociación.

Así pues, la garantía de acceso a la Ley se establece como un derecho fundamental de doble grado: se erige, en primer lugar, como un derecho fundamental junto a los demás que -desde la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" de 1789, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948- han sido sucesivamente consagrados<sup>8</sup>; se erige, en segundo grado, como el derecho fundamental que tiene por objeto asegurar la protección efectiva *hic et nunc* de todos los demás derechos contemporáneos.

En efecto, la garantía de acceso a la Ley es el corolario natural de la idea de prohibición de la justicia privada<sup>9</sup> que, a nivel de derecho común, encuentra su expresión en los mencionados artículos 1 y 2 del Código de Proceso Civil portugués y el necesario postulado de esa prohibición.

En este sentido, la garantía de acceso al Derecho y a la tutela judicial es una exigencia lógica, derivada de la idea de "contrato social", tal como la desarrollaron los filósofos del pos-renacimiento, en particular los filósofos de la Ilustración, como primera marca del fin de la época de los antiguos y de la institución de la modernidad.

La cuestión de los derechos fundamentales, tal y como la entendemos hoy en día, se remonta de hecho a la Baja Edad Media, con el triunfo, especialmente desde Ockham, de las concepciones epistemológicas del nominalismo.

Si para el pensamiento cristiano clásico y medieval los derechos del individuo se fundaban en una idéntica naturaleza común de toda la humanidad, en una participación de la misma naturaleza humana (el arquetipo del hombre en el mundo de las ideas de Platón; el hombre creado a imagen y semejanza de Dios en el pensamiento judeocristiano), el pensamiento nominalista destruirá tal concepción y se verá en la necesidad de reconstruir todo el edificio de los derechos del individuo.

Para el nominalismo, nada que corresponda a una naturaleza humana universal tiene existencia real fuera del pensamiento. La realidad es la realidad de los hombres concretos, de los individuos aislados y distintos, no del ser humano, una categoría universal, carente de existencia extramental.

<sup>7</sup> En este sentido, Cf. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 171.

<sup>8</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 408: «O direito de acesso ao direito e à tutela jurisdiccional efectiva (...) é, ele mesmo um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível de protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito».

<sup>9</sup> Sin perjuicio de la subsistencia de los casos excepcionales de autotutela. Cf. *supra*, nota 4.

Las consecuencias de esta concepción en la precomprensión epistemológica del fenómeno jurídico son evidentes: se niega la realidad de la humanidad, se niega la realidad de una naturaleza humana, la existencia de un derecho natural inherente a esa humanidad, un derecho común a todos los hombres, anterior y superior a los hombres. En palabras de Diogo Leite de Campos «a lei deixa de ser vista como uma expressão da ordem descoberta na Natureza, para se transformar na expressão da vontade do legislador. E o Direito já não [é] uma relação justa entre seres sociais, mas o reconhecimento do poder autónomo do indivíduo»<sup>10</sup>.

Nominalismo, por lo tanto, positivismo y voluntarismo. Aún en palabras de Leite de Campos «[n]ão havendo mais que o ser (individual), ao qual o Direito tem de estar necessariamente vinculado, este ser humano transforma-se no autor do Direito»<sup>11</sup> De una Ley que, por ser un producto humano, es contingente y discutible; no la expresión de relaciones justas, sino la expresión de la voluntad y el poder.

En este contexto, la reconstrucción del edificio jurídico impuesto por la nueva concepción dominante correrá siempre al borde del abismo, exigiendo siempre la atenta vigilancia del abogado que, a cada paso, corre el riesgo de ver funcionalizada la Ley que está obligado a defender, no al servicio de la justicia, sino al servicio del poder dominante.

A nivel del derecho común, la respuesta se dará precisamente con los derechos fundamentales, los derechos del individuo como individuo particular, no los derechos inherentes a una naturaleza humana universal, que es irremediable y definitivamente perdida.

En el plano político, destruida la humanidad que aseguraba la posibilidad y la cohesión de la vida en sociedad, la reconstrucción tendrá lugar a partir de las doctrinas del contrato social, un contrato entre individuos libres, aislados e iguales que aceptaron abdicar de parte de su libertad en favor de la posibilidad de la vida en sociedad. Ahora también aceptaron -y este es el punto que nos importa aquí y ahora- alienar a favor de la comunidad, constituida en Estado, la facultad de asegurar su propia ley, contra la garantía de que ella, Estado, velaría por esta tutela, creando y manteniendo instituciones independientes, imparciales, eficaces y habilitadas para este fin: los tribunales.

Perdida esa humanidad natural, destruido lo que era anterior y superior a los individuos, lo que queda puede ser la expresión voluntaria de la fuerza pura. La noble intención de la consagración de los derechos fundamentales del hombre, como individuo y como persona, puede degenerar en la enfermedad jurídica de nuestros días de los derechos de la personalidad individualista.

Mi derecho individual a la vida o a la felicidad y, eventualmente, su derecho a la felicidad, corren el grave riesgo de ser interpretados como mi derecho individualista a la felicidad o su derecho individualista a la felicidad, entidades jurídicas que no tienen otra realidad que la de ser afirmaciones concretas de mi y su derecho, puras expresiones de mi y tu fuerza, sin nada en común, previo y superior que las justifique y legitime.

Mi derecho es intrínsecamente individual, concreto y único. Por lo tanto, su realidad sólo puede pasar a través de su afirmación. Y su afirmación sólo puede pasar por el poder de imponerla. Una vez que la referencia a lo universal, a lo común, al prójimo y, por supuesto, a la justicia ha desaparecido, el Derecho puede convertirse en una expresión pura de fuerza y voluntad. El nominalismo va de la mano del voluntarismo y, como señala una vez más Leite de Campos, «os direitos da personalidade, no discurso do jurista e nas representações sociais, têm [podem ter, diremos nós, mais optimistas] a sua *natureza* adulterada. De instrumentos de defesa do ser humano contra a onipotência do soberano e contra a agressão dos outros,

---

<sup>10</sup> LEITE DE CAMPOS, D. "Lições de direitos da personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXVII, 1991, p. 149.

<sup>11</sup> LEITE DE CAMPOS, D., *Op. cit.*, p. 149.

estão sendo transformados em expressão da onipotência do indivíduo, da sua soberania absoluta sobre o *eu* e os outros»<sup>12</sup>.

Por ello, la garantía de acceso a la ley y a la tutela judicial efectiva es, además de un derecho fundamental en sí mismo, una garantía de segundo grado, una meta garantía de que los demás derechos subjetivos también -al estar sujetos a la evaluación, en última instancia, de entidades independientes e imparciales- se garantizarán de manera uniforme y suprapartidaria, en nombre de la justicia y no simplemente del poder y la fuerza individual de quienes hacen y afirman la propia ley<sup>13</sup>.

Por ello, el derecho fundamental de acceso a la justicia -consagrado en el artículo 20 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 en términos que examinaremos brevemente- es en sí mismo, además de un derecho potestativo, un límite material de la revisión constitucional. Un poder constituyente que buscara eliminarlo sería un poder ilegítimo; y la norma que lo eliminaría - restaurando en la práctica el orden primitivo de la fuerza contra el orden axiológico de la paz y la justicia - una norma constitucional inconstitucional, para usar la expresión consagrada de Otto Bachof.

En efecto, quien pretendiera proclamar las normas constitutivas de un orden justo, negando al mismo tiempo la posibilidad de acceder plenamente a la tutela efectiva que confieren tales normas, estaría violando el principio de no contradicción y el principio de comunicación con sentido, principios fundadores de la posibilidad misma de la vida en sociedad. Al afirmar, en abstracto, los derechos fundamentales del ciudadano y negar o limitar, al mismo tiempo, el acceso a los medios para la realización concreta de esos derechos, un legislador que lo hiciera se estaría situando, de hecho, fuera de la comunidad comunicativa, a socavar el orden jurídico como orden de valor y de sentido, como orden justo, y afirmando sólo el valor de la ley, como ley del más fuerte<sup>14</sup>.

En vista de lo anterior, es comprensible que se analice el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la Ley, enumerando y discriminando las condiciones necesarias para garantizar la efectividad de ese derecho.

En este análisis ha sido crucial la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>, desarrollada a partir de los problemas planteados por la interpretación y aplicación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>16</sup>, precisamente el precepto que consagra el derecho de acceso a la justicia.

Es a partir de esto que consideramos aquí el conjunto de garantías que deben formar parte del núcleo central de la garantía de acceso al derecho y a la justicia, para que este derecho fundamental esté plenamente vigente y subsista en un sistema jurídico determinado. Estas son, en nuestro resumen:

- a) Garantía de independencia de los tribunales y de imparcialidad de los jueces;
- b) Garantizar el acceso a los tribunales a todos los ciudadanos, independientemente de su situación social o económica;
- c) Garantizar una protección jurídica eficaz;
- d) Garantizar la tutela en un tiempo razonable;
- e) Garantizar que la sustancia tiene prioridad sobre la forma;
- f) Garantía de publicidad;
- g) Garantía de ejecutabilidad.

<sup>12</sup> LEITE DE CAMPOS, D. "Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação", *Dereito*, Volume II, número 2, 1993, p. 61.

<sup>13</sup> En este sentido, BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 142: «o juiz desempenha a sua função de representação do todo quando decide com justiça, pois *decidir com justiça* coincidirá exactamente com decidir em representação do todo, sem parcialidade nem partidarismo».

<sup>14</sup> Cf. BAPTISTA MACHADO, J. "Prolegómenos ao discurso legitimador". *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989.

<sup>15</sup> En adelante, abreviado ECHR (European Court of Human Rights).

<sup>16</sup> En adelante abreviado como CEDH.

## 2.2. Garantía de independencia de los tribunales e imparcialidad de los jueces

Dejando de lado, por no tener relación con este estudio, el problema del concepto de "derechos y obligaciones civiles" al que se refiere el párrafo 1 del artículo 6.º del CEDH, la primera dificultad para interpretarlo es determinar el concepto mismo de "tribunal".

Un tribunal puede caracterizarse como un órgano jurisdiccional investido de la facultad de juzgar de manera imparcial e independiente un determinado conflicto mediante la emisión de una decisión que (aunque sujeta a enmienda y revisión en apelación) es vinculante para las partes<sup>17</sup>.

El tribunal es un órgano judicial. Esto significa que sus decisiones se orientan ante todo al logro de la justicia, con exclusión de la valoración de cualesquiera otros fines o propósitos que en otras esferas (máximas administrativas) puedan ser pertinentes y del necesario enjuiciamiento. La decisión del tribunal es «proferida de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico. A pronúncia que se baseie em qualquer modelação *activa*, transformadora, de qualquer ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar sobre uma determinada conjuntura esperada ou sobre uma eventual evolução das circunstâncias, em vez de se preocupar exclusivamente com o que é o *direito* do caso concreto no preciso momento em que se julga, já não [será] uma decisão jurisdiccional em sentido material mas uma decisão administrativa ou, pelo menos, contaminada por elementos de carácter *administrativo*»<sup>18</sup>. Estas consideraciones no implican que el juez -en particular, en las sentencias constitutivas- deba abstenerse siempre de considerar un juicio pronosticador sobre los efectos de la decisión que se dicte. Implican que tal sentencia pronosticada está prevista en la ley como requisito previo para que se dicte tal decisión y que, por lo tanto, constituye, al igual que una sentencia situada, una sentencia en contexto, por referencia a hechos ya conocidos. Este será el caso, por ejemplo, de la sentencia que condena al autor del daño a restablecer la situación en la que se encontraría la parte perjudicada si no se hubiera producido, o el de la sentencia que, aplicando las normas establecidas adrede, suspende la ejecución del desalojo, basándose en la grave situación de privación económica y social en la que se encontraría el inquilino si se le privara inmediatamente del espacio alquilado. Es aquí donde el propio legislador ordena el juicio de pronóstico como criterio de la decisión, sustentado, en todo caso, en hechos pasados. Como también escribe Baptista Machado, «poderá dizer-se que a decisão jurisdiccional assenta sempre, em último termo, em factos já verificados – isto é, em factos que engendraram aquele efeito de direito que a sentença se limita a *declarar*. Pois que, mesmo a sentença *constitutiva* (...) só pode e deve ser proferida quando se verifiquem aqueles factos ou pressupostos que a lei considera antecedentes obrigatórios da intervenção constitutiva do tribunal»<sup>19</sup>.

Expuesto lo anterior, sigue también la segunda nota definitoria de la naturaleza específica de un tribunal: la imparcialidad.

La imparcialidad de los tribunales, como órganos judiciales, no debe confundirse con la imparcialidad, que por lo general obliga a cualquier entidad administrativa o institución pública. La imparcialidad en estos tribunales se refiere esencialmente al principio de igualdad, al respeto de la norma de no discriminación

<sup>17</sup> De ello no se desprende que el juez deba ejercer en el "tribunal" sólo la función judicial con exclusión expresa de otras, de carácter no judicial, como, por ejemplo, la gestión financiera del Palacio de Justicia o el poder disciplinario sobre sus funcionarios administrativos. No, lo que importa no es que el tribunal ejerza la función judicial por sí solo, sino que, en el ejercicio de esa función, actúe con las garantías de imparcialidad e independencia a las que nos referiremos más adelante. En este sentido, BEDDARD, R., *Human rights and Europe*, 3<sup>rd</sup>. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993, p. 167.

<sup>18</sup> BAPTISTA MACHADO, J., *op. cit.*, p. 146.

<sup>19</sup> *Idem*.

y al trato igualitario, no parcial, de todos los ciudadanos, independientemente de «ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual»<sup>20</sup>.

La imparcialidad de los tribunales es un concepto más amplio. Incluye el principio de igualdad, pero va más allá. Traduce la idea de lograr la justicia en su conjunto, sin consideración específica por razones particulares, de carácter legítimo, pero estrictamente administrativo. No le corresponde al tribunal aplicar la ley sino hacerla realidad. No corresponde al juez, por ejemplo, considerar si su decisión contribuye mejor al desarrollo regional, a la salvaguardia de las finanzas públicas o a la vigilancia adecuada de la costa marítima. Corresponde al juez tomar la decisión que, en la resolución de un conflicto, corresponda a la mejor interpretación y ponderación de los valores que conforman el orden jurídico mundial, logrando la justicia en su conjunto. «[A]o magistrado judicial só compete defender e declarar o que é de direito em cada caso, pois não está empenhado na realização do interesse ou dos fins da Administração. Demais disso, não deve achar-se ligado às partes em litígio, ou ter contendas com qualquer delas, para que fique garantida a sua isenção ou a imparcialidade da decisão a proferir»<sup>21</sup>.

Ha quedado claro que ciertos órganos con poder de decisión y ciertas garantías de independencia, pero cuyas facultades están orientadas a la consecución de determinados fines particulares que los configuran y limitan el sentido de las decisiones que deben adoptarse, no deben considerarse tribunales a los efectos de los artículos 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 20 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976<sup>22</sup>, que analizaremos a continuación. Así ocurrirá, por ejemplo, en el derecho portugués, con la Comisión de Expertos que evalúa la solicitud de revisión de la base imponible establecida por métodos indirectos, prevista en los artículos 91 y siguientes de la Ley General Tributaria<sup>23</sup>.

Todavía existe la independencia como elemento esencial que integra la idea de un tribunal. Los tribunales son órganos judiciales independientes. «Significa esta independência [nas palavras de Baptista Machado, cuja lição continuamos neste ponto a seguir] antes de mais que os juízes, nos seus julgamentos, não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou directivas de qualquer superior hierárquico<sup>24</sup>– ao contrário do que se verifica relativamente aos órgãos e agentes da Administração»<sup>25</sup>. Por ello, las decisiones dictadas en procedimientos administrativos o fiscales de queja gratuita o de recurso jerárquico, por ejemplo, no son, ni pueden ser nunca, decisiones de carácter judicial. Carecen de todo contexto de independencia, sin el cual nunca será posible hablar en el ejercicio de un poder judicial.

La independencia de los jueces no es simplemente una independencia abstracta, que es relegada al limbo de las intenciones programáticas no seguras. Se trata de una independencia real y concreta, garantizada en la legislación portuguesa por las garantías de inamovilidad e irresponsabilidad, establecidas constitucionalmente en los párrafos 1 y 2 del artículo 216 de la CRP<sup>26</sup>, complementado por las obligaciones impuestas a los magistrados en virtud de ese mismo precepto y destinadas a garantizar que no exista la más mínima posibilidad de un conflicto de intereses que pueda, de cualquier modo, aunque sea mínimo,

<sup>20</sup> Artículo 13.º, n.º 2, de la Constitución de la República Portuguesa, de 1976.

<sup>21</sup> BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

<sup>22</sup> En adelante referida de forma abreviada como CRP.

<sup>23</sup> En su mayor parte, a falta de poderes de decisión, no son tribunales que puedan emitir dictámenes periciales sobre cuestiones de su propia especialidad (por ejemplo, médica), incluso si, debido a la naturaleza técnica o científica del objeto de esos dictámenes, determinan en última instancia el significado de la decisión que deben adoptar los tribunales.

<sup>24</sup> Es por ello por lo que el Ministerio Público no integra, ni puede integrar, la estructura de los tribunales portugueses.

<sup>25</sup> BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

<sup>26</sup> Reiteradas por los artículos 4.º, 5.º y 6.º del Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprobado por la Ley 21/85, de 30 de julio.



menoscabar, disminuir o condicionar la estricta exención e independencia que es una prerrogativa necesaria de la función del magistrado<sup>27</sup>.

“A inamovibilidade significa a impossibilidade de demitir, suspender ou transferir magistrados judiciais fora de situações excepcionais, especificamente previstas no Estatuto dos magistrados Judiciais. Associado à inamovibilidade, encontra-se o princípio do juiz natural (cf. artigo 32.º, n.º 9, da CRP), o que implica que a designação de juiz que vai julgar a causa depende de critérios absolutamente objetivos e pré-determinados pela lei e não de escolha das partes num dado processo. Além disso, as transferências de juízes entre as comarcas devem orientar-se por critérios objetivos e legalmente fixados.

A irresponsabilidade significa a insusceptibilidade de se ser demandado pelas decisões proferidas, com exceção dos casos de dolo ou negligência grosseira e implica que a única forma de contestar uma decisão judicial é por via de recurso para tribunal superior, e não por quaisquer outros meios.

Apenas o Estado pode ser responsabilizado pelas decisões fora das situações em que magistrados judiciais podem ser responsabilizados, designadamente nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade civil e criminal ou disciplinar. Encontra-se vedada a responsabilidade pessoal direta dos magistrados pelas suas decisões”.<sup>28</sup>

Debido a la ausencia de este requisito de independencia, connatural y consustancial a la función jurisdiccional, el Tribunal Constitucional portugués, en una de sus primeras sentencias, declaró inconstitucionales las normas contenidas en el nº 1 del artículo 206 y del nº 5 del artículo 209 del Reglamento General de Capitanías, aprobado por el Decreto-Ley nº 265/72, de 31 de julio, que configuraba al capitán del puerto como órgano jurisdiccional con competencia para la solución de controversias<sup>29</sup>. Allí se fijó de forma cristalina y definitiva la doctrina que prevalece en este campo:

“Para que um determinado órgão possa ser qualificado como tribunal é necessário, antes de mais, que ele seja ‘independente’, como o exige o artigo 208º da CRP.

E não se diga que tal característica se encontra verificada no caso vertente por o n.º 2 do artigo 206.º do Regulamento Geral das Capitanias determinar que ‘a autoridade marítima decide unicamente em conformidade com a lei aplicável ao caso concreto, sem qualquer sujeição a ordens ou instruções, e não responde pelas suas decisões’.

Tal ressalva, em boa verdade, nada altera.

A independência dos tribunais, para efeitos do artigo 208º, não pode, na verdade, ‘ser identificada simplesmente com a circunstância de eles julgarem apenas segundo a lei e não estarem sujeitos a ordens e instruções’, antes exige, igualmente, a independência pessoal dos juízes, que tem como pressuposto mínimo a respectiva inamovibilidade (...).

Ora, é esta independência pessoal, que se exige e se garante aos juízes, que falece às autoridades marítimas e, designadamente, aos capitães dos portos,

<sup>27</sup> En este sentido, puede verse también el artículo 6º-A del Estatuto dos Magistrados Judiciais, cit.

<sup>28</sup> ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados. [Lisboa]: [Assembleia da República], en <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a51574e3061585a705a47466b5a554e7662576c7a633246764c7a52694d7a51355a6a41324c545534596a51744e47597a4d6931684d474d334c5451784d5749304e7a4d78596a457a595335775a47593d&fich=4b349f06-58b4-4f32-a0c7-411b4731b13a.pdf&Inline=true>, website consultado en 2019.05.17.

<sup>29</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, website consultado en 2019.05.17.

entidades integradas no sistema da Administração Pública e hierarquicamente dependentes, insusceptíveis de se enquadrarem em qualquer das categorias de tribunais a que se refere o artigo 212º da Constituição”<sup>30</sup>.

Sin embargo, como advierten Jorge Miranda y Rui Medeiros, no hay que confundir la función judicial con la función jurisdiccional.

«O direito à tutela jurisdiccional implica o **direito de acesso aos tribunais** (...) “no sentido do direito subjectivo de levar determinada pretensão ao conhecimento de um órgão jurisdiccional”.

Tribunais neste sentido não são apenas os tribunais judiciais. Tutela *jurisdiccional* não significa, na realidade, o mesmo que tutela *judicial*, havendo no ordenamento jurídico português diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição»<sup>31</sup>.

Es precisamente en esta distinción donde encontraremos un punto relevante para el problema específico considerado en el objeto de este estudio, el problema de la compatibilidad del derecho fundamental de acceso a la justicia con los modelos actuales de solución alternativa de controversias<sup>32</sup>.

En el derecho portugués, además de los propios tribunales, la CRP prevé, en su artículo 209.º, n.º 2, la posibilidad de crear tribunales de arbitraje y de paz, con características que ya están inequívocamente orientadas a lograr la justicia mediante el recurso a los sistemas alternativos de solución de controversias.

«...os Julgados de Paz enquadram-se precisamente nesta perspectiva do legislador constituinte. E não restando dúvidas de que estamos perante tribunais, a questão que imediatamente se nos coloca é se, em consequência, os juizes de paz poderão ser considerados magistrados. Numa sociedade que se requer democrática nada obsta à existência de um pluralismo jurisdiccional. Nesse sentido, os juizes de paz são indubitavelmente magistrados como o são, desde logo, os juizes dos Tribunais Judiciais, dos Tribunais Administrativos e Fiscais, do Tribunal Constitucional... Concebida à luz da contemporaneidade, a magistratura representa, por assim dizer, a unidade que, numa relação dialéctica, engloba no seu seio a multiplicidade e afirma-se, assim, no respeito pelos vários múltiplos, neste caso as diversas magistraturas. Deste modo, num Estado de Direito democrático o respeito absoluto que o princípio da separação dos poderes exige encontra-se também plasmado na existência de um pluralismo de instâncias judicantes»<sup>33</sup>.

Así, en Portugal, la Ley 62/2013, de 26 de agosto, conocida como Organización do Sistema Judiciário, se refiere explícitamente a los tribunales de arbitraje (véase el artículo 150.º) y menciona, en su artículo 151.º, que los tribunales de paz son una forma alternativa de solución de controversias.

Nos encontramos en el ámbito de la búsqueda de soluciones al problema de la toma de conciencia de los derechos individuales, de la exigencia de tutela de esos derechos y de la consiguiente explosión de conflictos y de la saturación de los tribunales, postulando medidas nuevas y alternativas para resolver los conflictos con la realización de la justicia de manera oportuna. Pronto veremos que ésta es también una condición esencial para la protección efectiva de los derechos individuales, sin la cual no se puede hablar de un verdadero derecho de acceso a la justicia.

Seamos claros: los tribunales de arbitraje y los juzgados de paz son verdaderos tribunales, que ejercen plenamente la función judicial propia de los tribunales.

<sup>30</sup> Las disposiciones citadas se refieren a la versión del texto constitucional vigente en la fecha de la sentencia.

<sup>31</sup> MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. Constituição Portuguesa Anotada, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed. revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017, p. 317.

<sup>32</sup> En adelante, se denominará ADR (Alternative Dispute Resolution).

<sup>33</sup> BRITO, P. de, “Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça”. *O estado da justiça*, (Orgs.) António Cândido de Oliveira e César Pires, Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2016, p. 115.

Y ni siquiera dejan de ser tribunales porque pueden ser tribunales no estatales. El concepto de función judicial no se confunde con el concepto de justicia estatal. Lo importante es que la imparcialidad e independencia de quienes ejercen la función judicial esté siempre asegurada, tanto si se produce en el ejercicio de la función judicial propia de los tribunales ordinarios, como si se produce fuera de ese ámbito, en el ejercicio de la función judicial «inusual»<sup>34</sup> de los tribunales de paz, o en el ejercicio de la función judicial de los tribunales arbitrales, aunque en el arbitraje voluntario<sup>35</sup>.

En Portugal, tanto la Ley de los Tribunales de Paz (Ley 78/2001, de 13 de julio, modificada por la Ley 54/2013, de 31 de julio), en su "Capítulo IV", artículos 21.º y siguientes, como la Ley de Arbitraje Voluntario (aprobada por la Ley 63/2011, de 14 de diciembre), en sus artículos 9.º, 10.º y, en especial, en los números 3 a 5, del artículo 9.º y n.º 6 del artículo 10.º expresan y consagran soluciones que, dentro del marco particular y las características específicas inherentes a su naturaleza, tienen por objeto salvaguardar y garantizar la imparcialidad e independencia de esos tribunales.

Pereira Barrocas escribe sobre el "[re]quis de los árbitros", al que se refiere el artículo 9 de la Ley de Arbitraje Voluntario que: «[n]ão se tratam de requisitos exigidos pela convenção de arbitragem, mas sim de requisitos legais inerentes à jurisdição arbitral e ao estatuto do árbitro.

Tal como sucede com o juiz (artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais), é exigido ao árbitro que seja e se mantenha, em todo o processo arbitral, independente e imparcial»<sup>36</sup>.

Por lo tanto, a pesar del carácter voluntario del arbitraje en cuestión, no estamos ante disposiciones cuya aplicación puedan derogar las partes de mutuo acuerdo, sino ante normas imperativas de derecho público que se imponen a la voluntad de las partes en el proceso de arbitraje y que prevalecen sobre ella. Por lo tanto, la Ley de Arbitraje Voluntario, en su conjunto, no puede ser derogada por la voluntad de las partes, de lo contrario ya no estaremos ante un procedimiento de arbitraje, rectius, ante un procedimiento de naturaleza jurisdiccional, con una decisión final que sea ejecutable por un tribunal de justicia. Pereira Barrocas dice también: «sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral»<sup>37</sup> do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro»<sup>38</sup>.

Por supuesto, al menos en el ámbito de los derechos disponibles, las partes siempre podrán configurar libremente y de forma alternativa la forma en que prevén la regulación de sus futuros y posibles conflictos y elegir una forma no jurisdiccional de composición de los conflictos que no se ajuste al modelo de la Ley de Arbitraje Voluntario. Simplemente en este caso, la decisión que se encuentre, que puede ser el resultado de un proceso de mediación voluntaria, no contará como una decisión

<sup>34</sup> «Os Julgados de Paz são tribunais incomuns dotados de características próprias de funcionamento e organização» - está escrito en el sitio web oficial del Consejo de los Tribunales de Paz in <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.mj.pt/informacao.asp>, website consultado en 2019.05.17.

<sup>35</sup> Precisamente porque así es, ya que la jurisdicción voluntaria e independiente no excluye, sino que declara, el derecho de acceso a la justicia y a los tribunales, el ECHR no recibió la demanda del demandante en el asunto "Transado - Transportes Fluviais do Sado, S.A., v. Portugal", al no reconocer que las garantías de imparcialidad en la interpretación y aplicación de las cláusulas de un contrato no estaban aseguradas por el hecho de que se sometieran a un tribunal de arbitraje al que el demandante se había adherido voluntariamente (cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. SENTENCIA de 16.12.2003 (G. Ress), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, website consultado en 2020.05.18).

<sup>36</sup> PEREIRA BARROCAS, M. Lei de Arbitragem Comentada, Almedina, Coimbra 2013, p. 55.

<sup>37</sup> Subrayado nuestro.

<sup>38</sup> PEREIRA BARROCAS, M., op. cit., p. 24.

de un tribunal. En esa medida, puede ser impugnada libremente ante un tribunal de justicia, y el interesado puede solicitar -de conformidad con el artículo 20.º de la CRP y el artículo 6.º del CEDH- la protección efectiva de su derecho, sin que el tribunal se limite en su sentencia al examen de los motivos enumerados exhaustivamente en el párrafo 3 del artículo 46.º de la Ley de Arbitraje Voluntario.

Y lo que se dice para los procedimientos de arbitraje voluntario se aplica, *mutatis mutandis*, a los procedimientos de arbitraje necesarios. Si la ley especial que las impone no ofrece al estatuto de los árbitros las garantías indispensables de imparcialidad e independencia, el arbitraje en cuestión no podrá nunca ser considerado como un arbitraje de naturaleza judicial y sus decisiones no podrán nunca ser consideradas como decisiones de un tribunal<sup>39</sup>.

En este mismo sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués en el procedimiento n.º 696/95, negando la naturaleza de tribunal arbitral necesario a la «comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes ou pelo membro qualificado do mesmo Conselho que aquele para o efeito designar», prevista en el artículo 22.º del Decreto Ley 235/86, de 18 de agosto (antiguo Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas), al concluir que «as normas dos nºs. 1 dos artigos 221º e 227º do Decreto-Lei nº 235/86 (...) não impedem o acesso aos tribunais (porque o não-acordo terá de ser dirimido nos tribunais e o acordo equivale à dissolução do litígio) e não subtraem aos tribunais uma parte da função jurisdicional (porque a intervenção da comissão que preconizam tem um carácter conciliatório - não jurisdicional - e porque, se a supressão negociada de conflitos diminuísse as fronteiras da jurisdição, então teria de concluir-se que o mero cumprimento pontual das obrigações também o faria, o que seria, naturalmente, um absurdo)»<sup>40</sup>.

En resumen, el derecho de acceso a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses legalmente protegidos, consagrado en los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP, no se ve comprometido o violado por el hecho de que el tribunal al que se accede no sea un tribunal de justicia o ni siquiera un tribunal estatal. Se trata de que sea un verdadero tribunal, con competencia para adoptar decisiones de carácter judicial, tomadas por quienes están investidos de las garantías esenciales de imparcialidad e independencia. De lo contrario, no podemos hablar de un tribunal y una sentencia. A lo sumo, podemos encontrarnos ante la simple evaluación administrativa de una controversia, con una posición adoptada por quienes sólo están obligados por la ya mencionada imparcialidad administrativa restringida (no la imparcialidad de los propios jueces, plasmada en la declaración de la Ley, sin subordinación a valores distintos de los del propio logro de la justicia) y/o integrados en una estructura jerárquica.

Si esta evaluación puramente administrativa no es apelada ante un tribunal, ante un tribunal genuino, imparcial e independiente, entonces se trata de una violación intolerable de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

De todo lo dicho hasta ahora no se desprende que el derecho de acceso a los tribunales sea un derecho absoluto, que no puede ser restringido ni condicionado. El derecho de acceso a los tribunales es ciertamente un derecho fundamental, pero ni siquiera los derechos fundamentales son absolutos. Forman parte de un conjunto más amplio de valores igualmente dignos de protección constitucional y a menudo incompatibles entre sí, por lo que es necesario compatibilizarlos, coordinarlos e

---

<sup>39</sup> También será decisivo que la ley que establezca un tribunal arbitral necesario respete el principio de reserva relativa de la competencia de la Asamblea de la República, establecido en el artículo 165.º n.º 1º) letra p) de la CRP. Un decreto ley no autorizado del Gobierno no puede establecer un procedimiento de arbitraje de naturaleza judicial.

<sup>40</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÉS. Sentencia de 02.07.1997 (Alves Correia) en [http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst\\_busca\\_actc.php?ano\\_actc=1997&numero\\_actc=491](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1997&numero_actc=491), website consultado en 2019.05.18.

integrarlos, imponiendo puntualmente su sacrificio parcial, tal y como prevé el artículo 18 de la ley fundamental portuguesa<sup>41, 42</sup>.

Es importante que las restricciones introducidas se basen en un derecho general, abstracto y no retroactivo, no sean de carácter arbitrario, respeten el principio de proporcionalidad, sean necesarias para salvaguardar otros derechos y principios fundamentales y no lleguen en ningún caso al núcleo esencial del derecho en cuestión<sup>43</sup>.

En resumen: la garantía de la independencia de los tribunales consiste, ante todo, en garantizar la separación de poderes, asegurando que el poder político no interfiera en el poder judicial, ya sea alterando la dirección de las decisiones adoptadas por éste o condicionando o intentando condicionar de alguna manera la dirección de dichas decisiones, a saber, por ejemplo, mediante intervenciones externas, ya sea positivas o negativas, en la progresión normal de la carrera de los magistrados. Pero eso no es todo. También garantiza que el juez no estará sujeto a otras influencias, interferencias o compromisos heterogéneos de ningún tipo, salvo el respeto del principio de legalidad (en sentido amplio) y el sentimiento de justicia dictado por su formación y conciencia.

En el plano internacional, en consonancia con todo lo anterior, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985 y respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985, estableció los principios básicos sobre los que debe garantizarse la independencia de los tribunales<sup>44</sup>:

- “Os juízes deverão decidir todos os casos que lhes sejam submetidos com imparcialidade, com base nos factos e em conformidade com a lei, sem quaisquer restrições ou influências, aliciamentos, pressões, ameaças ou intromissões indevidas, diretas ou indiretas, de qualquer sector ou por qualquer motivo”;
- “A magistratura terá jurisdição sobre todas as questões de natureza judicial e terá autoridade exclusiva para decidir se um caso que lhe tenha sido submetido para decisão é da sua competência nos termos definidos por lei”;
- “Não haverá quaisquer interferências indevidas ou injustificadas no processo judicial e as decisões dos tribunais não serão sujeitas a revisão”;

<sup>41</sup> Piense, por ejemplo, en las instituciones jurídicas de limitación y prescripción cuya consagración legal no se opone al derecho de acceso a los tribunales o a la garantía de protección efectiva de los derechos. Las razones de seguridad y certeza jurídica, sin las cuales el logro de la justicia misma se hace imposible, justifican la imposición de límites temporales al ejercicio de los derechos, más allá de los cuales ya no se pueden ejercer. Lo que no puede suceder es que esos límites sean tan desproporcionadamente cortos y que se elimine la esencia del derecho de protección.

<sup>42</sup> Sobre las restricciones a los derechos fundamentales puede consultarse VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 y siguientes.

<sup>43</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, p. 22, haciendo referencia a la Sentencia De Geouffre de la Pradelle v. France: «*The “right to a court” and the right of access are not absolute. They may be subject to limitations, but these must not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired (...). Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*».

<sup>44</sup> PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Princípios básicos relativos à independência da magistratura. En <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, website consultado en 2020-05-13.

– “Todas as pessoas têm o direito de serem julgadas por tribunais comuns, de acordo com os processos legalmente estabelecidos. Não serão criados tribunais que não apliquem as normas processuais devidamente estabelecidas em conformidade com a lei, para exercer a competência que pertença normalmente aos tribunais comuns ou judiciais”;

– El “Estado (...) tem o dever de proporcionar os recursos necessários para que a magistratura possa desempenhar devidamente as suas funções”;

– “[O]s magistrados gozam, como os outros cidadãos, das liberdades de expressão, convicção, associação e reunião; contudo, no exercício destes direitos, os juízes deverão sempre comportar-se de forma a preservar a dignidade do seu cargo e a imparcialidade e independência da magistratura”;

– “Os juízes gozam do direito de constituir ou de aderir a associações de juízes ou outras organizações que representem os seus interesses, promovam a sua formação profissional e protejam a independência do poder judicial”;

– “A inamovibilidade dos juízes, nomeados ou eleitos, será garantida até que atinjam a idade de reforma obrigatória ou que expire o seu mandato, se existir tal possibilidade”;

“Sem prejuízo de qualquer processo disciplinar, do direito de recurso ou do direito a indemnização por parte do Estado, em conformidade com a legislação nacional, os juízes devem gozar de imunidade pessoal face a processos de responsabilidade civil por danos patrimoniais resultantes de atos ou omissões indevidas praticadas no exercício das suas funções judiciais”.

El Estado húngaro fue condenado en el caso Baka contra Hungría<sup>45</sup> por la violación de estos principios, en particular del sexto y octavo por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se estaba examinando la posible violación del principio de la independencia de los tribunales y la no injerencia del poder político en el poder judicial, plasmado en una ley que anticipaba la edad de jubilación de los jueces, con lo que se ponía fin al mandato del Presidente del Tribunal Supremo húngaro, que había expresado opiniones particularmente críticas sobre las reformas del poder judicial húngaro propuestas por el poder político.

El Tribunal consideró que la ley en cuestión cuestionaba de hecho la independencia de los tribunales: *“In its judgment the Chamber considered that the facts of the case and the sequence of events showed that the early termination of the applicant’s mandate as President of the Supreme Court was not the result of restructuring of the supreme judicial authority, as the Government had contended, but a consequence of the views and criticisms he had publicly expressed in his professional capacity. The proposals to terminate his mandate and the new eligibility criterion for the post of President of the Kúria had all been submitted to Parliament after the applicant had publicly expressed his views on a number of legislative reforms, and had been adopted within an extremely short time (...). The early termination of his mandate thus constituted an interference with the exercise of his right to freedom of expression (...).*

*The Chamber considered that the interference had not been ‘necessary in a democratic society’. (...). Issues concerning the functioning of the justice system constituted questions of public interest, the debate of which enjoyed the protection of Article 10 of the Convention. It had been not only the applicant’s right but also his duty as President of the National Council of Justice to express his opinion on legislative reforms affecting the judiciary. As regards the proportionality of the interference, the applicant’s term of office as President of the Supreme Court had been terminated three and a half years before the end of the fixed term applicable under the legislation in force at the time of his election. The Chamber reiterated that the fear of sanction had a “chilling effect” on the exercise of freedom of expression and, in particular, risked discouraging judges from making critical remarks about*

---

<sup>45</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 23.06.2016 (Luis López Guerra), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>, website consultado en 2019.05.18.

*public institutions or policies (...). In addition, the impugned measure had not been subject to effective judicial review by the domestic courts. The Chamber therefore found that the interference with the applicant's right to freedom of expression had not been necessary in a democratic society".*

Una leyenda alemana<sup>46</sup> dice que, durante la Ilustración, cuando el tema de la independencia de los jueces comenzó a entrar en el debate público, un cierto ministro de Federico el Grande, de Prusia, habría comentado que "me gustaría mucho que los jueces fueran independientes, siempre y cuando él decida sobre sus carreras". El caso Baka contra Hungría muestra que la cuestión no se agotó en la Ilustración. La independencia de los tribunales es una tarea sin fin que plantea en todo momento la atención comprometida de los abogados y los ciudadanos y la resistencia activa a las eternas tentaciones del poder político.

### **2.3. Garantía de acceso a los tribunales para todos los ciudadanos, independientemente de su condición social o económica**

Volviendo a la idea primordial de la exclusión de la fuerza y su sustitución por un orden de valores que promueva el pleno desarrollo de la personalidad en el seno de la comunidad, la idea de justicia también apunta a la universalidad de su esfera de incidencia, basada en el axioma de la igualdad absoluta de la dignidad de la persona humana, de todo ser humano. Todas las personas nacen y permanecen iguales en su dignidad.

Dado que no se puede lograr la justicia sin la garantía de una protección efectiva de los derechos, se desprende naturalmente el principio de que no se puede negar a nadie el derecho de acceso a los tribunales para hacer valer su derecho en ellos, concretamente por falta de recursos económicos que le permitan sufragar los gastos inherentes a la actividad judicial. Este es un corolario necesario del principio de igualdad que la CRP consagra en su artículo 13.

Esto no significa que el acceso a la justicia a través de los tribunales deba ser gratuito. Significa simplemente que los Estados deben garantizar siempre algún sistema de asistencia jurídica que, sin perjuicio del cobro, total o parcial, de las costas de un caso para el que puedan sufragarlas, garantice la asunción colectiva de esas costas en los casos en que alguien desee hacer valer ante los tribunales un derecho que tiene y no tiene los medios necesarios.

En este sentido, en Portugal, el artículo 20.1 de la CRP no impone el libre acceso a la justicia, optando por una redacción negativa que sólo excluye la posibilidad de negarlo por falta de medios económicos para ello<sup>47</sup>: «A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos»<sup>48</sup> – dispone tal precepto constitucional.

Cabe señalar que, al referirse al «acceso a la ley», el legislador constitucional portugués quiso ir más allá de la mera salvaguarda de las garantías contenidas en la

<sup>46</sup> Cf. NORONHA NASCIMENTO, L. A. "A inamovibilidade dos juízes". *Julgar*, 32, 2107, p. 290.

<sup>47</sup> «[P]ara que a justiça não possa ser denegada "por insuficiência de meios económicos", ela [a Constituição] impõe outrossim ao Estado *positivamente* que crie condições para que todas as pessoas singulares e colectivas tenham possibilidade efectiva de defender os seus direitos e interesses em tribunal» – escrevem a este propósito MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., op. cit., p. 415.

<sup>48</sup> Hay que reconocer que el concepto de "insuficiencia económica" es relativamente indeterminado, cuya interpretación no está exenta de dificultades, dejando al legislador ordinario un amplio margen de libertad en su conformación. Su aplicación en las leyes que regulan la asistencia jurídica debe tener en cuenta en todo momento la situación económica concreta del Estado. Pero en ningún caso la idea de insuficiencia económica puede definirse en términos tan restringidos como para causar una incapacidad efectiva de acceso a la justicia" GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 411.

idea de «acceso a la justicia», entendida de manera restringida, como el derecho de acceso a un tribunal para proteger una reclamación legalmente fundada. En efecto, «[o] conceito de acesso ao direito é muito mais amplo e abrangente do que o simples acesso aos tribunais»<sup>49</sup>.

Implica, desde el principio, la representación legal gratuita para aquellos que no pueden pagar un abogado. El derecho es un área compleja del conocimiento. El dominio del derecho y de las metodologías y técnicas utilizadas en su interpretación y aplicación a los hechos concretos de la vida requiere una formación y una preparación que están fuera del alcance de los ciudadanos comunes. En el proceso judicial, se debe garantizar al ciudadano ordinario el derecho a ser asistido por un profesional especializado en la representación de sus intereses y derechos, el abogado<sup>50</sup>. Sin los medios financieros para sufragar el costo de esta representación y si no existiera un sistema público de asistencia jurídica capaz de satisfacer esta necesidad, no se podría garantizar el derecho fundamental de acceso a la justicia. Pero el apoyo al conocimiento de la ley no se limita a la representación legal, entendida en el sentido estricto del ejercicio del mandato forense. Comienza en una etapa más temprana y tal vez impide la resolución litigiosa de conflictos, tomando la forma del derecho a la consulta legal<sup>51</sup>. «La consulta jurídica - se refiere al concepto jurídico establecido en el párrafo 1 del artículo 14 de la Ley 47/2007, de 28 de agosto, que en el ordenamiento jurídico portugués concretó el imperativo de la CRP - consiste en una aclaración técnica sobre el derecho aplicable a cuestiones o casos concretos en los que hay intereses personales y legítimos o derechos propios lesionados o amenazados de lesión» Y el número 2 de ese mismo precepto añade: «[n]o âmbito da consulta jurídica cabem ainda as diligências extrajudiciais que decorram directamente do conselho jurídico prestado ou que se mostrem essenciais para o esclarecimento da questão colocada». Este punto complementario - reafirmando el carácter más amplio y completo de la garantía de acceso al derecho, en relación con la garantía de mero acceso a los tribunales - adquiere especial relevancia en el contexto de los medios de solución alternativa de controversias que también constituyen el centro de esta labor. Habida cuenta de esa disposición, puede admitirse que, en el ordenamiento jurídico portugués, la garantía de acceso a la ley no excluye el apoyo jurídico en el recurso a los medios extrajudiciales de solución de controversias, a saber, en el ámbito de la mediación de conflictos.

Más allá de la consulta sobre el marco jurídico de los casos concretos y el apoyo a su resolución, la idea general de acceso a la Ley también implica el derecho a la información jurídica de carácter abstracto, el acceso al conocimiento de las leyes que rigen la vida de los ciudadanos y la interpretación de éstas por los tribunales. Por ello debe entenderse que el libre acceso a las bases de datos de los diarios oficiales y a la jurisprudencia de los tribunales superiores (o al menos a la información simple y no tratada contenida en esas bases de datos) forma también parte del núcleo duro de garantías que implica el acceso al Derecho<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d., p. 32.

<sup>50</sup> Dado el carácter técnico y altamente especializado de los conocimientos jurídicos, junto con el indispensable desapego emocional que debe presidir la discusión de las cuestiones jurídicas, la representación legal, además de un derecho, puede constituir una imposición legal. El ciudadano no sólo tiene derecho a ser asistido por un abogado, sino que también puede, en determinadas circunstancias, tener que ser representado por un abogado ante un tribunal. Esta es la solución consagrada por la ley portuguesa, en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil. Limitada, sin que por ello se pueda considerar que se está alcanzando el núcleo esencial del derecho fundamental de acceso a la justicia, puede ser la libertad de elección del abogado, aunque siempre se debe reconocer el derecho a su libre sustitución en caso de un abuso de confianza justificado.

<sup>51</sup> «Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade» - consagra el artículo 20.º, número 2, de la CRP.

<sup>52</sup> La información sobre la legislación fiscal actualizada que, de conformidad con la legislación portuguesa, debe ponerse a disposición en el sitio web oficial de la Administración Tributaria



Además, la importancia que el ECHR da al derecho a la información y al conocimiento jurídico es tal que, en el caso *Pellegrini v. Italy*<sup>53</sup> se le criticó por no dar a conocer a la persona interesada los derechos y garantías que le corresponden: «[s]ince such assistance [of a lawyer] was possible, according to the Court of Cassation, even in the context of the summary procedure before the Ecclesiastical Court, the applicant should have been put in a position enabling her to secure the assistance of a lawyer if she wished. The Court is not satisfied by the Court of Cassation's argument that the applicant should have been familiar with the case-law on the subject: the ecclesiastical courts could have presumed that the applicant, who was not assisted by a lawyer, was unaware of that case-law. In the Court's opinion, given that the applicant had been summoned to appear before the Ecclesiastical Court without knowing what the case was about, that court had a duty to inform her that she could seek the assistance of a lawyer before she attended for questioning».

Por último, si no es legítimo privar a alguien del acceso a los tribunales por falta de recursos económicos o de conocimientos técnicos adecuados, también es ilegal denegar a alguien el acceso a la justicia por cualquier otra razón.

Graves y verdaderamente agudos en este contexto son los casos en que la denegación de justicia es absoluta y en que el acceso a los tribunales y la protección jurídica efectiva se deniegan simplemente, ya sea por medio de un estatuto privado de jurisdicción (por ejemplo, el caso de los soldados de una potencia nacional en misión en el extranjero cuando ésta se niega a juzgarlos por sus actos ilícitos o a admitir su reclamación ante los tribunales del país intervenido), ya sea por un conflicto negativo de jurisdicción que da lugar a un vacío que deja sin tutela una situación que cada una de las ordenanzas en conflicto, tomadas individualmente, no dejaría de asegurar. Un ejemplo de esto es el proceso *Roland Klausecker v. Germany*<sup>54</sup> cuando a un ciudadano alemán, residente en Alemania, se le negó el derecho a que su acusación de trato discriminatorio a un discapacitado en un concurso para un puesto en la Oficina Europea de Patentes fuera juzgada por un Tribunal Constitucional alemán, como entidad fuera de la jurisdicción alemana, se le negó la competencia de los tribunales alemanes para conocer de los actos del Presidente de la Oficina Europea de Patentes y el *Administrative Tribunal of the International Labour Organization* también se negó a examinar el caso, ya que su competencia se refería únicamente a los funcionarios de la Oficina Europea de Patentes y el solicitante sólo era un candidato a un puesto, aún sin la condición de funcionario de la institución.

La paradoja resulta del conflicto negativo de competencia generado por el doble estatus del funcionario en cuestión. Cualquiera de las dos jurisdicciones -la alemana y la de la International Labour Organization - habría resuelto fácilmente la cuestión y reivindicado su competencia para pronunciarse al respecto si se tratara de un asunto estrictamente interno del sistema jurídico alemán o de la Oficina Europea de Patentes. Ambas órdenes, recuperando la situación concreta, rechazaron la competencia respectiva, remitiendo la resolución del caso al vacío normativo donde la ley no puede tener lugar. Así, el principio general de que no puede haber derechos sin el correspondiente poder de acción judicial destinado a asegurarlos ha terminado por ser negado, tal como lo expresa el Código de Procedimiento Civil portugués en su ya citado artículo 2, número 2. En el caso de *Roland Klausecker v. Alemania*, no se garantizó (sino que se negó) el derecho reclamado por el demandante a recurrir

---

(cf. <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/home/Paginas/homepage.aspx>) es también una expresión del derecho de acceso a la información jurídica como elemento integrante de la garantía general de acceso a la ley.

<sup>53</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 20.07.2001 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59604>, website consultado en 2020-05-17.

<sup>54</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 06.01.2015 (Mark Villiger), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151029>, website consultado en 2019.05.18.

a un recurso judicial para asegurar su tutela. Se violó inequívocamente el derecho de acceso a la justicia.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR) no pudo encontrar una salida razonable, ya que no tenía jurisdicción sobre la Oficina Europea de Patentes y su oferta de superar la situación mediante el arbitraje parecía ser suficiente para eliminar la responsabilidad del Estado alemán como miembro de la organización.

Sin embargo, el caso muestra las limitaciones a las que se enfrentan infinitamente las instituciones jurídicas, por muy perfectas que pretendan ser. El acceso a la justicia nunca es un trabajo terminado. Plantea una vigilancia continua y un replanteamiento constante de los problemas. Los peligros que ponen en peligro el acceso a la justicia y su materialización concreta, traducida en la garantía de una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, son numerosos y a menudo imprevisibles. A continuación, trataremos brevemente algunos de estos riesgos.

## **2.4. Garantía de tutela efectiva del derecho**

La protección efectiva de la ley es el punto clave que justifica todas las garantías en las que se despliega el derecho fundamental de acceso a la justicia. Entendida como una garantía, la protección jurídica efectiva no es una garantía como las demás, sino una especie de meta garantía que las engloba y sintetiza todas.

La justicia no se logra en el nivel abstracto de los principios, sino en la vida concreta de los hombres. La tutela efectiva de la ley es el polo agregador de todo el programa axiológico que recorre el sistema jurídico de un estado de derecho, desde el momento inicial de la elaboración general y abstracta de la ley, hasta el momento final, del tránsito in res judicata de una sentencia que pone fin -dicho sea de paso- a un conflicto individual y concreto. La ley sólo se protege eficazmente cuando hay un juicio justo y equitativo en el que se aplica la ley correcta, segura y justa.

A continuación, desarrollaremos algunos aspectos estructurantes de la idea de protección jurídica efectiva, teniendo siempre presente, sin embargo, que no se lleva a cabo en plazos y que los principios que hemos expuesto aquí por razones metodológicas y de exposición solamente pueden separarse. La justicia es un todo más grande que la suma de sus partes.

### **2.4.1. El derecho a la información procesal administrativa**

En el punto anterior vimos que garantizar el acceso a la ley es un concepto más amplio que el simple derecho de acceso a los tribunales, incluyendo también, entre otros, el derecho a la representación legal y a la información jurídica. Hemos analizado allí algunas implicaciones contenidas en los requisitos formales que deben considerarse cumplidos para que el derecho a esa información jurídica se considere efectivamente cumplido. Sin embargo, este derecho va más allá y tiene una dimensión material que, por estar ya vinculada a la garantía de un juicio justo y equitativo que implica el concepto de protección jurídica efectiva, debe ser destacada.

De hecho, el derecho a la información jurídica ya no tiene una dimensión externa, previa a la iniciación de un proceso judicial en el que se sitúa el derecho general a la información, sino que en el ámbito material interno correspondiente a las condiciones propias del ejercicio de la acción judicial y de la eficacia del derecho en un proceso concreto, incluye también el derecho instrumental de acceso a la información y a los documentos administrativos necesarios o meramente convenientes para apoyar un derecho que el interesado desea hacer valer ante los tribunales<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Como no entran en el Artículo 6 de la CEDH, sino posiblemente en los Artículos 2 u 8, es decir, no se refieren directamente al derecho de acceso a la justicia, no consideramos aquí aquellas hipótesis en las que el derecho a la información es una condición para garantizar otros derechos fundamentales, como los derechos a la vida, la integridad física o la privacidad familiar. Así ocurrirá, por ejemplo, con el derecho de los ciudadanos (y el correspondiente

Piénsese, por ejemplo, en el derecho de un contratista que no ha podido cumplir el plazo contractual para la ejecución de una obra debido a niveles excepcionales de precipitaciones durante un invierno particularmente duro. Para justificar su incumplimiento ante el contratista, tiene derecho a ser informado por las autoridades oficiales con competencias en materia de meteorología sobre el promedio de precipitaciones durante el período en cuestión y su carácter excepcional. Asimismo, el promotor inmobiliario que desee impugnar judicialmente la denegación de una determinada operación urbanística debe exigir que se le dé acceso a los dictámenes en los que se basa la desaprobación de la licencia solicitada, sólo así podrá refutar los argumentos expuestos en los mismos, ejerciendo plenamente el derecho fundamental a un procedimiento contradictorio, sin el cual no hay una justa valoración del caso ni, en consecuencia, una protección efectiva de la ley.

Este aspecto del derecho a la información y al acceso a los documentos administrativos debe ser lo más amplio posible y no debe estar sujeto a límites distintos de los derivados de la necesidad de proteger los derechos de autor, los datos personales de terceros o las cuestiones relacionadas con el secreto de Estado, la seguridad nacional y la defensa. Incluso debería cubrir, desde nuestro punto de vista, la responsabilidad de los Estados por no recoger y almacenar información relevante para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, no podemos dejar de seguir el voto particular del juez R. Pekkanen en el caso *McGinley and Egan v. The United Kingdom*<sup>56</sup> en que el CEDH no consideró que se hubiera infringido el artículo 6 del CEDH, en una situación en que dos ex militares de servicio en el lugar de los ensayos nucleares no pudieron acceder a los informes que probaban su estado de salud, antes y después de esos ensayos, para evaluar el posible efecto de la exposición a las radiaciones en la pérdida de salud que ambos experimentaron años después. Estas pruebas no existían o en todo caso no estaban disponibles. Sin embargo, no se pueden descartar y su omisión es objetable y compromete el derecho de acceso a la justicia. Como el juez R. Pekkanen escribió en su voto particular, «*[t]he Government implied that that information did not exist. That would mean that the authorities had been grossly negligent in not gathering it. It is also possible that such information exists or did exist and that it has been deemed necessary to keep it secret or to destroy it. That would be even more serious. Whatever the case, the information should have existed and ought to have been communicated to the men concerned. As that did not happen, the respondent Government made it impossible for the applicants to assert effectively any rights they had before the relevant courts and deprived them of personal information which they had a "vital interest" in receiving. They cannot be criticised for not having used the procedure laid down in Rule 6 of the Pensions Appeal Tribunals Rules. The fact that there was such a procedure could not, in the instant case, suffice to satisfy the positive obligations that were incumbent on the State, under both Articles 6 and 8 of the Convention. The applicants had the right to be informed of all the consequences that their presence in the test area could have for them, including those it could have on their pensions. They had the right to know what might happen to them, without having to ask. There has, in our opinion, therefore been a violation of the rights recognised by Articles 6 and 8 of the Convention*».

La ley portuguesa establece en este plan un amplio derecho de acceso a la información y a los documentos administrativos, mediante la afirmación del principio general de administración abierta, consagrado en el artículo 2 de la Ley 26/2016, de

---

deber de los Estados) a una información correcta y actualizada sobre los datos pertinentes para prevenir y combatir la actual pandemia de Covid-19. Sobre el tema, cf. la Sentencia ECHD *Guerra and Others v. Italy* (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 19.02.1998 (R. Bernhardt), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, website consultado en 2020-05-13).

<sup>56</sup> Sentencia EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS de 09.06.1998 (R. Bernhardt), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58175>, website consultado en 2020-05-13.

22 de agosto. «Todos, sem necessidade de enunciar qualquer interesse, têm direito de acesso aos documentos administrativos, o qual compreende os direitos de consulta, de reprodução e de informação sobre a sua existência e conteúdo» - Artículo 5 apartado 1 de esta ley. Las excepciones son sólo las previstas en el artículo 6 y abarcan esencialmente las situaciones de secreto de Estado e información clasificada, derechos de autor y derechos conexos y protección de datos personales de terceros. El acceso a los documentos meramente instructivos e instrumentales en relación con la práctica de un acto administrativo puede estar condicionado a la práctica efectiva de dicho acto, con la producción de los respectivos efectos externos en la esfera del interesado. De hecho, aparte de las situaciones excepcionales de relevancia penal (acusaciones calumniosas que conducen a la apertura de un expediente de investigación, por ejemplo), si no se lleva a cabo un acto administrativo, cualquier elemento preparatorio de tales actos se vuelve irrelevante.

#### **2.4.1.1. El derecho al conocimiento de los actos ilícitos alegados en la acusación penal**

En el contexto del derecho penal, dada la gravedad de sus sanciones -que incluyen la posible pérdida de un importante derecho fundamental, el derecho a la libertad- el derecho a la información merece ser mencionado, aunque sea muy brevemente, porque las garantías del acusado no son el objeto directo o indirecto de este estudio.

En términos penales, el derecho a la información es el derecho al conocimiento de los hechos (de todos los hechos) que se imputan a un acusado como un delito punible con pena de prisión. Aunque se consagra de manera autónoma en los párrafos 2 y 4 del artículo 5 del CEDH, en los casos de detención efectiva del sospechoso que cometió el delito, el derecho a conocer esos hechos es también un elemento esencial para garantizar el acceso a la justicia, incluso cuando el acusado no está sujeto a ninguna medida cautelar de seguridad que implique la privación de libertad. Por lo tanto, el CEDH se refiere a él de nuevo y lo reitera en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 6. Este derecho a conocer los hechos de una acusación es un corolario inmediato y necesario del derecho a la defensa y a ser escuchado. El acusado sólo puede defenderse de una acusación específica de la que tenga conocimiento. Sin esto, el derecho a un juicio penal justo no está garantizado (*fair criminal trial*).

La prueba de estas afirmaciones prescinde de consideraciones adicionales en este trabajo, que no pretende abordar las garantías de los acusados. Basta con añadir que el derecho al conocimiento de los hechos objeto de la acusación se aplica tanto a la acusación inicial como a cualquier cambio sustancial posterior en el objeto de la acusación. En este sentido (al menos en parte), el Tribunal de Apelación de Lisboa se pronunció el 7 de mayo de 2014 cuando, al concretar el concepto de "alteración sustancial de los hechos" establecido en los artículos 358 y 359 del Código de Procedimiento Penal portugués, aclaró: «não há alteração substancial dos factos em face da alteração das circunstâncias da execução do crime, e em que este ocorreu, (local, hora, modo de execução) e desde que tais circunstâncias não sejam elementos do tipo legal nem constituam outro factor "unitário". Já quanto à alteração substancial dos factos, esta só acontece quando os factos apurados venham a merecer qualificação diferente dos acusados, isto é, quando os crimes forem diversos. Também haverá alteração substancial dos factos quando a razão da qualificação como ilícitos dos factos acusados e apurados for a mesma, mas da alteração resultar agravamento dos limites máximos das sanções aplicáveis»<sup>57</sup>.

El Tribunal Constitucional portugués fue más allá al «julgar inconstitucionais as normas contidas nos artigos 358.º e 359.º do CPP, quando interpretadas no

---

<sup>57</sup> TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Sentencia de 07.05.2014 (Vasco Freitas) en <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summar> y, website consultado en 2020-05-21.

sentido de se não entender como alteração dos factos — substancial ou não substancial — a consideração, na sentença condenatória, de factos atinentes ao modo de execução do crime, que, embora constantes ou decorrentes dos meios de prova juntos aos autos, para os quais a acusação e a pronúncia expressamente remetiam, no entanto aí se não encontravam especificadamente enunciados, descritos ou discriminados por violação das garantias de defesa do arguido e dos princípios do acusatório e do contraditório, assegurados no artigo 32.º, n.os 1 e 5, da Constituição»<sup>58</sup>.

#### **2.4.2. Seguridad jurídica y seguridad en la elaboración y aplicación de las leyes**

Incluye la garantía de una tutela efectiva -aún, de alguna manera, en el ámbito del derecho a la información jurídica- los valores de certeza y seguridad, que son la idea misma del derecho y sin los cuales la justicia no es más que una aspiración piadosa vacía. En realidad, no existe un derecho a la información jurídica con reglas oscuras difíciles y variables de interpretar.

Las leyes deben ser claras, transparentes y de interpretación, en la medida de lo posible, simples y naturales. No basta con que la ley presuma -como se afirma en el párrafo 3 del artículo 9 del Código Civil portugués- que el legislador "ha podido expresar su pensamiento en términos apropiados". También es necesario que el legislador pueda expresar eficazmente su pensamiento en términos apropiados, teniendo siempre presente (además del evidente y seguro dominio del lenguaje del derecho y de las normas que emanan del legislativo) que el ordenamiento jurídico constituye un sistema y que la alteración de una de sus partes siempre repercute en el conjunto. Cambios legislativos apresurados y diseños mal preparados como respuesta inmediata a un caso específico de los medios de comunicación<sup>59</sup>, suelen dar lugar a contradicciones y lagunas que crean dificultades para interpretar y subsumir los hechos a la norma, lo que convierte la búsqueda de una solución justa y correcta en un laberinto inextricable de caminos despejados por la capacidad de argumentación retórica de los múltiples intérpretes, con absoluto perjuicio del principio de previsibilidad de las decisiones en que se basan los valores superiores de la seguridad y la certidumbre jurídicas.

Naturalmente, el legislador no puede pretender abarcar en la previsión legal todas las hipótesis que la infinita riqueza de la vida puede abarcar. El carácter general y abstracto de las leyes exige que éstas tengan la virtualidad de adaptarse a una serie de casos imprevistos e imprevisibles, postulando el recurso frecuente a conceptos indeterminados y cláusulas generales que no favorecen la certeza y la seguridad, pero que son inevitables para que el programa normativo se ajuste a una realidad múltiple, evolutiva y variable.

Sin embargo, es importante asegurar que el uso de estas técnicas legislativas difusas no sea la regla. Ese recurso sólo es legítimo cuando es estrictamente necesario. De lo contrario, se pone en peligro el conocimiento de las normas, que es una condición *sine qua non* del derecho a la información jurídica, y se garantiza plenamente el derecho fundamental de acceso a la justicia.

Contradican esa necesidad, dificultades artificiales de interpretación de las normas, con un recurso excesivo, inapropiado e innecesario a cláusulas generales y conceptos indeterminados que, al generar una incertidumbre e inseguridad evitables e indebidas, limitan la garantía de acceso a una protección jurídica efectiva al negar el acceso a la información y al conocimiento jurídico. En este sentido, decidió, haciendo permanente la doctrina desde entonces, la sentencia *De Geouffre de la*

---

<sup>58</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) en <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, website consultado en 2020-05-21.

<sup>59</sup> Esto no es raro en Portugal.

*Pradelle v. France*<sup>60</sup>, declarando que se violaba el derecho de acceso a los tribunales y a la protección efectiva de la ley, consagrado en el art. 6 del CEDH, en un caso en el que la confusa legislación francesa, impregnada de conceptos indeterminados de aplicación y definición complejas, creaba dificultades para determinar la norma aplicable al cómputo de los plazos, incluso a los propios profesionales del derecho, como era el caso del Autor del caso y los jueces del tribunal. «*Au total, le système ne présentait donc pas une cohérence et une clarté suffisantes. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, la Cour constate que le requérant n'a pas bénéficié d'un droit d'accès concret et effectif au Conseil d'État. Partant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)*» - concluye la sentencia.

Es de la misma idea de seguridad y certeza jurídica que también pone de relieve la necesidad de establecer en los Estados que deseen tener en la ley criterios uniformes para la interpretación y aplicación de las normas que garanticen la homogeneidad de su aplicación por los tribunales. Incluso los sistemas de tradición europea continental, sin la habitual norma de precedente vinculante, no pueden prescindir del establecimiento de mecanismos uniformes de jurisprudencia, so pena de que el derecho fundamental de acceso a la justicia, tal como se define en el artículo 6 del CEDH, sea una práctica judicial inestable o contradictoria. Así lo entendió también el ECHR en el caso *Lupeni Greek Catholic Parish v. Romania*, en el que se llegó a una conclusión inequívoca: «*the context in which the action brought by the applicants was examined, namely one of uncertainty in the case-law, coupled in the present case with the failure to make prompt use of the mechanism foreseen under domestic law for ensuring consistent practice even within the highest court in the country, undermined the principle of legal certainty and, in so doing, had the effect of depriving the applicants of a fair hearing*»<sup>61</sup>.

### **2.4.3. El principio de proporcionalidad y la cláusula de lo razonable**

El orden justo trae consigo la negación de la prepotencia y la arbitrariedad. Como enseña Baptista Machado<sup>62</sup> «em direito não existem poderes de exercício arbitrário», o que «significa desde logo que o critério da razoabilidade, ou o princípio geral da proporcionalidade e adequação, limita exteriormente a discricionariedade de todos os poderes, direito e liberdades mediante uma obrigação negativa universal que proíbe as condutas (activas ou omissivas) abertamente contrárias à razoabilidade.»

Este principio se aplica plenamente en el ámbito de las garantías de acceso a la justicia y la protección jurídica efectiva.

No basta con reconocer la existencia abstracta de un derecho y declarar la posibilidad de recurrir a los tribunales para sostenerlo y defenderlo ante ellos. También es necesario que este enfoque no plantee obstáculos insuperables y dificultades artificiales que, en la práctica, terminen por hacer objetiva y materialmente imposible su defensa y hayan declarado el derecho que el sistema jurídico pretende reconocer formalmente.

Como está escrito en este contexto en la sentencia del ECHR en el caso *Zubac v. Croatia*, «*[t]he right of access to a court must be "practical and effective", not "theoretical or illusory" (...). This observation is particularly true in respect of the guarantees provided for by Article 6, in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.*

*However, the right of access to the courts is not absolute but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State, which regulation may vary in time and in*

<sup>60</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.1992 (R. Ryssdal), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, website consultado en 2019.05.18.

<sup>61</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 29.11.2016 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>, website consultado en 2020-05-13.

<sup>62</sup> BAPTISTA MACHADO, J. "A Cláusula do Razoável". *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.

*place according to the needs and resources of the community and of individuals (...). In laying down such regulation, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation. Whilst the final decision as to observance of the Convention's requirements rests with the Court, it is no part of the Court's function to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this field. Nonetheless, the limitations applied must not restrict the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved»<sup>63</sup>.*

Por lo tanto, los obstáculos a considerar son todos aquellos que introducen limitaciones irrazonables, innecesarias e injustificadas al pleno ejercicio de un derecho reconocido. Cualquiera que sea su naturaleza.

Pueden consistir en condicionar el ejercicio del derecho al cumplimiento previo de un número elevado y desproporcionado de requisitos, difíciles de verificar y con inexplicables trámites burocráticos que, a la postre, se traducen en una verdadera negación del derecho protegido.

También pueden consistir en la violación del principio de la separación de poderes, con una intervención legislativa extemporánea y retroactiva destinada a retirar los efectos de una decisión judicial destinada a reconocer el derecho reivindicado. Esta fue la situación en el caso *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France*<sup>64</sup>, en el que el Gobierno francés trató de cambiar el significado de una decisión judicial mediante el ejercicio del poder legislativo a través de la promulgación de una ley retroactiva, con el fin de evitar los posibles efectos derivados de su aplicabilidad. En la práctica del Gobierno francés, la protección jurídica podría llegar a la etapa de su reconocimiento por los tribunales, pero no a la etapa de su ejecución forzosa, lo que en cualquier caso equivale a denegar la protección efectiva. Un derecho inaplicable es un derecho «teórico o ilusorio», para usar la expresión de la sentencia *Zubac v. Croatia* que se acaba de mencionar. En esta medida, es un derecho que no goza de la garantía de una tutela efectiva. Por lo tanto, es comprensible condenar al Estado francés en este caso.

La denegación de la tutela efectiva también puede derivarse de la imposición de plazos para el ejercicio del derecho que son tan rápidos que resultan imposibles de cumplir, lo que conduce a la pérdida o limitación del derecho que se desea ejercer. Aislada o combinada con la introducción de formalismos inútiles y artificiales, destinados únicamente a obstaculizar el ejercicio oportuno del derecho, esta práctica constituye también una forma inadmisibles de denegación del derecho fundamental de acceso a la justicia, en flagrante violación del artículo 6 del CEDH. Estos breves plazos pueden ser de carácter sustantivo (excesiva rapidez en la caducidad o en la prescripción de derechos) o de carácter meramente adjetivo, de procedimiento (por ejemplo, establecer plazos muy breves para la consulta de documentos complejos o para el ejercicio del derecho de defensa en procedimientos administrativos o judiciales). En cualquiera de los dos casos se producirá una violación del artículo 6 del CEDH, porque al ciudadano en conflicto con el Estado o a un tercero se le niega la oportunidad de litigar en igualdad de condiciones y con armas idénticas. En otras palabras, se le niega el derecho a una audiencia justa y equitativa de su caso.

Sin embargo, hay que reiterar que tal violación sólo existirá si las dificultades creadas son injustificadas, desproporcionadas e irrazonables. Razones considerables y atentas pueden justificar las limitaciones y restricciones al pleno ejercicio de los derechos y a la garantía estatal de su eficacia. Así lo entendió el ECHR en el caso de

<sup>63</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 05.04.2018 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821>, website consultado en 2020-05-14.

<sup>64</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 28.10.1999 (L. Wildhaber), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>, website consultado en 2020-05-15.

*Stefania Adorisio and others against the Netherlands*<sup>65</sup>, en el que se consideró legítimo limitar los derechos del Estado neerlandés en una situación urgente dictada por la necesidad de evitar los efectos sistémicos en la economía neerlandesa del colapso del banco SNS Bank N.V.

## **2.5. Garantía de tutela en tiempo razonable**

«Toda persona tiene derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial...», proclama, para abrir su programa normativo, el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH.

En efecto, no hay justicia ni garantía de acceso a su cumplimiento si no se proporciona efectivamente y a tiempo la protección requerida de un derecho. La justicia correcta hecha fuera de tiempo es la injusticia correcta.

A veces la justicia puede ser lenta<sup>66</sup>. Su tiempo no corresponde al ritmo vertiginoso en que viven las sociedades contemporáneas. Pero la justicia debe hacerse para el tiempo de los hombres y no para la eternidad de los dioses.

En el equilibrio siempre inestable entre la lentitud de la justicia y las exigencias de una pronta respuesta a los imperativos de la vida moderna, que cambia constante y rápidamente, se encontrarán los medios adecuados para garantizar la bondad de la aplicación del Derecho, sin comprometer la certeza y la seguridad indispensables para las relaciones jurídicas, sin las cuales ni siquiera existe el Derecho.

La cuarta revisión constitucional portuguesa (de 1997) cambió el título del artículo 20 de «Acceso a la ley y a los tribunales» a «Acceso a la ley y a la protección judicial efectiva»<sup>67</sup>, así como los números 1 y 2, añadiendo tres nuevos (3, 4 y 5). El párrafo 4 del artículo 20 dice lo siguiente: «Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo».

Al añadir el párrafo 4 al artículo 20 de la CRP, se reconoció la preocupación por las no pocas violaciones del principio del plazo razonable, consagrado en el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH, que dieron lugar a una serie de procedimientos en el CEDH que culminaron con la condena de Portugal. En cuanto al texto adoptado por la Ley Constitucional nº 1/89, cabe mencionar el comentario que Gomes Canotilho y Vital Moreira hicieron al respecto en su momento: «O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações*

<sup>65</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 17.03.2015 (Luis López Guerra) en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153985i>, website consultado en 2020-05-19.

<sup>66</sup> Múltiples razones pueden explicar la lentitud de la justicia, sin excluir la necesidad de una reflexión cuidadosa de las decisiones, inherente a la prudencia que implica el arte de juzgar. En primer lugar, la progresiva toma de conciencia de sus derechos por parte de los ciudadanos (a lo que, en Portugal, no ha sido ajena la explosión de facultades y licenciados en derecho), con el crecimiento exponencial del número de casos judiciales, no acompañado de un crecimiento idéntico y proporcional de los tribunales y jueces. Análogamente, la extraordinaria complejidad de los sistemas sociales y sus necesidades de alimentación y retroalimentación (*input/output*) contribuyeron decisivamente a retrasar la respuesta de los sistemas judiciales a la protección efectiva y oportuna de los derechos. Y los grandes sistemas electrónicos desarrollados para responder a esta creciente complejidad no han introducido la simplificación de los procedimientos. Se han limitado (y se limitan) a gestionar esa complejidad de manera competente, lo que a menudo requiere nuevos *inputs* procedimentales, con un efecto acelerador y multiplicador en el propio gigantismo al que tienden los sistemas. La internacionalización y la globalización de la economía y de las relaciones comerciales, con el mantenimiento de los sistemas de acceso a la ley y a los tribunales, dictan también la necesidad constante de solicitudes de colaboración e intervención de organismos judiciales y de investigación extranjeros, que retrasan la evaluación de los casos y son también un factor determinante de los retrasos en la justicia. Sobre el tema, cf. ANACLETO COSTA, P. J., op. cit., pp. 37-40.

<sup>67</sup> Sobre el significado de la diferencia entre los dos encabezamientos y el carácter más amplio del derecho a la "protección judicial efectiva", en relación con el simple derecho de "acceso a los tribunales", véase supra, pág. 18.



*indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva»<sup>68</sup>. El derecho a una decisión rápida parece ahora inseparable del acceso a una protección judicial efectiva y no meramente formal. Al reproducir las disposiciones del artículo 6 del CEDH<sup>69</sup>, el artículo 20 de la CRP consagra expresamente este principio general de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico interno. El derecho a una decisión dictada a su debido tiempo y sin demoras indebidas debe considerarse en su conjunto, teniendo en cuenta todo el período que va desde el momento en que se presentó la reclamación del ciudadano hasta el reconocimiento de un derecho y la garantía efectiva de su tutela. A estos efectos, no son aceptables las divisiones formales entre las etapas del procedimiento, a saber, entre el juicio en primera instancia y en una instancia de apelación, o entre las etapas declaratoria y ejecutiva. Si la acción declaratoria fue rápida en primera instancia, pero el juicio de una apelación o la ejecución de la reclamación reconocida al titular del derecho y la cosa juzgada se retrasó injustificadamente, no se garantizó la protección del titular del derecho en un plazo razonable.

La doctrina del CEDH, tal como se expone en su Guía sobre el artículo 6 del CEDH<sup>70</sup>, va (con razón) aún más lejos y aboga por que las fases administrativas o previas al litigio a las que ha dado lugar el proceso también se tengan en cuenta al contabilizar el tiempo para evaluar el carácter razonable del tiempo empleado para llegar a una decisión<sup>71</sup>.

Lo mismo se aplica a los procesos (como en el caso portugués, el proceso extrajudicial de inventario y partición, instruido ante notario público) realizados por la autoridad administrativa, pero bajo la supervisión de un tribunal que en cualquier momento puede ser llamado a pronunciarse sobre cualquier controversia que haya surgido entretanto. «Article 6 § 1 may also apply to proceedings which, although not wholly judicial in nature, are nonetheless closely linked to supervision by a judicial body. This was the case, for example, with a procedure for the partition of an estate which was conducted on a non-contentious basis before two notaries, but was ordered and approved by a court (...). The duration of the procedure before the notaries was therefore taken into account in calculating the reasonable time» - escreve-se, a este respeito, no Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)<sup>72</sup>.

Desde este punto de vista, cabe mencionar también el caso de la mediación preprocesal (ya sea voluntaria u obligatoria) a la que nos referiremos en las últimas páginas de este estudio. También debe tenerse en cuenta la duración de esta fase de mediación en el cálculo general de la decisión final, para medir el cumplimiento del deber de protección efectiva del derecho en un plazo razonable, contenido en la garantía fundamental de acceso a la justicia, consagrada en el párrafo 1 del artículo 6 del CEDH y en el párrafo 4 del artículo 20 de la CRP.

<sup>68</sup> GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993., p. 163.

<sup>69</sup> Cuya validez en el ordenamiento jurídico portugués resultaría ya de los artículos 8, nº 2 y 16, nº 1 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976.

<sup>70</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, disponible en la web [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf), consultado en 2020-05-23.

<sup>71</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79: «[a]s regards the starting-point of the relevant period, time normally begins to run from the moment the action was instituted before the competent court (...), unless an application to an administrative authority is a prerequisite for bringing court proceedings, in which case the period may include the mandatory preliminary administrative procedure».

<sup>72</sup> Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79, § 405.

## **2.6 Asegurar la prevalencia de la sustancia sobre la forma**

La garantía de acceso a la justicia presupone que el interesado no ve su legítima reivindicación perjudicada por un exceso de formalismo procesal cuyo incumplimiento, aunque sea de escasa relevancia material, conduce a la denegación definitiva de la justicia que se pretende.

En cierto modo, la garantía de la prevalencia de la sustancia sobre la forma está contenida en las condiciones indispensables para la protección efectiva de la ley e integra los respectivos presupuestos a los que, de hecho, como hemos señalado<sup>73</sup>, se renueva todo el problema del derecho fundamental de acceso a la justicia.

En esencia, el excesivo formalismo que impide el reconocimiento definitivo de un derecho no es más que una forma más de obstáculo y de dificultades desproporcionadas e injustificadas que se pueden plantear a los ciudadanos en el proceso de defensa de sus derechos y que incluyen la violación de la cláusula razonable antes mencionada, en el epígrafe 2.4.3. Su consideración autónoma en este subcapítulo se deriva de su naturaleza intraprocesal. El tipo de obstáculos que ahora consideramos no se refieren a las condiciones mismas de constitución o mantenimiento del derecho que se quiere hacer valer (no se refieren, por ejemplo, a un extenso y complejo proceso burocrático que hay que cumplir para obtener una pensión de un sistema de protección social o a una recopilación casi imposible de documentación extensa, indispensable para hacer la prueba anual de vida que condiciona la no pérdida de esa pensión). Son más bien las propias formalidades procesales las que deben ser completadas y respetadas, para que la acción en la que se materializa la protección judicial solicitada pueda progresar y concluirse con éxito.

Las consideraciones anteriores también se aplican aquí. Sólo son admisibles las formalidades razonables cuya consagración legal cumpla un objetivo preciso, dotado de sentido y necesario para la búsqueda de un valor que también debe ser salvaguardado. Las formalidades inútiles, excesivas, sin justificación o destinadas únicamente a desalentar a los interesados en defender sus derechos constituyen siempre un marco de denegación de justicia.

En una sentencia reciente, en el asunto *Dos Santos Calado et autres v. Portugal*<sup>74</sup>, el Estado portugués fue condenado con razón por haber adoptado formalidades excesivas que condujeron a la violación del párrafo 1 del artículo 6 del CEDH, en un recurso que el Tribunal Constitucional portugués rechazó de plano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75-A de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), aprobada por la Ley nº 28/82, de 15 de noviembre, por basarse en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 70 de la misma ley, cuando debería haberse basado en el apartado f) de dicha disposición legal.

*«Aux yeux de la Cour, une telle approche est excessivement formaliste (...). Si la réglementation des formalités de recours poursuit un but légitime, à savoir la bonne administration de la justice, d'autant s'agissant du Tribunal constitutionnel, l'interprétation particulièrement stricte de l'article 75-A de la LOTIC suivie en l'espèce a restreint de façon disproportionnée le droit de la requérante à voir son recours tiré d'une illégalité normative examiné au fond. Elle n'a donc pas pu se prévaloir d'une voie de recours que lui offrait le droit interne par rapport à la question litigieuse.*

*À titre subsidiaire, faisant droit à l'argument de la requérante, la Cour est d'avis que, à défaut de pouvoir requalifier son moyen de recours, le Tribunal constitutionnel aurait pu l'inviter à corriger l'omission en cause, comme le prévoyait l'article 75-A § 5 de la LOTIC vu que la question litigieuse tirée d'une illégalité normative ressortait, en substance, de façon claire et évidente du mémoire en recours de la requérante.*

<sup>73</sup> Cf. supra, página 18, apartado 2.4.

<sup>74</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020 (Paul Lemmens), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202123>, consultado en 2020-05-23.

*Dès lors, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en raison du défaut d'accès de la requérante à un tribunal»<sup>75</sup>.*

## 2.7. Garantía de publicidad

"El juicio debe ser público" - también dice el artículo 6 en su apartado 1 del CEDH.

Por su propia naturaleza, la justicia no puede ser secreta y su administración - como cualquier administración en una sociedad democrática - debe estar sujeta al escrutinio de la opinión pública, en particular de la opinión pública calificada que es, a estos efectos, la comunidad de abogados, por no hablar de la comunidad académica. Se trata de una exigencia del principio de transparencia y, al mismo tiempo, de una garantía para los sujetos procesales que escapen así a los intentos de posibles maniobras ocultas que comprometen la imparcialidad y la exención con que se deben tomar las decisiones y, por otra parte, exentos de toda sospecha de menor independencia que se pudiera depositar en el juez.

Además del juicio, en sentido estricto, la mayoría de las fases del proceso judicial deberían, por lo tanto, en principio, ser abiertas, al menos cuando no estén en juego las relaciones entre particulares, privadas en esencia. Y se abren de dos maneras distintas.

El procedimiento debe estar abierto a las partes, en el sentido de que no se les debe ocultar nada y de que todos los elementos del procedimiento deben tener acceso a ellos, de modo que tengan pleno conocimiento de todos los hechos, documentos y circunstancias pertinentes para la correcta organización de la defensa, con derecho a una audiencia contradictoria incondicional e ilustrada, sin las sorpresas que se derivan de datos superpuestos cuya ocultación o revelación tardía impide el ejercicio mínimo y consciente del derecho a hacer una declaración. Desde esta perspectiva, el procedimiento abierto es especialmente relevante en el ámbito del derecho penal, ya que aplica y amplía los mismos requisitos ya expresados anteriormente, en el epígrafe 2.4.1.1, en relación con el derecho al conocimiento de los hechos ilícitos alegados contra un acusado. Su declaración constituye la negación exacta del procedimiento secreto en uso en el antiguo Tribunal del Santo Oficio o característico de los procesos políticos de los estados totalitarios. En cualquier caso, aunque es de suma importancia en los procedimientos penales, en los que está en juego el derecho fundamental a la libertad, su alcance se extiende a todos los procedimientos, cualquiera que sea su naturaleza. Sin publicidad y apertura a las partes, sin la posibilidad de acceso sin restricciones a todos los elementos que constituyen la base del procedimiento, no hay garantía suficiente de acceso a la justicia.

Pero el caso debe ser abierto, también en lo que respecta al libre acceso del público en general a su conocimiento y a la posibilidad de vigilar sus etapas, en particular la del juicio. Sin embargo, en este caso, otros valores de igual o mayor relevancia -a saber, los valores relativos a la seguridad de las personas, la salvaguardia del interés nacional, la paz pública, la protección de los menores o la privacidad e intimidad de los ciudadanos- pueden dictar límites o restricciones al principio general de publicidad del proceso, como garantía de acceso a la justicia.

Como siempre, la línea divisoria entre la restricción lícita e ilícita es la negación de la discreción y el voluntarismo en la imposición de límites y excepciones a la regla de la naturaleza pública, abierta y transparente de la justicia. Tales excepciones deben ser invariablemente necesarias, mínimas, debidamente justificadas y adecuadas al fin superior para el que se justifican.

Se deben tomar precauciones especiales en los casos que implican relaciones entre un individuo y el Estado. Si la defensa de la esfera privada y de la

---

<sup>75</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020, cit., §§ 123.º a 125.º

intimidad del individuo puede justificar a menudo un carácter más o menos reservado del caso, sólo excepcionalmente - cuando la seguridad nacional o la paz pública, por ejemplo, están en juego - puede considerarse justificada tal reserva, en nombre de los intereses del Estado sujeto. La sentencia del ECHR en el asunto Moser v. Austria<sup>76</sup>, en el que se hizo una distinción entre la relación procesal subyacente al caso en cuestión (entre un particular y el Estado) y otros casos que fueron objeto de una decisión judicial anterior en la que, debido a que estaban en juego relaciones estrictas entre particulares, este último era menos exigente en cuanto a la admisibilidad de las restricciones al principio de publicidad: «*the case of B. and P. v. the United Kingdom concerned the parents' dispute over a child's residence, thus, a dispute between family members, i.e. individual parties. The present case concerns the transfer of custody of the first applicant's son to a public institution, namely the Youth Welfare Office, thus, opposing an individual to the State. The Court considers that in this sphere, the reasons for excluding a case from public scrutiny must be subject to careful examination. This was not the position in the present case, since the law was silent on the issue and the courts simply followed a long-established practice to hold hearings in camera without considering the special features of the case. Having regard to these considerations, the Court finds that lack of a public hearing was in breach of Article 6 § 1 of the Convention*»<sup>77</sup>.

Por último, el carácter público del proceso abarca también la divulgación de las decisiones judiciales, permitiendo así su escrutinio por parte de la opinión pública y el debate doctrinal en torno a la interpretación de las normas aplicadas y su buena fundamentación, contribuyendo así al proceso de formación de las corrientes jurisprudenciales, crucial para el establecimiento de líneas de previsibilidad del significado de las decisiones, esenciales para la certidumbre y la seguridad del tráfico jurídico.

## **2.8. Garantía de ejecutabilidad**

Por último, cabe señalar una nota muy breve sobre la necesidad de hacer ejecutables las decisiones de los tribunales.

Como es evidente, no tiene sentido un juicio justo dictado por la autoridad competente si el Estado no pone a la fuerza pública al servicio de la garantía de la ejecutoriedad de estas decisiones. Sólo esta garantía justifica que el Estado se haya llamado a sí mismo a la realización del justo orden de valores, imponiendo la heterotutoría de los derechos y sustituyendo el primitivo sistema de venganza privada y auto-tutela de éstos.

Las decisiones de los tribunales no son proclamas piadosas destinadas a consolar el sentido de la justicia de los ciudadanos a los que se dirigen. Una vez que se han convertido en res judicata, constituyen órdenes con una fuerza vinculante general que el sistema jurídico debe hacer cumplir y ejecutar, poniendo a disposición para ello los medios coercitivos que puedan resultar necesarios para perseguir tal deseo.

Una justicia «sobre el papel», sin la garantía de una ejecución efectiva de las decisiones judiciales, será siempre una justicia falsa que, en lugar de serlo, consistirá siempre en su negación.

## **3. El derecho fundamental de acceso a la justicia y las modalidades de solución alternativa de controversias**

El recorrido concluye con los supuestos que implica una garantía real y genuina de acceso a la justicia; analizando, aunque sea brevemente, a la luz de las

---

<sup>76</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 21.09.2006 (C. L. Rozakis), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76956>, website consultado en 2020-05-19.

<sup>77</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 21.09.2006, cit., §§ 97 e 98.

concepciones jus-políticas y jus-filosóficas que fundamentaron la modernidad, el marco del artículo 6 del CEDH y su equivalente interno en el derecho fundamental portugués, el artículo 20 de la CRP, concluiremos el presente trabajo con el análisis de los límites que tales preceptos imponen al uso de nuevas modalidades de Resolución Alternativa de Controversias (*Alternative Dispute Resolution*, en el nombre anglosajón cuyas siglas, ADR, adoptamos), con las que tratamos de atajar los problemas generados por la progresiva toma de conciencia de los derechos individuales (y, cuántas veces individualistas) y la respectiva denuncia tutelar potestativa, con la consiguiente explosión de los procedimientos judiciales, el hundimiento de los tribunales clásicos y el crecimiento incontrolado del tiempo medio de resolución de las controversias, con decisiones finales a menudo ineficaces, porque, como hemos visto, la justicia efectiva - la justicia que es realmente «justa» - tiene que llevarse a cabo a tiempo<sup>78</sup>.

Nos centraremos en particular en el problema de la mediación preprocesal obligatoria, porque es allí donde se plantea de manera verdaderamente aguda la cuestión de su compatibilidad con la garantía de acceso a la ley y la protección efectiva de los derechos, mediante el recurso a los tribunales. No más (o no tanto) en las formas de arbitraje o de juicios de paz que, a nuestro juicio, con especificidades y particularidades que (dada la amplitud de la materia y la profundidad que requiere) muy brevemente se han mencionado anteriormente<sup>79</sup>, no dejan de integrar el sistema de instituciones a las que, en el orden constitucional portugués (cf. art. 209, nº 2), se atribuye competencia para, con independencia e imparcialidad, componer los desacuerdos y resolver las controversias, pronunciando decisiones que se imponen a las partes en desacuerdo. En otras palabras, no dejan de ser verdaderos tribunales, a los efectos de lo que debe entenderse como tal en la teleología de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

Continuaremos con el análisis de la posibilidad jurídica de imponer una etapa previa de mediación obligatoria, condición *sine qua non* para el recurso posterior a los tribunales, para la protección efectiva de un derecho, concluyendo positivamente sobre la posibilidad de dicha imposición, sin perjuicio de la viabilidad de establecer una carga (según lo dispuesto en el art. 533 El Código de Procedimiento Civil portugués) que, dentro de los límites del principio de proporcionalidad, promueven la resolución extrajudicial de los conflictos, contribuyendo así a la paz social y al saneamiento y descongestión de los tribunales, mediante el uso de canales institucionalizados de ADR.

### **3.1. El derecho de acceso a los tribunales y la mediación preprocesal obligatoria**

Como hemos visto en las páginas anteriores, no es ninguna limitación del derecho de acceso a los tribunales lo que en sí mismo constituye una violación de los preceptos del CEDH y de la CRP que proporcionan esta garantía. Lo que importa, lo único que importa, es que toda limitación o condición al respecto tenga una razón legítima, estrictamente necesaria, mínima, razonable y adecuada para la consecución de los fines que la justifican y no conduzca a la creación de barreras artificiales y arbitrarias como para negar ese derecho en sí mismo.

Es en el marco así esbozado que debe considerarse y evaluarse el problema moderno de la mediación preprocesal obligatoria, como paso preliminar esencial para la posibilidad de una protección efectiva de los derechos mediante el recurso a un tribunal.

---

<sup>78</sup> Sobre las razones del uso progresivo de los ADR, cf. MEIRELES NOGUEIRA, M. D. O contributo da mediação para a paz social: a importância de se considerar a sua obrigatoriedade, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016, pp. 1-4.

<sup>79</sup> Cf. supra, pp. 10 y siguientes.

¿Esta mediación obligatoria infringe la garantía de acceso a los tribunales y la protección efectiva de la ley, postulada por los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP?

¿O, por el contrario, la mediación necesaria, que apunta a valores igualmente dotados de dignidad constitucional, sigue siendo compaginable como una limitación tolerable del derecho fundamental de acceso a los tribunales, subsumido, como tal, en el marco coordinador e integrador de los párrafos 2 y 3 del artículo 18 de la CRP?

Recordemos que estamos ahora – al contrario de lo que sucede con el funcionamiento de los tribunales de arbitraje y de paz, previamente analizados – completamente fuera de los muros de la actividad judicial.

La mediación tiene como objetivo la composición extrajudicial de un conflicto, a través de la composición amistosa. Es un medio. No es un fin. No culmina en una decisión externa y heterogénea que se impone a las partes, como una sentencia. Culmina con la eliminación y la superación del conflicto, mediante el acercamiento voluntario de las partes o la declaración de su fracaso.

Se trata de determinar si la imposición de este necesario *intermezzo* en el camino hacia la resolución judicial de un conflicto, al poner un obstáculo adicional a este proceso, viola la garantía de acceso a los tribunales y la protección efectiva de los derechos.

También hay que recordar que la cuestión sólo se plantea en el ámbito de la mediación obligatoria o necesaria. Sin embargo, no para la mediación voluntaria. Estamos en el pleno dominio de la autonomía del ciudadano, en el ámbito de la voluntad individual soberana, donde la personalidad se afirma ya sea a través de «liberdade de exercer ou não os poderes ou faculdades de que se é titular, quer no aspecto, mais completo, da possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral os interesses próprios»<sup>80</sup>.

En cualquier caso, ya sea voluntaria u obligatoria, la mediación es un intento de responder a lo que varios autores han llamado la crisis de la justicia. «Há crise quando os prazos razoáveis, ainda para mais os legais e explícitos, não são respeitados... Há crise quando a sociedade procura a justiça para resolver os seus problemas, mas nela não encontra por falta de atualização, de meios ou de experiências, a prontidão de que necessita. Há crise quando as mudanças sociais, rapidíssimas nestas últimas décadas, criam novos comportamentos, novas necessidades, novos padrões de atividade e até novos valores, mas não são acompanhadas no âmbito da justiça, por uma atualização suficiente dos seus métodos de trabalho e da sua organização»<sup>81</sup>.

En este contexto surge la necesidad de una reforma de la justicia, que debe basarse en la promoción de nuevas soluciones de rapidez, proximidad y participación activa de los ciudadanos. De esta manera, aparece una necesidad de desjuridificación «que numa perspetiva analítica devemos classificar em três grandes conceitos: deslegalização, informalização da justiça e desjudicialização»<sup>82</sup>. La informalización está en la génesis del movimiento ADR, postulando la justicia alternativa o informal y desarrollando la idea de consenso como modelo paradigmático. Como afirma Ietswaart «[a] noção de desjudicialização é a base ideológica de transferência de certas categorias de litígios cíveis, bem como de problemas de natureza penal para instituições parajudiciais ou privadas existentes ou a criar em substituição dos tribunais judiciais»<sup>83</sup>. Como resultado de esta transferencia de competencia a operadores no judiciales, están surgiendo nuevos profesionales en la gestión y resolución de conflictos, como los mediadores. Y si esta desjudicialización conduce a la transferencia de la competencia en materia de resolución de litigios a esta, en ese momento, nueva profesión (la de mediador), el origen del movimiento ADR se

<sup>80</sup> MOTA PINTO, C. A. Teoria Geral do Direito Civil, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1983., p. 42.

<sup>81</sup> BARRETO, A., "Crises da Justiça". Justiça em Crise, Crise da Justiça, (Org.) A. Barreto, Dom Quixote, Lisboa, 2000, pp. 16-17.

<sup>82</sup> PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. Por Caminhos da Reforma da Justiça, Coimbra Editora, Coimbra, 2003., p. 28

<sup>83</sup> Ietswaart apud PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P., op. cit., p. 40.

encuentra en la idea de la justicia alternativa o informal. Se requería el libre acceso a la justicia<sup>84</sup>, y en el decenio de 1960 la solución alternativa de controversias se extendió más allá de los Estados Unidos, Brasil, Argentina y a Europa.

En los EE.UU., el movimiento ADR se ha desarrollado con notable rapidez, con la ayuda de la Asociación Americana de Abogados (ABA), el Congreso y numerosos estudiantes universitarios. La *Civil Rights Act* de 1964 introdujo una mayor protección de los derechos individuales contra la discriminación racial y sexual y la discriminación basada en la nacionalidad de origen. De esta manera, para garantizar estos derechos de ciudadanía, se incrementó el recurso a los tribunales, cuestionando la celeridad de la acción respectiva. Era necesario buscar nuevos medios para resolver las controversias, en particular con preferencia por la autocomposición. En 1990, la *Civil Justice Reform Act* permitió incluso a los tribunales federales adoptar ciertos tipos de ADR. En 1998, la ADR Act, permitió a los *district courts* establecer programas de solución alternativa de controversias y, en el marco de éstos, enumeró la mediación como un medio apropiado.

En el contexto de la Unión Europea, la Comisión Europea también ha prestado atención a los medios de resolución alternativa de conflictos. En 1998 trató de fomentar la solución de las controversias en materia de consumo en una etapa previa al litigio presentando una comunicación titulada "Solución extrajudicial de las controversias en materia de consumo". En 2002 presentó el "Libro Verde sobre métodos alternativos de solución de controversias en el derecho civil y comercial". En 2008 le tocó al Parlamento Europeo y al Consejo promover el refuerzo de la mediación mediante la Directiva 2008/52/CE. Y si bien es cierto que esto se refería a ciertos aspectos de la mediación en materia civil y comercial sólo para las controversias transfronterizas, el hecho es que el legislador portugués llegó a adoptar tales normas para todas las mediaciones de carácter civil y comercial que tuvieron lugar en su territorio.

Estamos, de hecho, de vuelta al punto de partida. El problema de la mediación como posible elemento condicionante o limitador del derecho de acceso a los tribunales sólo se plantea, en principio, para la mediación preprocesal obligatoria (y, posiblemente, en los términos que analizaremos más adelante, para la mediación inducida). No para la mediación voluntaria donde, como hemos visto, sólo se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad. Y fue el modelo de mediación voluntaria que el legislador portugués eligió como norma.

Definida en el artículo 2, apartado a) de la Ley 29/2013, de 19 de abril (que denominaremos LM), la mediación se caracteriza, como ya se ha dicho, por ser voluntaria (artículo 4 de la LM), confidencial [artículos 5, 18, apartado 3, 26, apartado d) y 28 de la LM], «flexível...criativa e concertada, [r]ápida e económica»<sup>85</sup>. Se basa en la idea de que es más probable que las partes cumplan un acuerdo al que han llegado por su cuenta que una decisión externa que se les imponga. Entre las ventajas de la mediación se suele destacar: «a minimização do desgaste emocional, dos custos económicos e da conflitualidade social... a redução, de forma significativa, do tempo médio de resolução do conflito... o preservar do carácter confidencial do conflito, ao limitá-lo aos litigantes e mediador, promovendo assim um ambiente de intimidade entre os intervenientes... fomentando a melhoria do relacionamento interpessoal e intergrupais; o de basear-se no princípio de que todos os participantes... ganham com o acordo final»<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> DIAS VARGAS, L. Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça, Almedina, Coimbra, 2006, p. 42.

<sup>85</sup> WILDE, Z.; GAIBROIS, L. M., O que é a mediação, Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, s. l., 2003, pp. 64-65.

<sup>86</sup> RODRIGUES DA SILVA, F. P. Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006, p. 52.

Ante estas ventajas incuestionables, la pregunta es precisamente ésta: ¿debe la mediación, como medio de solución alternativa de controversias, descansar siempre en la voluntad absoluta de las partes de recurrir a ella, o no debe ser inducida o incluso, en algunos casos, impuesta en una etapa preprocesal?

La cuestión así planteada se reduce generalmente a lo que es el objeto central de la presente obra: en un sistema de mediación obligatoria, ¿puede ponerse en tela de juicio el derecho de acceso a los tribunales?

Esto ha sido considerado, por ejemplo, en el Reino Unido por el *Court of Appeal (Civil Division)* del *Supreme Court of Judicature* en el caso *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust*. En ese fallo, el tribunal inglés sostuvo que «obligar a las partes, que genuinamente a isso se opõem, a submeter o litígio à mediação seria impor-lhes uma obstrução inaceitável ao direito de acesso aos tribunais»<sup>87</sup>.

Pasaremos ahora al hecho de que esta tesis parece implicar la confusión de dos problemas distintos. Una cuestión es si, al otorgar al individuo plena soberanía y control sobre su propia voluntad, es lícito imponerle un proceso de mediación que rechaza absolutamente y que, con toda probabilidad, acabará siendo una pura pérdida de tiempo, ya que la parte interesada, en todo caso, rechaza la composición amistosa del litigio. Otra cuestión, completamente diferente, es si la medida obligatoria, impuesta como etapa preprocesal imperativa antes de recurrir a los tribunales, constituye, en sí misma y por sí misma, una limitación del derecho a tal recurso.

Claramente, no lo hace. Este podría ser un posible efecto, derivado de una regulación que, al imponer una mediación preprocesal obligatoria, al mismo tiempo que limita, excluye o crea obstáculos insuperables, desproporcionados e innecesarios al derecho de acceso a los tribunales, llegando al núcleo esencial de este derecho. Piense, por ejemplo, en un sistema en el que los costos de esta mediación no se incluyan en el sistema de asistencia jurídica y deban ser sufragados por los obligados a mediar, aun cuando no tengan los medios económicos para hacerlo.

Sin embargo, no es un efecto necesario, implícito en la idea misma de la mediación preprocesal obligatoria. Como afirma Mariana França Gouveia, «...se o Estado impedir que uma pessoa exerça em tribunal o seu direito, estará a esvaziá-lo de conteúdo útil. Só deve, assim, falar-se de restrições inconstitucionais ao direito de acesso à justiça quando essa restrição impeça efectivamente o exercício do direito.

Ora, não é de todo isto que está em causa quando se institui a obrigatoriedade da mediação. Pelo contrário, a intenção não é dificultar o exercício dos direitos, mas a oposta, a de aproximar a Justiça ao cidadão»<sup>88</sup>.

Por eso también tenemos otros autores como Dorcas Quek más cerca de la razón por la cual «o acesso aos tribunais não é negado ao indivíduo uma vez que a mediação obrigatória não funciona em vez do recurso aos mesmos. Ao invés, o acesso aos tribunais só é retardado no tempo dado que as partes gozam da liberdade de prosseguir a litigância acaso a mediação falhe»<sup>89</sup>.

El derecho de acceso a la justicia no se pone en entredicho en modo alguno por la posible imposición de una antecámara imperativa para la mediación. Es evidente que, si no se llega a un acuerdo, las partes siguen teniendo el derecho inalienable de acudir a los tribunales. Lo que la mediación hace en última instancia es ayudarlos a liberarse para resolver otros casos. En última instancia, incluso reforzaría el derecho a una protección judicial efectiva en un plazo razonable, es decir, aumentando y no disminuyendo la garantía que el derecho fundamental previsto en el artículo 6 del CEDH quería consagrar.

---

<sup>87</sup> SUPREME COURT OF JUDICATURE. COURT OF APPEAL. Sentencia de 11.05.2004 (Lord Justice Dyson), en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>, website consultado en 2019.05.20.

<sup>88</sup> FRANÇA GOUVEIA, M. Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 69.

<sup>89</sup> QUEK, D. "Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", Cardozo Journal of Conflict Resolution, Volume 11, number 479, 2010, p. 486.



Pero seamos razonables: sólo así será, como se acaba de mencionar, si la mediación preprocesal (obligatoria o inducida) no trae consigo escollos innecesarios y desproporcionados que terminan constituyendo una verdadera limitación inaceptable del derecho de acceso a los tribunales.

La mediación preprocesal obligatoria no es de hecho un sistema hermético, uniforme y definitivo. Comprende gradaciones que pueden ir desde la imposición absoluta de una fase de mediación previa (mediación preprocesal obligatoria, en sentido estricto) hasta la simple inducción no positiva de dicha mediación, mediante la creación de ventajas para quienes recurren a ella o el establecimiento de una carga para quienes renuncian a ella (mediación preprocesal inducida).

Por lo tanto, no tenemos, por un lado, sistemas de mediación voluntaria y, por otro, sin nada entre los dos, sistemas de mediación preprocesal obligatoria. Es en los cambios concretos entre ambos modelos (teniendo la certeza de que en el modelo de mediación voluntaria nunca se cuestiona, como hemos visto, ninguna restricción del derecho de acceso a los tribunales) donde encontraremos los límites de lo que contiene y no perjudica, en modo alguno, la esencia del derecho fundamental de acceso a la justicia y lo que ya va más allá de ese límite, erigiéndose en una violación intolerable de los artículos 6 del CEDH y 20 de la CRP.

La acción voluntaria no es un principio sacrosanto que no pueda ser derogado, de lo contrario se violará la garantía de acceso a los tribunales<sup>90</sup>.

Se ha entendido<sup>91</sup> que el principio de voluntariedad se divide en cuatro dimensiones: libertad de elección, traducida en consentimiento expreso; libertad de abandono; conformidad del acuerdo y libertad de elegir el mediador.

Es en la modulación de cada una de estas dimensiones donde se evaluará la intensidad de la premediación obligatoria y su grado de compatibilidad o incompatibilidad con el derecho de acceso a los tribunales.

Cabe señalar de entrada que en la mediación obligatoria puede seguir existiendo una lista de mediadores entre los que las partes pueden elegir libremente el que prefieran. En cuanto a la configuración del acuerdo, dicho sistema sigue respetando plenamente la voluntad de las partes: el hecho de que se alcance o no el acuerdo depende exclusivamente de su voluntad. La posibilidad de abandonar la mediación en cualquier momento carece de sentido si no se entiende en estrecha relación con la libertad de obtener o no el acuerdo. En nuestra opinión, esto es relevante. Básicamente, en un sistema de mediación obligatoria sólo se impondrá el método de resolución de conflictos. Nunca el acuerdo en sí mismo. De esto se puede concluir que «o princípio da voluntariedade tem como consequência que a mediação não seja um *substituto* dos tribunais, mas uma via *complementar*... as partes... controlam todo o procedimento, assumindo a responsabilidade pessoal de solucionar o seu próprio problema»<sup>92</sup>.

En este sentido, el ECHR decidió en el caso *Momčilović v. Croatia*<sup>93</sup> en el que consideró que no violaba el artículo 6 del CEDH, el requisito del derecho croata de imponer una fase preliminar obligatoria de mediación con el *State Attorney's Office* (equivalente a la Fiscalía General de Portugal) ante los tribunales, en el caso de una demanda contra el Estado por daños y perjuicios por un acto ilícito de un soldado al servicio de sus fuerzas armadas.

Las dificultades sólo surgen realmente, se insiste, cuando la imposición del recurso a la mediación preprocesal obligatoria o a la mediación inducida va

<sup>90</sup> En Alemania y los Estados Unidos, por ejemplo, la jurisprudencia no vio ninguna incompatibilidad con las respectivas Constituciones en la existencia de un sistema de mediación preprocesal obligatoria.

<sup>91</sup> LOPES, D.; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra 2014, pp. 28-29.

<sup>92</sup> LOPES, D.; PATRÃO, op. cit., p. 29.

<sup>93</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 26.03.2015 (Isabelle Berro), in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>, website acedido em 2019.05.18.

acompañada de soluciones u omisiones legislativas que comprometen el núcleo esencial de la garantía de protección efectiva de la ley, negándola en última instancia.

Este sería el caso, por ejemplo -además de la hipótesis ya mencionada de un aumento desproporcionado de los costos de la mediación, que deben ser sufragados obligatoriamente por las partes- si la imposición de la mediación preprocesal obligatoria no suspende los plazos de prescripción y caducidad (especialmente cuando son cortos), con el resultado de que una parte interesada se ve obligada a aceptar un acuerdo mediado que no deseaba, a riesgo de perder el plazo para el ejercicio judicial del derecho que quería reclamar.

¿Es esta también la solución del párrafo 4 del artículo 533 del Código de Procedimiento Civil portugués, cuando establece que el «autor que, pudiendo recurrir a estructuras de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da ação, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio»?

Creemos que no.

Y creemos esto, no porque, en las circunstancias, no estemos ante un caso de mediación preprocesal obligatoria, sino ante una simple mediación inducida, mediante el establecimiento de la carga, impuesta al autor, de recurrir a la mediación, antes de acudir a los tribunales, bajo pena de tener que soportar las costas del proceso, incluso si se gana la acción. Como hemos visto, más que la pertinencia de esta distinción, lo que cuenta son los obstáculos y las trabas planteadas a la posibilidad de acceso a los tribunales que, por ser innecesarios, desproporcionados, injustificados y llegar al núcleo esencial de ese derecho fundamental, excederían los límites de restricción establecidos en el artículo 18 de la CRP e implicarían la violación de los artículos 20 y 6 del CEDH.

Sin embargo, en nuestra opinión, en la hipótesis jurídica del artículo 533, nº 4 del Código de Procedimiento Civil portugués, esto sólo ocurriría en una interpretación de este precepto legal que negara al autor que no recurriera a las estructuras de ADR, pudiendo hacerlo, el beneficio del acceso a la Ley, imponiendo el pago efectivo de las costas, incluso en los casos en que estuviera legalmente en condiciones de beneficiarse de su exención, por falta de medios económicos.

No consideramos que este sea el caso. Esa interpretación conduciría inexorablemente a la inconstitucionalidad de esa disposición jurídica<sup>94</sup>.

#### **4. Conclusión**

Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de acceso a un tribunal y a la tutela que éste garantiza representa sin duda uno de los derechos fundamentales más elevados, sin el cual nunca se podrá hablar de la existencia de un verdadero sistema de justicia o de un estado de derecho. Y no basta con que ese derecho se configure como una aspiración teórica y programática, sin un contenido material actual. Debe ir necesariamente acompañada de las condiciones sustanciales y objetivas indispensables para su realización inmediata. Sin embargo, no se deduce que estemos ante un derecho absoluto y totalmente incondicional. Como todos los derechos fundamentales, el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva forma parte de un sistema axiológico que también está integrado por otros valores con los que debe armonizarse. Esta necesidad de armonización puede dar lugar a restricciones o limitaciones en su contenido. Lo que no se puede hacer, en ninguna circunstancia, es terminar con estas restricciones llegando a su núcleo esencial, eliminándolas, en la práctica, del ordenamiento jurídico establecido. Si existen limitaciones, lo que hay que evaluar es

---

<sup>94</sup> En sentido estricto, la cuestión nunca se ha planteado en los tribunales portugueses porque la aplicación efectiva del artículo 533, nº 4 del Código de Procedimiento Civil portugués depende de la regulación prevista en el nº 5 del mismo precepto legal que, hasta ahora, no se ha producido.

su necesidad y proporcionalidad, asegurando que, en todo caso, se respete dicho núcleo esencial de cada uno de los derechos y que su sustancia no se ponga en duda de tal manera que se anulen.

En lo que respecta específicamente a los problemas de arbitraje y mediación, en cumplimiento de las exigencias legales, a saber, las exigencias de imparcialidad e independencia de los árbitros, la existencia de los tribunales de arbitraje puede entrar en el concepto de tribunal a que se refiere el artículo 6 del CEDH. La mediación voluntaria tampoco entra en conflicto con el núcleo esencial del derecho a un tribunal y al acceso a él. La cuestión más delicada era si esto también se aplica a la mediación preprocesal obligatoria. Sin embargo, creemos que sí lo hace, siempre que las condiciones previas para su funcionamiento no alcancen el núcleo esencial de estos derechos fundamentales.

En este contexto, vale la pena concluir refiriéndonos a la importancia del actual debate sobre este tema en el Consejo de Europa. De hecho, el grupo de trabajo sobre mediación de la *Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice* (CEPEJ) del Consejo de Europa [en el que participamos en calidad de observador en representación de la *Groupe Européen des Magistrats pour la Médiation* (GEMME)] ha estudiado la elaboración de un posible Convenio sobre la mediación en el que -sin que se considere que ello atente contra el derecho fundamental de acceso a la justicia- se vería su carácter preprocesal obligatorio.

### **Bibliografía:**

- ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados, [Assembleia da República], [Lisboa], s.d.
- BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais?, tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.
- BAPTISTA MACHADO, J. "A Cláusula do Razoável". *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.
- BAPTISTA MACHADO, J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1989.
- BARRETO, A., "Crises da Justiça". *Justiça em Crise, Crise da Justiça*, (Org.) A. Barreto, Dom Quixote, Lisboa, 2000.
- BEDDARD, R., Human rights and Europe, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993.
- BRITO, P. de "Julgados de Paz: resposta da contemporaneidade à crise da justiça". *O estado da justiça*, (Org.) António Cândido de Oliveira e César Pires, Edições Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2016, pp. 109-119.
- DIAS VARGAS, L. Julgados de Paz e Mediação: uma nova face da justiça, Almedina, Coimbra, 2006.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. ODS16: paz, justicia e instituciones fuertes. Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, 2018.
- FRANÇA GOUVEIA, M. Curso de Resolução Alternativa de Litígios, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. Constituição da República Portuguesa: anotada, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- LEITE DE CAMPOS, D. "Lições de direitos da personalidade", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXVII, 1991, pp- 129-223.
- LEITE DE CAMPOS, D. "Os direitos da personalidade: categoria em reapreciação", *Dereito*, Volume II, número 2, 1993.
- LOPES, D.; PATRÃO, Afonso. *Lei da Mediação Comentada*, Almedina, Coimbra 2014.
- MEIRELES NOGUEIRA, M. D. O contributo da mediação para a paz social: a importância de se considerar a sua obrigatoriedade, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2016.
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º, 2.ª ed., revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.
- MOTA PINTO, C. A. *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed. actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1983.
- NORONHA NASCIMENTO, L. A. "A inamovibilidade dos juízes". *Julgar*, 32, 2107, p. 290.
- PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. *Por Caminhos da Reforma da Justiça*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- PEREIRA BARROCAS, M. *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra 2013.
- PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. Princípios básicos relativos à independência da magistratura. In <http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/princbasicos-magistratura.pdf>, sítio acedido em 2020-05-13.
- QUEK, D. "Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Volume 11, number 479, 2010, pp. 479-509.
- RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- RODRIGUES DA SILVA, F. P. *Arbitragem, mediação e justiça de proximidade: micro reformas judiciais*, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências Sociais, Jurídicas e Políticas, 2006.
- RODRIGUES, G. C. "A acção declarativa comum". *O Novo Processo Civil: contributos da doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*. Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2013.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.
- WILDE, Z.; GAIBROIS, L. M., *O que é a mediação*, Ministério da Justiça, Direcção-Geral da Administração Extrajudicial, s. l., 2003.

### **Jurisprudencia:**

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 05.04.2018 (Guido Raimondi), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181821>, página web consultada en 2020-05-14.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 06.01.2015 (Mark Villiger), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151029>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.1992 (R. Ryssdal), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, página web consultada en 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 16.12.2003 (G. Ress), en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, página web consultada en 2020.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 17.03.2015 (Luis López Guerra) en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153985i>, página web consultada en 2020-05-19.

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 19.02.1998 (R. Bernhardt), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135>, página web consultada *en* 2020-05-13).
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 20.07.2001 (C. L. Rozakis), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59604>, página web consultada *en* 2020-05-17.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 21.09.2006 (C. L. Rozakis), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76956>, página web consultada *en* 2020-05-19.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 23.06.2016 (Luis López Guerra), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163113>, página web consultada *en* 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 26.03.2015 (Isabelle Berro), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-152990>, página web consultada *en* 2019.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 28.10.1999 (L. Wildhaber), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58592>, página web consultada *en* 2020-05-15.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 29.11.2016 (Guido Raimondi), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169054>, página web consultada *en* 2020-05-13.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Sentencia de 31.03.2020 (Paul Lemmens), *en* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202123>, página web consultada *en* 2020-05-23.
- SUPREME COURT OF JUDICATURE. COURT OF APPEAL. Sentencia de 11.05.2004 (Lord Justice Dyson), *en* <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>, página web consultada *en* 2019.05.20.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 02.07.1997 (Alves Correia), *en* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), sitio acedido *en* 2019-05-18.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) *en* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, página web consultada *en* 2019.05.17.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia de 17.01.1994 (Luís Nunes de Almeida) *en* <https://dre.pt/application/file/a/1972231>, página web consultada *en* 2020-05-21.
- TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Sentencia de 07.05.2014 (Vasco Freitas) *en* <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRL:2014:384.09.5GABRR.L1.3.DD/#summary>, página web consultada *en* 2020-05-21.

### **Legislación:**

Convención Europea de los Derechos Humanos  
 Constitución de la República Portuguesa de 1976  
 Código Civil portugués  
 Código de Proceso Civil portugués  
 Código de Proceso Penal portugués  
 Ley n.º 63/2011, de 14 de diciembre  
 Ley n.º 78/2001, de 13 de julio, modificada por la Ley n.º 54/2013, de 31 de julio

## **PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO MEIO AMBIENTE MARINHO: A CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DO MAR**

### **INTERNATIONAL MARINE ENVIRONMENTAL PROTECTION: THE CONTRIBUTION OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA**

**Sidney Guerra**<sup>1</sup>

**Milton Leonardo Jardim de Souza**<sup>2</sup>

**Marcelo José das Neves**<sup>3</sup>

Universidade Federal do Rio de Janeiro

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Regulamentação dos espaços marinhos. 3. Sistema de controvérsias no direito do mar. 4. Tribunal Internacional sobre o direito do mar. 5. Jurisprudência internacional ambiental e marítima. 6. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O estudo empreendido tem por objeto central examinar a contribuição do Tribunal Internacional sobre Direito do Mar para construção do Direito Internacional Ambiental, com ênfase no meio ambiente marinho. Os oceanos comportam diversas funções ambientais com um inquestionável protagonismo na gestão ambiental internacional. No meio ambiente marinho a tríade – ecológica, social, econômica – é plenamente materializada. Essa importância foi reconhecida e prestigiada com a constituição do Tribunal Internacional sobre Direito do Mar, corte internacional estabelecida pela Convenção de Montego Bay para dirimir disputas internacionais sobre Direito do Mar. Conhecer sua estrutura e jurisprudência é fundamental para progressão da proteção internacional do meio ambiente.

**Palavras chave:** Direitos Internacional Ambiental; Direito do Mar; Proteção dos Oceanos; ITLOS; Cortes Internacionais.

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Permanente do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e Professor do Programa de Pós Graduação em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Titular da Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro na linha de pesquisa Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade. Atuou na Procuradoria Geral do Município/RJ e Procuradoria Geral do Estado/RJ junto a diversos postos de trabalho. Advogado e Consultor Jurídico. Assessor Jurídico do Instituto Estadual do Meio Ambiente - Inea/RJ. Editor-Gerente da Revista Direito das Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pós-graduado em Direito Marítimo pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/RJ. Professor de Direito Marítimo da Escola de Formação de Oficiais da Marinha Mercante – EFOMM/RJ. Professor colaborador do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Marítimo da Universidade Católica de Santos. Professor dos cursos de Pós-Graduação na Maritime Law Academy (MLAW). Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Internacional da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Marítimo (IIDM), da Associação Brasileira de Direito Marítimo (ABDM) e do Instituto Brasileiro de Direito do Mar (IBDMAR). Advogado. E-mail: marcelo.neves@adv.oabrj.org.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5375761435965222>.

Recibido: 03/06/2020

Aceptado: 23/11/2020

**Abstract:** The central object study examines the contribution of the International Tribunal for the Law of the Sea to the construction of international environmental law, with an emphasis on the marine environment. The oceans have several environmental functions, with an unquestionable role in international environmental management. In the marine environment - ecological, social, economic - is fully materialized. This importance was approved and honored with the constitution of the International Tribunal for the Law of the Sea, an international court established by the Montego Bay Convention to settle international disputes on the law of the sea. Knowing its structure and jurisprudence is fundamental for the progress of international protection in the environment.

**Keywords:** International Environmental Rights; Law of the Sea; Protection of the Oceans; ITLOS; International Courts.

## 1 INTRODUÇÃO

A globalização das relações sociais e comerciais fomentou o desenvolvimento de um complexo cenário interconectado onde o local e global estão em constante contato e conflito. Nessa modelagem institucional transnacional, os oceanos exercem papel de destaque, com funções ecológicas, sociais e econômicas.

A importância dos oceanos é recorrentemente reconhecida na história. Sua função econômica e militar ensejou uma extensiva proteção pelos instrumentos jurídico e políticos. O “ponto de mutação” ocorre na tradicional dicotomia *mare liberum* x *mare clausum*, a partir desse ponto, a judicialização do oceano ganha expressão mundial, marcando a tratativa internacional do mar. Essa controvérsia comercial ganha outras características na atual sociedade globalizada, alavancada pelos denominados “grandes medos”, como o desastre de Torrey Canyon, um marco dessa nova etapa, onde o componente ambiental é agregado aos conflitos marítimos<sup>4</sup>.

A compreensão da centralidade dos oceanos ensejou a tratativa internacional do tema pela Convenção de Montego Bay, e consequentemente com a criação do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (*International Tribunal for the Law of the Sea* – ITLOS). Assim, a “constituição do mar” implementou no sistema internacional um modelo determinado para proteção do meio ambiente marinho, com a delimitação jurídica dos oceanos.

Dessa forma, o artigo é apresentado em quatro partes. Inicialmente, busca-se empreender uma abordagem histórico-jurídico da regulamentação dos oceanos desde Roma. Posteriormente, avalia-se o sistema para resolução de controvérsia positivado na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III). No tópico seguinte pauta-se a análise do ITLOS e busca-se avaliar a judicialização internacional do direito do mar. Para instrumentalizar essa abordagem, são selecionados *cases* da Corte Internacional de Justiça (CIJ) e do ITLOS.

## 2 REGULAMENTAÇÃO DOS ESPAÇOS MARÍTIMOS

Durante séculos Roma dominou as terras ao redor do Mediterrâneo, palco do desenvolvimento das antigas civilizações, exercendo sobre os povos conquistados sua jurisdição. Ao designar o Mediterrâneo como *Mare Nostrum*, o Império Romano demonstrava suas pretensões ao domínio marítimo quando, através de fiscalização, não permitia o uso indistinto do mar pelos povos conquistados com fundamento na segurança, primeiro da República e depois do Império. A preponderância romana impedia aos Estados conquistados o livre uso do mar<sup>5</sup>. Octaviano Martins<sup>6</sup> assevera

<sup>4</sup> RÉMOND-GOUILLOUD, M. *Du Droit de Détruire – Essai sur le droit de l’environnement*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.

<sup>5</sup> FIORATI, J.J. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 348.

que foi a “primeira normativa relativa ao domínio marítimo no Mediterrâneo, que refletia a vontade do Poder Militar romano”.

Ainda de acordo com Fiorati,<sup>7</sup>

Na era das grandes navegações, com o comércio marítimo propiciando a prosperidade de diversas nações, a busca por uma rota alternativa à que passava por Constantinopla, atualmente Istambul, levaram Portugal e Espanha a navegar pelo Oceano Atlântico, quando descobriram o continente americano. O Tratado de Tordesilhas assinado entre esses países fez com que outras potências se sentissem incomodadas.

O Tratado de Tordesilhas criou um monopólio comercial entre os oceanos ao igualar o mar e a terra firme para efeitos de apropriação. Essa política gerou protestos por parte de Estados como a Holanda, Inglaterra e França, que instituíram as chamadas Cartas de Corso, permitindo a alguns navegadores a denominação de corsários, com autorização para conquistar, saquear e destruir navios, terras e portos portugueses e espanhóis.

Quando a Holanda, com sua maior companhia colonizadora, a Companhia das Índias Ocidentais, foi proibida de cruzar o Oceano Índico, o jurista Hugo Grotius foi consultado.

Grotius defendeu, em 1609, em *De Mare Liberum*, o princípio da liberdade dos mares, alegando que o mar era uma área internacional e todos os povos teriam o direito de utilizá-lo para o comércio, não devendo ser objeto de apropriação de nenhum Estado. Em sentido oposto, John Selden, em 1635, defendeu que o mar era, na prática, tão passível de apropriação quanto um território terrestre<sup>8</sup>.

O dilema *mare liberum x mare clausum* foi solucionado somente no final do século XVII, predominando a liberdade dos mares defendida por Grotius. Os Estados passaram então a moderar as suas exigências sobre o domínio marítimo. De acordo com Manuel Januário da Costa, a querela *mare liberum x mare clausum* marca o início do Direito Internacional Público do Mar. Nos séculos subsequentes, apesar do deslocamento das preocupações e das polêmicas para outros domínios, com relevo para o da delimitação das águas territoriais, podemos dizer que o que continuou sempre a estar em pauta, de forma direta ou indireta, foi o direito de utilização de espaços marinhos pelos Estados<sup>9</sup>.

Esses Estados passaram então a sustentar a tese de que a soberania de seu território se estenderia para o largo a partir de terra, surgindo então a regra do tiro de canhão. De formação costumeira, essa prática de delimitação deu origem às primeiras ideias de mar territorial, preservado pela capacidade de fogo das baterias de costa, cujo alcance à época atingia a distância de três milhas marítimas aproximadamente.

Em 1818, os Estados Unidos tornaram-se o primeiro país a adotar a distância de três milhas contadas a partir da linha da costa como seu mar territorial.

A Inglaterra, que era a grande potência marítima da época, decidiu não delimitar seu domínio exclusivo sobre três milhas de mar adjacente, no entanto, exercia, informalmente, fiscalização e vigilância sobre essa região. Com base econômica no comércio marítimo internacional, o mar territorial de três milhas não constituía um entrave à navegação e ao livre comércio do mar<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> OCTAVIANO MARTINS, E.M. *Curso de Direito Marítimo*. Volume I: Teoria Geral. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013, p. 23.

<sup>7</sup> FIORATI, J.J. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 348.

<sup>8</sup> OCTAVIANO MARTINS, E.M. *Curso de Direito Marítimo, volume I: Teoria Geral*. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.

<sup>9</sup> GOMES, M.J.C. *Direito Marítimo: Acontecimentos de Mar*. Volume 4, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>10</sup> FIORATI, J.J. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.



No decorrer do século XIX não houve registro de mudanças significativas sobre a regulação do uso do mar ou delimitação de fronteiras marítimas.

No início do Século XX tem início o processo de codificação de normas sobre o uso do mar, com a realização da Conferência de Haia, em 1930, ainda sobre a vigência da Liga das Nações.

Em 1945 os Estados Unidos da América, por meio da Declaração Truman, afirmaram que o controle dos recursos da plataforma continental de seu país pertencia ao seu território. A Proclamação Truman considerava que a demanda em torno de petróleo e minerais, além do avanço tecnológico que permitia a futura exploração de recursos geravam a necessidade da conservação desses recursos, o que deveria caber à jurisdição do Estado costeiro.

A partir desse instante, o movimento de territorialização dos mares costeiros sofreu grande impulso, e a comunidade internacional passou a pressionar a ONU para que regras sobre o uso do mar fossem criadas.

Em 1958, foi realizada, em Genebra, a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM I). Dela surgiram alguns conceitos como o de mar territorial, alto-mar, zona contígua, dentre outros, cujas premissas se contrapunham ao pleno desejo de liberdade dos mares de alguns. De acordo com BEIRÃO<sup>11</sup>, foram poucos os avanços, mas sinalizaram às nações que era possível ir além na regulação do uso do mar.

A CNUDM I resultou na criação de quatro convenções internacionais, conhecidas como Convenções de Genebra sobre o Direito do Mar: Convenção sobre o Mar Territorial e Zona Contígua; Convenção sobre o Alto mar; Convenção sobre Pesca e Conservação de Recursos Biológicos e Convenção sobre a Plataforma Continental.

A existência de diversas propostas para a delimitação da largura do mar territorial e a inexistência de um consenso sobre essa matéria impossibilitaram a adoção de uma medida comum, o que resultou em dificuldade da aceitação das Convenções de Genebra por todos os membros.

Por outro lado, tantas divergências de propostas demonstraram que o modelo de mar territorial definido pela faixa de três milhas também não era mais um consenso, fato que abriu caminho para que os Estados passassem a adotar, unilateralmente, a extensão de seu mar territorial. O Brasil, por exemplo, passou a adotar um limite de duzentas milhas marítimas.

Outra Conferência foi realizada em 1960, também em Genebra, sem avanço nas discussões. Não houve aprovação de nenhum acordo, levando ao fracasso a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM II).

Em 1967, durante discurso na ONU, o Embaixador de Malta, Arvid Pardo, chamou a atenção da Assembléia Geral para uma possível apropriação dos leitos marinhos situados em águas internacionais por parte de Estados tecnologicamente mais avançados<sup>12</sup>. Argumentou o Embaixador que os benefícios advindos da exploração dos recursos marinhos na Área deveriam favorecer a todos os Estados, quer costeiros, geograficamente desfavorecidos ou sem litoral.

As antigas discussões sobre a regulamentação do Direito do Mar e o debate mais recente acerca das regras de exploração dos recursos minerais nos fundos marinhos, sejam eles na plataforma continental ou na área de jurisdição internacional, são fortes indicativos da importância estratégica dessas riquezas.

Pardo afirmou que a quantidade e a importância dos recursos marinhos, bem como a condição de sua explorabilidade e o problema de sua utilização por

---

<sup>11</sup> BEIRÃO, A.P. "Duelo entre Netuno e Leviatã: a evolução da soberania sobre os mares". in *Revista da Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro*, v. 21, n. 2, julho/dezembro 2015.

<sup>12</sup> TRINDADE, A.G.; RIANI, R.S.R.; GRANZIERA, M.L.M.; OCTAVIANO MARTINS, E.M. "A inserção de novos atores na construção de regimes internacionais: a Convenção de Montego Bay e a proteção do meio ambiente marinho". in REI, F.C.F.; GRANZIERA, M.L.M. (Organizadores). *Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional*. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016.

Estados desenvolvidos e para fins militares mostravam que as Convenções Genebrinas não se adequavam à disciplina dos mares, propiciando então resultados inesperados nas relações internacionais<sup>13</sup>.

O Embaixador maltês propôs a criação de uma nova estrutura jurídica para utilização dos recursos marinhos, surgindo daí a idéia de patrimônio comum da humanidade. Fruto dessa proposta, a Resolução n.º 2.340 da ONU criou um Comitê encarregado de realizar estudos sobre a exploração econômica dos fundos oceânicos. O trabalho desse Comitê gerou, em 15 de dezembro de 1969, a Resolução n.º 2.574 estabelecendo que até o surgimento de uma disciplina jurídica adequada, todos os Estados deveriam se abster de explorar quaisquer recursos na área que não estivessem sobre a jurisdição dos Estados-membros.

Em 17 de dezembro de 1970, foi elaborada a Resolução n.º 2.750 da Assembléia Geral, convocando uma nova Conferência Internacional sobre Direito do Mar. A Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Direito ao Mar tem seu início em 1973. Após nove anos de intensos debates, em 10 de dezembro de 1982, em Montego Bay, na Jamaica, a comunidade internacional viria a aprovar o texto que teria por finalidade a regulação do uso do mar.

Denominada Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM III), também chamada de Convenção de Montego Bay, define e regulamenta os espaços oceânicos, os limites de jurisdição nacional, o acesso aos mares, navegação, investigação científica, proteção e preservação do meio ambiente marinho, exploração e conservação de recursos biológicos e, ainda, os recursos minerais dos fundos oceânicos e outros recursos não biológicos.

Apesar de aprovada em 1982, só entrou em vigor em 16 de novembro de 1994, doze meses após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação ou adesão. Atualmente, conta com a ratificação de 168 Estados.

Sobre a importância da Convenção de Montego Bay, Guerra destaca<sup>14</sup>:

De fato, a Convenção de Montego Bay é um documento denso e muito importante para o estudo do Direito Internacional Público constituído por um preâmbulo, dezessete partes, nove anexos e a ata final da Conferência. Logo no preâmbulo do referido tratado internacional, os Estados manifestam o compromisso em solucionar os conflitos relacionados ao direito do mar num espírito de compreensão e cooperação mútua em prol da valorização da paz, da justiça e do progresso dos povos.

A Convenção criou a visão atual do Direito do Mar, pois instituiu as premissas básicas a serem seguidas pelos Estados para uso do mar, definiu os espaços marítimos, normatizou os conceitos dos costumes internacionais, legislando sobre todos os espaços marítimos e oceânicos, estabelecendo ainda todo um regramento jurídico para a proteção internacional do meio ambiente marinho.

Diz respeito a quase todo o espaço oceânico e seus usos: acesso aos mares e direito de navegação, investigação científica, exploração e conservação de recursos biológicos e minerais dos fundos oceânicos e preservação de recursos do meio ambiente marinho. Além disso, elaborou os conceitos de Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental, regulamentando os limites da jurisdição nacional, e criou três órgãos de solução de controvérsias para assegurar o cumprimento dos dispositivos: Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISBA), chamada também de Autoridade, Comissão dos Limites da Plataforma Continental (CLPC) e o Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (*International Tribunal for the Law of the Sea* - ITLOS).

<sup>13</sup> FIORATI, J.J. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>14</sup> GUERRA, S. *Curso de Direito Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

A Convenção de Montego Bay dedica um capítulo inteiro à proteção internacional do meio ambiente marinho. Estabelece o artigo 192 que os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o meio marinho.

Acredita-se que impulsionada pelo Espírito de Estocolmo, a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar tenha levado em consideração a importância da conservação do meio ambiente marinho para as presentes e futuras gerações, bem como o surgimento de eventos que levaram à conscientização de que danos ambientais causados em espaços marítimos são irreversíveis. Assim, nota-se que a Convenção de Montego Bay é marcada por profunda preocupação com a manutenção e preservação do meio ambiente marinho. Determina o artigo 235 que os Estados devem zelar pelo cumprimento das suas obrigações internacionais relativas à proteção do meio ambiente.

### **3 SISTEMA DE CONTROVÉRSIAS NO DIREITO DO MAR**

Antes de efetivamente aprofundar a abordagem em torno do ITLOS, objetivo central dessa segunda etapa, e explicitar suas peculiaridades, torna-se impositivo uma breve introdução destacando o complexo sistema de resolução de controvérsias internacionais relacionadas ao direito do mar, positivado na CNUDM III.

Conforme exposto no tópico anterior, a CNUDM III é um instrumento multilateral amplo, totalizando 320 artigos e IX anexos, com diversas previsões e dispositivos almejando solucionar os inúmeros conflitos na relação marítima.

Dentre as diversas previsões da Convenção, no presente estudo destaca-se o disposto na Parte XV compreendendo o intervalo entre os artigos 279-285. Esse intervalo regulamenta expressamente os mecanismos para solução de controvérsias no direito internacional do mar, formalizando uma espécie de micro sistema jurídico e institucional internacional.

A obrigação de solucionar controvérsias é positivada dando preferência à resolução pacífica dos eventuais conflitos. Nesse sentido, a Convenção fomenta uma posição pacifista dos Estados. Antes de recorrer ao Tribunal, torna-se impositivo que os Estados Partes busquem uma solução consensual. Essa busca da solução pacífica não deve ser entendida como uma obrigação meramente formal e pró-forma. Todo o escopo da Convenção orienta e incentiva a solução pacífica, de tal forma, é trivial que o Estado Parte busque uma solução amigável efetiva, isto importa estar aberto ao diálogo e a transação de alguns pontos controvertidos que podem amenizar o conflito e diminuir o objeto apreciado pelos Tribunais.

Essa disposição preambular que impõem a tentativa de solucionar eventual conflito pacificamente é uma orientação historicamente adotada pelas convenções e tratados da Organização das Nações Unidas (ONU), introduzida pelo artigo 33 da Carta da ONU. Especificamente quanto aos conflitos do direito do mar e a forma de solução jurídica, a CNUDM III foi substancialmente influenciada pelas determinações da Convenção da Paz de Haia 1889 e 1907, e o mecanismo pacífico é reconhecido e valorizado como um alicerce jurídico e social da comunidade internacional<sup>15</sup>.

Cabe destacar que as soluções de controvérsias não devem ser restritas aos Tribunais. A solução pacífica pode e deve ser implementada por mecanismos políticos e diplomáticos. Contudo, não sendo possível a solução dos conflitos pela forma diplomática ou política, cabe ao Estado Parte recorrer aos mecanismos jurídicos. Nesse ponto, torna-se fundamental expor que a adesão do Estado Parte ao disposto na Convenção é plenamente livre e consensual, afastando a eventual tese de diminuição da soberania. Nesses termos, somente há competência do Tribunal internacional após a concordância dos Estados Partes. A seleção dos mecanismos jurídicos previstos no artigo 287 da CNUDM III é orientada pela fórmula Montreux<sup>16</sup>, podendo o Estado Parte

<sup>15</sup> MENEZES, W. *O direito do mar*. Brasília: FUNGAB, 2015.

<sup>16</sup> Método de solucionar conflitos que defende a possibilidade de cada estado parte eleger livremente dentre os mecanismos existentes. Também é conhecida como fórmula Riphaguen.

se manifestar por escrito selecionando livremente um ou mais mecanismos para sua submissão.

Havendo um descompasso entre os mecanismos selecionados pelos Estados Partes em litígio será invocada a *default choice*, com a remessa da demanda para uma Corte Arbitral. São quatro meios tradicionais para solução de controvérsias: a) Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar (Anexo VI); b) Corte Internacional de Justiça; c) Tribunal Arbitral (Anexo VII); d) Tribunal Arbitral Especial (Anexo VIII).

Por fim, é importante ressaltar a centralidade do artigo 286 da CNUDM III. Tal dispositivo é o fundamento jurídico que reforça e legitima o sistema de solução proposto na Convenção de Montego Bay. "El Artículo 286 se constituye en la piedra angular del sistema de solución de controversias de la Convención", introduzindo a competência obrigatória como regra geral"<sup>17</sup>.

### 3.1. ITLOS - OPÇÕES METODOLÓGICAS

Antes de adentrar ao ponto central do presente tópico, qual seja, o Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar, torna-se fundamental apresentar as justificativas para tal recorte temático, motivando as opções do presente estudo.

Conforme supramencionado, a relevância e abrangência da Convenção de Montego Bay permitiram sua conceituação como uma espécie de "Constituição do Mar". Sua instituição balizou o moderno Direito do Mar e sua aplicação contribui significativamente para a codificação do Direito do Mar. A Convenção consolida costumes internacionais e delimita espaços marítimos prevendo direitos e deveres aos Estados internacionais.

Visando instrumentalizar essas importantes funções, a Convenção traçou diversas recomendações para concretizar um complexo sistema de gestão internacional do mar, instituindo uma espécie de micro sistema jurídico internacional marítimo, composto pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (*International Seabed Authority* - ISBA), pelo Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar e pela Comissão dos Limites da Plataforma Continental (CLPC).

O presente estudo pretende explicitar as particularidades do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar. A escolha do ITLOS justifica-se por sua expressiva importância no desenvolvimento do Direito Internacional do Mar. Atualmente, um dos maiores desafios da agenda ambiental global é avançar na definição de uma pauta transnacional para tratativa das externalidades globais, ensejando um diálogo local e global, e afastando eventual contraposição entre meio ambiente e soberania.

Dessa forma, defende-se que compreender o ITLOS, sua estrutura, competência, funções e jurisprudência, pode ser uma ferramenta fundamental para superar algumas dúvidas e principalmente esclarecer a vital importância dessa instituição internacional.

A proteção jurídica dos oceanos reverbera em toda tríade ambiental – ecológica, social e econômica – com reflexo direto nos estados nacionais e na comunidade internacional. Além disso, os oceanos cobrem dois terços da Terra, são responsáveis por grande parte do oxigênio que respiramos, exercem forte influência nas questões climáticas, são fonte de alimento e energia, e configuram, ainda, a principal via de transporte do mundo. A indiscutível importância dos oceanos é reconhecida e valorizada com a instituição do ITLOS<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> HORNA, Á. "Apuntes acerca del Tribunal Internacional del Derecho del Mar : ¿Hamburgo v. La Haya?". *Pontificia Universidad Católica del Perú*: Lima, 2007, p. 136.

<sup>18</sup> NEVES. M. J. *A Exploração de Recursos Minerais na Área Marítima do Atlântico Sul e a Responsabilidade dos Estados Patrocinadores*. Santos - SP. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Santos- UNISANTOS, 2018, p. 30.

A relevância e atualidade da proposta justificam-se pela inclusão dos oceanos na agenda 2030, através do ODS – 14. Além disso, os oceanos sofrem especial reflexo das mudanças climáticas. O último relatório do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC)<sup>19</sup>, é impositivo quanto à relação entre as alterações climáticas e os oceanos, tornando mais quentes, ácidos e menos produtivos, ensejando maior atenção internacional por meio da litigância climática.

Assevera Guerra que<sup>20</sup>

Os problemas ambientais trazem prejuízos enormes para o desenvolvimento da pessoa humana, e subjacente às perspectivas da evolução da matéria encontra-se o recurso último à humanidade, na luta por condições de vida digna e pela própria sobrevivência do gênero humano na sociedade de risco global.

Apesar do foco internacional, conforme dados da ONU os oceanos sofrem grande degradação ambiental, recebendo cerca de 8 milhões de toneladas de plásticos a cada ano. Esse indiscutível impacto ambiental introduz definitivamente os oceanos na agenda ambiental global, e aumenta a importância do ITLOS como uma instituição internacional de proteção dos oceanos.

#### **4 TRIBUNAL INTERNACIONAL SOBRE O DIREITO DO MAR**

Conforme disposto anteriormente, a Convenção de Montego Bay institucionalizou um micro sistema jurídico e institucional para solucionar controvérsias internacionais sobre direito do mar, promovendo uma proteção jurídica dos oceanos.

Nessa toada, criou-se o ITLOS, um órgão jurisdicional independente composto por 21 juízes, com sede em Hamburgo, na Alemanha. Foi criado em 1994, mas estabelecido somente em 1996, com a eleição de seus primeiros juízes. Dentre suas atribuições, é responsável pela interpretação e aplicação da Convenção de Montego Bay.

No processo de nomeação do ITLOS, cada Estado Parte pode indicar no máximo dois candidatos, que deverão ter como pré-requisitos alta reputação jurídica, integridade reconhecida e domínio total do Direito do Mar. Posteriormente, fica a cargo do Secretário-Geral das Nações Unidas convocar a seleção.

Na eleição dos membros, o Estatuto do Tribunal estabelece que seja assegurada a representação dos principais sistemas jurídicos do mundo e a distribuição geográfica equitativa. Além disso, dois membros do Tribunal não podem ser nacionais do mesmo Estado. Uma pessoa que, para fins de filiação no Tribunal, possa ser considerada nacional de mais de um Estado, será considerado nacional daquele em que normalmente exerça direitos civis e políticos.

Como foi demonstrado anteriormente, o ITLOS é um Tribunal Internacional específico para questões relacionadas ao mar e sua importância é reforçada pela relevância econômica e militar dos oceanos, aliada à ampla possibilidade da ocorrência de externalidade ambiental no meio marinho. Há um vasto campo de proteção relacionada ao Direito do Mar, ensejando a necessidade de especializar sua tratativa jurídica, com a criação de uma estrutura interna ao ITLOS.

Nesse sentido, dividiu-se as funções do ITLOS em duas câmaras específicas, quais sejam, a Câmara de Disputas do Fundo do Mar (CDFM) e Câmara Especial. Conforme o Estatuto do ITLOS<sup>21</sup>, a CDFM é composta por 11 membros selecionados a cada 3 anos pela maioria dos membros eleitos do ITLOS. Sua institucionalização é

<sup>19</sup> O IPCC é o órgão das Nações Unidas para avaliar a ciência das mudanças climáticas.

<sup>20</sup> GUERRA, S. *Curso de Direito Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>21</sup>Disponível em: [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic\\_texts/statute\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_en.pdf). Acesso 27 jun 2020.

regida pela parte XI, secção 5 da Convenção de Montego Bay e artigo 14 do Estatuto do ITLOS.

Compete a CDFM disputas relacionadas a atividade na Área Internacional dos Fundos Marinhos. Para instrumentalizar sua competência, a CDFM pode formalizar uma Câmara *Ad Hoc* composta por três membros para responder algum litígio ou consulta específica, na forma do artigo 188 da Convenção de Montego Bay.

As Câmaras Especiais podem ser formadas de forma ordinária ou extraordinária para solucionar eventuais disputas específicas levadas ao ITLOS, em regra são compostas por três ou mais membros eleitos. São cinco espécies de Câmaras Especiais: Câmara do Procedimento Sumário, Câmara de Disputa Pesqueira, Câmara de Disputa sobre Meio Ambiente Marinho, Câmara de Disputa sobre Delimitação Marítima e uma espécie extraordinária de Câmara Residual<sup>22</sup>.

A Câmara do Procedimento Sumário, nos termos do artigo 15 parágrafo 3 e 4 do Estatuto do ITLOS é formulada pelo Tribunal anualmente. A atual formação foi instaurada em setembro de 2018 e encerrada em 30 de setembro de 2019. A Câmara do Procedimento Sumário, com a solicitação das partes, tem competência para determinar a aplicação do procedimento sumário a uma controvérsia específica, também pode prescrever medidas provisórias se o Tribunal estiver em recesso ou sem o quórum exigido.

A composição atual da Câmara de Disputa Pesqueira, com nove membros, tem validade até 30 de setembro de 2020. Sua competência encontra respaldo no artigo 15 parágrafo 1 do Estatuto do ITLOS, e limita-se a disputas quanto à conservação e gestão dos recursos vivos no meio ambiente marinho, portanto exerce uma função determinante na manutenção da biodiversidade marítima e na proteção socioambiental dos oceanos.

A Câmara de Disputa sobre Meio Ambiente Marinho tem sua competência direcionada para composição de disputas sobre a proteção e preservação do meio marinho. Sua criação encontra respaldo no artigo 15 parágrafo 1º do Estatuto do ITLOS. Quanto a Câmara de Disputa sobre Delimitação Marítima cabe ressaltar que sua competência é voltada para solucionar eventuais controvérsias sobre a delimitação marítima que Estados Partes concordarem em submeter à Câmara.

Por fim, cabe destacar a criação extraordinária de uma espécie de Câmara Residual, nos termos do artigo 15 parágrafo 2º do Estatuto do ITLOS. Essa câmara criada especificamente para resolver uma disputa levada ao conhecimento do Tribunal pelos Estados Partes. Há registro de três controvérsias específicas que o ITLOS precisou instaurar uma Câmara Residual. A primeira disputa submetida a tal câmara foi entre Chile e União Européia, e versou sobre a conservação e exploração sustentável do estoque de peixe espada no sudeste do Oceano Pacífico. Mais adiante, houve uma controvérsia relativa à delimitação das fronteiras marítimas no Oceano Atlântico entre a República de Gana e Costa do Marfim. Por fim, houve a manifestação da Câmara Residual no litígio sobre a delimitação da fronteira marítima entre as Ilhas Maurício e Maldivas, no Oceano Índico.

Essa especialidade do ITLOS reitera sua importância na proteção do meio ambiente marinho, protagonizando uma função central na instrumentalidade da tríade da sustentabilidade (social, ecológica e econômica). O ITLOS torna-se uma instituição chave com uma ampla competência contenciosa e consultiva. Sua capilaridade permite responder qualquer controvérsia relativa à interpretação e aplicação da Convenção de Montego Bay ou outros acordos internacionais relativos ao meio marítimo. A competência do ITLOS se estende às medidas provisórias que visem preservar ou impedir grave dano ao meio ambiente marítimo e a liberação de embarcações e tripulações, nos termos do artigo 292 da Convenção de Montego Bay.

Dessa forma, a criação do ITLOS pela Convenção, ilustra um fenômeno denominado “descentralização do Direito Internacional”<sup>23</sup> com a criação de um “órgão

<sup>22</sup> Disponível em: <https://www.itlos.org/the-tribunal/chambers/>. Acesso 27 jun 2020.

<sup>23</sup> HIGGINS, R. “Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom”. In *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50. Cambridge University Press, 2001.

jurisdicional especializado em matéria de lei do mar, com um detalhado sistema de disputas e prerrogativas”<sup>24</sup>.

Por fim, deve-se ressaltar que o ITLOS foi estabelecido mais de cinquenta anos após a Corte Internacional de Justiça (CIJ), instituição internacional com vocação universal. Ambos os Tribunais detêm competência para solucionar controvérsias relativas ao Direito do Mar, contudo a CIJ somente pode exercer sua jurisdição contenciosa ou consultiva em disputas que envolva Estados Partes. Particulares não têm o direito de recorrer à CIJ, enquanto o ITLOS pode solucionar litígios entre Estados, Organizações Internacionais e Pessoas Jurídicas Privadas.

## 5 JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL AMBIENTAL E MARÍTIMA

A litigância internacional em torno das questões ambientais é antiga e tem exercido um papel de destaque inclusive na definição das agendas locais. A adesão aos Tribunais e regulamentações internacionais é prioritariamente voluntária, o país é plenamente livre para se comprometer na esfera internacional, assumindo deveres e contraindo direitos. Embora a adesão do país seja livre, a pauta internacional exerce uma influência positiva na ordem nacional, conectando global e local.

Mesmo quando o país tem uma posição restritiva e limita a aplicação do Direito Internacional, as pautas ambientais e internacionais vão penetrar indiretamente seu território e definir prioridades do administrador público. Assim, há duas formas do Direito Internacional exercer influência na ordem global, diretamente com a adesão dos países da comunidade global a Tratados, Convenções e Declarações; ou indiretamente, quando o Direito Internacional, um ordenamento tradicionalmente entendido como “soft law”, é integralizado pelos governos locais como norma *stricto sensu*. Nessa segunda hipótese, o Direito Internacional ganha espectro de lei local com força vinculante, e exerce uma influência determinante na legislação e administração local<sup>25</sup>.

Dessa forma, não há outro caminho a seguir. O reconhecimento e valorização da legislação e institucionalidade internacional é uma realidade do mundo globalizado cada vez mais interconectado no âmbito tecnológico, científico, cultural e jurídico.

Na “*sociedade de risco*” globalizada<sup>26</sup>, as Cortes Internacionais exercem um poder expressivo com ressaltada importância na solução de controvérsias internacionais. Conhecer sua jurisprudência torna-se impositivo, assim como recorrentemente estuda-se a produção dos Tribunais Superiores nacionais.

Como visto, a produção jurisprudencial internacional tem um papel de destaque na definição da agenda ambiental global e na construção do moderno Direito Internacional do Meio Ambiente. Nesse cenário, o Direito do Mar e as Cortes Internacionais ocupam posição de destaque e vanguarda.

Dentre as cortes internacionais, cumpre ressaltar a expressiva produção jurisprudencial ambiental da CIJ, cabendo abordar cinco decisões emblemáticas que ensejaram o alvorecer da proteção ambiental global.

O primeiro *case de destaque* da CIJ é uma disputa entre a Austrália e o Japão, com interferência da Nova Zelândia, relativa à pesca de baleias na Antártica, reforçando a multilateralidade da proteção ambiental e a interconexão entre o Direito

<sup>24</sup> MENEZES, W. “Tribunal Internacional do Direito do Mar e sua contribuição jurisprudencial”, in BEIRÃO, A.P.; PEREIRA, A.C.A (Organizadores) *Reflexões Sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014, p. 489-571.

<sup>25</sup> O diálogo global x local é cada vez mais freqüente, o reconhecimento da capacidade internacional dos entes subnacionais é um movimento progressivo. Hipótese ocorrida na internalização de diversas leis ambientais, incluindo a PNRS. Outro clássico exemplo ocorre com a criação da Secretaria Especial de Meio Ambiente – SEMA, após adesão e influência da Convenção de Estocolmo.

<sup>26</sup> BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

Ambiental e o Direito do Mar, dois campos de destaque no moderno Direito Internacional.

Nesse *case*, a Austrália apresentou um pedido de interferência frente ao Japão, que continuava a realizar caça de baleias, mesmo com a proibição dessa prática por diversos países. Para justificar a caça de baleias, o Japão fundamentava-se no artigo VIII da Comissão Internacional da Baleia a cargo do manejo global de cetáceos decorrente da Convenção Internacional para Regulamentação da Caça à Baleia. Em decisão histórica, datada de 31 de março de 2014, nessa oportunidade a CIJ desconsiderou a função científica da caça da baleia, um das justificativas apresentadas pelo Japão. Dessa decisão não há a previsão de recurso e seu cumprimento é compulsório<sup>27</sup>.

Ampliando seu lastro na matéria ambiental, a CIJ decidiu outras diversas controvérsias internacionais: Equador v. Colômbia - Pulverização Aérea de Herbicida; Argentina v. Uruguai - Fábrica de Celulose às Margens do Rio Uruguai; Hungria v. Eslováquia - Projeto Gabčíkovo-Nagymaros; Nicarágua v. Costa Rica - Construção de Estrada ao Longo do Rio San Juan.

Como visto, a CIJ tem uma vasta produção jurisprudencial na matéria ambiental. Embora sua abordagem seja mais genérica e não tão restrita ao Direito do Mar, suas decisões, sem dúvidas, têm impacto significativo na proteção ambiental internacional e nas outras cortes internacionais. Contudo, há uma dificuldade dos acordos multilaterais voltados para proteção do meio ambiente lograrem êxito na esfera prática e normativa<sup>28</sup>.

Adiante, o artigo empreende um recorte temático para abordar especificamente as decisões emblemáticas emitidas pelo ITLOS, ressaltando sua centralidade na construção do moderno o Direito do Mar, e sua contribuição junto da CIJ para promover a proteção ambiental dos Oceanos.

A primeira decisão do ITLOS selecionada versa sobre uma disputa entre a Austrália, Nova Zelândia e Japão sobre a Pesca de Atum Azul do Sul<sup>29</sup>. Mais uma vez a pesca internacional chegou aos Tribunais Internacionais como um conflito jurídico. Essa controvérsia internacional tece início em 1999, quando a Austrália e a Nova Zelândia solicitaram ao ITLOS medidas provisórias em face do Japão, objetivando conter a pesca experimental do Atum Azul do Sul, alegando que a espécie demandava uma proteção internacional.

O Japão apresentou sua defesa alegando que a espécie não demandava uma salvaguarda especial, afirmando que a pesca realizada não ensejava risco de dano irreparável à espécie. Assim, o ITLOS emitiu uma espécie de decisão programática, orientando as partes a negociar uma medida de conservação e gestão da pesca, e estabeleceu como medida provisória que as partes devessem evitar a pesca experimental sem consentimento mútuo, estipulando uma quantidade máxima.

Como visto, a pesca internacional demanda uma atenção especial do ITLOS e da proteção ambiental internacional, pois é uma atividade que gera conflitos e disputas internacionais constantes, além de integrar, com destaque, a tríade ambiental no seu bojo (ecológica, econômica e social).

Nessa toada, o ITLOS foi invocado mais uma vez, nos anos 2000, para resolução de um conflito internacional sobre a pesca, na disputa entre a conservação e exploração do peixe-espada no Pacífico (Chile v. Comunidade Européia). Nesse segundo *case* o Chile solicitou junto ao ITLOS a formação de uma câmara especial para tratar a conservação e exploração sustentável de peixes-espada no Pacífico<sup>30</sup>.

A câmara solicitada pelo governo do Chile teve quatro atribuições: 1- avaliar se a Comunidade Européia cumpriu suas obrigações junto a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; 2- analisar se as embarcações européias estavam

<sup>27</sup> Disponível em: <https://www.oeco.org.br/blogs/ambiente-austral/28160-corte-internacional-proibe-a-caca-cientifica-de-baleias/>. Acesso: 20 mai 2020

<sup>28</sup> ANTUNES, P.B. "Direito Internacional do Meio Ambiente: particularidades". *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, 2020.

<sup>29</sup> Disponível em: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-3-4/>. Acesso: 20 mai 2020

<sup>30</sup> Disponível em: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-7/>. Acesso: 20 mai 2020



adotando as medidas necessárias para conservação do peixe-espada em alto mar adjacente à Zona Econômica Exclusiva (ZEE) do Chile; 3- se o Decreto chileno que aplicou medidas restritivas e de conservação do peixe-espada violou algum dispositivo da Convenção do Direito do Mar; e 4- a validade do Acordo de Galápagos frente às disposições da Convenção do Direito do Mar.

Em 2008 as partes entraram em consenso em um acordo bilateral e o processo foi removido do Tribunal. Contudo, resta destacar a importância do ITLOS como um mediador do acordo. Sua função de Tribunal não exclui sua atuação como intermediário de eventuais conflitos, promovendo a solução pacífica de controvérsias, princípio basilar da relação internacional.

Em 2001, surgiu mais um *case* emblemático onde o ITLOS exerceu sua jurisdição dissolvendo um conflito entre a Irlanda e o Reino Unido. Nessa oportunidade, o governo irlandês interveio junto ao ITLOS para conter e anular autorização emitida pelo Reino Unido para a instalação de uma fábrica de MOX em *Sellafield*. A fábrica tinha como atividade econômica reprocessar combustível nuclear utilizado, manipulando dióxido de plutônio e dióxido de urânio. Esse novo combustível reprocessado é um óxido misto, conhecido como MOX<sup>31</sup>.

O governo irlandês suscitou a possível poluição do Mar da Irlanda. Assim, a Irlanda requisitou a imposição de medidas provisórias contra o Reino Unido. A disputa internacional foi motivada pelo trânsito internacional de material radioativo e a proteção do ambiente marinho da Irlanda.

O ITLOS mais uma vez adotou uma posição auto-contida e informativa, respeitando a soberania das nações. Decidiu não aplicar medidas provisórias restritivas, mas indicou e reforçou a necessidade das partes realizarem o monitoramento do risco das atividades, trocar informações e garantir a prevenção da poluição do meio ambiente marinho.

Esse *case* é emblemático para perceber que essa característica se estende a jurisdição internacional. Contudo, como demonstrado no tópico anterior, a tradicional função *soft* da regulação internacional, não afasta sua importância global. Em síntese, o Direito Internacional e a sua jurisdição tem uma função central na constituição de princípios e diretrizes (*guidelines*), assim como normas vinculantes e não vinculantes. Dessa forma, fomenta a criação de um corpo jurídico embrionário internacional que exerce influência *top-down* na formatação do direito e das políticas públicas nacionais.

As experiências nacionais de sucesso dessa relação *top-down* são compartilhadas globalmente e retornam formando uma influência *down-top*, a partir dos *standards* internacionais que o direito nacional muitas vezes inicia a definição de estratégias, instrumentos e políticas públicas<sup>32</sup>.

A jurisdição internacional do ITLOS foi invocada novamente em 2003, em uma disputa sobre a recuperação de terras ao redor do Estreito de Johor entre Malásia e Singapura. A Malásia solicitou a prescrição de medidas provisórias em face de Singapura. A controvérsia foi motivada por ações de Singapura para recuperar terra em torno de Pulau Tekong e Tuas, duas ilhas que separam os dois países<sup>33</sup>. Assim, a Malásia justificou que tais ações poderiam causar danos irreversíveis ao meio ambiente marinho local, alterando o fluxo da sedimentação e erosão costeira local, além de prejuízos econômicos e sociais.

Em síntese, a medida provisória solicitava: 1- a suspensão de todas as atividades atuais de recuperação de terras nas proximidades da fronteira marítima entre os dois Estados ou de área denominada como água territorial da Malásia; 2- a imposição da Malásia fornecer informações sobre as obras atuais e futuras na região, detalhando a extensão, método de construção, a origem e os materiais utilizados, sem dispensa do plano de contenção para eventual desastre local; 3-manifestação da Malásia sobre os projetos na região, esclarecendo os potenciais riscos à região.

<sup>31</sup> Disponível em <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-7/>. Acesso 20 mai 2020.

<sup>32</sup> CARVALHO, D.W. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

<sup>33</sup> Disponível em <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-12/>. Acesso: 20 mai 2020.

O ITLOS determinou a realização de um Estudo de Impacto Ambiental (EIA) pelos dois países. Além disso, dispôs que Singapura não tem direito de reclamar tais terras.

Em outro *case* importante, conhecido como Caso Nauru, o de número 17 na jurisprudência do ITLOS, a Câmara de Disputas do Fundo do Mar foi invocada, pela primeira vez, para emitir parecer consultivo sobre as responsabilidades e obrigações dos Estados patrocinadores sobre atividades exercidas na Área Internacional dos Fundos Marinhos<sup>34</sup>.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar declara o fundo dos oceanos, subsolo marinho e seus recursos como patrimônio comum da humanidade, em síntese, foram suscitadas as seguintes questões: 1 - Quais são as responsabilidades legais e obrigações dos Estados Partes da Convenção no que diz respeito ao patrocínio de atividades na Área de acordo com a Convenção, em particular a Parte XI, e o Acordo de 1994 relativo à Implementação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de Dezembro de 1982? 2 - Qual é a extensão da responsabilidade de um Estado Parte por qualquer falha em cumprir as disposições da Convenção, em particular a Parte XI, e o Acordo de 1994, por uma entidade que patrocinou nos termos do artigo 153º, parágrafo 2º (b), da Convenção? 3 - Quais são as medidas necessárias e apropriadas que um Estado patrocinador deve tomar para cumprir a sua responsabilidade nos termos da Convenção, em particular o artigo 139 e o anexo III, e o Acordo de 1994?

Nessa oportunidade, a CDFM dispôs que: 1 - Obrigação do Estado patrocinador de prestar assistência à autoridade estabelecida no artigo 153, parágrafo 4, da Convenção; obrigação de aplicar uma abordagem preventiva, conforme previsto pelo Princípio 15 da Declaração do Rio e estabelecida nos Regulamentos de Nódulos e Sulfetos Polimetálicos; imposição do Estado patrocinador aplicar “melhores práticas ambientais” e adotar medidas para garantir a prestação de garantias em caso de ordem de emergência pela Autoridade para proteção do meio marinho; e determinou a obrigação de recorrer à compensação, além de solicitar a realização de avaliação de impacto ambiental. 2 - A responsabilização do *Sponsor State* é delimitada pela ocorrência do dano e pelas medidas adotadas pelo Estado para contornar eventual dano. Assim, o cumprimento das responsabilidades previstas pela Convenção é critério central para quantificar a responsabilidade dos Estados. 3 - Exigência que o Estado patrocinador adote leis, regulamentos e medidas para garantir o cumprimento pelo contratado de suas obrigações, ensejando a isenção do Estado patrocinador. Nesses termos, o sistema legal do Estado patrocinador deve proporcionar a integralização dessas obrigações.

O último *case* elencado no presente artigo envolvendo disputa central no âmbito do ITLOS versa sobre a responsabilidade dos Estados em atividade de pesca ilegal realizada por navios sob seu registro na ZEE de terceiros<sup>35</sup>. Nessa oportunidade a Comissão Sub-Regional de Pesca (SRFC) submeteu ao ITLOS um parecer consultivo com os seguintes questionamentos: 1 - Quais obrigações do Estado de bandeira na hipótese de pesca ilegal não relatada ou regulamentada dentro de ZEE de terceiros?; 2 - O Estado de bandeira deve ser responsabilizado pelas atividades de pesca, não regulamentadas, por embarcações ilegais; 3 - Quando uma licença de pesca for emitida a um navio no âmbito de um acordo internacional com o Estado de bandeira ou com uma agência internacional, o Estado ou a agência serão responsabilizados pela violação da legislação pesqueira do Estado costeiro pelo navio em questão? ; 4 - Quais os direitos e obrigações do Estado costeiro para garantir o manejo sustentável de estoque compartilhado e de interesse comum, com ênfase das pequenas espécies pelágicas e o atum?

Os questionamentos foram respondidos da seguinte forma pelo ITLOS: 1 - Os estados têm o dever de cumprir medidas administrativas e leis para a gestão e

<sup>34</sup> Disponível em <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>. Acesso: 20 mai 2020.

<sup>35</sup> Disponível em <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-21/>. Acesso 20 mai 2020.

conservação de recursos vivos marinhos, proteger e preservar o ambiente marinho e investigar caso alguma dessas medidas não forem cumpridas. 2 - A responsabilidade do Estado de bandeira pode ser afastada, se o Estado tomar todas as medidas necessárias para cumprir as obrigações de "*due diligence*" para garantir que os navios não realizem pesca nas ZEE de Estados membros. 3 - A organização internacional, como a única parte contratante no contrato de acesso à pesca com o Estado Membro da SRFC, deve garantir que os navios que arvoram pavilhão de um Estado membro cumpram as leis e regulamentos de pesca do Estado Membro da SRFC e não realizem pesca ilegal. Consequentemente, somente a organização internacional pode ser responsabilizada por qualquer violação de suas obrigações decorrentes do acordo de acesso à pesca, e não de seus Estados membros. Portanto, se a organização internacional não cumprir suas obrigações de "*due diligence*", os Estados Membros da SRFC poderão responsabilizar a organização internacional pela violação de suas leis e regulamentos de pesca por um navio que arvore pavilhão de um Estado membro dessa organização e pesque nas ZEE dos Estados-Membros da SRFC no âmbito de um acordo de acesso à pesca entre essa organização e esses Estados-Membros. 4 - Os Estados Membros da SRFC têm a obrigação de garantir a gestão sustentável de ações compartilhadas enquanto essas ações ocorrem em suas zonas econômicas exclusivas, o que inclui: a) a cooperação com organizações internacionais para garantir a conservação do ambiente marinho; b) a manutenção dos estoques e o não risco de extinção das espécies; c) que as medidas de conservação e manejo sejam baseadas em evidências científicas e, na sua ausência, no princípio de precaução; d) levar em consideração efeitos sobre espécies associadas ou dependentes.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção internacional do meio ambiente marinho demanda atenção especial das cortes internacionais. Essa preocupação é identificada a partir da promulgação da Declaração de Estocolmo, em 1972, na medida em que o meio ambiente passa a ser assunto de destaque na comunidade internacional.

Imbuídos pelo espírito de Estocolmo, a Assembleia da ONU aprovou o texto que foi considerado por muitos doutrinadores como a Constituição dos Oceanos. Como demonstrado, o arcabouço criado pela Convenção de Montego Bay dedica uma parte especial à preservação internacional do meio ambiente e cria um Tribunal específico para solucionar controvérsias oriundas da aplicação de suas normas, implementando no sistema internacional um modelo determinado para a proteção do meio ambiente marinho. Evidentemente que a submissão ao Tribunal não é a única maneira para dirimir as controvérsias. A Convenção de Montego Bay estabelece que as partes interessadas devem procurar a solução pacífica de seus conflitos. Mas o Tribunal está lá, pronto a dar respostas para as demandas que lhe forem apresentadas.

No ano em que adentramos à Década dos Oceanos, tem-se como grande desafio promover a proteção jurídica do meio ambiente marinho, que sofre com as ações humanas que acarretam nas mudanças climáticas e em grandes desastres.

Analizando a jurisprudência colacionada neste artigo, verifica-se que a atuação do Tribunal Internacional sobre o Direito do Mar na construção do Direito Ambiental contribui para a proteção internacional do meio ambiente, garantindo uma digna condição de vida para as presentes e futuras gerações.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, P.B. "Direito Internacional do Meio Ambiente: particularidades". *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, 2020.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.

- BEIRÃO, A.P. *Segurança no mar, que segurança?* in BEIRÃO André Panno; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Organizadores) *Reflexões Sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014, p. 127-166.
- BEIRÃO, A.P. "Duelo entre Netuno e Leviatã: a evolução da soberania sobre os mares". in *Revista da Escola de Guerra Naval, Rio de Janeiro*, v. 21, n. 2, julho/dezembro 2015.
- CARVALHO, D.W. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- CAVALCANTI, V.M.M. *Plataforma continental: a última fronteira da mineração brasileira*. Brasília: DNPM, 2011.
- FIORATI, J.J. *A Disciplina Jurídica dos Espaços Marítimos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982 na Jurisprudência Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- GOMES, M.J.C. *Direito Marítimo: Acontecimentos de Mar*. Volume 4, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- GUERRA, S. *Curso de Direito Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GUERRA, S. *Direito Internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- HIGGINS, R. "Respecting Sovereign States and Running a Tight Courtroom". In *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50. Cambridge University Press, 2001.
- HORNA, Á. "Apuntes acerca del Tribunal Internacional del Derecho del Mar : ¿Hamburgo v. La Haya?". *Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima*, 2007.
- IBDMAR. 2019. *O Dia Mundial dos Oceanos*. Disponível em: <http://www.ibdmar.org/2019/07/o-dia-mundial-dos-oceanos/>. Acesso em: 09/05/2020.
- ITLOS. s/d. *The Tribunal*. Disponível em: <https://www.itlos.org/the-tribunal/>. Acesso em: 27/06/2020.
- MENEZES, W. *O direito do mar*. Brasília: FUNGAB, 2015.
- MENEZES, W. "Tribunal Internacional do Direito do Mar e sua contribuição jurisprudencial", in BEIRÃO, A.P; PEREIRA, A.C.A (Organizadores) *Reflexões Sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: FUNAG, 2014, p. 489-571.
- NEVES, M. J. *A Exploração de Recursos Minerais na Área Marítima do Atlântico Sul e a Responsabilidade dos Estados Patrocinadores*. Santos - SP. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Santos- UNISANTOS, 2018.
- OCTAVIANO MARTINS, E.M. *Curso de Direito Marítimo, volume I: Teoria Geral*. 4ª ed. Barueri: Manole, 2013.
- OCTAVIANO MARTINS, E.M. "Direito Marítimo Internacional: da responsabilidade internacional pelos danos causados ao meio ambiente marinho". *Verba Juris*, ano 7, n. 7, p. 257-287, jan/dez 2008.
- O ECO. 2014. Corte Internacional Proíbe a Caça 'científica' de Baleias. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/blogs/ambiente-austral/28160-corte-internacional-proibe-a-caca-cientifica-de-baleias/>. Acesso em: 27/06/2020.
- ONU. 2018. O Mundo Está Sendo 'Inundado' por Plásticos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-esta-sendo-inundado-por-lixo-plastico-diz-secretario-geral-da-onu/>. Acesso em: 20/06/2020.
- RÉMOND-GOUILLOU, M. *Du Droit de Détruire – Essai sur le droit de l'environnement*. Paris: Presses Universitaires de France. 1989.
- TRINDADE, A.G; RIANI, R.S.R; GRANZIERA, M.L.M; OCTAVIANO MARTINS, E.M. "A inserção de novos atores na construção de regimes internacionais: a Convenção de Montego Bay e a proteção do meio ambiente marinho". in REI, F.C.F; GRANZIERA, M.L.M (Organizadores). *Anais do IV Congresso Internacional de Direito Ambiental Internacional*. São Paulo: Editora Universitária Leopoldianum, 2016.

## **Imposto na Exportação e sua função extrafiscal também em tempos de pandemia**

Export Tax and its inducing purpose also in times of pandemic

**Valéria Furlan<sup>1</sup>**

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. IE - Considerações preambulares. 3. IE - Natureza tributária e campo de incidência. 4. Fato gerador do IE – Exportação de produto nacional ou nacionalizado. 5. Base de cálculo do IE – Valor aduaneiro. 6. Alíquotas do IE – CAMEX. 7. Isenções do IE – Extrafiscalidade. 8. Contribuinte do IE. 9. Lançamento do IE. 10. Vinculação de receita e destinação de recursos. 11. Considerações Finais. 12. Referências.

**Resumo:** Considerando-se que o comércio exterior é essencial para o desenvolvimento econômico e este, de seu turno, é essencial para a redução da desigualdade socioeconômica, o presente artigo trará considerações a respeito do Imposto na Exportação no direito brasileiro, expondo os aspectos mais relevantes acerca da sua natureza jurídica, finalidade extrafiscal, campo de incidência, critérios de apuração e destinação do produto arrecadado. Mediante a utilização do método dedutivo fundado em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, analisar-se-á a legislação tributária pertinente em face do princípio da livre concorrência, bem como sua compatibilidade com o interesse público em tempos de calamidade pública, ora decorrente da pandemia causada pelo coronavírus (COVID-19).

**Palavras-chave:** Imposto de Exportação. Desigualdade socioeconômica. Comércio Exterior. Pandemia Covid-19.

**Abstract:** Considering that foreign trade is essential for economic development and this, in turn, is essential for the reduction of socioeconomic inequality, this paper will bring considerations regarding the Export Tax in Brazilian law, exposing the most relevant aspects about its legal nature, inducing purpose, taxable event, criteria for calculation and destination of the collected product. Using the deductive method based on bibliographic and jurisprudential research, the relevant tax legislation will be analyzed in the face of the principle of free competition as well as its compatibility with the public interest in times of public calamity, now due to the pandemic caused by the coronavirus (COVID-19).

**Key words:** Export Tax. Socioeconomic inequality. Foreign trade. Covid-19 Pandemic.

### **1. Introdução**

Parcela considerável do PIB brasileiro, assim como a de muitos países, advém da troca de bens e serviços entre fronteiras internacionais, razão pela qual devem ser

---

<sup>1</sup> Pós-doutoranda (2020) em Direito pela Universidade de Bologna. Doutora (2003) e Mestre (1998) em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal. Livros e artigos publicados nas áreas do Direito Público. Contato: [valeria.furlan@direitosbc.br](mailto:valeria.furlan@direitosbc.br)

Recibido: 11/07/2020

Aceptado: 24/10/2020

observadas as diretrizes da Organização Mundial do Comércio (OMC), com vistas a regularizar a competitividade das exportações.

Acrescente-se ainda, para os fins deste estudo, a relevância do princípio da livre concorrência como garantia constitucional da liberdade de iniciativa empresária em igualdade de condições, essencial para que os demais princípios e objetivos da vigente constituição brasileira possam ser observados. Nesses termos, considera-se que a livre concorrência “[...] está sujeita à intervenção estatal sempre que for necessário coibir abuso de poder econômico [...], seja por meio da tributação ou por outro meio eventualmente mais eficaz para alcançar esse fim sem gerar desequilíbrios na concorrência[...]”.<sup>2</sup>

A carga tributária brasileira aumentou consideravelmente no período subsequente à Segunda Guerra Mundial e, em resposta à crise cambial da virada do século, saltou para 35,8% do Produto Interno Bruto (PIB) ao final de 2003, mediante a incidência de tributos indiretos relativos a bens, serviços e transações financeiras, tais como as contribuições sociais cumulativas incidentes no processo de produção e comercialização, cuja forma de cobrança até hoje onera as exportações.<sup>3</sup>

Atualmente, o mundo está sofrendo os primeiros efeitos da pandemia da Covid-19. Para enfrentar esta nova realidade, medidas provisórias, projetos de leis e de emenda constitucional, assim como os projetos de Reforma Tributária que já estavam em andamento, estão sendo submetidos à apreciação dos nossos parlamentares, cuja aprovação refletirá na qualidade de vida do cidadão.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm, neste momento, uma especial oportunidade de zelar pelos valores democráticos e resgatar a confiança do povo brasileiro, assegurando transparência na distribuição de recursos públicos para a consecução de finalidade públicas, afastando-se da corrupção e da má-gestão em prol da integridade organizacional e da redução da desigualdade socioeconômica.

O estudo do Imposto de Exportação (IE) - não tanto pelo seu papel arrecadatório, mas principalmente pela sua finalidade extrafiscal - que, num primeiro momento, já merecia nossa atenção diante da crescente importância do comércio exterior para o desenvolvimento socioeconômico nacional e da incessante busca por um sistema tributário melhor e mais transparente que o atual, merece agora, por maior razão, ser reapreciado em tempos de solidariedade mundial, no qual o Brasil tem plenas condições de contribuir com a exportação de produtos de primeira necessidade, tais como soja, carnes e algodão.<sup>4</sup>

Sob essa diretriz, o presente artigo trará considerações a respeito do IE no direito brasileiro à luz da doutrina e da jurisprudência. Para esse fim, será apresentada a legislação tributária pertinente a esse imposto e, na sequência, serão abordados os aspectos mais relevantes acerca da sua natureza jurídica, finalidade extrafiscal, campo de incidência, critérios de apuração e destinação do produto arrecadado.

## **2. IE - Considerações preambulares**

Com o escopo de nortear nossas considerações acerca do imposto de exportação (IE), saliente-se:

O Estado democrático de Direito fundado que está na liberdade e no tratamento isonômico dos cidadãos, há de garantir uma vida digna para todos e para tanto deve se valer da tributação não

<sup>2</sup> VOSGERAU, D., RIBEIRO, M.M. “As perspectivas da neutralidade tributária, da extrafiscalidade e da livre concorrência diante da substituição tributária e da tributação monofásica”, em VV.AA. (FOLMANN, M.; GONÇALVES, O.O. coord.), *Tributação, Concorrência & desenvolvimento*, Juruá, Curitiba, 2013, p. 105.

<sup>3</sup> A respeito, cf. PINTO, M. P. A.; BIASOTO Jr., G. *Política fiscal e desenvolvimento no Brasil*, Unicamp, Campinas, 2006, p. 106-108.

<sup>4</sup> A propósito: “Brasil registra alta de exportações para China em meio à crise da covid-19”. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/14/brasil-registra-alta-de-exportacoes-para-a-china-em-meio-a-crise.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 maio 2020.

apenas como instrumento de redistribuição de riquezas, mas também como instrumento de crescimento econômico.<sup>5</sup>

Curiosamente, o IE ensejava uma das principais receitas fiscais do Império,<sup>6</sup> em detrimento, a nosso sentir, de eventual interesse de se promover a mudança do sistema econômico brasileiro, puramente escravocrata e colonial – no qual as *commodities* figuram como principal produto de exportação –, para uma economia moderna e capitalista. Vejamos.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou pandemia para o Covid-19, infecção causada pelo novo Coronavírus. Trata-se de um grande surto de doença que afeta determinada região e se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa.<sup>7</sup> Diante disso, o Congresso Nacional decretou estado de calamidade pública, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, nos termos do Decreto-Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.<sup>8</sup>

Na sequência, com o advento da Lei Complementar nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, o mencionado dispositivo sofreu as seguintes alterações, *verbis*:

**Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional**, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação:

I - **serão suspensas** a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70;

II - **serão dispensados** o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9ª.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput no caso de estado de defesa ou de sítio, decretado na forma da Constituição.

§ 1º Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, nos termos de decreto legislativo, em parte ou na integralidade do território nacional e enquanto perdurar a situação, **além do previsto nos incisos I e II do caput**: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - **serão dispensados** os limites, condições e demais restrições aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como sua verificação, para: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) contratação e aditamento de operações de crédito; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) concessão de garantias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

<sup>5</sup> GRUPENMACHER, B. T. "Sistema Tributário e Reforma. Eficiência X Direitos e Garantias Fundamentais", em VV.AA. (DE SANTI, E. org.), *Tributação e desenvolvimento*: homenagem ao professor Aires Barreto, *Quartier Latin*, São Paulo, 2011. p. 84.

<sup>6</sup> BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizadora: Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 291.

<sup>7</sup> CORONAVÍRUS: saiba o que é uma pandemia. *Agência Brasil*, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia>. Acesso em: 20 maio 2020.

<sup>8</sup> Nesta oportunidade, também foi constituída uma "Comissão Mista no âmbito do Congresso Nacional, composta por 6 (seis) deputados e 6 (seis) senadores, com igual número de suplentes, com o objetivo de acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19)" (art. 2º do referido Decreto-legislativo).

c) contratação entre entes da Federação; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

d) recebimento de transferências voluntárias; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - **serão dispensados** os limites e afastadas as vedações e sanções previstas e decorrentes dos arts. 35, 37 e 42, bem como será dispensado o cumprimento do disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei Complementar, desde que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - **serão afastadas** as condições e as vedações previstas nos arts. 14, 16 e 17 desta Lei Complementar, desde que o incentivo ou benefício e a criação ou o aumento da despesa sejam destinados ao combate à calamidade pública. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º O disposto no § 1º deste artigo, observados os termos estabelecidos no decreto legislativo que reconhecer o estado de calamidade pública; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - **aplicar-se-á exclusivamente**; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) às unidades da Federação atingidas e localizadas no território em que for reconhecido o estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional e enquanto perdurar o referido estado de calamidade; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) aos atos de gestão orçamentária e financeira necessários ao atendimento de despesas relacionadas ao cumprimento do decreto legislativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - **não afasta as disposições relativas a transparência, controle e fiscalização**. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 3º No caso de aditamento de operações de crédito garantidas pela União com amparo no disposto no § 1º deste artigo, a garantia será mantida, não sendo necessária a alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

A despeito destas e de outras tantas exceções que se irrompem a toque de caixa em nosso ordenamento jurídico, sob a justificativa de que medidas urgentes em prol da saúde pública precisam ser tomadas – todas louváveis, em sendo satisfeita esta finalidade pública -, houve, em meio a ações de solidariedade,<sup>9</sup> aumento das exportações brasileiras devidas ao agronegócio, que já tem demonstrado sua importância na era da economia digital. Veja-se:

Em termos de produtos, os do complexo da soja representaram 35% das vendas externas do agronegócio de janeiro até março, as carnes, quase 19%, os florestais, 13%, o açúcar, quase 7% e o café, 6%. Os produtos do complexo da soja, florestais, café e do setor têxtil conseguiram superar as vendas externas, em termos de valor, no agregado do primeiro trimestre de 2020 em relação ao mesmo período de 2019.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> EMPRESAS mostram solidariedade para reduzir impactos da Covid-19, *Jornal do Comércio*, 2020. Disponível em:

[https://www.jornaldocomercio.com/ conteudo/especiais/dia\\_da\\_industria/2020/05/740009-solidariedade-na-luta-contra-a-covid-19.html](https://www.jornaldocomercio.com/ conteudo/especiais/dia_da_industria/2020/05/740009-solidariedade-na-luta-contra-a-covid-19.html). Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>10</sup> ADAMI, A. O. "Exportações do agronegócio brasileiro em meio à pandemia do Coronavírus". CEPEA, 2020. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/opiniaoe-cepea/exportacoes-do->



Considerando-se que a incidência do imposto de exportação encarece o produto nacional e, por tal razão, proporciona uma concorrência desigual em sua comercialização no exterior, com um consequente desestímulo à exportação, costuma-se dizer que sua exigência, em tese, não contribui para o desenvolvimento socioeconômico nacional, sendo, na verdade, um grande obstáculo a esse fim.

Klaus Tipke<sup>11</sup> salienta que esse tipo de tributação, na qual o consumidor é onerado com o imposto de vendas do país de origem, favorece Estados fortemente exportadores, por meio de divisão inexata da arrecadação fiscal, razão pela qual “[...]é totalmente inaceitável na relação entre os Estados industrializados e os países em desenvolvimento.”.

Nada obstante, referido imposto sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro. Sob a égide da Constituição de 1891 e, até o advento da Emenda Constitucional nº. 18 de 1965, a competência para sua instituição pertencia aos Estados-membros e após esse período, manteve-se sob a competência da União.

O IE foi instituído pela União na vigência da Constituição de 1967 pelo Decreto-Lei nº. 1.578/1977, tendo sido recepcionado, *grosso modo*, pela Constituição Federal de 1988 (CF 88). Referido Decreto-lei autoriza, no que couber, a aplicação subsidiária da legislação relativa ao Imposto sobre a Importação (II) e delega à Câmara do Comércio Exterior (CAMEX) competência para expedição de normas complementares.

Demais disso, o Decreto nº. 6.759/2009, denominado Regulamento Aduaneiro, traz as normas necessárias para a administração das atividades aduaneiras, bem como para a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior.

Importante ter em conta que a aplicação do referido Decreto, como também a observância das normas gerais em matéria de legislação tributária veiculadas pelo Código Tributário Nacional de 1966 (CTN 66), tais como a definição do fato gerador, base de cálculo e contribuinte dos impostos e, portanto, do imposto em apreço, supõe constante análise interpretativa para aferir sua recepção pela CF/88.<sup>12</sup>

Neste contexto, o presente estudo do IE considera ainda que o desenvolvimento nacional constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, CF 88), razão pela qual, o mercado interno, baseado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deverá ser incentivado para formar e fortalecer novas empresas, visando o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, conforme determinado pela Constituição Federal de 1988. Transcreva-se:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico (sic), o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia.

Nesse compasso, a tributação deve observar as garantias e direitos constitucionais do contribuinte. Luís Eduardo Schoueri, amparado na melhor doutrina, salienta, por oportuno, que o princípio constitucional da capacidade contributiva,

---

[agronegocio-brasileiro-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus.aspx?pagina=2](http://agronegocio-brasileiro-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus.aspx?pagina=2). Acesso em: 29 maio 2020.

<sup>11</sup> *Direito Tributário*, v. II, (Elisete Antoniuk, trad.), Sérgio Antônio Fabris, Porto alegre, 2013, p. 366.

<sup>12</sup> A respeito do tema, v. *Normas gerais de direito tributário: estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional*, em VV.AA. (RAMOS FILHO, C. A. org.), CRV, Curitiba, 2016.

“conquanto revelando a finalidade arrecadatória da norma tributária, não exclui a coexistência da finalidade direcionadora”.<sup>13</sup>

Tecidas essas considerações, vejamos, na sequência, o tópico sobre o campo de incidência do imposto de exportação.

### **3. IE - Natureza tributária e campo de incidência**

De plano, ressalte-se a função extrafiscal dos impostos de importação e de exportação - também denominados aduaneiros ou alfandegários - e, como consequência, sua diminuta importância financeira para a União, pois, como já restou mencionado, ao se tributar a exportação, o produto passa a ter menos condições de competir no mercado internacional. Por outro lado, ademais, a eventual ausência de finalidade arrecadatória suscita debates acerca do próprio conceito de tributo. A esse respeito, observa Ricardo Lobo Torres:

Os impostos alfandegários, que exercem precipuamente a função extrafiscal de regular o comércio internacional, passaram pelo crivo da doutrina alemã, que indagava sobre a sua natureza de ingresso extrafiscal, sem função tributária; prevaleceu, entretanto, a opinião de que os impostos sobre exportação e importação (Zölle) constituem autênticos tributos, sem embargo da função extrafiscal que os informa. O Código Tributário germânico adotou a tese da natureza tributária.<sup>14</sup>

No Brasil, estabelece a Lei Maior que a União pode instituir imposto sobre a exportação, para o Exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (art. 153, II, CF 88). Infere-se dessa atribuição constitucional de competência tributária, que a exportação de produtos de um Estado da Federação para outro não pode ser tributada pela União. Por outro lado, apenas para registro, a CF 88 veda expressamente a incidência de tributos interestaduais e intermunicipais limitadoras do tráfego de pessoas ou bens (art. 150, V).

Acrescente-se que o conceito jurídico de produto é mais amplo que o de mercadoria (finalidade comercial), pois também compreende bens destinados ao uso ou consumo do adquirente (tais como os produtos manufaturados ou industrializados) e os que resultam da ação humana ou da natureza (produtos primários). A esse respeito, acrescenta Leandro Paulsen<sup>15</sup> que nacionais são os produtos que foram importados para o território nacional e, nacionalizados, os que já foram desembaraçados.

Vale lembrar, por oportuno, que, até o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001, além do Imposto de Exportação - que incide apenas sobre o fato da exportação -, havia a incidência concomitante do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), do ICMS sobre o processo de comercialização internacional de mercadorias e, ainda, das contribuições sociais e econômicas sobre as receitas de exportação. Veja-se:

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; [...]

IV - produtos industrializados; [...]

§ 3º. O imposto previsto no inciso IV (**IPI**): [...]

<sup>13</sup> *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, USP, São Paulo, 2002, p. 38.

<sup>14</sup> *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Renovar, Rio de Janeiro, 2007. v. 4, p. 107-8.

<sup>15</sup> *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário*, 13. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 285.

**III - não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior.**

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, **ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior**; [...]

§ 2º. O imposto previsto no inciso II (**ICMS**) atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 3, de 1993)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

§ 3º. **À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II**, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 33, de 2001)**

Saliente-se, ainda, que referida Emenda Constitucional autoriza a incidência concomitante dos Impostos sobre a Importação e a Exportação, e do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICMS), mas somente sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País (v. §3º. do artigo 155). Não se pode olvidar, todavia, o ônus tributário indireto acumulado ao longo da cadeia produtiva:

A assimetria da tributação do ICMS nos Estados e de outros impostos em cascata distorcem a formação de preços agrícolas, bem como tornam menos atraente o uso do mercado futuro, pois se inibe a fixação de preços futuros com mecanismos de *hedging*. As exportações brasileiras enfrentam restrições em função de altos custos dos portos, elevada carga tributária, altos custos trabalhistas, excessiva burocracia, entre outros custos que oneram a produção e reduzem a competitividade internacional.<sup>16</sup>

No tocante às contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, houve a seguinte inovação constitucional, *verbis*:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º., relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

§ 2º. **As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico** de que trata o *caput* deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

I - **não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação**; (Incluído pela Emenda Constitucional nº. 33, de 2001, grifos nossos).

<sup>16</sup> *Política fiscal e desenvolvimento no Brasil*, Unicamp, Campinas, 2006, p. 115.

Nas palavras de Roque Antonio Carrazza,<sup>17</sup> "Parece óbvio que a imunidade em pauta visa a proteger não a pessoa do exportador, mas as exportações de produtos industrializados (manufaturados), fazendo com que cheguem ao mercado internacional com preços competitivos.". Nessa esteira, decidiu o Supremo Tribunal Federal que "o melhor discernimento acerca do alcance da imunidade tributária nas exportações indiretas se realiza a partir da compreensão da natureza objetiva da imunidade, que está a indicar que imune não é o contribuinte, 'mas sim o bem quando exportado', portanto, irrelevante se promovida exportação direta ou indireta."<sup>18</sup>

Acerca da Proposta da Emenda Constitucional que alterou os artigos. 149 e 177 da Constituição Federal, considerou-se que:

Com a proximidade da total liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural, tomam-se necessárias as alterações propostas, como **única forma de se evitar distorções de natureza tributária** entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual. 3. Assim, adotada a presente proposta, poder-se-á construir se (sic) implementar, sem nenhum obstáculo de natureza constitucional, uma forma de tributação dos referidos produtos que garantam a plena **neutralidade tributária**.<sup>19</sup> (grifos nosso).

Acrescente-se, ainda, o entendimento da Suprema Corte no sentido de que não incide contribuição social sobre o lucro das empresas exportadoras.<sup>20</sup> A esse respeito, cumpre salientar o seguinte posicionamento doutrinário, *verbis*:

Em homenagem aos desígnios constitucionais que motivaram a edição da Emenda 33/01 e que sobrelevam o tema do desenvolvimento econômico, fundamentados em sólida doutrina e jurisprudência, notadamente do Supremo Tribunal Federal, este e. tribunal teria agido mais consentaneamente com as suas finalidades decidindo em favor da interpretação mais "extensiva" da imunidade tributária sobre as receitas de exportação.<sup>21</sup>

Feita essa ressalva, pode-se salientar, em breve síntese, que atualmente os exportadores são beneficiados com a isenção de PIS/PASEP, COFINS e do IOF nas operações cambiais, além da imunidade do IPI, ICMS e ISS acima referida.

---

<sup>17</sup> *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 27. ed., Malheiros, São Paulo, 2011. p. 885.

<sup>18</sup> Nesse sentido, decidiu nossa Suprema Corte, em repercussão geral: "A norma imunizante contida no inciso I do parágrafo 2º do artigo 149 da Constituição da República alcança as receitas decorrentes de operações indiretas de exportação, caracterizadas por haver participação negocial de sociedade exportadora intermediária" (RE 759244, Rel. Min. Edson Fachin, Sessão Plenária, por unanimidade, DJE 25.03.2020). Esse entendimento, referente ao Tema 674, prestigia a competitividade do negócio agrícola, em especial, a exportação dos pequenos e médios produtores.

<sup>19</sup> BRASIL [PEC 33 (2001)]. Proposta de Emenda Constitucional nº 33 – Exposição de Motivos, 27 de julho de 2000. Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, [2000]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2001/emendaconstitucional-33-11-dezembro-2001-426596-exposicaodemotivos-149203-pl.html>. Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 564.413/SC. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio, 12/08/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617645>. Acesso em: 06 dez. 2010.

<sup>21</sup> LIMA, J. A. "Imunidades: discussão sobre um caso concreto", em VV.AA. (DE SANTI, E. org.), *ibidem*, p. 440.

Noutro giro, a regra constitucional vigente é a da não tributação da exportação,<sup>22</sup> devendo a legislação assegurar a restituição ao exportador dos tributos eventualmente recolhidos nas fases anteriores da cadeia de produção. Nesse passo, convém destacar o Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para Empresas Exportadoras – REINTEGRA,<sup>23</sup> por meio do qual os exportadores podem se ressarcir de eventuais créditos tributários federais residuais existentes nas suas cadeias de produção.<sup>24</sup>

Em remate, a Proposta de Emenda Constitucional nº 45 de 2019, sob igual diretriz, assim dispõem:

No tocante ao tratamento do comércio exterior, de vez que visam tributar o consumo final, os IVAs são cobrados de acordo com o princípio do destino, o que significa que **o IBS não será cobrado nas exportações**, mas se devolverão rápida e integralmente os créditos acumulados pelos exportadores. [...] O **modelo de tributação no destino** – caracterizado pela desoneração das exportações e tributação das importações – tem duas características importantes. A primeira é que este modelo **não distorce o comércio exterior**, ou seja, a tributação é a mesma para o bem ou serviço produzido internamente ou importado. A segunda é que **o imposto pertence ao país de destino**, o que é essencial em um tributo cujo objetivo é tributar o consumo, e não a produção. (p. 29, grifos nossos).<sup>25</sup>

Além disso, pretende ser bem mais ágil o novo sistema arrecadatário (PEC 45/19), com vistas a assegurar, em 60 dias, aproximadamente, a devolução dos créditos acumulados pelo exportador e dos impostos pagos para a aquisição de bens de capital.

Vale gizar que o princípio do destino exige que os tributos sejam devidos no local em que as mercadorias forem consumidas, que as exportações sejam desoneradas no país de origem e que o país importador possa tributar as aquisições externas conforme as regras aplicadas aos produtos domésticos, de modo que, ao menos quanto aos motivos essencialmente tributários, haja neutralidade de tratamento entre mercadorias similares fabricadas em distintos países, mormente se se tratar de impostos sobre o valor agregado.<sup>26</sup>

Cumpre não olvidar, todavia, que “o maior empecilho” para o bom êxito de uma reforma tributária no Brasil reside na cláusula pétrea que consagra o Estado Federal, ou seja, a forma federativa de Estado, que “transparece na tributação sobre valor adicionado e na participação dos governos subnacionais na receita da União e no endividamento subnacional”.<sup>27</sup> Note-se que a União, Estados e Municípios são entes autônomos e independentes entre si, cada qual com seu respectivo campo de competência tributária. Nada obstante, esta autonomia supõe a observância da

<sup>22</sup> Nesse sentido, dispõe a Súmula nº. 536 do Supremo Tribunal Federal: “São objetivamente imunes ao imposto sobre circulação de mercadorias os ‘produtos industrializados’, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar.”.

<sup>23</sup> A respeito do assunto, cf. Leis nº 10.865, de 30 de abril de 2004, e 12.546, de 14 de dezembro de 2011.

<sup>24</sup> A esse respeito, dispõe a Súmula nº. 129 do Superior Tribunal de Justiça: “O exportador adquire o direito de transferência de crédito do ICMS quando realiza a exportação do produto e não ao estocar a matéria-prima.”.

<sup>25</sup> \_\_\_\_\_. [PEC 45 (2019)]. *Proposta de Emenda Constitucional nº 45*, de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, [2019], p. 29. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7265B75A5868F1AB66C9541DC7B1B8A8.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7265B75A5868F1AB66C9541DC7B1B8A8.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019). Acesso em: 27 ago. 2019.

<sup>26</sup> A respeito, cf. PINTO, M. P. A.; BIASOTO Jr, G. Ibid., p. 294.

<sup>27</sup> PINTO, M. P. A.; BIASOTO Jr, G. Ibid., p. 237.

repartição constitucional de receitas e, sempre que necessário, o repasse de recursos federais aos Estados e Municípios. Nessa esteira, o Governo Federal recebeu autorização do Congresso Nacional para prestar auxílio financeiro a governadores e prefeitos no montante de 125 bilhões, em razão da pandemia Covid-19.<sup>28</sup>

#### **4. Fato gerador do IE – Exportação de produto nacional ou nacionalizado**

Tornando ao nosso rumo, dispõe o artigo 1º do Código Tributário Nacional (CTN 66), bem como o artigo 1º do Decreto-lei nº 1.578/77, que o fato gerador do Imposto sobre a Exportação consiste na “saída do território nacional de produtos nacionais ou nacionalizados”.

Observe-se que não basta a mera saída física do produto ou o negócio jurídico de alienação por si só para que haja a incidência deste imposto. Exige-se o propósito implícito de que, com o negócio e a subsequente saída do território nacional, o produto integrará definitivamente a economia de outro País.

Para tanto, impõe-se considerar que o produto nacional é o que fora produzido no Brasil e não tenha sido objeto de exportação para o Exterior. De seu turno, produto nacionalizado é o que tenha sido importado de outro País em caráter definitivo, conforme se depreende do disposto no §1º do artigo 212 do Decreto nº 6.759/2009. Dito de outro modo, a entrada ou saída temporária de produto do território nacional não sofre incidência do imposto de importação e de exportação, respectivamente.

Nesse contexto, o momento estabelecido em lei para o nascimento do tributo tem sido denominado pelos estudiosos, legisladores e jurisperitos como sinônimo do próprio fato gerador do referido imposto.

Cumpra considerar, nesse passo, as lições de Paulo de Barros Carvalho que prestigiam o estudo analítico do Direito Tributário e ressaltam a relevância da distinção entre os critérios da regra-matriz tributária, especialmente, entre o critério temporal e o critério material da hipótese de incidência do Imposto sobre a Exportação. Vejamos:

Que o legislador, na sua linguagem livre, desapegado das amarras rigorosas do falar científico, assim se manifeste, nada há que reclamar, pois já sabemos das condições em que as leis são feitas. Entretanto, admitir que os doutrinadores endossem a mensagem, incorporando-as ao seu magistério, é conceder demais, é transigir com erros graves que prejudicam, visivelmente, a compreensão da matéria.<sup>29</sup>

Contudo, em face da complexidade que envolve a operação de exportação, a qual pode se dar por via terrestre, aérea e marítima, considera-se ocorrido o fato gerador do IE no “[...]momento da expedição da guia de exportação ou documento equivalente[...]”, nos termos do §1º do artigo 1º do DL 1.578, de 1977. Noutro giro, tem-se que a saída do produto do território nacional equivale ao critério material da hipótese de incidência do IE e o momento da expedição da guia de exportação, ao seu critério temporal.

Nada obstante, demonstra a doutrina que as “antecipações de imposto são de duvidosa constitucionalidade, pois, em geral, agridem o princípio da capacidade contributiva”.<sup>30</sup> Nessa esteira, sustenta-se:

O legislador pode escolher, sem dúvida, o momento da ocorrência do fato gerador, **desde que não seja antecipatório**. Se a hipótese de incidência é a saída do produto nacional do território brasileiro, **a expedição da guia de exportação é marco temporal antecipatório que desencadeia a obrigação antes**

<sup>28</sup> SENADO aprova auxílio de R\$ 125 bilhões para estados e municípios. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/02/senado-aprova-auxilio-de-r-125-bilhoes-para-estados-e-municipios>. Acesso em: 300 maio 2020.

<sup>29</sup> CARVALHO, P.B., *Curso de Direito Tributário*. 23. ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 334-335.

<sup>30</sup> BALEEIRO, A., op. cit., p. 294-295

**mesmo da ocorrência do fato jurídico.** Cada vez mais temos tido, na prática tributária brasileira, fenômenos dessa natureza, quer no imposto sobre a renda, quer no imposto estadual sobre operações de circulação de mercadorias (a chamada "substituição tributária para frente").<sup>31</sup>

Vale destacar que, desde a instituição do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) pelo Decreto nº 660/1992, os registros informatizados das operações de exportação ou de importação no SISCOMEX equivalem à Guia de Exportação, à Declaração de Exportação, ao Documento Especial de Exportação, à Guia de Importação e à Declaração de Importação o Registro de Exportação (RE).

Sobre essa questão, assim se manifestou a Ministra Ellen Gracie no Recurso Extraordinário 223.796/PE:

Considerando que **o fato gerador do imposto de exportação ocorre no momento em que é feito o registro de exportação** junto ao Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do TRF da 5ª Região que afastara a exigência do imposto de exportação em operação relativa à venda de açúcar previsto nas Resoluções 2.112/94 e 2.136/94 - que estabeleciam alíquotas de 10% e 2%, respectivamente, nos contratos de exportação de açúcar - cujo registro de venda, entendido como fato gerador pelo Tribunal *a quo*, fora feito anteriormente à edição das referidas normas.

A Turma, salientando que **o registro de venda não substitui o registro de exportação**, entendeu pela incidência das mencionadas Resoluções porquanto as mesmas foram editadas anteriormente ao momento em que efetivados os registros de exportação. Precedente citado: RE 227.106-PE (DJU de 28.4.2000). RE 223.796-PE, rel. Ministra Ellen Gracie, 16.10.2001.<sup>32</sup> (Grifos nossos).

Nesse sentido, também se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 964.151/PR, ao considerar "ocorrido o **fato gerador** do imposto de exportação **no momento** em que é efetivado o registro de exportação (RE) no Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex)" (grifos nossos), ou seja, quando a empresa obtém o RE. Veja-se:

O registro no Siscomex é o conjunto de informações de natureza comercial, financeira cambial e fiscal que caracterizam a operação de exportação de uma mercadoria e definem seu enquadramento legal.

Note-se que, com a instituição do Siscomex, **as guias de exportação e importação foram substituídas pelo registro de exportação (RE)** e registro de importação (RI), também foram criados outros blocos de informações das diversas etapas como: registro de venda (RV), registro de operação de crédito (RC).

Ao final desses procedimentos é expedido o comprovante de exportação (CE) - que é o documento oficial emitido pelo

<sup>31</sup> BALEEIRO, A., op.cit., p. 294-295, grifos nossos.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário 223.796/PE, Relatora: Min. Ellen Gracie, 16/10/2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250590>. Acesso em: 26 ago. 2019.



Siscomex, relacionando todos os registros de exportação objeto de um mesmo despacho aduaneiro.

**Portanto o registro de exportação (RE) é o único registro indispensável para a efetivação de todas as operações de comércio, em torno dele gravitam as demais etapas.[...]**

**Dessa forma, pouco importa considerações sobre a data da obtenção do registro de venda.<sup>33</sup>**

Noutro giro, cabe ao SISCOMEX emitir o documento comprobatório da exportação ou da importação, de modo que a data de expedição do RE passou a ser considerada como o momento em que ocorre o fato gerador do respectivo imposto. Em breve síntese, ao apreciar o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 578.372/SC, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento no sentido de que:

Não é, todavia, qualquer registro no SISCOMEX que corresponde à expedição do documento equivalente à guia de exportação prevista no § 1º, *in fine*, do art. 1º do Decreto-lei 1.578/77, como determinante da ocorrência do fato gerador do tributo. [...]

**Somente o Registro de Exportação corresponde e se equipara à Guia de Exportação.<sup>34</sup>** (grifos nossos).

Nesse compasso, estabelece o art. 213, parágrafo único, do Decreto nº 6.759 (BRASIL, 2009) que se considera ocorrido o fato gerador do Imposto sobre a Exportação (IE) na data do registro de exportação no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX). É dizer, tem-se como irrelevante, para fins de incidência do IE, a data da saída do produto do território nacional, ou a data do registro do negócio jurídico.

Saliente-se que há operações de exportação sem saída do produto nacional ou nacionalizado. Nesse caso, resta indagar qual seria o momento em que se tem por ocorrido o fato gerador do Imposto sobre a Exportação.

Por oportuno, o CTN 66 estabelece em seus artigos 116 e 117 que, salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos, tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável. Doutrou lado, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados, sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.

Nessa esteira, dispõe o §1º do artigo 233, do mencionado Decreto-lei nº 6.759, que se considera ocorrido o fato gerador do Imposto sobre a Exportação no momento da contratação, quando sob condição resolutória, *verbis*:

Nas operações de exportação sem saída do produto do território nacional, com pagamento a prazo, os efeitos fiscais e cambiais, quando reconhecidos pela legislação vigente, serão produzidos no momento da contratação, sob condição resolutória, aperfeiçoando-se pelo recebimento integral em moeda nacional ou estrangeira de livre conversibilidade (Lei no 10.833, de 2003, art. 61, caput, com a redação dada pela Lei no 12.024, de 2009, art. 7o). (Redação dada pelo Decreto nº 7.213, de 2010).<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 964.151/PR*. 1. TURMA. Relator: Min. José Delgado, 22/04/2008, p. 12. Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761867&num\\_registro=200701461591&data=20080521&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761867&num_registro=200701461591&data=20080521&formato=PDF). Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>34</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 578.372/SC. 2ª Turma. Relatora: Min. Ellen Gracie, Brasília. 09/02/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609349>. Acesso em: 26 ago. 2019.

<sup>35</sup> BRASIL. [Regulamento Aduaneiro]. *Decreto nº 6.759*, de 5 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações



Não sendo efetivada a operação de exportação, a quantia paga a título de imposto será restituída a requerimento do interessado acompanhado da respectiva documentação comprobatória – conforme disposto no artigo 6º do Decreto-lei nº 1.578/1977 -, sem prejuízo da possibilidade de compensação de tributos, com vistas à extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, II do CTN 66.

No que tange aos Impostos sobre a Importação e sobre a Exportação, o Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar no Recurso Especial 252.241/RJ,<sup>36</sup> decidiu que “são impostos da mesma espécie pelas semelhanças de origem, de finalidade e de operacionalização, podendo haver compensação entre eles”, ressaltando, outrossim, a “observância da unidade operacional do sistema”, ou seja, que “são instituídos e arrecadados pela mesma pessoa jurídica e com igual destinação” e que se destinam também, “um e outro, à formação de uma política extrafiscal, sem conotação arrecadatória, servindo ambos para regular o mercado”.

Por fim, cumpre registrar que o artigo 1º, §3º Decreto-lei nº 1.578/77 delega competência legislativa ao Poder Executivo para relacionar os produtos que estarão sujeitos ao Imposto sobre a Exportação e este, por sua vez, delega a referida competência à CAMEX (art. 1º do Decreto nº 6.759/09). A esse respeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 628848 ED/RS (BRASIL, 2014), que, “especificamente com relação ao imposto de exportação, a definição dos produtos sujeitos à incidência é uma decisão política, excluída da reserva legal e conferida ao Poder Executivo por força do viés predominantemente extrafiscal deste tributo”, ainda que referida alteração seja desprovida de motivação.

## 5. Base de cálculo do IE – Valor aduaneiro

A base de cálculo do Imposto sobre a Exportação corresponde ao valor aduaneiro, ou seja, ao preço usual de mercado do produto exportado.

O CTN 66 prevê duas modalidades de base de cálculo para esse imposto, a unidade de medida e o preço normal (art. 24). Na hipótese de a lei adotar unidade de medida, como, por exemplo, peso, quilo, metro, a alíquota deverá ser uma unidade monetária específica, como 2 reais, 5 centavos etc. Em sendo adotado o preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da exportação, em uma venda em condições de livre concorrência, aplicar-se-á uma alíquota *ad valorem*, ou seja, uma percentagem sobre o referido preço.

Note-se que, nesta segunda hipótese, tem-se ainda duas possibilidades (parágrafo único do art. 24), conforme a modalidade de venda. Com efeito, esta poderá ocorrer mediante a entrega do produto no porto ou lugar da saída do produto, assim como poderá decorrer de venda a prazo superior aos preços correntes no mercado internacional. No primeiro caso, a base de cálculo será o preço normal, deduzidos os tributos diretamente incidentes sobre a operação de exportação e, na segunda – venda a prazo -, o custo do financiamento. Referida possibilidade de dedução visa a atenuar o caráter antieconômico do Imposto sobre a Exportação.

De conseguinte, destacam-se duas modalidades de composição do preço do produto exportado, denominadas *Free on Board* (FOB) e *Cost, Insurance and Freight* (CIF). A primeira refere-se ao preço posto na fronteira, isto é, o preço da mercadoria exportada livre de qualquer custo referente ao transporte ou seguro, hipótese em que o importador ou comprador assume os riscos da coisa a partir de seu embarque. A

---

de comércio exterior. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 252.241/RJ*. 2. Turma. Relatora para acórdão: Min. Eliana Calmon, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=377470&num\\_registro=200000266426&data=20040927&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=377470&num_registro=200000266426&data=20040927&formato=PDF). Acesso em: 17 set. 2019.

segunda modalidade corresponde ao preço do produto exportado composto pelos custos de seguro e pelo frete internacional até a chegada da mercadoria a seu destino.

Estabelece ainda o CTN 66 que a “lei pode adotar como base de cálculo a parcela do valor ou do preço, referido no artigo anterior, excedente de valor básico, fixado de acordo com os critérios e dentro dos limites por ela estabelecidos” (art. 25). Conforme ressalta Aliomar Baleeiro, trata-se de escala móvel, pela qual:

[...]o imposto acompanhará a elevação do preço no mercado externo, compensando-o, ou mesmo desaparecendo, em caso de baixa de cotação – medida de política fiscal para defesa dos produtos no comércio externo e também de suas consequências no balanço de pagamentos da nação, considerações essas que devem pesar na interpretação do texto e na de sua finalidade econômica.<sup>37</sup>

Ao regulamentar o Imposto sobre a Exportação, dispõe o art. 214 do Decreto nº 6.759/2009 que sua base de cálculo é o preço normal que a mercadoria, ou sua similar, alcançaria, ao tempo da exportação, em uma venda em condições de livre concorrência no mercado internacional, observadas as normas expedidas pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).

Em sendo o preço da mercadoria de difícil apuração ou for suscetível de oscilações bruscas no mercado internacional, a CAMEX fixará critérios específicos ou estabelecerá pauta de valor mínimo, para apuração da base de cálculo. Saliente-se o entendimento doutrinário de que essas pautas mínimas são simples presunções *iures tantum*, de caráter antievasivo.<sup>38</sup>

Acrescenta ainda o referido decreto regulamentar que, para efeito de determinação da base de cálculo do imposto, o preço de venda das mercadorias exportadas não poderá ser inferior ao seu custo de aquisição ou de produção, acrescido dos impostos e das contribuições incidentes e da margem de lucro de quinze por cento sobre a soma dos custos, mais impostos e contribuições, nos termos do §3º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 1.578/77.

## **6. Alíquotas do IE - CAMEX**

De plano, cumpre ressaltar a importância do princípio da legalidade tributária como garantia constitucional expressamente assegurada pela vigente Constituição Federal em seu artigo 150, inciso II. Infere-se desse princípio que a instituição em abstrato de tributos supõe a previsão em lei de seu fato gerador, contribuinte, alíquota e base de cálculo.

Nada obstante, o §1º do art. 150 da Lei Maior insere o Imposto sobre a Exportação na categoria dos impostos de natureza extrafiscal, facultando ao Poder Executivo a tarefa de estabelecer suas alíquotas, desde que nos limites e condições estabelecidos em lei. Nesse passo, convém notar que o CTN 66 foi parcialmente recepcionado pela CF 88, haja vista que autoriza em seu artigo 26 a alteração não apenas da alíquota como também da base de cálculo do referido imposto.

A esse respeito, questionou-se no Recurso Extraordinário 628848/RS<sup>39</sup> a possibilidade de o Conselho Monetário Nacional relacionar os produtos sujeitos ao IE, uma vez que não estão abrangidos pela exceção referida no CTN 66, tendo a Suprema Corte, no entanto, assim decidido:

<sup>37</sup> BALEEIRO, A., op. cit., 2013, p. 298.

<sup>38</sup> BALEEIRO, A., op. cit., p. 297.

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 628848/RS*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 19/082014. 1. Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6693694>. Acesso em: 17 set. 2019.

O conteúdo da legalidade tributária consiste em reservar à lei em sentido estrito os critérios constantes da regra-matriz de incidência, os quais se reportam à materialidade, espaço, tempo, sujeição passiva e ativa, alíquota e base de cálculo. Trata-se dos componentes estruturais da norma impositiva. Especificamente com relação ao imposto de exportação, a definição dos produtos sujeitos à incidência é uma decisão política, excluída da reserva legal e conferida ao Poder Executivo por força do viés predominantemente extrafiscal deste tributo.

Doutra parte, "Decreto" do Presidente da República, a nosso sentir, é o instrumento juridicamente adequado para o Poder Executivo fixar as alíquotas, nos casos referidos pelo artigo supra. A despeito disso, essa competência ficou reserva à Câmara do Comércio Exterior (CAMEX), consoante entendimento unânime da nossa Suprema Corte exarado no Recurso Extraordinário 570680,<sup>40</sup> *verbis*:

É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação. II - Competência que não é privativa do Presidente da República. III - Inocorrência de ofensa aos arts. 84, caput, IV e parágrafo único, e 153, § 1º, da Constituição Federal ou ao princípio de reserva legal. Precedentes. IV - Faculdade discricionária atribuída à Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 224285,<sup>41</sup> também consagrou que cabe à lei ordinária estabelecer os requisitos e condições a que se refere o §1º do artigo 150 da Lei Maior. No referido julgamento, a Suprema Corte também considerou que os motivos do decreto não vêm nele próprio, mas no procedimento administrativo de sua formação.

Considerando-se que se trata de um imposto com finalidade essencialmente extrafiscal, cuja regra-matriz de incidência pode ser extraída da legislação vigente, há de prevalecer a fixação de alíquota zero, de modo a tornar inexigível o aludido imposto em prol do equilíbrio da balança comercial. Nada obstante, dispõe o art. 3º, Decreto-lei nº 1.578/77 que a alíquota do Imposto sobre a Exportação é de 30%, podendo ser reduzida até zero pelo Poder Executivo ou majorada até o limite de 150%.

Tornando ao nosso rumo, a extrafiscalidade também justifica a exceção ao princípio da anterioridade geral e nonagesimal. Noutros termos, "[...]esse 'valor finalístico' deve ser a motivação que autoriza a instituição ou majoração do tributo (em termos abstrato) e a justificativa para sua permanência (em termos concretos)".<sup>42</sup>

Assim, no que diz respeito à fixação da alíquota do Imposto sobre a Exportação, sua finalidade cinge-se em estimular a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados e, não, a exportação de tributos. Noutras palavras, há de se ter em conta que, em uma política econômica de proteção à produção nacional é imperiosa a redução dos custos da exportação dos produtos brasileiros.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 570.680/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606568>. Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 224.285/CE. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17/03/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250785>. Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>42</sup> CANADO, V. R. "Desenvolvimento, Direito, Economia, Fiscalidade e Extrafiscalidade: análise da natureza dos incentivos e benefícios fiscais sob uma perspectiva interdisciplinar.", em VV.AA. (DE SANTI, E., org., op. cit.), p. 822-823.

## 7. Isenções do IE - Extrafiscalidade

Vimos que a alíquota do imposto em apreço é fixada em conformidade com o interesse do governo brasileiro em exportar determinado produto. Para esse fim, nossa Lei Maior faculta ao Poder Executivo alterar a alíquota, observados os limites e condições estabelecidos em Lei.

Na hipótese de ser fixada alíquota zero pelo Poder Executivo, ter-se-ia, a rigor, um caso de isenção, conforme leciona Paulo de Barros Carvalho. Deveras, segundo o referido autor, isenção:

[...]é uma fórmula inibitória da operatividade funcional da regra-matriz, de tal forma, que, mesmo acontecendo o evento tributário, no nível da concretude real, não pode o fato ser constituído e seus peculiares efeitos não se irradiam, justamente porque a relação obrigacional não se poderá instalar à míngua de objeto.<sup>43</sup>

De conseguinte, uma das maneiras de isentar se dá pela fixação de alíquota a zero, de modo a eliminar o critério quantitativo do consequente da regra-matriz de incidência tributária. É o que se verifica no caso do Imposto sobre a Exportação, cuja alíquota está reduzida a 0% (zero por cento), exceto para exportação de peles em bruto de bovinos ou de equídeos, de ovinos e outras peles em bruto, cujo percentual é de 9%, e a exportação de cigarros, cuja alíquota é de 150%.<sup>44</sup>

De igual modo, pode-se conceder isenção, mediante a supressão do critério espacial do antecedente da regra-matriz. É o que fez o Decreto-lei nº 288/67 ao equiparar a exportação interna para a Zona Franca de Manaus a uma exportação para o estrangeiro, *verbis*:

Art 3º A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinadas a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação, e sobre (sic) produtos industrializados.[...]

§ 3º As mercadorias entradas na Zona Franca de Manaus nos termos do caput deste artigo poderão ser posteriormente destinadas à exportação para o exterior, ainda que usadas, com a manutenção da isenção dos tributos incidentes na importação.

§ 4º O disposto no § 3º deste artigo aplica-se a procedimento idêntico que, eventualmente, tenha sido anteriormente adotado.

Observe-se que neste último caso tem-se a concessão de incentivo fiscal destinado a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre regiões do País, conforme determina o artigo 151, I da CF/88.<sup>45</sup>

Por oportuno, cumpre ainda acrescentar o entendimento da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que reconhece a incidência do Imposto de Exportação sobre produtos, cujos insumos ingressaram no país pelo regime de *drawback* - conhecido instrumento de incentivo à exportação, que viabiliza o ingresso de insumo no país com isenção ou

<sup>43</sup> CARVALHO, P. B., op. cit., p. 573.

<sup>44</sup> Resolução nº. 42, 2006 da CAMEX.

<sup>45</sup> V. a respeito: *Tributação na Zona Franca de Manaus*, em VV.AA. (MARTINS, I. G. S. coord.), MP Editora, São Paulo, 2008.

suspensão de determinados impostos para ser reexportado após utilizado para fabricação de um produto.

No caso analisado, a empresa contribuinte, atuante no ramo de curtimento e industrialização de couros bovinos, queria a isenção do imposto de exportação em relação ao produto final (couro), cujos insumos foram importados sob o regime de *drawback*. No entanto, prevaleceu o entendimento de que as normas que regem referido regime não contemplam a desoneração pleiteada pelo contribuinte. Com efeito, em 15 out. 2015, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, negou provimento ao Recurso Especial 1313705, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa.

## 8. Contribuinte do IE

Como é cediço, pode figurar no polo passivo da obrigação tributária o contribuinte e o responsável tributário (parágrafo único do art. 121, CTN). Contribuinte é a pessoa que realiza o fato gerador do tributo. Responsável tributário é uma pessoa diversa do contribuinte que também poderá responder pelo pagamento do tributo, devendo a lei, neste caso, lhe assegurar condições de pronto recebimento.

Tratando-se de Imposto sobre a Exportação, considera-se contribuinte o exportador ou quem a lei a ele equiparar, consoante se infere do disposto no artigo 27 do CTN 66. Nesse diapasão, dispõe o artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.578/1977 e o §1º do artigo 217 do Decreto nº 6.759/2009 que exportador é qualquer pessoa que promova a saída do produto do território nacional. Note-se que não se faz necessário que o exportador seja comerciante habitual, podendo ser qualquer pessoa que realize a exportação, com ou sem intuito lucrativo.

## 9. Lançamento do IE

Há três modalidades de lançamento tributário referidas pelo CTN 66, quais sejam: de ofício, por declaração e por homologação.

Denomina-se lançamento por homologação o dever atribuído ao sujeito passivo de efetuar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa que, uma vez regularmente efetuado, homologa-o, conforme dispõe o artigo 150 do CTN 66.

A legislação referente ao Imposto sobre a Exportação impõe ao exportador o dever de registrar a declaração de exportação no SISCOMEX, apresentando de antemão a guia de pagamento do tributo já adimplida.

Deveras, consoante dispõe o artigo 1º da Portaria do Ministério da Fazenda nº 674,<sup>46</sup> o “prazo para pagamento do Imposto de Exportação será de até quinze dias, contados da data do registro da declaração para despacho aduaneiro”. Feito isso, preceitua o artigo 3º que o “Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, comprobatório do pagamento do imposto, deverá ser entregue à unidade da Secretaria da Receita Federal - SRF responsável pelo despacho, juntamente com os documentos que o instruem.”

Sob esse prisma, pode-se dizer que referido imposto sujeita-se ao lançamento por homologação.

## 10. Vinculação de receita e destinação de recursos

Destacam-se como características dos impostos a desvinculação do fato gerador a uma atuação estatal e, de conseguinte, a desvinculação de receitas.

---

<sup>46</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. *Portaria nº 674*, de 23 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o pagamento do Imposto de Exportação. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=29153&visao=original>. Acesso em: 21 ago. 2019.

Deveras, os impostos são espécies de tributos, cujo fato gerador consiste num comportamento do contribuinte ou numa situação na qual ele se encontra. Logo, o produto arrecadado há de satisfazer finalidades públicas gerais do Estado. Nesse sentido, veda expressamente nossa Lei Maior a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa (artigo 167, V).

Contudo, estabelece o Código Tributário Nacional de 1966 que a “receita líquida do imposto destina-se à formação de reservas monetárias, na forma da lei” (art. 28). Desse modo, resta concluir que essa passagem não se encontra recepcionada pela vigente Constituição Federal, assim como o disposto no art. 9º, do Decreto-lei nº 1.578/77, visto que de semelhante teor, *verbis*: “o produto da arrecadação do imposto de exportação constituirá reserva monetária, a crédito do Banco Central do Brasil, a qual só poderá ser aplicada na forma estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional.”

## **11. Considerações Finais**

A União tem competência tributária para instituir o Imposto sobre a Exportação (IE) mediante lei ordinária federal, levando em consideração as normas gerais do Código Tributário Nacional de 1966 (CTN 66), recepcionadas pela Lei maior, definidoras de seu fato gerador, base de cálculo e contribuinte.

Em face da complexidade que envolve a operação de exportação, a qual pode se dar por via terrestre, aérea e marítima, considera-se ocorrido o fato gerador do IE no momento da expedição da guia de exportação ou documento equivalente, de modo que, consoante o posicionamento dos nossos Tribunais Superiores, o fato gerador do IE ocorre no momento em que é feito o registro de exportação junto ao Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX.

Sua base de cálculo é preço usual de mercado do produto exportado, denominado valor aduaneiro. O CTN 66 traz duas modalidades de base de cálculo para o IE: i) a unidade de medida – hipótese em que a alíquota deverá ser uma unidade monetária específica - ou (ii) o preço normal do produto – quando se aplica alíquota *ad valorem*, ou seja, uma percentagem sobre o referido preço.

O Imposto sobre a Exportação tem natureza extrafiscal, facultando-se ao Poder Executivo - no caso a CAMEX, segundo entendimento da Suprema Corte - a tarefa de estabelecer suas alíquotas, desde que que nos limites e condições estabelecidos em lei, sem necessidade de observar os princípios da anterioridade geral e nonagesimal, de modo a estimular a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados e, não, a exportação de tributos.

A incidência do imposto de exportação encarece o produto nacional e, por tal razão, proporciona uma concorrência desigual em sua comercialização no exterior. A legislação tributária referente ao imposto de exportação no Brasil, todavia, é pertinente em face do princípio da livre concorrência, pois sua finalidade cinge-se a estimular a exportação de produtos nacionais ou nacionalizados e, não, a exportação de tributos. Nesse sentido, também, é a interpretação que tem sido dada pelo Supremo Tribunal Federal para traçar os contornos da imunidade tributária.

Em razão do atual estado de calamidade pública, causado pela pandemia Covid-19, toda a atenção voltou-se para a saúde pública, relegando-se a um segundo plano o desenvolvimento econômico e, em meio a ações solidárias, todos fomos abençoados com o recorde na exportação brasileira de bens de primeira necessidade, tais como soja, carnes e algodão.

Neste período de calamidade pública, nosso Legislativo, Executivo e Judiciário têm, ademais, uma especial oportunidade de zelar pelos valores democráticos e resgatar a confiança do povo brasileiro, assegurando transparência na distribuição de recursos públicos para a efetiva consecução de finalidades públicas, afastando-se da corrupção e da má-gestão, em prol da integridade organizacional e, conseqüentemente, da redução da desigualdade socioeconômica.

## **12. Referências**



- ADAMI, Andreia de Oliveira. *CEPEA*, 2020. Exportações do agronegócio brasileiro em meio à pandemia do Coronavírus. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/opinioao-cepea/exportacoes-do-agronegocio-brasileiro-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus.aspx?pagina=2>. Acesso em: 29 maio 2020.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação – referências – elaboração*. Rio de Janeiro: ABNT, 2018.
- BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualizadora: Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Circular nº 2767*, de 11.07.1997. Altera o Regulamento de Câmbio de Exportação instituído pela Circular nº 2.231, de 25.09.92. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1997/pdf/circ\\_2767\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1997/pdf/circ_2767_v1_O.pdf). Acesso em: 30 maio 2020.
- BRASIL. [Código Tributário Nacional (1966)]. *Código Tributário Nacional*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm). Acesso em: 27 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. [Constituição Federal (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Decreto-lei nº 1.578*, de 11 de outubro de 1977. Dispõe sobre o imposto sobre a exportação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del1578.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1578.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Decreto nº 2.876*, de 14 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o imposto de exportação e do imposto sobre produtos industrializados na comercialização de cigarros. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2876.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Medida Provisória nº 2.158-35*, de 24 de agosto de 2001. Altera a legislação das Contribuições para a Seguridade Social - COFINS, para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e do Imposto sobre a Renda, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/2158-35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2158-35.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. *Aviso nº 1.331*, de 27 de julho de 2000. Dispõe sobre a Proposta de Emenda Constitucional que altera os artigos 149 e 177 da Constituição Federal. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD16AGO2000.pdf#page=35>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. *Portaria nº 674*, de 23 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o pagamento do Imposto de Exportação. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=29153&visao=original>. Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. [PEC 33 (2001)]. *Proposta de Emenda Constitucional nº 33 – Exposição de Motivos*, 27 de julho de 2000. Altera os arts. 149, 155 e 177 da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, [2000]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/2001/emendaconstitucional-33-11-dezembro-2001-426596-exposicaodemotivos-149203-pl.html>. Acesso em: 30 maio 2020.
- \_\_\_\_\_. [PEC 45 (2019)]. *Proposta de Emenda Constitucional nº 45*, de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7265B75A5868F1AB66C9541DC7B1B8A8.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7265B75A5868F1AB66C9541DC7B1B8A8.proposicoesWebExterno1?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019). Acesso em: 27 ago. 2019.

- \_\_\_\_\_. [Regulamento Aduaneiro]. *Decreto nº 6.759*, de 5 de fevereiro de 2009. Dispõe sobre a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Resolução CAMEX nº 17*, de 6 de junho de 2001. Dispõe sobre Imposto de Exportações de armas e munições. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/noticias/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/315-resolucao-n-17-de-6-de-junho-de-2001>. Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. *Resolução CAMEX nº 42*, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a aplicação de Imposto de Exportação sobre o couro *wet blue* e o couro salgado. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/583-resolucao-n-42-de-19-de-dezembro-de-2006>. Acesso em: 21 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial 964.151/PR*. Tributário. Recurso especial. Imposto de exportação. Fato gerador. Açúcar. Registro da venda no SISCOMEX posterior à vigência da MP n. 655/94 e da resolução do BACEN n. 2.112/94. Majoração da alíquota. Legalidade. Recorrente: Cooperativa de Produtores de Cana de Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo (COPERSUCAR). Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. José Delgado, 22 de abril de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761867&num\\_registro=200701461591&data=20080521&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=761867&num_registro=200701461591&data=20080521&formato=PDF). Acesso em: 26 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso Especial 252.241/RJ*. Imposto de Importação e Imposto de Exportação são da mesma espécie e podem ser compensados. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrida: S/A Usina Coruripe Açúcar e Alcool. Relatora para acórdão: Min. Eliana Calmon, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=377470&num\\_registro=200000266426&data=20040927&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=377470&num_registro=200000266426&data=20040927&formato=PDF). Acesso em: 17 set. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 224.285/CE*. Constitucional. Tributário. Imposto de importação. Majoração de alíquota. Decreto. Ausência de motivação e inadequação da via legislativa. Exigência de lei complementar. Alegações improcedentes. Recorrente: União. Recorrida: Ana Cristina Cysne Soares. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de março de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250785>. Acesso em: 30 maio 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 570.680/RS*. Tributário. Imposto de exportação. Alteração de alíquota. Art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Competência privativa do Presidente da República não configurada. Atribuição deferida à CAMEX. Constitucionalidade. Faculdade discricionária cujos limites encontram-se estabelecidos em lei. Recurso Extraordinário desprovido. Recorrente: indústria de Peles Pampa LTDA. Recorrida: União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606568>. Acesso em: 30 maio 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário 564.413/SC*, Imunidade – capacidade ativa tributária. A imunidade encerra exceção constitucional à capacidade ativa tributária, cabendo interpretar os preceitos regedores de forma estrita. Imunidade – exportação – receita – lucro. A imunidade prevista no inciso I do § 2º do artigo 149 da carta federal não alcança o lucro das empresas exportadoras. Lucro – contribuição social sobre o lucro líquido – empresas exportadoras. Incide no lucro das empresas exportadoras a



- contribuição social sobre o lucro líquido. Recorrente: INCASA S/A. Recorrida: União. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de agosto de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617645>. Acesso em: 30 maio 2020.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 223.796/PE*, Tributação. Exportação de açúcar. Imposto de Exportação. Fato gerador: registro no sistema integrado de comércio exterior – SISCOMEX. Ocorrência antes da edição das resoluções 2.112/94 e 2.136/94, que majoraram a alíquota do referido tributo. Impossível a retroatividade dessas normas para atingir as operações de exportação já registradas, sob pena de ofensa ao princípio do direito adquirido (art. 5º XXXVI da Constituição). Precedente da Turma. Recorrente: Usina Central Berreiros S/A. Recorrida: União. Relatora: Min. Ellen Gracie, 16 de outubro de 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250590>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 578.372/SC*. Constitucional e tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Imposto de exportação. Fato gerador: registro no sistema integrado de comércio exterior - SISCOMEX. Agravante: SIMAB S/A. Agravada: União. Relatora: Min. Ellen Gracie, 9 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609349>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 628.848/RS*. O conteúdo da legalidade tributária consiste em reservar à lei em sentido estrito os critérios constantes da regra-matriz de incidência, os quais se reportam à materialidade, espaço, tempo, sujeição passiva e ativa, alíquota e base de cálculo. Trata-se dos componentes estruturais da norma impositiva. Especificamente com relação ao imposto de exportação, a definição dos produtos sujeitos à incidência é uma decisão política, excluída da reserva legal e conferida ao Poder Executivo por força do viés predominantemente extrafiscal deste tributo. Embargante: FICOL - Fuzinato Indústria e Comércio de Óleos Ltda. Embargada: União. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 19 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6693694>. Acesso em: 17 set. 2019.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário 759.244/PE*, Relator Min. Edson Fachin, 24 de março de 2020. Repercussão geral. Direito tributário. Imunidade tributária das exportações. Contribuições previdenciárias. Receitas decorrentes de exportação. Exportação indireta. Trading companies. Art.22-a, lei n.8.212/1991. Recorrente: Bionenergia do Brasil S/A. Recorrida: União. Relator: Min. Edson Fachin, 12 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4430322&numeroProcesso=759244&classeProcesso=RE&numeroTema=674>. Acesso em: 28 maio 2020.
- BRASIL registra alta de exportações para China em meio à crise da covid-19. UOL, 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/05/14/brasil-registra-alta-de-exportacoes-para-a-china-em-meio-a-crise.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 20 maio 2020.
- CANADO, V. R. Desenvolvimento, Direito, Economia, Fiscalidade e Extrafiscalidade: análise da natureza dos incentivos e benefícios fiscais sob uma perspectiva interdisciplinar. In: DE SANTI, E. (org.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 822-823.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORONAVÍRUS: saiba o que é uma pandemia. *Agência Brasil*, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/coronavirus-saiba-o-que-e-uma-pandemia>. Acesso em: 20 maio 2020.
- GRUPENMACHER, Betina Trieger. Sistema Tributário e Reforma. Eficiência X Direitos e Garantias Fundamentais. In: DE SANTI, E. (org.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2011, p. 81-96.
- EMPRESAS mostram solidariedade para reduzir impactos da Covid-19. *JORNAL DO COMÉRCIO*, 2020. Disponível em: [https://www.jornaldocomercio.com/conteudo/especiais/dia\\_da\\_industria/2020/05/740009-solidariedade-na-luta-contra-a-covid-19.html](https://www.jornaldocomercio.com/conteudo/especiais/dia_da_industria/2020/05/740009-solidariedade-na-luta-contra-a-covid-19.html). Acesso em: 30 maio 2020.
- LIMA, José Antônio. Imunidades: discussão sobre um caso concreto. In: DE SANTI, E. (org.). *Tributação e desenvolvimento: homenagem ao professor Aires Barreto*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2011, p. 423-440.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tributação na Zona Franca de Manaus*. São Paulo: MP Editora, 2008.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- PINTO, Márcio Percival Alves; Geraldo Biasoto Jr. *Política fiscal e desenvolvimento no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2006.
- RAMOS FILHO, Carlos Alberto (org.). *Normas gerais de direito tributário: estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional*. Curitiba: CRV, 2016.
- REGRAS de publicação. *Cadernos de Direito Actual*, 2020. Disponível em: <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos>. Acesso em: 30 maio 2020.
- SENADO aprova auxílio de R\$ 125 bilhões para estados e municípios. Agência Senado. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/02/senado-aprova-auxilio-de-r-125-bilhoes-para-estados-e-municipios>. Acesso em: 30 maio 2020.
- SHOUEI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. São Paulo: USP, 2002.
- TIPKE, Klaus (2013). *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Tradução: Elisete Antoniuk. 18. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2013. 2 v.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 4 v.
- VOSGERAU, D., RIBEIRO, M.M. Perspectivas da neutralidade tributária, da extrafiscalidade e da livre concorrência diante da substituição tributária e da tributação monofásica. In: FOLMANN, M.; GONÇALVES, O.O. (coord.). *Tributação, Concorrência & desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 103-120.

## **O Constitucionalismo Transnacional a partir da matriz historicista: do território ao mundo**

Transnational Constitutionalism from the historicist matrix:  
from the territory to the world

**Bruno Cozza Saraiva<sup>1</sup>**

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria (Itália)

**Sumário:** Introdução. 1. O Constitucionalismo como construção da história-existência humana. 2. Do território ao mundo: a desterritorialização do Estado e a desconstitucionalização dos direitos. 3. Estado e Soberania: a "Doble Vocación Histórica" do Constitucionalismo na perspectiva transnacional. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho tem como escopo discorrer, na primeira parte, acerca da formação-construção do Constitucionalismo a partir das suas fases (primitiva, revolucionária e liberal) surgidas e desenvolvidas historicamente. Nesta mesma lógica, para a compreensão do fenômeno constitucional, na segunda parte será estudada a territorialização do Estado – poder – como limite espaço-tempo, bem como a sua desterritorialização. Por fim, na terceira discutir-se-á sobre a "Doble Vocación Histórica" do Constitucionalismo em uma perspectiva transnacional, levando-se em consideração que na era global os problemas ultrapassam os limites do Estado-nacional, assim como ultrapassam a tutela do Constitucionalismo Moderno-Territorial. Para isso, utilizar-se-á uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta.

**Palavras-chave:** Estado, Territorialização, Desterritorialização, Doble Vocación Histórica, Constitucionalismo Transnacional.

**Abstract:** The present work aims to discuss, in the first part, about the formation-construction of Constitutionalism from its phases (primitive, revolutionary and liberal) that emerged and developed historically. In this same logic, in order to understand the constitutional phenomenon, the second part will study the territorialization of the State - power - as a space-time limit, as well as its deterritorialization. Finally, the third will discuss the "Doble Vocación Histórica" of Constitutionalism in a transnational perspective, taking into account that in the global era, problems go beyond the limits of the national state, as well as over the tutelage of Constitutionalism Modern-Territorial. For this, a phenomenological-hermeneutic approach methodology, historical and monographic

---

<sup>1</sup> Professor do Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Realiza estágio pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito, com bolsa da própria instituição, no MICHHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Assistente universitário no MICHHR (Mediterranea International Centre for Human Rights Research) da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, com estágio na Università Degli Studi Firenze, UNIFI, Itália. Mestre em Direito Público (Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul - ESMAFE. Advogado.

procedure methods will be used, together with the indirect documentation search technique.

**Keywords:** State, Territorialization, Desterritorialization, Double Historical Vocation, Transnational Constitutionalism.

## INTRODUÇÃO

A discussão acerca do Constitucionalismo, tanto primitivo quanto contemporâneo, seja através da construção das instituições político-jurídicas que territorializaram este fenômeno ou, até mesmo, a partir da existência-complexidade humana, apresenta-se, em todos os tempos, de fundamental importância para a compreensão das relações políticas, jurídicas bem como também econômicas que envolvem um determinado, temporalmente falando, território.

Para isso, ou seja, para esta compreensão, o estudo da formação-construção do Constitucionalismo, juntamente com a territorialização do Estado e, conseqüentemente, o estudo da sua lógica inversa, qual seja, o da desterritorialização capitaneada pelas globalizações e pela mundialização da existência humana, insurge-se, neste cenário, como condição de possibilidade – não para uma solução – para uma ressignificação do Constitucionalismo e da sua “Doble Vocación Histórica” enquanto instrumento, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “de Resistência e de Participação”.

Assim, na primeira parte deste trabalho, para que a realização da análise que se propõe, discutir-se-á sobre o Constitucionalismo como construção da história-existência humana. Dessa forma, o Constitucionalismo Primitivo, o Constitucionalismo das Revoluções e o Constitucionalismo da Época Liberal, que compuseram e compõem, axiologicamente, a estrutura conteudística do Movimento Constitucional, serão apresentados adiante, cada um nas suas respectivas importâncias.

Na segunda parte, que se justifica pela relevância atual, tratar-se-á da temática relativa à análise acerca do Território ao Mundo: a desterritorialização do Estado e a desconstitucionalização dos direitos. Isto quer dizer que para uma sofisticada proposição analítica referente à construção estatal, somente a verificação da sua composição por meio dos seus dilemas, para este trabalho, não se apresentaria suficiente. Em consequência disso, a utilização de autores como Saskia Sassen, Carl Schmitt, entre outros, que propõem uma análise, por um lado, com base na formação do território e das suas instâncias de poder e, por outro, com base na desterritorialização do Estado, se mostrará relevante para a compreensão do quadro histórico contemporâneo.

Por fim, na terceira parte discorrer-se-á sobre Estado e Soberania: a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo na perspectiva transnacional, apresentando-se, esta discussão, necessária à verificação das possibilidades de construção, por meio da sua “Doble Vocación Histórica”, de um Constitucionalismo Transnacional. Ademais, para isso, apontar-se-á que, na era global, os problemas ultrapassam os limites do Estado-nacional, assim como ultrapassam a tutela do Constitucionalismo Moderno-Territorial, justificando-se, portanto, a importância deste estudo em um cenário político e jurídico desterritorializado ou, melhor, em um cenário em que o Constitucionalismo deverá, ainda, resistir e participar.

No intuito de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), métodos de procedimento histórico (uma vez que consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intuito de verificar a sua influência na sociedade contemporânea) e monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta.

## 1. O Constitucionalismo como construção da história-existência humana

Uma análise histórica acerca da existência humana possibilita, em um primeiro momento, para verificar a construção e, ao mesmo tempo, as sucessivas transformações do Constitucionalismo, compreender que, da civilização primitiva à civilização contemporânea, não há, historicamente falando, sociedade-/comunidade destituída de regras. Esta breve, porém, importante afirmação-constatação, é condição de possibilidade para que seja permitido explicitar, tanto no *civil law* quanto no *common law*, que o direito e, posteriormente, o Constitucionalismo, desenvolveram-se e desenvolvem-se à medida em que as relações sociais – de ordem cultural, política e econômica – modificam-se, seja em razão das influências do espaço (geografia) e do tempo (velocidade) das instituições lato sensu, seja, também, em razão do alcance – incidência – da existência humana.

Por isso, para uma análise mais adequada, isto é, para uma análise mais verossímil e, principalmente, desapaixonada sobre este fenômeno, que é o Constitucionalismo, ao optar-se pela verificação histórica dos acontecimentos, ao invés da verificação – não menos importante – estritamente classista-marxista, realizada por meio da luta de classes, se preferiu compreender o Movimento Constitucional a partir da linearidade característica da matriz historicista<sup>2</sup>. Dessa forma, como não poderia deixar de ser, nesta primeira parte, por se tratar de uma relação umbilical entre Estado e Constituição, o Constitucionalismo, enquanto construção da história-existência humana, será relacionado com as transformações surgidas através do desenvolvimento do Estado Moderno.

Com isso, para se discorrer acerca do Movimento Constitucional, eleger-se-á três categorias específicas que tratarão de demonstrar, cronologicamente, a inter-relação deste fenômeno com as transformações do Estado, transformações estas capitaneadas pelo desenvolvimento civilizacional ou, por outras palavras, pela complexidade advinda da existência humana. Assim, para esta finalidade, o Constitucionalismo Primitivo, o Constitucionalismo das Revoluções e o Constitucionalismo da Época Liberal, todas estas três categorias verificadas por meio da compreensão teórica e histórica de Maurizio Fioravanti e outros, proporcionarão, ao fim e cabo, uma breve demonstração acerca das experiências que acarretaram nas concepções constitucionais e estatais contemporâneas.

A linearidade do Movimento Constitucional, é dizer, do Constitucionalismo propriamente dito, primitivamente falando, iniciou-se, sobretudo, a partir de “una constitución que sostener y que defender, pero esta no presupone un poder soberano que represente en conjunto a la comunidade política a la que se refiere la constitución, ni está destinada a garantizar los derechos individuales conforme al principio de igualdad<sup>3</sup>”. Diferentemente deste contexto, o substantivo constituição, no que se refere a sua etimologia, significa ou, até mesmo, expressa – objetivamente – uma ideia de conjunto, de algo que está para ser ou que já esteja constituído. É por isso que desse conceito se extrai, por assim dizer, duas das principais características do Constitucionalismo, quais sejam: resistência<sup>4</sup> e participação<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> En estos últimos años, las cuestiones sobre historia del constitucionalismo se han entrelazado cada vez más con los problemas actuales, con las dificultades y las perspectivas del constitucionalismo de hoy. [...] Ha nacido de una circunstancia particular en la que el historiador del constitucionalismo venía obligado a situarse, desde diversos ángulos, en este entrecruzamiento entre historia e teoría, entre pasado y presente, requerido, según las circunstancias, por los filósofos del derecho o de la política, por los constitucionalistas y por los historiadores del derecho, de las doctrinas o de las instituciones políticas. Se ha podido comprobar de este modo cómo ha ido transformándose un debate que tiene en realidad para todos, con independencia de las disciplinas, un único centro: la propia *constitución*, su historia y su teoría. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 13-14.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>4</sup> La constitución no es una norma que se aplique a la comunidade por la voluntad de un poder definido, porque no es substancialmente más que la propia comunidade en su aspecto más básico y característico”. *Ibidem*, p. 27.

No entanto, estas características, que podem ser traduzidas, para a construção que se propõe, em Soberania, liberdade e igualdade, são desconhecidas “[...] para la realidad política y social en la que adquiere firmeza el constitucionalismo primigenio. Pero entonces ¿cómo se puede representar la constitución de este periodo histórico, esto es, de los primeros siglos de la Edad Moderna, los anteriores a las revoluciones [...]?”<sup>6</sup> Dessa maneira, nesta conjuntura histórica, em que a Constituição não representava uma dada comunidade assim como também não garantia direitos e liberdades, ela representava, levando-se em consideração as jurisdições superpostas<sup>7</sup>, as concepções políticas, sejam de ordem feudal, sejam de ordem corporativa, anteriores à formação dos Estados. Dito de outra forma, nesta época, ou seja, no Feudalismo, a Constituição não expressava uma unidade-território, pois não havia, em decorrência das próprias características deste modelo político, uma autoridade e um território exclusivos.

Assim, a Constituição se apresentava, nestes espaços políticos e territoriais, “[...] conforme a reglas consuetudinarias, pero también escritas, acordadas generalmente con el señor o con aquel que ocupa una posición preeminente en esse preciso territorio, en el espacio de esa ciudad concreta<sup>8</sup>”. Estas regras não somente consuetudinárias, mas também teológicas, delimitavam a disputa – por hegemonia – entre o Império e a Igreja, convivendo ambas ainda com as jurisdições feudais. Portanto, para que seja possível, mesmo que minimamente, compreender os limites do Constitucionalismo Primitivo, se torna fundamental, no espaço deste texto, discorrer acerca da Soberania, dos direitos e das liberdades em um contexto, segundo a terminologia utilizada por Maurizio Fioravanti, primitivo.

Para esta compreensão, ou seja, para a compreensão das limitações desta fase do Constitucionalismo, em razão da importância destas categorias já mencionadas – Soberania, liberdade e igualdade –, demonstrar-se-á, brevemente, o modo pelo qual se encontravam estabelecidas, mesmo que primitivamente, estas três categorias, a começar pela ideia de Soberania. Assim, no que condiz, em um primeiro momento, a não territorialidade da Soberania, se pode dizer que a inexistência de centralização do poder ou, até mesmo, a ausência de uma instituição hegemônica-centralizadora, possibilitou que a Soberania – de fato – estivesse restrita apenas ao âmbito de incidência do Império, da Igreja e dos Feudos. Por outras palavras, cada uma destas Instituições possuía a sua soberania – de fato – interna, restrita aos limites espaciais de atuação das mesmas.

Neste período transitório e, por assim dizer, multifacetado, o Império e a Igreja buscaram desenvolver teorias próprias acerca da Soberania, pois, em um conflito pelo poder, ambos almejavam a edificação e a centralização de um modelo de autoridade máxima. Este conflito, genericamente falando, precedeu ao nascimento do Estado na sua vertente – basilar – soberana e territorializada, já que, neste período, a autoridade “[...] tampoco se constituía mediante un sistema abstracto de gobierno mediado por el derecho formal. En realidad, se basaba en un sistema de vínculos jerárquicos que no estaban claramente definidos<sup>9</sup>”. Justamente por isso, isto é, pela inexistência de um

---

<sup>5</sup> [...] y en la segunda vertiente, la tendencia paralela, que es precisamente la del constitucionalismo, a contener esos poderes, a ofrecer y definir limites y garantías y a introducir además, dentro de este proceso histórico, el elemento de la participación y del consenso con la progresiva construcción de las asambleas representativas. *Ibidem*, p. 143.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 20-21.

<sup>7</sup> Así, los actores sociales y políticos más importantes controlaban determinados espacios geográficos, como los feudos y la iglesia, lo que nos permite describir el panorama medieval como um paisaje marcado por la dispersión de pequeñas soberanías de facto em um amplio sistema de jurisdicciones inconexas y, muchas veces, superpuestas. No obstante, aunque los señores feudales tenían jurisdicción sobre las fincas y las tierras que se les otorgaban, carecían de autoridad territorial exclusiva. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 60.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 21.

<sup>9</sup> SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 62.

direito formal, os direitos e, as obrigações advindas destes, dependiam dos vínculos pessoais<sup>10</sup>.

Com isso, a partir deste cenário, em que a autoridade política e jurídica se encontrava distribuída entre as instituições que consubstanciavam este período histórico, se torna possível dizer, no que se refere, especificamente, aos direitos e liberdades, “[...] tanto los más antiguos, de cuño medieval, existentes en la realidad como privilegios locales o estamentales, como los nuevos que bullen en el seno de la cultura comunal – son la materia de la que se ocupa el constitucionalismo primigenio<sup>11</sup>”. Em consequência disso, a ocupação relativa à formação de uma unidade, seja ela política, seja ela jurídica ou, até mesmo, territorial, se iniciou, de maneira multifacetada, por meio da unificação<sup>12</sup> do território e, ao mesmo tempo, pela adoção de uma forma moderada e equilibrada de governo que, substancialmente, estaria pautada no cultivo de uma cultura – comum – política e jurídica.

Esta forma moderada e equilibrada que se converteu, no decorrer da história, em igualdade, não entre os indivíduos, mas sim entre as instituições e as forças de um dado território, condicionou, linearmente, “[...] a cada una de ellas un espacio propio, justo y proporcionado, y evitar así que se enfrenten de un modo tan amenazador que comprometa la integridad y la estabilidad de la res publica, de la existencia política común<sup>13</sup>”. O que se quer dizer com isso, a partir da análise das premissas fundacionais do Constitucionalismo, é que, para que fosse viabilizada a construção de toda uma autoridade comum e consubstanciada, sobretudo, por direitos e liberdades não mais vinculados a determinada classe social, tornar-se-ia necessário que o Constitucionalismo se apresentasse como condição de possibilidade para a ruptura dos traços medievais que, de maneira multifacetada, caracterizaram, até o século XVIII, todo um imaginário político, jurídico e social.

Assim, como consequência do desenvolvimento das premissas basilares que deram início ao Movimento Constitucional, “[...] casi hacia finales del siglo XVIII y a un paso de las revoluciones, el constitucionalismo, emancipado ya del viejo panorama medieval de cuerpos y estamentos, y encauzado en la moderna tutela de los derechos individuales, permanece firmemente vinculado a los modelos del constitucionalismo primigenio<sup>14</sup>”. Todavia, mesmo emancipado das características do antigo contexto histórico, o Constitucionalismo, apesar das peculiaridades advindas desta emancipação, ainda se manteve desvinculado da soberania popular ou, melhor, da sua radicalização promovida no período das Revoluções<sup>15</sup> que, ao fim e ao cabo, buscou promover, à contramarcha da própria concepção de moderação e equilíbrio, a democracia.

<sup>10</sup> Los derecho y las obligaciones específicas de los grupos y personas dependían de su posición en un sistema de vínculos personales, no de la ubicación en un territorio determinado, aunque a veces dichos vínculos se concentraron en algún territorio. Incluso en los casos en que aparece cierta forma de soberanía que podían afectar a cada zona. Además, esta economía también se constituía en gran medida a partir de las relaciones personales entre el gran señor y los señorios. En términos generales, este sistema de derecho y obligaciones es tanto un resultado como una causa de las configuraciones económicas y militares específicas que posibilitaron la existencia de ciertas fuentes de legitimación particulares. A su vez, esto implica que los señores feudales podían convertirse en enemigos de las autoridades centralizadas, como la Iglesia y el Imperio. *Ibidem*, p. 63.

<sup>11</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 21.

<sup>12</sup> Para reconocerlos y para garantizarles un espacio propio, incluso en el seno de una existencia política común, es necesario que el gobierno del territorio o de la ciudad adopte una *forma equilibrada y moderada* que, em la cultura política y constitucional de la primera Edad Moderna, se relaciona con los grandes modelos de la Antigüedad: la *miktè politéia* de los griegos y la *res publica* de los romanos. *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>15</sup> Y, sobre todo, ese constitucionalismo, como se ve de modo claro en el caso de Montesquieu y del propio Blackstone, no actúa solo contra la exorbitancia de los poderes tradicionales, como el monárquico, sino también contra las nuevas tendencias de cuño democrático que, como en Inglaterra, querían basar el gobierno sobre el poder de la mayoría, radicada a su vez en el

É neste cenário, capitaneado por transformações, sejam elas políticas, jurídicas e sociais, que o Constitucionalismo das Revoluções buscou refundar "[...] el orden político, y con él la constitución. Pero para ello no había de partir de nuevo de la realidad concreta de los sujetos políticos, de los estamentos, de las ciudades e de los territorios, porque estos sujetos habrían vuelto a instaurar, sin duda, la lógica del pacto que Hobbes consideraba destructiva<sup>16</sup>". Por isso, esta contraposição à realidade concreta, como justificativa para uma igualdade em abstrato, em que os indivíduos, enquanto membros de uma comunidade, deveriam possuir iguais direitos, surgiu, fundamentalmente, para combater a atribuição de direitos apenas a determinadas classes que compunham o imaginário social anterior às Revoluções. Isto porque a igualdade estabelecida neste período não considerava os indivíduos em abstrato, pois a vigência de uma soberania de fato e condizente a cada Instituição, levando-se em consideração a coexistência de Instituições e forças, contribuiu para a formação e para a manutenção, em um mesmo território, de grupos com ordens jurídicas autônomas.

Entretanto, a busca pela igualdade abstrata, que se inspirou, nesta época revolucionária, na igualdade advinda de um suposto Estado de Natureza, suscitou, historicamente falando, restrições no que diz respeito à concepção de moderação e equilíbrio cultivada pelo Constitucionalismo Primitivo, de modo que "[...] la igualdad, en el estado de naturaleza, no es sino la pretensión de cada cuál, y por lo tanto de todos, de tener acceso a todo. Es, pues, una vía que lleva de nuevo a la guerra civil y a perder la perspectiva del orden político<sup>17</sup>". Dessa forma, a ficção representada pelo fim ou pela saída-abandono do Estado de Natureza possibilitou, sobretudo, a edificação de uma ordem política comum que, a partir do reconhecimento<sup>18</sup> de um soberano, condicionou a construção do Estado Moderno.

Com a edificação dessa ordem política e com as consequências dela advindas, se pode dizer que, "a partir de ese momento, através del gran artificio de la representación, ya no son una multitud de individuos, sino una realidad por fin ordenada, es decir, un pueblo<sup>19</sup>". Com efeito, neste estágio civilizacional, em comparação com o de outrora, que era composto por sujeitos, em um mesmo território, distribuídos em diversas classes desiguais entre si, todos os sujeitos, representados por uma unidade denominada de povo, passaram a se submeter a uma mesma autoridade e, por conta disso, por meio de uma igualdade que se aproximava da originária, passaram a compor o "núcleo da Constituição<sup>20</sup>". No entanto, apesar das características próprias deste Constitucionalismo, tais como o equilíbrio entre os poderes e o direito de resistência em face do soberano, o surgimento de um outro Constitucionalismo, ou, ao menos, de outras características, características estas referentes às bases teóricas, buscou em Hobbes e em Rousseau as condições necessárias para uma compreensão política e jurídica acerca das revoluções do final do século XVIII<sup>21</sup>.

Com isso, no contexto da Revolução Francesa, que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no que condiz, especificamente, à igualdade, se pode dizer que fora iniciado o processo de consolidação tanto da igualdade de nascimento, ou seja, a natural, quanto da igualdade proveniente da força da lei. De fato, a partir destas características ocorrera uma transformação relativa à Soberania, pois, ao invés da

---

consenso popular. Esta tendencia hacia lo que el próprio Montesquieu designaba como igualdad extramada debía ser combatida por el constitucionalismo en el nombre de los ideales más antiguos de la moderación y del equilibrio. Al comienzo de las revoluciones, efetivamente, constitucionalismo y democracia no eran aliados. *Ibidem*, p. 30.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>17</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 31.

<sup>18</sup> De modo que esos individuos eligen racionalmente salir del estado de naturaleza y reconocer a un soberano, a quien autorizan a manifestar una autoridad dotada de fuerza vinculante. *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Este último es mucho más que el poder principal, el núcleo de la constitución, como lo era en definitiva para Bodino: ahora es más bien la premisa necesaria para la existencia misma de la constitución porque sin el reconocimiento del soberano no existirá orden político alguno y, por lo tanto, ninguna atribución de derechos individuales, en definitiva, no existiría constitución. *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 31-32.



manutenção das soberanias particulares, conforme já fora demonstrada, fora desenvolvida, gradualmente, a “[...] soberanía de la nación. Los propios derechos individuales, proclamados primero en la Declaración como previos a la autoridad política, resultan luego posible y concretos tan solo en cuanto estén previstos en la ley<sup>22</sup>”. Parece, assim, que a “vontade geral<sup>23</sup>”, representada pelas concepções teóricas de Rousseau, em seu Contrato Social, influenciou, de maneira preponderante, todo este acontecimento histórico.

Por isso, a principal preocupação de Rousseau, no que diz respeito à “vontade geral”, estaria adstrita, fundamentalmente, a maneira pela qual a universalidade da lei poderia ser mantida<sup>24</sup> em face dos interesses particulares e, principalmente, em face do legislador. Com efeito, tanto para Rousseau quanto para Hobbes, “[...] la garantía de los derechos no debe confiarse al equilibrio de poderes, sino la fuerza de la ley general y abstracta<sup>25</sup>”. Todavia, para garantir esta “vontade geral” e, juntamente com ela, os direitos, Rousseau, a partir da ideia de poder “soberano do povo”, isto é, da representação direta, em contraposição àquela capitaneada pela figura do Soberano, buscou resguardar, no seio do povo, o poder de fazer e, por consequência, de manter a Lei. Em razão disso, “[...] la revolución oscilará durante mucho tiempo entre la democracia representativa y la democracia directa, opuestas entre sí [...]”<sup>26</sup>.

Ainda assim, nesta mesma conjuntura, “[...] ni la asamblea soberana de los representantes de la nación ni el pueblo soberano de Rousseau aceptaban de buen grado mantener el equilibrio con los otros poderes o estar limitados por una ley fundamental, por una constitución<sup>27</sup>”. Portanto, as Revoluções, abordada, neste trabalho, como contributo ao Movimento Constitucional, somente e brevemente a Revolução Francesa, produziram o Constitucionalismo da “vontade geral”, de modo que características como a igualdade, a legitimação dos poderes e a universalidade-generalidade da lei, todas estas de matriz hobbesiana e rousseauiana, juntamente com limites ao poder do povo e do soberano, heranças americanas<sup>28</sup>, consubstanciaram todo o cenário que culminou em um entrelaçamento de condições advindas, principalmente, das Revoluções Francesa e Americana.

Após este desenho acerca da história do Constitucionalismo, ou seja, após estes breves apontamos sobre o Constitucionalismo Primitivo e o Constitucionalismo das Revoluções, abordar-se-á, nos mesmos moldes, o Constitucionalismo da Época Liberal. Desse modo, o Constitucionalismo desta época, como finalidade precípua, para Maurizio Fioravanti, buscou, em face daquilo que este constitucionalista denominou de “fábrica de constituciones<sup>29</sup>”, apontar o que esta característica representou, em termos de

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>23</sup> [...] Somente a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo a finalidade de sua instituição, que é o bem comum: se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, é a concordância desses mesmos interesses que o tornou possível. ROUSSEAU, J.J. *O contrato social*, L&PM Editores, 2019, p. 43.

<sup>24</sup> Afirmo, portanto, que a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se e que o soberano, que não é senão um ser coletivo, só pode ser representado por ele mesmo; o poder pode perfeitamente ser transmitido, mas não a vontade. ROUSSEAU, J.J. *O contrato social*, L&PM Editores, 2019, p. 43.

<sup>25</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 33.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Si miramos ahora la Revolución americana en general e intentamos colocarla en la historia del constitucionalismo, nos damos cuenta de que se puede representar como un intento original de conjugar la tradición constitucional europea con la novedad de la soberanía popular. Los americanos culpaban a los europeos, y en particular a los ingleses, por su innegable traición a esa tradición, que eles había impulsado a abandonar el principio fundamental del equilibrio de poderes e y a aproximarse a fórmulas de auténtico absolutismo parlamentario. *Ibidem*, p. 42.

<sup>29</sup> En efecto, esta época adquiere concreción, incluso en el terreno de la historia constitucional, a través de la cerrada crítica a la revolución y, en particular, precisamente al carácter de la revolución como *fábrica de constituciones*, como un incesante proceso constituyente que, al producir una constitución dentro de la otra, acababa, paradójicamente, por destruir precisamente

integridade e de consolidação, para o Constitucionalismo enquanto movimento histórico. Com isso, a partir desta outra fase do Constitucionalismo, em oposição ao radicalismo da fase anterior, que pensava estar a Constituição a reboque de um determinado momento político capitaneado por um povo soberano, a fase liberal, com base no Constitucionalismo Inglês, reconheceu, na Revolução Francesa, especificamente no poder constituinte, “[...] una nueva forma de auténtico despotismo, entendido como la pretensión de ampliar hasta el infinito su poder normativo en todo el ámbito de las relaciones civiles. Frente a ello se recuerda una vez más el valor positivo del ordenamiento inglés en el que la autoridad legislativa<sup>30</sup> encontrava, como limite, a segurança e a propriedade dos membros da sociedade.

Estas limitações como garantias contra as maiorias, ou, até mesmo, contra o arbítrio do legislador, proporcionaram, à estrutura constitucional da época, a construção de uma tradição jurídica que, ao contrário da época anterior, passou a atribuir estabilidade e equilíbrio às relações civis e políticas. Neste sentido, “[...] el modelo constitucional inglés, a través de Burke, se propone representar no solo el modelo preferible, com mucha diferencia, para la garantía de los derechos, sino el modelo en el cuál se tutelaba con más fuerza el valor de la obligación política y su estabilidad[...]”<sup>31</sup>. Entretanto, mesmo que estas características tenham se consubstanciado em parâmetros fundamentais para este modelo/fase do Constitucionalismo, a crítica de “Burke era especialmente inflexible y, desde luego, no representaba todo el panorama liberal. Pero respondia a una necesidad extendida y sincera de estabilidad y de construir soluciones políticas y constitucionales moderadas y, sobre todo, limitadas [...]”<sup>32</sup>.

Além disso, não somente na Inglaterra surgiram críticas ao modelo revolucionário francês. Também, na própria França, berço do Constitucionalismo Revolucionário, através de Benjamin Constant, em sua obra principal, qual seja, “*Os Princípios de Política*”, datada de 1815, se passou a construir “[...] la perspectiva de la soberanía limitada partiendo de una auténtica reelaboración del concepto de soberanía popular. Esta es aún admisible, pero solo como fundamento de la supremacía de la ley sobre las voluntades particulares [...]”<sup>33</sup>. Por outras palavras, a limitação da Soberania, para Benjamin Constant, vinculando-a à limites jurídicos, ou seja, aos direitos individuais, possibilitaria, como identidade vinculante do Constitucionalismo Liberal, a construção e a manutenção de garantias concretas oponíveis aos poderes constituídos. Todavia, nesta mesma lógica, ainda de acordo com Constant, esta matéria, relacionada à Soberania, apesar de se tratar de matéria estritamente constitucional, sendo a Constituição a norma suprema por excelência, neste período ela se apresentava como uma norma política<sup>34</sup>.

Em consequência disso, os liberais passaram a associar, linearmente, a Constituição aos direitos e as liberdades, porém, “[...] en el terreno del programa político, de la maduración de la sociedad y de la opinión pública y no en el terreno normativo de la posibilidad de oponer la constitución como norma de garantía a la propia ley precisamente en el nombre de los derechos violados<sup>35</sup>”. Ademais, na Europa, especificamente no século XIX, o Constitucionalismo, por meio, ainda, de concepções

---

la *constitución* para convertirla en la solución política del momento, válida mientras se mantuviera el particular equilibrio político del que traía su origen. *Ibidem*, p. 43.

<sup>30</sup> FIORAVANTI, M. Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales, Editorial Trotta, 2014, p. 44.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Para Constant la constitución es desde luego la norma suprema, pero es una norma de naturaleza esencialmente política en la que se expresa el gran pacto entre la monarquía y la nación y de cuya estabilidad depende todo, incluida la garantía de los derechos. Por este motivo, los liberales como Constant se dedicaron ante todo a perfeccionar a máquina política y la forma de gobierno, a las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, y a la invención de mecanismos institucionales aptos para evitar y prevenir los conflictos constitucionales. En este sentido, es célebre la búsqueda por parte de Constant de um poder mediador neutro, depositado en el próprio rey a partir de 1814. *Ibidem*, p. 46.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

liberais, buscou, acima de tudo, encontrar um meio termo<sup>36</sup> entre o conservadorismo e o racionalismo revolucionário. Com isso, este meio termo, ou, nas palavras de Maurizio Fioravanti, “tercera vía”, por um lado, não poderia aceitar o historicismo conservador, pois, caso assim procedesse, estaria renunciando aos princípios basilares da Revolução Francesa e, por outro, não poderia renunciar ao historicismo conservador, uma vez que, assim, estaria renunciando aos limites advindos desta concepção de Constitucionalismo.

Portanto, este contexto histórico caracterizado, fundamentalmente, não somente por um ideal liberal de sociedade, mas também por um liberalismo político e jurídico, fora constituído tanto por um historicismo conservador quanto por um racionalismo revolucionário, de modo que “[...] por una parte, es una nación de individuos que nace de la revolución, pero, por otra, es una nación en sentido histórico que, como tal, pone vínculos y límites e impone prudencia y equilibrio, sobre todo frente a la monarquía que es la principal institución histórica<sup>37</sup>”. Logo, neste cenário, juntamente com os modelos constitucionais que construíram toda esta realidade, o modelo alemão, que se caracterizou em razão de não conviver com rupturas revolucionárias, representou, a partir da segunda metade do século XIX, um marco histórico-constitucional referente à soberania<sup>38</sup> do Estado.

“Em suma, entre o século XIX e a primeira metade do século XX, desenrola-se uma série singular de eventos político-institucionais: o Estado nacional e liberal-democrático que vem se afirmando na Europa, enquanto internamente outorga para si um ordenamento complexo<sup>39</sup>”. Esta afirmação, evidentemente, não diz respeito a um modelo pronto e acabado de Estado. O que se quer dizer com isso é que, à medida que a existência humana passa a estabelecer relações, sejam elas de ordem social, cultural, política e jurídica bem como também econômica, e, ao mesmo tempo, passa a intensificar a complexidade das mesmas, o Estado, juntamente com o seu arcabouço jurídico, modifica-se, sobretudo, estruturalmente. Necessariamente, para que o Estado possa acompanhar estes desenvolvimentos ou normatizar estas complexidades, a noção de Constitucionalismo ou, melhor dizendo, a extensão da normatividade constitucional, se transforma em condição de possibilidade à tutela da existência humana.

Dessa forma, no presente estudo, por se tratar de uma análise historicista acerca do Constitucionalismo e, mesmo que de maneira coadjuvante – como opção metodológica –, do Estado, a compreensão do Constitucionalismo, através de suas fases, possibilita perceber que, historicamente falando, há limites de atuação tanto dos modelos políticos-Estado quanto dos sistemas jurídicos-Constituição. Isto porque ao se comprovar, por meio desta análise histórica, a vinculação da existência humana com o desenvolvimento do Movimento Constitucional e, deste, com a estruturação, manutenção e transformação do Estado, se torna factível visualizar os valores que, contemporaneamente, compõem e solidificam o Constitucionalismo, “entre o não mais e o ainda não<sup>40</sup>”, vinculado ao território, e o Constitucionalismo Transnacional,

---

<sup>36</sup> Si dirigimos ahora la vista a toda Europa, nos damos cuenta de que el constitucionalismo del siglo XIX, con formas y soluciones diferentes, busca en todas partes una especie de *tercera vía* entre el historicismo conservador y el racionalismo revolucionario. *Ibidem*, p. 48.

<sup>37</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 48.

<sup>38</sup> Como se ve, también la soberanía del Estado, de matriz alemana, lleva al final a un resultado de tipo constitucional, es decir, inspirado en un principio de limitación del poder. Y esto no solo en Alemania, porque estas soluciones se estienden también a otros países europeos como Italia o la propia Francia de la III República. Son representativas en este sentido las figuras de Vittorio Emanuele Orlando (1860-1952) en Italia y de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) en Francia, juristas que de distinta forma y en contextos distintos asumen la doctrina constitucional alemana. En fin, existe una ciencia europea del derecho público que propugna el ideal del Estado de derecho y, con él, el principio constitucional del poder limitado. *Ibidem*, p. 51.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, L. *A soberania no mundo moderno*, Martins Fontes, 2002, p. 34.

<sup>40</sup> Feitos estes registros, o que cabe perguntar é qual é a relevância do conceito de autoridade numa época onde ela se desagrega até mesmo no processo educacional, onde a crise da tradição, impede que se estruture educação e autoridade para a escola poder servir de ponte entre o mundo privado da casa e o mundo público dos adultos? Sua relevância se encontra na frequência do

desvinculado de fronteiras, de modo que ao remeter-se aos “[...] dramáticos acontecimientos de la primera mitad del siglo XX, las guerras y los totalitarismos, obligaran a todos a reflexionar sobre el modelo constitucional europeo de la época liberal desde sus cimientos<sup>41</sup>”.

## **2. Do território ao mundo: a desterritorialização do Estado e a desconstitucionalização dos direitos**

Compreender a territorialização do Estado, diante da existência de inúmeras outras formas de comunidade, equivale, ao mesmo tempo, compreender – temporalmente – a maneira pela qual um complexo de fatores contribuiu para a formação do Estado, assim como, em meio a transformações capitaneadas pelas globalizações, para a estruturação de um processo de desterritorialização do mesmo. Para isso, em um primeiro momento, analisar-se-á a importância da sociedade feudal e, das suas especificidades, para a construção, mesmo que incipiente, do Estado e das suas ramificações. Dessa forma, o Feudalismo, enquanto organização social, se caracterizou pela ausência de uma autoridade exclusiva, pelas jurisdições superpostas<sup>42</sup>, pelos direitos vinculados às classes de pessoas e, além de tudo isso, pela economia em espécie e pelos laços pessoais.

Contudo, “llegado el siglo XV, el territorio y la comunidad comienzan a asociarse con las ciudades y con una concepción más material. Tilly concibe a las ciudades principalmente como ‘contenedores’ para la distribución del capital, y a los estados como ‘contenedores’ de los medios coercitivos<sup>43</sup>”. Assim, esta associação com as cidades e, a consequente delimitação do território, possibilitou a confecção de uma estrutura destinada à distribuição-circulação do capital. É possível verificar, portanto, que a consolidação de uma estrutura econômica mínima desempenhou uma importante função no que condiz à formação do território, pois a distribuição do capital conduziu a uma centralização de rotas comerciais, fazendo com que as cidades passassem a representar um território espacialmente delimitado. Como consequência das rotas comerciais, as cidades passaram a necessitar de uma certa especialização relativa a determinadas funções exigidas pelo desenvolvimento da atividade mercantil.

Nestas circunstâncias ou, melhor, neste período de formação, construção e territorialização do poder estatal, o Estado buscou controlar a circulação de capital para convertê-la, por meio da coerção, em eventuais projetos ou, até mesmo, em sua própria consolidação institucional. Em decorrência disso, a tensão gerada entre o Estado e o capital, tensão esta referente à tentativa do primeiro em regular o segundo, resultou “[...] esencial para comprender el posterior desarrollo de las formas estatales, en tanto constituye la base para su distinción entre las três posibles trayectorias recorridas en la construcción de los estados: la intensiva en coerción, la intensiva em capital y la de coerción capitalizada<sup>44</sup>”. De fato, conforme demonstrado, há uma imbricação entre a

---

fenômeno revolucionário, que a partir da experiência das revoluções francesa e americana, buscou instituir pelo ato da fundação, que separa o não-mais (o passado) do ainda-não (o futuro), uma *novus ordo saeculorum*, que legitime a comunidade política e preencha a lacuna entre o passado e o futuro. ARENDT, H. *Entre o passado e o futuro*, Perspectiva, 2013, p. 24.

<sup>41</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 54.

<sup>42</sup> Así, los actores sociales y políticos más importantes controlaban determinados espacios geográficos, como los feudos y la iglesia, lo que nos permite describir el panorama medieval como un paisaje marcado por la dispersión de pequeñas soberanías de facto em um amplo sistema de jurisdicciones inconexas y, muchas veces, superpuestas. No obstante, aunque los señores feudales tenían jurisdicción sobre las fincas y las tierras que se les otorgaban, carecían de autoridad territorial exclusiva. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 60.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 71.

formação<sup>45</sup>-territorialização do Estado e o crescimento-consolidação da economia na Europa.

Com isso, o desenvolvimento da economia, na medida em que exigia a substituição do sistema anterior, conduziu, nos anos 1000 a 1300, à “[...] innovaciones políticas. La monetización, el comercio, el aumento en la cantidad de formaciones urbanas y el incremento en su riqueza modifican la organización política de la época en tanto debilitan el sistema de operaciones en especie que resulta esencial para la organización feudal<sup>46</sup>”. A partir disso, ou seja, da modificação da organização política, outros elementos necessários à consolidação<sup>47</sup> do Estado, enquanto instituição territorializada, passaram a se modificar. Entre eles a Soberania, construção do Estado territorialmente delimitado, que passou a impulsionar a criação das fronteiras como limites para estes territórios.

Esta limitação de fronteiras consolidada, propriamente, em razão das relações políticas e comerciais, obteve significância a partir do reconhecimento mútuo de cada Estado soberano. Ademais, este reconhecimento mútuo se converteu em “um passo decisivo para a nova grandeza ‘Estado’ e para o novo direito das gentes interestatal<sup>48</sup>”, o que, ao fim e ao cabo, representou, em linhas gerais, a passagem do poder pessoal para o poder público, separando, substancialmente, as esferas da política e da teologia. Esta passagem, do privado para o público, permitiu, – não de imediato, mas sim cronologicamente –, a afirmação não apenas de uma ordem espacialmente delimitada, mas também de tantos outros elementos que atuaram para a consolidação da autoridade pública<sup>49</sup>. Portanto, ela permitiu o surgimento de práticas administrativas como representação de uma burocracia estatal incipiente.

Neste sistema complexo e multifacetado, cuja característica principal era a convivência, mesmo que mínima, de diversas ordens, com o advento da autoridade pública e, por assim dizer, do Estado – ainda em formação – territorializado, adveio, em decorrência da acumulação de capital, a necessidade da criação de regras, é dizer, da criação de um sistema burocrático que, posteriormente, converteu-se em uma estrutura – especializada – denominada de administração pública. Esta construção burocrática capitaneada, em um primeiro momento, pela arrecadação de tributos, possibilitou, às formações territoriais, “[...] mejores acuerdos fiscales, con un grado de institucionalización y sistematización más favorable para los intereses de los burgueses (Duby, 1974:225-228). Assimismo, los burgueses comenzaron a efectuar importantes reclamos políticos<sup>50</sup>”.

<sup>45</sup> El Estado se había convertido en un agente clave para enmarcar las prerrogativas políticas y jurisdiccionales, pero a la vez comenzaba una clara etapa de crecimiento y consolidación para la economía europea que impulsaba el ascenso de las ciudades y las ciudades-estado en tanto economías en sus propios términos. En el siglo XII, ese crecimiento se dispara, impulsado por la expansión del comercio, tanto local como exterior, y por la correspondiente monetización de las operaciones económicas. Todos esos factores alimentan el auge y la proliferación de las formaciones urbanas. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 73.

<sup>46</sup> SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 73.

<sup>47</sup> Se trata también del período en que se inventa la soberanía del Estado territorial, un tipo de Estado que para Wallerstein (1974) y otros autores no es producto del siglo XVI, como suele afirmarse, sino del siglo XIII en Europa occidental. Yves Renouard (1958:5-21) demuestra que las fronteras de Francia, Inglaterra y España se fijaron principalmente en virtud de una serie de batallas que tuvieron lugar entre los años 1212 y 1214. Assimismo, en esa época se instaló la noción de frontera o límite. *Ibidem*, p. 153.

<sup>48</sup> SCHMITT, C. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*, Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 153.

<sup>49</sup> Somente agora ele adquire forma, como sujeito jurídico e “pessoa” soberana. Uma ordem especial equilibrada só se torna possível com a clara delimitação territorial, baseada na coexistência das pessoas soberanas. *Ibidem*, p. 154.

<sup>50</sup> SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 86.

Estas reivindicações políticas que se institucionalizaram por meio da organização da burguesia em comunas, conduziram a administração pública a uma transformação no que diz respeito à cobrança de tributos, de modo que os burgueses passaram a “[...] pagar los tributos en conjunto desde la ciudad como un todo y comenzaron a negociar para obtener el derecho de calcular ellos mismos los valores imponibles (Strayer, 1980: 106; Berman, 1983: cap. 12)<sup>51</sup>”. Dessa maneira, a implementação de um certo grau de burocratização impulsionou a complexificação dos acordos<sup>52</sup> fiscais e da institucionalização-incorporação dos reclamos burgueses à sistemática administrativa. Por outras palavras, a burocracia estatal, posteriormente consolidada como administração pública, em razão do desenvolvimento das relações políticas, militares e, principalmente, comerciais-econômicas entre os territórios-cidades, representou, sobretudo, uma garantia, não mais privada e sim pública, aos burgueses.

Neste contexto de desenvolvimento das instituições e dos institutos que edificaram o Estado, assentadas as bases burocráticas-administrativas para esta finalidade, as cidades passaram a se caracterizar por meio de “[...] al menos tres formas de territorialidad: primero, como el espacio central de una economía local; segundo, como nodos de una red translocal de ciudades y circulación de capital; y tercero, como formaciones potencialmente sometidas a um poder estatal de carácter territorial<sup>53</sup>”. No entanto, para que estas três formas de territorialidade se harmonizassem e possibilitassem, à burguesia, uma estabilidade econômica e uma maior proteção em face dos perigos representados pelos piratas, pelos ladrões e também pelos barões feudais<sup>54</sup>, a edificação de uma autoridade centralizada ou, melhor dizendo, a edificação do Estado propriamente dito, era condição de possibilidade para a realização dos interesses políticos e econômicos<sup>55</sup> da burguesia.

Nesta perspectiva, no que condiz à expansão da economia, parafraseando-se Saskia Sassen, através da ideia de “Economia Política da Territorialidade Urbana”, ocorreria, fundamentalmente, uma “[...] veloz proliferación de las nuevas formaciones urbanas y el surgimiento de los burgueses como actores de importancia en la esfera política y económica se produjeron dentro de un panorama más amplio que contenía muchos otros códigos morales y configuraciones sociales anteriores [...]”<sup>56</sup>. Ademais, estes códigos morais, condizentes com a cultura consolidada neste período, contribuíram para a consolidação da “Economia Política da Territorialidade Urbana”, especificamente, a partir de três pontos-chaves: a) diferentes culturas políticas e econômicas que passaram a se desenvolver a partir da ascensão da territorialização das cidades; b) a formação de

<sup>51</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 86.

<sup>52</sup> La reactivación económica que se produjo en la Baja Edad Media sentó las bases para esta transformación. La riqueza en aumento de las formaciones urbanas despertó el interés de reyes, señores feudales y miembros de la Iglesia. Este hecho funcionó como incentivo para el reconocimiento oficial de más poblados, lo que a su vez otorgó mayor poder de negociación a los burgueses. *Ibidem*, p. 85.

<sup>53</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 87.

<sup>54</sup> Com el crecimiento y la prosperidad de estas nuevas formaciones urbanas dependía del comercio translocal, los burgueses tenían dos intereses principales (Poggi, 1978: 42): alcanzar el grado máximo de autonomía (dado que varias autoridades los explotaban con sus exacciones de dinero o de prestaciones militares) y lograr que una autoridad central con mayor fuerza los protegiera de diversas amenazas (como los piratas, los ladrones y los barones feudales que controlaban las zonas de tránsito y exigían multas o peajes). *Ibidem*, p. 90.

<sup>55</sup> Es sabido que el crecimiento de las ciudades en cantidad e importancia se debe sobre todo a la expansión del comercio de larga distancia y la actividad comercial en general (Pirenne, 1956). Dicha expansión deriva en parte de la expansión geográfica que se produce en la economía política dominante dentro de Europa a principios del siglo XI y se extiende hasta la crisis y la contracción económica del siglo XIV. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 87-88.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 90.

um direito advindo de distintas fontes; c) as cidades como representação do surgimento de novos marcos temporais e espaciais<sup>57</sup>.

Assim, a “Economia Política da Territorialidade Urbana”, concepção estratégica para a formação do Estado-Nação, segundo Saskia Sassen, se apresenta como condição de possibilidade “[...] a dar cuenta de una parte de la historia que ha quedado un tanto enterrada en la historiografía del Estado-nación, al parecer obnubilada con el advenimiento del Estado mismo. En las ciencias sociales, la economía política de la territorialidade urbana también ha quedado soterrada [...]”<sup>58</sup>. Em consequência disso, para esta autora, a análise da construção do Estado, por meio da formação do território, da política, do direito e do efetivo desenvolvimento da economia, havia desaparecido em decorrência da utilização de outros modelos vinculados às ciências sociais, de modo que ao se retomar esta análise historiográfica, tornou-se possível perceber, para além da análise realizada através de dilemas, a complexidade das singularidades que conduziram à formação e à consolidação do Estado.

Dessa forma, além do desenvolvimento da “Economia Política da Territorialidade Urbana”, a importância adquirida pela lei, como norma abstrata e como vínculo estruturante dos interesses de uma burguesia ascendente, contribuiu para a estruturação política de demandas coletivas. Por isso, com a delimitação do território, o direito, outrora consuetudinário<sup>59</sup> e alicerçado em diversas outras fontes, passou a estar delimitado a uma dada comunidade-territorialidade. Por conta disso, ocorreu, por assim dizer, a institucionalização de um sistema jurídico destinado à obtenção da justiça e da liberdade, isto é, um sistema jurídico vinculado a um projeto social, econômico e político capitaneado por esta nova ordem urbana territorial. Esta institucionalização, ao fim e ao cabo, promoveu, de maneira incipiente, o surgimento da concepção de segurança jurídica, pois para que este sistema jurídico passasse a revestir estas novas formas de territorialidade urbana e as suas relações com particulares e com outros territórios, a garantia proporcionada por uma segurança jurídica se apresentaria como condição para esta finalidade.

Ainda, a formação desta ordem jurídica da territorialidade urbana proporcionou, sobretudo, uma transformação acerca do status jurídico do indivíduo. Isto porque, ao invés de estar vinculado a uma determinada classe, seja ela de nobres, de clérigos e de trabalhadores ou, até mesmo, do pertencimento a uma determinada subcomunidade, o status jurídico passou a residir no território urbano. Neste contexto, em algumas cidades, o direito urbano começou a ser delineado a partir de uma identificação constitucional<sup>60</sup>. Com efeito, “el derecho urbano se fundaba tipicamente, si no siempre, en cédulas escritas que contenían definiciones de la autoridade gubernamental urbana y de los derecho y libertades civiles. Sin embargo, incluso en aquellas ciudades donde no había

---

<sup>57</sup> Hay tres componentes fundamentales de esta cultura medieval concebida de modo amplio que son de interés para mi propuesta de una economía política de la territorialidade urbana. Uno de ellos se relaciona con las diferentes culturas político-económicas que se desarrollaron a partir del ascenso de las ciudades como organizaciones territoriales de importancia. El segundo de ellos es el derecho, que combina una variedad de leyes específicas (sobre todo, la ley urbana) con el derecho romano, el derecho feudal y el derecho Cristiano. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 95.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>59</sup> El orden jurídico medieval es una combinación del derecho canónico, el “derecho vulgar romano” y la costumbre, con elementos de derecho consuetudinario, fenómenos como la formalización de la nobleza y, con el transcurso del tempo, una variedad de órdenes jurídicos particulares”. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 96.

<sup>60</sup> En tercer lugar, el derecho urbano reviste carácter constitucional en tanto la autoridade de una constitución escrita es superior a la de otras leyes promulgadas. Las ciudades medievales equivalían a estados modernos en tanto tenían plenos poderes y autoridade ejecutiva, judicial y legislativa sobre los asuntos económicos, militares y policiales. Además, estaban sujetas a vários frenos formales sobre esa autoridade. *Ibidem*, p. 101.

una cédula escrita<sup>61</sup>", havia uma lei fundamental que estabelecia os direitos<sup>62</sup> e as obrigações básicas da população.

Importante ressaltar, contudo, que a construção territorial do Estado, historicamente percebida, ocorreu em meio a um cenário de continuidades e de descontinuidades. Com isso, a análise proposta neste texto, especificamente nesta segunda parte, não buscou abordar os conflitos, de diversas ordens, que contribuíram para a formação do território estatal e das suas respectivas instituições. Portanto, neste sentido, além de adquirir forma, o Estado passou a apresentar-se como sujeito de direito e como detentor de soberania. Esta transformação e, ao mesmo tempo, afirmação de pressupostos, condicionou, enquanto pessoa soberana, os Estados a um padrão mínimo de igualdade relativo à política e às transações econômicas. Dessa maneira, o Estado, ator fundamental, passou a ser concebido "[...] como elemento de uma nova ordem espacial, como o novo sujeito de direito de um novo direito das gentes, e torna-se irresistível como conceito jurídico. Esse Estado, porém, é essencialmente um espaço territorial [Flachenraum], unificado e fechado, do solo europeu<sup>63</sup>".

Nestas circunstâncias, sobretudo a partir do século XVI, impulsionada pela formação do capitalismo nacional, ocorreu a construção e, principalmente, a delimitação de uma esfera pública nacional. Por conta disso, algumas estruturas basilares do Estado, outrora incipientes, passaram a conformar – nacionalmente – as tomadas de decisão da esfera pública. Todavia, além desta conformação, no que se refere, substancialmente, à soberania<sup>64</sup>, esta concepção política e jurídica adquiriu limites geográficos, diferenciando-se, em absoluto, da autoridade do Império, da Igreja e dos Feudos. Isto porque "la nueva clase de autoridad que se configura en este período, con un carácter históricamente específico y cada vez más formalizado, encarna la jurisdicción territorial y la autoridad exclusiva sobre el territorio en cuestión<sup>65</sup>".

Além disso, com a ascensão do Estado nacional surgiram, como condição de possibilidade para o desenvolvimento de uma escala mundial, outras transformações necessárias à acomodação de toda esta estrutura. É o caso, portanto, da especialização do capitalismo, na vertente industrial, por um lado, e da burguesia e do trabalhador industrial, por outro. Entretanto, estas mudanças, ocorridas sucessivamente, não modificaram apenas o cenário econômico, mas sim modificaram, em definitivo, os cenários social, político e jurídico. De fato, historicamente falando, da colonização ao cenário contemporâneo, percebeu-se, que os saques inicialmente realizados em face das colônias, funcionaram "[...] como un factor para la formación de un tipo de capacidad que concebimos como moderna, a saber: el aparato de implementación, organización, administración y atención de las operaciones económicas transfronterizas<sup>66</sup>".

Em consequência disso, o surgimento de uma lógica inversa, condizente à construção histórica do Estado, seja ele impulsionado pela globalização ou, mais

---

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>62</sup> Assimismo, se dictaban exenciones a numerosos servicios y gravámenes feudales, limitaciones sobre otros y restricciones a las prerrogativas reales. Todos estos derecho y libertades giraban en torno al principio de que las obligaciones de los ciudadanos debían estar fijadas de antemano, lo que impedía que *a posteriori* se les impusieran gravámenes superiores a dichas obligaciones. Por otra parte, a pesar de las diferencias considerables entre distintas ciudades, todas las formas de gobierno compartían ciertos aspectos de gran importancia, como el gobierno mediante asamblea popular de todos los ciudadanos: para elegir funcionarios y promulgar nuevas leyes, hacía falta el consentimiento de estas asamblea. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 102.

<sup>63</sup> SCHMITT, C. *O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum*, Contraponto; Ed. PUC-Rio, 2014, p. 154.

<sup>64</sup> [...] La soberanía territorial supone la existencia de un acuerdo mutuo para el reconocimiento de una demarcación espacial de la autoridad política. En este sentido, exige un principio de equivalencia jurídica. Así, el surgimiento del Estado territorial soberano y del consiguiente sistema interestatal constituye un componente clave de ese desplazamiento epistémico más amplio y, a su vez, representa un desplazamiento cognitivo. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 121.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 130.



especificamente, pelos efeitos sistêmicos por ela produzidos, modificou e está a modificar a estrutura e, parafraseando-se Saskia Sassen, “toda a capacidade organizativa” do Estado (contemporâneo) de Direito. Os efeitos disso, verificados a partir de uma análise do Estado capitaneada pelas fases do Constitucionalismo e pela territorialização estatal, apontam para a manutenção destes efeitos em uma perspectiva transnacional e, da mesma forma, para a desterritorialização do poder que, cronologicamente, em decorrência da formação já anteriormente demonstrada, havia sido centralizado nas instituições jurídico-políticas da modernidade. Justamente por isso, nesta parte, analisar-se-á o Estado e os seus respectivos institutos jurídico-políticos que, linearmente, estão sendo revestidos ou substituídos por uma globalização multifacetada ou, até mesmo, por globalizações.

Atendendo-se, com isso, à proposta sustentada na obra “Territorio, autoridad y derecho: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales”, é possível verificar e, sobretudo, apontar diferenças estruturais acerca desta outra lógica organizativa de Estado. Estas modificações se sobressaem, em um primeiro momento, através das diferenças substanciais entre o internacionalismo representado pela Conferência de Bretton Woods<sup>67</sup> e o internacionalismo contemporâneo, este representado pela economia financeirizada e pela consequente desestruturação institucional do Estado. Neste sentido, “entre los indicadores de esa diferencia constitutiva se encuentran las transformaciones internas del Estado nacional que empiezan a fines de la década de 1970 y, sobre todo, en la década de 1980 [...]”<sup>68</sup>, transformações estas que, de maneira geral, impulsionaram o protagonismo do Estado no que diz respeito ao controle da esfera econômica.

Em um primeiro momento, no que condiz, portanto, ao protagonismo desempenhado pelo Estado no período de Bretton Woods<sup>69</sup>, isto é, na escala mundial do segundo pós-guerra, como primeira condição à vigência deste período, o investimento público, destinado a impulsionar e a regular a economia, se apresentou como condição de possibilidade à proteção do mercado econômico interno. Dito de outra forma, com a proteção do mercado interno, por meio da intervenção estatal, se buscou, além de garantir a autodeterminação econômica dos espaços nacionais, proteger a integridade territorial e, ainda, a independência jurídica e política dos Estados-Nação. Neste mesmo

---

<sup>67</sup> Como ya hemos señalado, las capacidades para ingresar en la era global estaban disponibles con mucha anterioridad, en particular a partir de la segunda pós-guerra, cuando los principales estados comenzaba a desarrollar los regímenes internacionales y su correspondiente infraestructura institucional. Muchos autores consideran que este período marca el inicio de la era global, pero aquí sostenemos que la lógica organizadora de ese proceso no se centraba en formar una economía global sino en proteger de las fuerzas económicas externas a las economías nacionales. Por lo tanto, si bien tiene carácter internacional, ese período está orientado a la construcción de las economías nacionales y a la protección de los intereses nacionales. De hecho, no se instauró ningún sistema genuinamente global. Así, la primera etapa de la era de Bretton Woods adquiere una significancia adicional en tanto esos doce años en efecto apuntaron a construir algo que se acercara a un sistema de gobernabilidad global para el bien común. SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 207.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>69</sup> La primera de ellas es la incidencia cada vez mayor del gobierno federal en el manejo de la economía, pues el gasto público inyecta dinero en la economía, así como los préstamos gubernamentales y los impuestos inyectan dinero del sector privado en las arcas públicas. La segunda dinámica tiene que ver con la gran diferencia entre el papel que desempeñan los mercados financieros en ese momento y en la era posterior a 1980: hasta la década de 1950, las políticas financieras son cautelares, el mercado se encuentra bajo controles de regulación y la actividad en la bolsa de valores es menor. Si bien resulta difícil desentrañar las interacciones causales entre políticas de gobierno y mercados bursátiles, el gobierno mantiene esas políticas después de 1950, incluso cuando la economía se reactiva y reviven los mercados. Hecho que indicaría que, a diferencia del período actual, en ese momento era posible controlar el crecimiento de las bolsas de valores mediante políticas gubernamentales. La tercera dinámica concierne a la protección relativa del sistema financiero frente a las presiones de la competencia internacional y la tasa de cambio: este tipo de aislamiento era el criterio más común en la economía mundial de esa época. *Ibidem*, p. 213.

contexto, também como característica consolidada a partir da Conferência de Bretton Woods, com a regulação do mercado pelo Estado, tornou-se factível regular, via planeamento estatal, a bolsa de valores. Ademais, a terceira e última condição fundamental destinada à implementação da escala mundial, através dos indicadores propostos pela Conferência de Bretton Woods, se converteu na proteção, proporcionada pelo Estado, do sistema financeiro nacional em razão da concorrência internacional e da variação das taxas de câmbio.

Todavia, o planeamento económico estatal proposto pela Conferência de Bretton Woods, no que se refere ao fomento do internacionalismo do segundo pós-guerra, propiciou, de imediato, um isolamento económico que influenciou, para a análise realizada neste trabalho, no Constitucionalismo e, principalmente, na Soberania ou, melhor, nos vínculos jurídico-políticos do Estado-Nação. Isto porque, com a manutenção da delimitação das fronteiras nacionais, a estatalidade territorial, enquanto detentora de poder sobre um dado território soberano, se manteve a frente de um dirigismo interno. Assim, a criação deste sistema económico do pós-guerra se apresentou como uma decisão, cuja finalidade consistiu na construção de “[...] una economía global mucho más institucionalizada y constitucionalizada que la del siglo XIX, y lo harían en nombre de la estabilidad política, el crecimiento económico y la justicia social, tres elementos inseparables<sup>70</sup>” das instituições do Estado.

Apesar desta criação, ou seja, da criação de um sistema económico para o pós-guerra, centralizado, ainda, nos limites espaciais do Estado-Nação, a partir de 1980, em decorrência do apogeu dos bancos transnacionais, fora iniciada a “[...] evacuación parcial de ese sistema bancario, que se retira de los mercados de capitales estadounidenses y del sistema financiero internacional [...]”. Este proceso deja abierto un nuevo espacio para otro tipo de actores y para los correspondientes reordenamientos<sup>71</sup> entre o Estado, em processo de desterritorialização, e o sistema económico – em sua nova versão – financeirizado. Com o surgimento destes novos atores, quais sejam, os bancos, as sociedades e os mercados financeiros internacionais, a antiga estrutura estatal, construída através dos fundamentos de um poder soberano, passou a se apresentar como entrave às exigências-necessidades deste outro modelo desnacionalizado.

Com efeito, em decorrência de este sistema depender, para operar, de uma maior flexibilidade e de uma menor regulação estatal, para o seu desenvolvimento, ou, como melhor observa Saskia Sassen, para esta “outra lógica operativa” – “Ponto de Inflexão” –, a especialização de um conjunto de medidas, de alcance global, determinou o sucesso, do ponto de vista financeiro, da era global. Nesta perspectiva, para a completa consolidação desta lógica global de mundo, tornou-se imprescindível a execução de determinadas medidas. A primeira delas, evidentemente, se referiu às transformações das capacidades dos setores bancário e financeiro que, contemporaneamente, passaram a operar em um nível sistêmico-internacional<sup>72</sup>. Assim, dando início ao “ponto de inflexão”, isto é, dando início à desterritorialização do Estado (nova lógica organizativa), Saskia Sassen adverte que “[...] ese punto de inflexión se produce gracias a la acumulación de ciertas condiciones, dinámicas y predisposiciones entre los actores principales, sumada a la importancia de los Estados Unidos dentro del sistema y el firme apoyo que brinda el gobierno estadounidense [...]”<sup>73</sup> em relação às operações das suas empresas no mercado internacional.

A segunda medida, condizente à crise dos Estados Unidos na década de 1970, possibilitou, por parte do governo americano, “[...] una internacionalización de la nueva

---

<sup>70</sup> SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 214.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 219.

<sup>72</sup> Para entender este proceso hace falta distinguir al sistema de sus componentes. En este caso, eso equivaldría a trazar una distinción entre el sistema internacional de Bretton Woods y el desarrollo de capacidades institucionales y prácticas en el gobierno, el mercado y las empresas estadounidenses que luego resltarían muy provechosas para la era global. Lo que está en juego es una serie de procesos que concretan, incluyen o constituyen el cambio de rumbo de esas capacidades. *Ibidem*, p. 220.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 220.

lógica organizadora, pero también un aporte de elementos a ella. En el gobierno estadounidense (y más precisamente en ciertos componentes del Estado) se trabajó para desarrollar un nuevo ordenamento entre el Estado y la economía [...] <sup>74</sup>”, ordenamento este que, ao fim e ao cabo, reorganizou a relação entre Estado e atores econômicos, de modo que a predominância destes sobre aquele possibilitou, sobretudo, a redistribuição do poder para além dos confins do Estado. Em consequência disso, o internacionalismo proposto pela Conferência-sistema de Bretton Woods, por meio da relação entre Estados Unidos <sup>75</sup> e os novos atores financeiros, fora substituído por uma nova formação política, jurídica e, principalmente, econômica. Por outras palavras, o fechamento da economia, no segundo pós-guerra, não mais se apresentou como condição à manutenção do sistema financeiro típico da era global, pois este novo sistema exigiu, para a sua consolidação, uma maior flexibilização e uma menor regulação.

Dessa forma, como sustenta Saskian Sassen, na Era Global “la profundidad de las nuevas transformaciones globales no se limita a una imposición imperial de las preferencias estadounidenses. Aunque ese país no representaba la condición de Estado en la década de 1980, es muy probable que resulte emblemático como caso <sup>76</sup>” mais extremo da condição de Estado nesta era global. Logo, entre as principais características advindas da era global, se encontra, no que concerne às transformações do Estado, sejam elas territoriais, políticas e/ou jurídicas, a redistribuição do poder, uma vez que esta redistribuição, conforme se verificará, desidentifica as estruturas estatais e o próprio Constitucionalismo, conduzindo, todos eles, os efeitos da globalização de um modelo econômico-financeiro.

Importante ressaltar, contudo, que entre as causas que se sobrepuseram ao poder estatal, as medidas monetárias e fiscais desempenharam e ainda desempenham posição de destaque no cenário mundial. Neste contexto, o poder dos mercados e das empresas globais, ao se incorporar às estruturas de poder do Estado, buscando atender, em particular, aos seus interesses, proporciona-opera, na medida em que assume estrategicamente as funções outrora realizadas pelas instituições estatais, um deslocamento político e jurídico da esfera pública à esfera privada. Isto porque com a mundialização da economia potencializada pela globalização e pela consequente abertura dos países, que buscam se adaptar a este processo, se verifica, com uma maior evidência, um progressivo deslocamento do poder. Ademais, juntamente com este processo ou, melhor, como condição de possibilidade à sua realização, verifica-se um efetivo esvaziamento do legislativo, ou seja, boa parte daquilo que era de competência deste poder, passou para a esfera privada, descaracterizando, democraticamente falando, os Estados e as suas Constituições.

Todavia, com o contemporâneo deslocamento do poder, isto é, do Território ao Mundo, boa parte das características próprias do Constitucionalismo <sup>77</sup> sucumbiu em

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>75</sup> Sin embargo, esos cambios no implican una simple pérdida de poder, sino que tienen un carácter mucho más fundacional, ausente en las interpretaciones sobre la adaptación. En los Estados Unidos, el Estado ajustó su función de poder mediante un aumento de poder en el Ejecutivo, mientras las otras ramas del gobierno se debilitaban. Se bien este país proyectó su programa hacia el resto del mundo, también es cierto que la implementación de ese programa en otros estados requirió de labores estatales, lo que indicaría una posible transformación interna del Estado orientada a fortalecer en ellos al Poder Ejecutivo. *Ibidem*, p. 225.

<sup>76</sup> SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz Editores, 2012, p. 225.

<sup>77</sup> Dito de outra forma, a crise constitucional se apresenta, na linha primordial para a presente discussão, desde fora, como processo de desconstitucionalização promovido pelo dito neoliberalismo, além de se ver estrangida, muitas vezes, pelo descompasso entre as promessas que contempla, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização. Assim, o que temos vislumbrado na prática é o reforço desta postura, quando as Constituições e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, sobretudo, quando visto desde o perfil mercadológico característico do capitalismo financeiro globalizado, na medida em que ‘com o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral esvanece’. BOLZAN DE MORAIS, J. L. *As Crises do*

razão da “[...] fragilização/fragmentação daquilo que ele mesmo ‘constitui’ e do qual se sustenta, o Estado, seja pela tentativa de apontá-lo como, ao contrário de sua ideia inicial e a partir do desenho que impõe, um instrumento impeditivo do desenvolvimento – econômico<sup>78</sup> e financeiro. Por outras palavras, o Constitucionalismo, em um Estado Democrático de Direito, “[...] ya no pretende limitarse al ordenamento de los poderes y al reenvío a la ley para garantizar los derecho; más bien pretende, sobre todo, significar la existencia de algunos principios fundamentales generalmente compartidos [...]”<sup>79</sup>.

Com efeito, o Constitucionalismo, nesta era global, em último caso, além de não garantir toda a organicidade do Estado e a realização dos direitos fundamentais-sociais, não viabiliza, através daquilo que Maurizio Fioravanti denominou de “Doble Vocación Histórica<sup>80</sup>”, a construção de limites ao poder soberano, poder este que, na contemporaneidade, se apresenta, cada vez mais, tutelado pelo mercado financeiro (ou é o próprio mercado). Logo, como encaminhamento para a terceira e última parte deste trabalho, se realizará um questionamento acerca da manutenção da “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo em uma perspectiva transnacional, sendo que para este questionamento serão verificadas as condições, em um cenário mundial, da Soberania e do Estado.

### **3. Estado e Soberania: a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo na perspectiva transnacional**

A estrutura utilizada para a construção deste texto, a partir de uma matriz historicista, buscou, em um primeiro momento, delimitar o fenômeno constitucional desde as suas origens, de modo que restasse evidenciada, fundamentalmente, a relação umbilical entre Constitucionalismo, Estado e história-existência humana. Ademais, posteriormente, se tratou, através da análise da mundialização das relações sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas, sobre a desterritorialização do Estado e da desconstitucionalização dos direitos. Assim, em razão destas discussões, se pode dizer que surgira o seguinte questionamento: qual a finalidade, apesar de tudo que já fora escrito sobre estas temáticas, de ainda se proceder à análise histórica da formação do Constitucionalismo, do Estado e de suas características advindas da (des)territorialização?

Todavia, a resposta para este questionamento, ao que parece, não é autoevidente. Dito de outra maneira, por meio da adoção da terminologia apresentada pelo magistério de Maurizio Fioravanti, qual seja, da “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo, fora possível, principalmente na primeira parte deste trabalho, traçar um panorama, até o século XX, deste fenômeno que consubstanciou e ainda consubstancia o mundo ocidental. Com isso, nesta terceira e última parte, discorrer-se-á acerca desta terminologia e de suas principais características – Resistência e Participação<sup>81</sup> – em uma perspectiva transnacional<sup>82</sup>, para que, ao fim e ao cabo, se

---

*Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos*, Livraria do Advogado, 2011, p. 53.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>79</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2011, p. 150.

<sup>80</sup> [...] Construir límites y garantías frente al poder soberano en defensa de las esferas propias de autonomía y de los derechos propios; [...] a participar en la construcción de ese poder a través del instrumento del consenso y con la evidente finalidad de garantizar mejores as mismas esferas y esos mismos derechos dentro de la nueva dimensión del poder soberano. Estos son los dos movimientos del constitucionalismo: resistencia y participación. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 143.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> A dimensão espacial transnacional, sendo consolidada, coloca uma pluralidade de outros ordenamentos além do ordenamento jurídico dos Estados. Tais ordenamentos são produzidos não somente pelas instituições criadas pelos Estados, com os instrumentos de direito nacional e internacional, mas também por sujeitos públicos e privados, dotados de organizações capazes de atravessar os confins do Estado e referem-se às Constituições muitas vezes não escritas, que

possa verificar se, neste cenário de mundialização das relações, em que o Estado e a Soberania não mais desempenham, com exclusividade, a regulação de um determinado território, o Constitucionalismo ainda mantém as duas características salientadas acima.

Inicialmente, como não poderia deixar de ser, para se discorrer acerca do Constitucionalismo na perspectiva transnacional, antes de tudo, torna-se necessário apontar a finalidade da terminologia chamada de “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo. Neste sentido, para Fioravanti, esta terminologia possui a finalidade de, por uma parte, “[...] construir límites y garantías frente al poder soberano en defensa de las esferas propias de autonomía y de los derechos propios; de otra parte, a participar en la construcción de ese poder a través del instrumento del consenso y con la evidente finalidad de garantizar [...]”<sup>83</sup> estas esferas de participação. Além disso, no que se refere, especificamente, a sua conceituação, se pode dizer que, a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo, é a reunião de duas vertentes, a partir do Estado Moderno<sup>84</sup>, sendo a primeira vertente caracterizada pela concentração do poder sobre um determinado território e, a segunda, é a vertente do Constitucionalismo, destinada a atribuir limites a este poder e a estabelecer – linearmente – as formas de consenso-participação.

Assim, com o desenvolvimento do Constitucionalismo e, com o consequente amoldamento das Constituições por meio das concepções de Resistência e de Participação, toda essa realidade político-jurídica passou a viabilizar e a constituir a estrutura da sociedade europeia, de modo que no decorrer dos séculos todas estas concepções, vinculadas à importação destes fenômenos, quais sejam, Estado e Constituição, passaram a influenciar a sociedade ocidental com um todo. Entretanto, conforme já se tratou – introdutoriamente – nas duas primeiras partes antecedentes a esta, o Constitucionalismo, juntamente com o Estado nacional-territorial, parece, ao que tudo indica, em razão da globalização ou, melhor, da transnacionalização dos efeitos da existência humana, ter alcançado um limite e, na medida em que se percebe este provável esgotamento<sup>85</sup>, torna-se possível constatar, em um cenário transnacional, a ausência de um direito unificado, isto é, a ausência de uma Constituição-Soberania Compartilhada e a ausência de uma Instituição de Garantia, é dizer, de um Estado.

Diante desta nova ou desta outra realidade, julga-se como imprescindível analisar, nos limites desta terceira parte, as principais características deste fenômeno – transnacionalização – capitaneado pela desterritorialização dos acontecimentos, para que, ao fim e ao cabo, seja possível verificar, através do magistério de Anderson Vichinkeski Teixeira, se há viabilidade, nesta nova ou outra perspectiva, de se

---

fogem do controle das instituições estatais. FEBBRAJO, A. *Sociología do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*, Juruá, 2016, p. 75.

<sup>83</sup> FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 143.

<sup>84</sup> Concretemos inmediatamente un punto: el constitucionalismo – aunque a lo largo de su desarrollo histórico abunda en referencias a problemáticas propias de la Edad Media o a modelos de la Edad Antigua – pertenece por entero a la Edad Moderna. Más en concreto, representa la *segunda vertiente* del Estado moderno europeo. Si imaginamos el Estado moderno europeo como una figura con dos vertientes, podemos colocar en la primera la tan conocida tendencia a la concentración del poder sobre el territorio, con particular referencia a los poderes de *imperium*, al poder de exigir tributos, de dictar justicia y de llamar a las armas, que em Europa comienza hacia el siglo XIV; y en la segunda vertiente, la tendencia paralela, que es precisamente la del constitucionalismo, a contener esos poderes, a ofrecer y definir límites y garantías y a introducir además, dentro de este proceso histórico, el elemento de la participación y del consenso con la progresiva constitución de las asambleas representativas. FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, 2014, p. 142.

<sup>85</sup> Decerto é verdade que esse paradigma nasceu e ficou até agora amarrado à forma constitucional do Estado-nação. Porém, essa ligação entre Estado, constituição e garantias dos direitos fundamentais é totalmente contingente e não reflete nenhuma necessidade de tipo teórico. O modelo garantista do Estado constitucional de direito, como sistema hierarquizado de normas que condiciona a validade das normas inferiores à coerência com as normas superiores e com os princípios axiológicos nelas estabelecidos, pelo contrário, tem validade seja qual for o ordenamento. FERRAJOLI, L. *A soberania no mundo moderno*, Martins Fontes, 2002, p. 53.

mundializar, a partir de um ordenamento transnacional, a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo por meio das suas duas principais concepções: Resistência e Participação. Com efeito, de antemão, se admite, sobretudo no que condiz à capacidade de se propor alternativas ao cenário posto, a existência de dificuldades que acaba remetendo, até mesmo, para a estrutura feudal de sociedade, pois assim como no Feudalismo, em que havia uma multiplicidade de ordenamentos e de soberanias de fato, há, contemporaneamente, uma multiplicidade de instituições privadas transnacionais que operam em uma lógica de mercado, de modo a possuir um regramento próprio que se sobrepõe, cada vez mais, aos ordenamentos jurídicos – Constituição – dos Estados nacionais.

Portanto, “tudo isso alimenta um novo pluralismo, transversal ao Estado e não mais no interior dele. Para coordená-los, são dificilmente identificados com os instrumentos tradicionais, com a teoria do direito, e requerem um grande esforço interpretativo<sup>86</sup>”. É a este ponto ou a este estado de coisas que se chega a partir de uma análise historicista, ou seja, se percebeu, inicialmente, toda uma conjuntura que levou à unificação das soberanias e, por conta disso, do direito, considerando-se a figura, ainda em formação, do Estado. Todavia, na contemporaneidade, há a disseminação de uma lógica inversa, qual seja: ao invés da unificação das soberanias, há uma pulverização, por um lado, entre o público e o privado, e, por outro, entre o nacional-interno e o transnacional-externo, deste instituto que, no passado, se apresentou como condição de possibilidade ao desenvolvimento-territorialização do Constitucionalismo e à formação do Estado Moderno.

Por outras palavras, a fragmentação das instituições e dos institutos que, no passado e no presente, forjaram, em meio a revoluções e em meio a crises, a história político-jurídica do Ocidente, aponta para uma rediscussão dos “[...] próprios pressupostos do direito internacional clássico, isto é, a soberania dos Estados nacionais e a clara separação entre política interna e política externa. Os Estados são agora induzidos a usar formas de soft power [...]”<sup>87</sup>. De fato, ao se retomar a ideia, já discutida anteriormente, da “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo e, ao mesmo tempo, ao relacioná-la, especificamente, com o termo “soft power”, se pode dizer, sobretudo remetendo-se às concepções, tão caras à história do Constitucionalismo, de Resistência e de Participação, que o Sistema Wesphaliano, que propunha certa autonomia dos Estados nacionais no que diz respeito às interações internacionais, passou, linearmente, assim como as transformações do próprio Constitucionalismo, a ser substituído por um sistema cosmopolita, sistema este não somente referente às relações entre Estados, mas sim e, talvez principalmente, condizente às interferências econômicas – de diversas ordens – a que está sendo submetido o Estado, juntamente com o Constitucionalismo e as suas características constituintes.

Por isso, as concepções de Resistência e de Participação – em um sistema não mais Wesphaliano –, que viabilizaram a construção da ordem política e da ordem jurídica atualmente concebida, se apresentam como uma incógnita, o que permite questionar, até certo ponto, a probabilidade do vir a ser de um sistema cosmopolita-transnacional, em que o Estado e o Constitucionalismo, entre “o não mais e o ainda não”, sobrevivam a esta nova conformação da realidade. Dessa maneira, ao se posicionar, neste contexto, acerca de possíveis novas formas de tutela política e jurídica, esta estrutura moderna por excelência, ou seja, Estado-Constitucionalismo, parece ainda, apesar do transbordamento das relações que consubstancia a faticidade do mundo, “[...] estar em condições de garantir uma relação equilibrada – tendencialmente democrática – entre a dimensão geopolítica e o sentido de pertença (e a lealdade) dos cidadãos, sendo que, por isso, já desenvolve uma função dificilmente substituível [...]”<sup>88</sup>.

O que se quer dizer com isso é que esta estrutura, mesmo apresentando sinais – concretos – de esgotamento, ainda é o berço para a efetivação de direitos e para a

<sup>86</sup> FEBBRAJO, A. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*, Juruá, 2016, p. 77.

<sup>87</sup> ZOLO, D. *Globalização: um mapa dos problemas*, Conceito Editorial, 2010, p. 63.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 63.

manutenção de garantias, pois no âmbito internacional, tanto no que se refere à efetivação de direitos quanto à garantia dos mesmos, não há uma instituição centralizada, bem como não há, também, um ordenamento jurídico unificado capaz de se igualar, de imediato, aos institutos herdados da modernidade. Por outras palavras, há um reconhecimento, não exatamente de uma progressiva substituição, mas sim da criação de um espaço vazio<sup>89</sup> que, a qualquer momento, poderá ser – ou já está – preenchido pelas diversas forças que compõem o cenário transnacional. Este cenário, condicionado pelos processos de globalização, é acompanhado por “[...] uma gradual transformação não apenas das estruturas da política, mas também dos aparatos normativos, antes de tudo, do direito internacional. Afirma-se aquilo que foi chamado de ‘espaço jurídico global’ e se difunde, em estreita conexão, a ideologia do ‘globalismo jurídico’<sup>90</sup>”.

É neste panorama, multifacetado por excelência, que um possível Constitucionalismo Transnacional, cuja premissa fundamental deverá ser a de garantir, a partir de uma perspectiva histórica, é dizer, da linearidade característica de todo este movimento, a continuidade da “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo. Isto porque a importante “[...] ragione per giustificare questa idea è conseguenza di uno degli oggetti più presenti del costituzionalismo transnazionale: diritti di dimensione globale che richiedono strutture politiche e giuridiche sovranazionali per loro protezione<sup>91</sup>”. Ainda assim, adotando-se como referência o magistério de Anderson Vichinkeski Teixeira, o Constitucionalismo Transnacional, neste panorama cosmopolita, poderá representar, substancialmente, uma nova fase<sup>92</sup> do Movimento Constitucional, de modo que esta fase, não mais somente adstrita aos confins do Estado-Nação, abarcará direitos e garantias por meio de uma eficácia estendida, porém, não como outrora, em que estes direitos e garantias eram oponíveis, quase que unicamente, contra o Estado.

Com isso, a limitação do poder, seguindo-se as concepções de Resistência e de Participação, manter-se-á, também, oponível ao Estado. No entanto, em razão deste novo cenário, em que o Estado não se apresenta como a única força em um território, a limitação destas outras forças, sejam elas econômicas e/ou políticas, sejam elas culturais e/ou religiosas, tornar-se-á condição de possibilidade para vir a ser de um Constitucionalismo Transnacional, sendo este fenômeno, “tanto histórico quanto material<sup>93</sup>”, “[...] concepito come un processo globale di affermazione dell’ubiquità della esistenza umana, intesa come un bene in sé, indipendentemente di concessioni di diritti oppure attribuzioni di senso/significato dallo Stato nazionale [...] <sup>94</sup>”. Dito de outra maneira, a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo, que é composta pelas concepções de Resistência e de Participação, além de consubstanciar o Constitucionalismo até o presente momento, influencia e aparentemente influenciará a construção e a solidificação de um Constitucionalismo Transnacional.

Este Constitucionalismo Transnacional herdará, ao produzir outras Constituições, as características históricas e materiais que oportunizaram as transformações do

<sup>89</sup> O direito não executa mais a função de reforçar as expectativas dos atores jurídicos: funciona como um instrumento compósito e pragmático de gestão dos riscos conexos a interações dominadas pela incerteza. Está-se afirmando – sob a influência do ‘pragmatismo procedimental’ de matriz estadunidense – um sistema jurídico das possibilidades, fundado no padrão privatista do contrato ZOLO, D. *Globalização: um mapa dos problemas*, Conceito Editorial, 2010, p. 71.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>91</sup> TEIXEIRA, A. V. *Fondamenti di diritto costituzionale comparato*, Aracne editrice, 2016, p. 117.

<sup>92</sup> Si può sostenere trattarsi di una nuova fase del Costituzionalismo anche perché le strutture e i modi di protezione di diritti diffusi e collettivi rappresentano un prolungamento a livello globale di quello scopo básico del Costituzionalismo delle rivoluzioni: limitare il potere, sia politico sai economico. *Ibidem*.

<sup>93</sup> L’esistenza di documenti giuridici storicamente garantiti e legittimati dagli attori dell’ordine Internazionale permette sostenere che il Costituzionalismo transnazionale deve prendere la forma di una *costituzione storica*. Per quanto riguarda il suo contenuto, l’idea di *costituzione materiale* sarebbe forse il concetto più preciso per definire i limiti sostanziali di questa costituzione. TEIXEIRA, A. V. *Fondamenti di diritto costituzionale comparato*, Aracne editrice, 2016, p. 118.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

Movimento Constitucional, levando-se em consideração que “[...] la storicità sarà sempre un aspetto da considerare una costituzione, indipendentemente dalla forma assunta. La dimensione unificatrice della costituzione materiale <<può mostrarsi atto a unificare le varie fonti di produzione, in quanto preeesista a queste, in quanto cioè abbia di fronte ad esse una sua autonomia >><sup>95</sup>”. Isto porque tanto a característica histórica quanto a característica material, em comparação com o Constitucionalismo de matriz estatal são, ou poderão ser, aplicáveis<sup>96</sup> a um possível Constitucionalismo Transnacional, pois, conforme já fora mencionado na primeira parte deste texto, o Constitucionalismo é, fundamentalmente, fruto da existência humana ou, melhor, da sua historicidade-tradição-cultura e, por isso, da mesma forma em que a humanidade carrega, consigo, uma história-tradição-cultura, o Constitucionalismo também se apresenta aglutinado a estes fatores que compuseram e ainda compõem, em um cenário mundo, a civilização Ocidental.

Não obstante o que já fora exposto, em decorrência da temática abordada nesta terceira parte, “Estado e Soberania: a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo na perspectiva transnacional”, torna-se necessário, a partir daquilo que Anderson Vichinkeski Teixeira denominou de “Teoria Pluriversalista do Direito Internacional”, tecer esclarecimentos pontuais, já que a terminologia “Constitucionalismo Transnacional” se encontra, aparentemente, de difícil experimentação prática. Com isso, a temática trabalhada, no que diz respeito ao Estado e à Soberania, e, ao encontrar guarida na teoria proposta por Teixeira, dependerá, sobretudo, de “[...] um conceito de *soberania relativizada* do Estado-Nação e a ideia de um espaço regional em um contexto pluriversalista [...] <sup>97</sup>”, de modo que a competência de função e norma do Constitucionalismo Transnacional possa ser compreendida unicamente como uma “competência residual<sup>98</sup>”. “Isto é, uma competência para tratar das matérias que não são restritas ao âmbito dos Estados nacionais ou dos espaços regionais, como, ex hypothesis, conflitos entre países que pertencem a dois ou mais espaços regionais, e também situações que requereriam uma cooperação em nível planetário<sup>99</sup>”.

Ademais, além da relativização da Soberania, para que seja perpetuada a “*Doble Vocación Histórica*” do Constitucionalismo em um cenário-mundo desterritorializado, há a necessidade da criação do “Princípio de Solidarismo<sup>100</sup>”, sendo este princípio pertencente,

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 118-119.

<sup>96</sup> Nonostante Mortati abbia pensato la costituzione materiale a partire dalla prospettiva dello Stato nazionale, la funzione di conservazione della forma di organizzazione del potere e del regime politico deve venire anche sottolineata, una volta che la costituzione materiale è diretta a <<garantire, al di sopra del mutamento di singoli istituti, o di particolari indirizzi, il mantenimento del fine essenziale, che serve ad identificare un tipo di Stato di fronte ad altri>>. Una comparazione con la costituzione materiale di Mortati deve servire, in questo momento, soltanto per mostrare che proprio le nozioni più caratteristiche del costituzionalismo di matrice statale sono applicabili ad un costituzionalismo di matrice transnazionale – e soprattutto finisco per attribuire una maggiore consistenza teorica a questo fenomeno. *Ibidem*, p. 119.

<sup>97</sup> TEIXEIRA, A. V. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*, WMF Martins Fontes, 2011, p. 293.

<sup>98</sup> [...] Vimos que o Estado-nação é uma forma de organização política que não conhece ainda um concorrente em condições de substituí-lo nos diversos setores em que está presente. É o Estado quem se encontra mais próximo do cidadão e da grande parte dos problemas sociais que ocorrem no interior do seu território. Mas, quando problemas se tornam crises internacionais, sustentamos que o reconhecimento recíproco (“reconhecimento-identidade”) entre os Estados é a forma mais eficiente para possibilitar que a paz, após um eventual conflito, não seja alcançada mediante um mero armistício, que uma cooperação (política, econômica, cultural etc.) entre os Estados não seja destinada a durar somente na prosperidade e possa superar também outros momentos de crise entre os Estados, e que, enfim, as relações internacionais sejam baseadas em uma tradição histórico-cultural comum, deixando de se fundar unicamente na vontade dos chefes de Estado. *Ibidem*.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> O solidarismo grociano tenta realizar um mundo mais ordenado em que o recurso à guerra por motivos políticos exclusivos dos Estados seja proibido, deixando aberta somente a possibilidade de uso legítimo da força “para perseguir os escopos da comunidade internacional”. TEIXEIRA, A. V. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*, WMF Martins Fontes, 2011, p. 295.



doutrinariamente falando, à concepção grociana ou solidarista internacional, a qual, “[...] enquanto se opunha à criação de um governo mundial, entendia que os Estados deviam tentar ‘oferecer uma solução alternativa ao problema, mediante uma estreita colaboração e uma estreita aderência aos princípios constitucionais da ordem internacional à qual deram o seu consentimento’<sup>101</sup>”. O que se quer dizer, nestes termos, é que a “Soberania Relativizada” e o “Princípio de Solidarismo”, poderiam proporcionar ao Constitucionalismo Transnacional, através dos ideais de Resistência e de Participação, advindos da sua vocação histórica, uma cooperação internacional, não somente no âmbito político, mas sim e, principalmente, no âmbito jurídico, a partir daquilo que Luigi Ferrajoli denominou de “Esfera Pública Supranacional”<sup>102</sup>.

Portanto, o Constitucionalismo Transnacional, inserido em uma “Esfera Pública Supranacional”, poderá apresentar-se como condição de possibilidade à “promuovere la tutela dei diritti individuali e sociali [...]”; partecipare dello sviluppo regionale insieme agli altri Stati con interessi in comune nell’ordine Internazionale; attuare le politiche pubbliche internazionali [...]”<sup>103</sup>. Por outras palavras, a expansão do Constitucionalismo<sup>104</sup> – do Território ao Mundo –, que deverá acompanhar e, ao mesmo tempo, tutelar a complexidade<sup>105</sup> das relações capitaneadas pela existência humana, representará a perpetuação histórica do fenômeno constitucional, seja a partir da sua “Doble Vocación” – Resistência e Garantia –, seja a partir de novos valores que já integram ou que passarão a integrar a ordem política e jurídica internacional.

## Conclusão

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão, mesmo que relativa, acerca do futuro do Constitucionalismo e da sua transnacionalidade, no presente trabalho, de maneira sucinta, se buscou demonstrar, em três partes, a construção e o desenvolvimento do fenômeno constitucional.

Na primeira delas, conforme se verificou inicialmente, se referiu, de acordo com a análise proposta por Maurizio Fioravanti, na obra “Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales”, a construção-formação do Constitucionalismo a partir das suas fases: a Primitiva, a Revolucionária e a Liberal. Como complemento, se discutiu, individualmente e cronologicamente, a contribuição de cada uma destas fases e da complexidade da existência humana para as transformações deste fenômeno, de modo a demonstrar a relação das mesmas, mesmo que brevemente, com o desenvolvimento do Estado.

Na segunda forma de demonstração, ou seja, na relativa ao Território e ao Mundo: a desterritorialização e a desconstitucionalização dos direitos, se buscou proporcionar uma compreensão diversa da primeira, pois, nesta, tornou-se possível aferir a maneira pela qual, além do Estado, todas as outras instituições – políticas e jurídicas – se formaram e se consolidaram, uma vez que estas construções, principalmente a econômica, respaldaram a edificação das bases necessárias à consolidação da era global.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Por tanto, la construcción de una esfera pública supranacional como esfera heterónoma respecto del mercado y dirigida a la garantía de los intereses generales y los derechos de todos supone una refundación del principio de legalidad como límite a los poderes económicos privados y a sus naturales vocaciones absolutistas. FERRAJOLI, L. *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, 2011, p. 563.

<sup>103</sup> TEIXEIRA, A. V. *Fondamenti di diritto costituzionale comparato*, Aracne editrice, 2016, p. 122.

<sup>104</sup> Diversamente di centralizzare il potere nell’ordine internazionale, una costituzione transnazionale dovrebbe consentire agli Stati nazionali e agli spazi regionali il rafforzamento dei loro scopi particolari. Al diritto costituzionale comparato spetterà allora trovare dei meccanismi perciò. *Ibidem*.

<sup>105</sup> L’attuale congiuntura internazionale ci impone la necessità di una espressa relativizzazione della sovranità dello Stato in beneficio esclusivo di istituzioni sovranazionali capaci di transcendere le volontà politiche circostanziali delle grandi potenze e dare rappresentatività agli individui e ai paesi che attualmente si trovano emarginati tanto dal mercato internazionale quanto dallo scenario politico internazionale. *Ibidem*.

Ainda nesta parte, na qual se discutiu a desterritorialização do poder, se percebeu que o desenvolvimento do Estado, juntamente com as características advindas da construção estatal territorial e das suas instituições-mecanismos, principalmente o Constitucionalismo, que conformaram o Estado-Nação, desestruturaram-se diante da nova lógica global consubstanciada, sobretudo, pela globalização de uma nova forma institucional de mundo.

Na terceira e última parte, denominada de Estado e Soberania: a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo na perspectiva transnacional, se discorreu acerca da “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo – Resistência e Participação – em uma perspectiva transnacional, levando-se em consideração, para isso, que o Estado e a Soberania não mais desempenham, com exclusividade, a regulação de um determinado território.

Portanto, diante de todo o exposto, em meio a estes fenômenos de territorialização, de desterritorialização e de Constitucionalismo Transnacional, somados à globalização multifacetada das relações, uma conclusão relativa, que sobrevém deste estudo, é que a “Doble Vocación Histórica” do Constitucionalismo – Resistência e Participação – deverá continuar a influenciar, não somente o Constitucionalismo em uma perspectiva territorial-nacional, mas sim e, com maior intensidade, o Constitucionalismo Transnacional.

## **Referências**

- ARENDT, H. Entre o passado e o futuro, Perspectiva, São Paulo, 2013.
- BOLZAN DE MORAIS, J. L. As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011.
- FEBBRAJO, A. Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas, Juruá Editora, Curitiba, 2016.
- FERRAJOLI, L. A soberania no mundo moderno. Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- FERRAJOLI, L. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- FIORAVANTI, M. Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- FIORAVANTI, M. Constitución. De la Antigüedad a nuestros días. Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- ROUSSEAU, J.J. O contrato social, L&PM Editores, Porto Alegre, 2019.
- SASSEN, S. Territorio, autoridad y derecho: De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, Katz Editores, Buenos Aires, 2012.
- SCHMITT, C. O nomos da Terra no direito das gentes do jus publicum europaeum, Contraponto; Ed. PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2014.
- TEIXEIRA, A. V. Fondamenti di diritto costituzionale comparato, Aracne Editrice, Roma, 2016.
- TEIXEIRA, A. V. Teoria Pluriversalista do Direito Internacional, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2011.
- ZOLO, D. Globalização: um mapa dos problemas. Conceito Editorial, Florianópolis, 2010.

## **O plano de insolvência - análise sobre algumas das questões fundamentais nesta matéria**

The insolvency plan – analysis of some of the key issues in this issue

**Patrícia Anjos Azevedo**<sup>1</sup>

**Ana Rita Ferreira Araújo**<sup>2</sup>

Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto  
IPMAIA

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. O plano de insolvência – conceito. 2.2. Conteúdo, elementos e providências específicas do plano de insolvência. 2.3. A aprovação do plano de insolvência. 2.4. A homologação do plano de insolvência. 2.5. Efeitos da homologação. 2.6. Execução do plano de insolvência. 2.7. Encerramento do processo. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O objetivo deste contributo é o de abordar algumas questões fundamentais no âmbito do plano de insolvência, o que passa pelos seus trâmites, até ao encerramento do processo e os respetivos efeitos. A metodologia utilizada prende-se fundamentalmente com a pesquisa epistemológica, sendo esta uma pesquisa de cunho fundamentalmente teórico, com algum apoio em exemplos, sempre que possível. O plano de insolvência prevê o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares daqueles créditos e pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor findo o processo de insolvência. Trata-se, assim, do plano que se destina a prover à recuperação do devedor. Os credores podem optar por recuperar a empresa ou exercer outro modo de liquidação, de acordo com a autonomia que lhes é dada pelo CIRE português (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Neste contexto, devem prevalecer critérios de racionalidade económica e a defesa dos interesses dos credores. O principal objetivo do plano de insolvência é o de tentar tutelar os interesses dos credores e os interesses dos vários intervenientes, evitando a pura liquidação do património para que, com o produto da venda, se satisfaçam os interesses dos credores.

**Palavras-chave:** Plano de insolvência, processo de insolvência, devedor, credor.

**Abstract:** The purpose of this contribution is to address some fundamental issues within the scope of the insolvency plan, which goes through its procedures, until the closure

---

<sup>1</sup> Mestre e Licenciada em Solicitadoria pelo IPMAIA.

<sup>2</sup> Licenciada, Mestre (Ciências Jurídico-Económicas) e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada na Escola Superior de Tecnologia e Gestão (ESTG) do Politécnico do Porto. Membro efetivo do Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do P. Porto (CEOS.PP). Membro integrado do Núcleo de Investigação do Instituto Politécnico da Maia - IPMAIA (N2i). Membro do Instituto de Investigação Jurídica da Universidade Lusófona do Porto (I2J).

of the process and the respective effects. The methodology used is fundamentally the epistemological research, which is a theoretical research, with some support in examples, whenever possible. The insolvency plan provides for the payment of claims on insolvency, liquidation of the insolvent estate and its distribution by the holders of those claims and by the debtor, as well as the liability of the debtor at the end of the insolvency proceedings. The purpose of the plan is to provide for the recovery of the debtor. Creditors may choose to recover the company or exercise another method of settlement, in accordance with the autonomy given to them by the Portuguese CIRE (Insolvency and Business Recovery Code). In this context, criteria of economic rationality and the protection of creditors' interests must prevail. The main objective of the insolvency plan is to try to protect the interests of the creditors and of the various players, avoiding the pure liquidation of the assets so that, with the proceeds of the sale, the interests of the creditors are satisfied.

**Keywords:** Insolvency plan, insolvency proceedings, debtor, creditor.

## 1. Introdução

O presente artigo de revisão aborda algumas questões fundamentais no âmbito do plano de insolvência, procurando demonstrar quais os seus trâmites até ao encerramento do processo e os respetivos efeitos<sup>3</sup>.

Contextualizando, o plano de insolvência insere-se no âmbito dos instrumentos de recuperação de empresas insolventes. Pode, por isso, designar-se por plano de recuperação, dependendo da sua finalidade<sup>4</sup>.

Esta matéria assume especial preponderância, sendo que "*o plano de insolvência pode (...) ter finalidades liquidatórias e regular o pagamento dos créditos sobre a insolvência, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos credores ou a responsabilidade do devedor após o fim do processo de insolvência (cfr. art. 192.º, n.º 1<sup>5</sup>). Mas pode ainda ter a finalidade de recuperação da empresa e regular as medidas para a atingir (cfr. art. 1.º, n.º 1). Neste caso, ele configura aquilo que, depois da alteração da Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, se chama um plano de recuperação (cfr. n.º 3 do art. 192.º), sendo o único instrumento que a lei prevê para este efeito.*"<sup>6</sup>

Ora, e no seguimento daquilo que acabamos de referir, se o plano de insolvência se trata do único instrumento que a lei prevê para efeitos de recuperação, estamos perante uma matéria de especial destaque no Direito português, pois em 2012 passou a admitir-se que a insolvência poderá não visar a mera liquidação patrimonial, com vista à repartição do produto da venda pelos credores, mas antes configurar uma tentativa – muitas vezes bem sucedida – de recuperação do devedor.

Com vista a demonstrarmos a importância do plano de insolvência, a sua tramitação fundamental e os respetivos efeitos, em primeiro lugar, neste nosso contributo, procuramos abordar o conceito, propriamente dito, de plano de insolvência, com vista a uma melhor compreensão do tema.

---

<sup>3</sup> Alguns autores e obras que abordam este tema (e outros relacionados): EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016; FERNANDES, L.A.C.; LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3.ª edição. Lisboa, Quid Juris, 2015; LEITÃO, L.M.T.M. *Direito da Insolvência*. 7.ª edição. Coimbra, Almedina, 2017; MARTINS, L. M. *Processo de Insolvência – Código Anotado*, 3.ª edição. Coimbra, Almedina, 2014 e SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018.

<sup>4</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 313-324.

<sup>5</sup> Do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

<sup>6</sup> Cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 315-316.

Ademais, este nosso contributo encontra-se dividido nos seguintes tópicos: a legitimidade para apresentar a proposta de plano; o conteúdo do plano, com destaque para a regra da liberdade de conteúdo e as suas restrições; a aprovação do plano de insolvência, sendo o juiz que decide da admissão da proposta de plano ou a sua rejeição; as notificações (pareceres); a discussão e votação em assembleia de credores; os quóruns, sendo que, quando a proposta é aprovada, é necessário verificar se estiveram presentes ou representados um terço dos créditos com direito de voto, tendo a aprovação de recolher mais de dois terços dos votos emitidos e, adicionalmente, mais de metade destes corresponderem a créditos não subordinados; a exclusão do direito de voto e, em último lugar, este trabalho termina com os efeitos e o encerramento do processo.

A metodologia utilizada prende-se fundamentalmente com a pesquisa epistemológica, sendo esta uma pesquisa de cunho fundamentalmente teórico, relacionada com plano de insolvência, no âmbito da qual são definidos os principais conceitos relacionados com o tema. Ademais, existe ainda o recurso à monografia dogmática, sendo desenvolvido este tema a partir de várias pesquisas, relacionando legislação, doutrina e jurisprudência.

De notar que tentamos ainda ilustrar o tema, com recurso a citações de alguns autores portugueses que se debruçam sobre a insolvência e a recuperação de empresas, tentando-se ainda, na medida do possível, incluir alguns exemplos práticos.

## **2. Desenvolvimento**

### **2.1. O plano de insolvência – conceito**

No âmbito de um processo de insolvência, pode – em determinadas circunstâncias – ser elaborado um plano de pagamentos, sendo que incumbe ao devedor pagar aos respetivos credores.

O plano de insolvência encontra-se previsto nos artigos 192.º a 222.º, todos do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Estas normas referem-se ao pagamento dos créditos sobre a insolvência, à liquidação da massa insolvente e à repartição do seu produto pelos credores, bem como à responsabilidade do devedor findo o processo de insolvência<sup>7</sup>.

De facto, e em conformidade com o previsto no art.º 192.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), a liquidação da massa insolvente apresenta-se como supletiva, podendo os credores optar por outra solução, através do plano de insolvência.

Destarte, o plano de insolvência destina-se à recuperação por parte do titular da empresa ou, eventualmente, à transmissão da empresa a outro titular. Regra geral, o plano de insolvência apresenta um carácter universal, podendo ser proposto em todos os processos de insolvência.

Contudo, existem algumas exceções, previstas nos art.ºs 249.º e 250.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Daí resulta que o plano de insolvência não se aplica às pessoas singulares não empresárias nem aos titulares de (pequenas) empresas, pois estes ficam sujeitos a um plano de pagamentos aos

---

<sup>7</sup> Sobre o conceito de plano de insolvência, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 291-292. Cfr., ainda, LEITÃO, L.M.T.M. *Direito da Insolvência*. 7.ª edição. Coimbra, Almedina, 2017, pp. 293-294.

credores, que se afigura outro instituto jurídico previsto no CIRE<sup>8</sup>. Ademais, e num sentido mais rigoroso, parece estender-se a inadmissibilidade do recurso ao plano de insolvência a todas as pessoas singulares, mesmo às titulares de empresas, pequenas ou não.<sup>9</sup>

Ainda quanto ao âmbito de aplicação do plano de recuperação, e nas palavras de Catarina Serra<sup>10</sup>, este "(...) é mais restrito. Sempre que a lei se refere à recuperação associa-lhe a empresa. Acontece isso, por exemplo, nas normas dos arts. 1.º, 161.º, n.º 2, 195.º, n.º 2, al. b), e ainda no próprio nome do Código – da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Não existem, assim, quaisquer dúvidas de que o plano de recuperação só é configurável nos casos em que existe uma empresa."

Por sua vez, o art.º 193.º, n.º 1 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) refere-se a quem pode requerer o plano de insolvência. Ora, as partes legítimas para requerer o plano de insolvência são: o administrador de insolvência, por sua iniciativa ou por deliberação da assembleia de credores; o devedor; qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas da massa insolvente<sup>11</sup>; ou qualquer credor ou grupo de credores.

A apresentação do plano de insolvência pressupõe sempre a declaração de insolvência do devedor, já que a assembleia de credores, para discutir e votar a proposta de plano de insolvência, não pode reunir-se antes de transitada em julgado (o que significa a insusceptibilidade de recurso ordinário) a sentença declaratória da insolvência, antes de esgotado o prazo para impugnação da lista de credores reconhecidos e antes da realização da assembleia de apreciação do relatório (ou, caso não seja designado dia para a sua realização), depois de decorridos 45 dias sobre a prolação da sentença declaratória da insolvência – cfr. art.ºs 36.º, n.º 1, al. n); 209.º, n.º 2 e 36.º, n.º 4, todos do CIRE.

O administrador da insolvência pode apresentar o plano por sua iniciativa ou quando tal seja solicitado pela assembleia de credores<sup>12</sup>. Este encontra-se ainda vinculado às regras definidas em assembleia de credores, devendo apresentar uma proposta dentro de um prazo razoável (art.º 193.º, n.º 2 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Neste seguimento, o administrador da insolvência elabora a proposta de plano com a colaboração da comissão de credores e do respetivo devedor e, no caso de existir, ainda com a colaboração da comissão ou dos representantes dos trabalhadores, conforme prescreve o art.º 193.º, n.º 3 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Na falta de definição do que seja um "prazo razoável", consideramos que o prazo é de 60 dias, nos termos do art.º 156.º, n.º 4, alínea a) do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Por sua vez, também o devedor<sup>13</sup> pode apresentar uma proposta de plano, nos termos do art.º 24.º, n.º 3 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), na fase dos articulados ou até mais tarde. Porém, o devedor não necessita de apresentar um plano. No caso de o fazer, poderá eventualmente – se o requerer

---

<sup>8</sup> No mesmo sentido, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 318; bem como Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de abril de 2010, proferido no âmbito do Processo n.º 523/09.6TBAGD-C.C1 (Relatora: Judite Pires) e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo n.º 1439/13.7TBFLG-D.P1 (Relator: Rodrigues Pires).

<sup>9</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de abril de 2010, proferido no âmbito do Processo n.º 523/09.6TBAGD-C.C1 (Relatora: Judite Pires) e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15 de setembro de 2015, proferido no âmbito do Processo n.º 1439/13.7TBFLG-D.P1 (Relator: Rodrigues Pires).

<sup>10</sup> SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 318.

<sup>11</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 296.

<sup>12</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 292-294.

<sup>13</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 294-295.

– conservar administração e disposição dos bens que integram a massa insolvente, contrariamente à regra geral, que se prende com um dos efeitos automáticos da declaração de insolvência, a saber: privação dos poderes de gestão e administração dos bens que integram a massa insolvente.

O devedor deve, assim, proceder à apresentação do plano até à sentença declarativa da insolvência ou nos 30 dias posteriores, conforme o estabelecido nos art.ºs 224.º, n.º 2, alínea b) e 228.º, n.º 1, alínea e), ambos do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) <sup>14</sup>.

Quanto aos credores não subordinados<sup>15</sup>, segundo um critério qualitativo, estes não têm legitimidade para apresentar um plano. Contudo, têm legitimidade, segundo um critério quantitativo, o credor ou um grupo de credores, cujos créditos representem pelo menos um quinto do total dos créditos não subordinados que sejam reconhecidos na sentença ou que sejam estimados pelo juiz, nos termos do art.º 193.º, n.º 1 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Quando a proposta de plano de insolvência seja da iniciativa do agente de execução, da assembleia de credores, dos credores ou dos responsáveis legais, aquela pode ser apresentada em qualquer momento processual.

Ainda de ressaltar que a proposta de plano de insolvência não suspende automaticamente o processo de insolvência. Contudo, a requerimento do proponente do plano, o juiz poderá decretar a suspensão da liquidação da massa insolvente (e a partilha do respetivo produto pelos credores da insolvência), se tal se afigurar necessário no sentido de não prejudicar a execução do plano – cfr. art.º 206.º, n.º 1 do CIRE.

## **2.2. Conteúdo, elementos e providências específicas do plano de insolvência**

No plano de insolvência, deverão encontrar-se devidamente descritas as alterações decorrentes para a situação dos credores da insolvência, conforme prevê o art.º 195.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), devendo ainda encontrar-se implícito, no plano, qual é a sua finalidade; bem como o facto de o pagamento ser eventualmente efetuado através de liquidação, de recuperação ou de transmissão do estabelecimento a um terceiro <sup>16</sup>. Neste seguimento, e de acordo com Catarina Serra<sup>17</sup>, *"em rigor, a disposição do art. 195.º, n.º 2, al. b), sugere a existência de quatro modalidades de plano: o plano de liquidação da massa insolvente (...), o plano de recuperação (...), o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade (...) e, naturalmente, o plano misto, que resulta da liberdade de combinar todas ou algumas das modalidades anteriores."*

O plano de insolvência com finalidade de recuperação trata-se do mais comum, dependendo, no essencial, da vontade dos credores, pelo que se permite *"(...) que se opte pela recuperação mesmo quando não se verifica a condição natural de aplicabilidade das providências de recuperação (a viabilidade da empresa) e,*

---

<sup>14</sup> Sobre a oportunidade/momento processual de apresentação da proposta de plano, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 298.

<sup>15</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 295.

<sup>16</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 296-297.

<sup>17</sup> Cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 316.

*correspectivamente, que o processo (supletivo) de insolvência siga o seu curso e a liquidação não tenha lugar não obstante ela se verificar.”<sup>18</sup>*

Neste sentido, podemos inferir que o plano de insolvência com finalidade de recuperação se assemelha (muito embora com algumas particularidades) ao plano de recuperação do PER (Processo Especial de Revitalização). *“Algumas das grandes dúvidas que ele suscitava discutem-se agora, mais intensamente, inclusive ao nível jurisprudencial, por referência ao plano de recuperação do PER. Sendo assim, e para que não se verifiquem repetições, optou-se por tratar o plano de insolvência/recuperação de forma mais sumária e remeter o tratamento – o tratamento desenvolvido – das questões que podem pôr-se em termos semelhantes, para a revitalização.”<sup>19</sup>* As questões aqui em causa são a homologação do plano de recuperação; os efeitos da homologação do plano sobre os créditos tributários e as garantias prestadas por terceiros; bem como o incumprimento do plano – art.ºs 215.º a 218.º, todos do CIRE.

No caso de o plano de insolvência (que pode ser de recuperação) conter a previsão da manutenção em atividade da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiro, deverá ser apresentado um relatório económico-financeiro de suporte, que permita justificar os pagamentos, descrever quais as medidas necessárias à sua execução e, ainda, os princípios legais derogados e o âmbito da respetiva derrogação.

De notar que as providências contidas no plano não se encontram, contudo, exaustivamente tipificadas por lei, pelo que a lei apenas indica as mais usais<sup>20</sup>. O plano pode, por isso, ainda conter medidas com incidência no passivo, com exceção dos créditos tributários (que são indisponíveis, à luz da legislação fiscal); o perdão ou redução de créditos; a modificação de prazos de vencimento e taxas de juro; a constituição de garantias e a cessão de bens aos credores.

Ademais, o plano poderá compreender providências específicas quanto às sociedades comerciais, tais como, por exemplo, a redução do capital social para cobertura de prejuízos, o aumento do capital (através da conversão de créditos em capital ou de entradas em dinheiro a realizar antes da homologação do plano), a alteração de estatutos ou dos órgãos sociais, etc. A título de exemplo quanto a esta matéria, e nas palavras de Catarina Serra<sup>21</sup>, o plano pode conter *“a redução do capital social para cobertura de prejuízos (incluindo o azzeramento, no caso de a redução ser no âmbito da chamada operação-acordeão), o aumento do capital social, para acomodar a operação de conversão de créditos em participações sociais (debt-for-equity swap<sup>22</sup>), a alteração do título constitutivo da sociedade, a transformação do tipo social, a alteração dos órgãos sociais, a exclusão de todos ou alguns sócios (...) e o saneamento por transmissão, ou seja, a constituição de uma ou mais sociedades destinadas à exploração do(s) estabelecimento(s) adquirido(s) à massa insolvente.”* De ressaltar que, na falta de cláusula em contrário, o plano de insolvência não afeta as garantias reais e os privilégios creditórios, considerando-se objeto de perdão total os créditos subordinados.

O plano pode ainda conter o saneamento por transmissão, devendo ser constituída uma ou mais sociedades para exploração de estabelecimento compreendido na massa insolvente.

---

<sup>18</sup> Neste sentido, SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 316.

<sup>19</sup> Cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 316.

<sup>20</sup> Sobre o conteúdo do plano, e para maiores desenvolvimentos, cfr. LEITÃO, L.M.T.M. *Direito da Insolvência*. 7.ª edição. Coimbra, Almedina, 2017, pp. 295-300.

<sup>21</sup> SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 317.

<sup>22</sup> A conversão de créditos em capital – art.º 198.º, n.º 2, al. b) do CIRE – é, por si mesma, uma medida de recuperação de sociedades comerciais. Dá-se aqui uma extinção da obrigação por uma causa extraordinária, sendo a causa típica de extinção das obrigações mais próxima a dação em cumprimento, prevista nos art.ºs 837.º e ss do Código Civil português. Para maiores desenvolvimentos, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 317, nota de rodapé n.º 464.



Assim verificamos que, aos credores, é dada uma ampla liberdade de estipulação, podendo optar livremente pelas soluções previstas no CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) ou outras.

Neste contexto, e em jeito de análise ao art.º 195.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), podemos referir que entre os vários elementos considerados relevantes e enunciados nesta disposição, importa indicar o meio através do qual será obtida a satisfação dos credores, a saber: plano de liquidação da massa insolvente; plano de recuperação; ou plano de transmissão da empresa a outra entidade (neste caso, cessa a administração pelo próprio devedor).

Quanto aos documentos contabilísticos referidos na alínea c) do n.º 2 desta disposição, muitas das vezes não são possíveis de traduzir para o plano, pois o passivo não está estabilizado. Todavia, já importará verificar se estamos perante uma insolvência relacionada com o balanço – quando o passivo é superior ao ativo (cumprindo apurar as respetivas causas) – ou se estamos perante uma incapacidade de pagamento de dívidas, por falta de tesouraria (fluxo de caixa). O plano deve assim ser sempre acompanhado do Balanço contendo uma lista dos bens, créditos, dívidas e compromissos da sociedade.

Se for um plano de liquidação, não faz sentido a junção dos elementos acima referidos. Contudo, o fluxo de caixa é essencial, pois permite aferir da saída ou entrada de dinheiro. Sem o fluxo de caixa não é possível um controle e uma avaliação eficazes da atividade, faltando as informações sobre a rentabilidade e sobre o grau de liquidez. O fluxo de caixa permite planear, organizar, coordenar, dirigir e controlar os recursos financeiros para um determinado período.

Ora, nos termos da alínea e) do n.º 2 do art.º 195.º do CIRE, a não junção dos aludidos elementos não se trata de uma verdadeira derrogação porque, apesar de não se aplicar as normas em causa, estas continuam em vigor no ordenamento jurídico. Este conceito de “derrogação” tem de ser interpretado em conjugação com o disposto no art.º 192.º, n.º 1 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) e com o que nele é especificado. Por “normas derogadas” entendem-se normas do CIRE e não outras que seriam aplicáveis ao caso concreto, mas que não o são por serem afastadas pelos credores.

Neste mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-11-2007, referente ao Processo n.º 0734223, que refere o seguinte: “(...) O termo “derrogação” utilizado naquela norma não se identifica com o conceito técnico-jurídico predisposto no nosso sistema jurídico para caracterizar esta conceção legal, porquanto a oportunidade que neste enquadramento é dada aos credores não lhes confere o direito de, geral e abstratamente, retirarem da sua vigência algum preceito do CIRE, mas apenas lhe é deferida a possibilidade de, em determinados casos concretamente evidenciados, poderem regular de forma diversa da lei vigente uma certa questão que, ponderadamente, não justifica tal subsunção legal”.

Pode, ainda, o plano prever conteúdos alternativos devendo, nesse caso, esclarecer sobre qual será o aplicável, caso não seja exercido o direito de escolha por parte dos credores. O plano de insolvência obedece ainda a determinadas condições de eficácia, nos termos do art.º 200.º do CIRE e conforme retratado por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão<sup>23</sup>.

### **2.3. A aprovação do plano de insolvência**

A aprovação do plano de insolvência depende de decisão do juiz que determine a admissão da proposta de plano ou, alternativamente, a sua rejeição (o que acontece quando a proposta de plano seja manifestamente irrealizável, por exemplo), em conformidade com o art.º 207.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de

---

<sup>23</sup> Cfr. LEITÃO, L.M.T.M. *Direito da Insolvência*. 7.ª edição. Coimbra, Almedina, 2017, p. 300.

Empresas). Assim, há que observar determinados requisitos, que têm de estar devidamente comprovados nos autos, quando o juiz efetua a apreciação liminar.

Neste contexto, entre as causas apontadas por Maria do Rosário Epifânio<sup>24</sup> como legitimadoras da não admissibilidade do plano, destacam-se, a título de exemplo, a manifesta inexecutibilidade do plano e a oposição do administrador da insolvência.

Em relação à manifesta inexecutibilidade do plano, e nas palavras de Maria do Rosário Epifânio, *"a manifesta inexecutibilidade do plano constitui um fundamento para a não admissão da proposta de plano de insolvência (...) e importa a formulação de um juízo sobre o mérito da proposta apresentada, com carácter casuístico. Assim, não deverá ser admitida a proposta que, por exemplo, contenha medidas insuscetíveis de serem jurídica ou materialmente realizadas, porque não existem meios para tal, ou porque ultrapassam a competência do devedor ou dos respetivos órgãos (...) não deverá ser admitida a proposta de medidas que dependem da participação de terceiros que, pela experiência da vida é razoavelmente expectável que não venha a acontecer."*<sup>25</sup>

Por seu turno, a oposição do administrador da insolvência encontra-se prevista no art.º 207.º, n.º 1, al. d) do CIRE e depende do preenchimento simultâneo de três requisitos, a saber: (i) deve tratar-se de proposta apresentada pelo devedor (pessoalmente ou por intermédio dos seus administradores); (ii) é necessário que o devedor já tenha apresentado anteriormente outra proposta e que ela tenha sido admitida pelo tribunal; (iii) é necessário que o administrador da insolvência, com o acordo da comissão de credores (caso exista) se pronuncie contra a sua admissão. Na hipótese de a comissão de credores não existir, por ter sido dispensada nos termos dos art.ºs 66.º e 67.º do CIRE, basta a oposição do administrador<sup>26</sup>.

Sem prescindir, nos termos do art.º 208.º do CIRE, e admitida que se encontre a proposta de plano de insolvência, terão lugar os pareceres obrigatórios da comissão de trabalhadores (ou, caso não exista, dos representantes dos trabalhadores), da comissão de credores (caso exista), do devedor e do administrador da insolvência<sup>27</sup>. Seguidamente, e conforme previsto no art.º 209.º do CIRE, a proposta de plano de insolvência é discutida e votada em assembleia de credores, que tem como principais tarefas a alteração do plano, a votação por escrito e a publicidade da deliberação.

Mais concretamente, a aprovação do plano de insolvência depende do preenchimento cumulativo de dois quóruns distintos (cfr. art.º 212.º, n.º 1 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), a saber:

(i) Quórum constitutivo (ou de reunião): requisito de constituição da própria assembleia, impondo-se um mínimo de créditos cujos titulares devem estar presentes ou representados para que a assembleia se constitua e possa deliberar. Exige-se, assim, a presença ou representação de pelo menos um terço do total dos créditos com direito de voto (art.º 212.º, n.º 1 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), tendo direito de voto os credores que preencham os requisitos simultâneos dos art.ºs 73.º e 212.º, n.ºs 2 a 4 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Ou seja, tem direito de voto qualquer credor cujo crédito se encontre reconhecido por decisão definitiva ou, em alternativa, haja sido objeto de reclamação no processo ou na própria assembleia para efeitos de participação desde que não seja objeto de impugnação pelo administrador da insolvência ou pelos credores – art.º 73.º, n.º 1, alíneas a) e b) do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas);

<sup>24</sup> EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 301-302.

<sup>25</sup> Cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, p. 301, sendo estes exemplos retirados de FERNANDES, L.A.C.; LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3.ª edição. Lisboa, Quid Juris, 2015.

<sup>26</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria, cfr. EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.ª edição. Coimbra, Almedina, 2016, pp. 301-302.

<sup>27</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 318-320.

(ii) Quórum deliberativo (ou de votação)<sup>28</sup>: consiste na percentagem mínima exigível de votos favoráveis, para que a proposta se considere aprovada. Destarte, o plano tem de ser aprovado por, no mínimo, dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados. De notar que não se contabilizam as abstenções. Apenas os credores da insolvência têm direito de voto, pelo que os credores da massa ficam excluídos, dado que o plano é um meio de satisfação dos credores da insolvência e não dos credores da massa insolvente. Por exemplo, não conferem direito de voto os créditos não afetados pela parte dispositiva do plano. Em contrapartida, e muito embora a lei estabeleça que conferem direito ao voto os créditos reconhecidos por sentença definitiva, admite-se que, na ausência de tal decisão, confirmam votos também os créditos atempadamente reclamados e, em certos casos, mesmo os créditos impugnados<sup>29</sup>.

Quanto à votação, esta é efetuada presencialmente, em assembleia, ou por escrito, no prazo de 10 dias (art.º 211.º, n.º 1 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Apenas podem votar por escrito os credores presentes em assembleia (art.º 211.º, n.º 2 do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Exclui-se do direito ao voto os créditos que não sejam modificados pela parte dispositiva do plano.

Face ao exposto, a aprovação da proposta do plano depende do preenchimento de dois requisitos. O primeiro, destina-se a recolher o voto favorável de mais de dois terços de todos os votos emitidos, englobando os créditos comuns, garantidos, subordinados; o segundo diz respeito a mais de metade dos votos que devem corresponder a créditos não subordinados.

A deliberação da aprovação é publicada de imediato, nos termos dos art.ºs 75.º e 213.º, ambos do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Quando o plano de insolvência tenha como objetivo a recuperação do devedor, este toma a designação de “plano de recuperação” – cfr. art.º 192.º, n.º 3 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

#### **2.4. A homologação do plano de insolvência**

A homologação do plano de insolvência é aprovada em assembleia de credores, havendo lugar à posterior homologação, propriamente dita, por parte do juiz, na respetiva sentença. Nas palavras de Catarina Serra<sup>30</sup>, *“o plano de insolvência deve ser homologado pelo juiz (...), mas o seu conteúdo é livremente fixado pelos credores, devendo o juiz, quanto actue oficiosamente, limitar-se a um controlo da legalidade. O poder mais significativo do juiz nesta sede é o de recusar a homologação do plano de insolvência com base na violação não negligenciável das regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo (...)”*.

A sentença de homologação só pode ser proferida após decorridos, pelo menos, dez dias sobre a data da aprovação ou, no caso de o plano ter sofrido alterações na assembleia, sobre a data da publicação da deliberação – cfr. art.º 214.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Alternativamente à homologação, pode aqui verificar-se uma não homologação oficiosa, prevista no art.º 215.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas); podendo ainda verificar-se uma não homologação a solicitação dos

<sup>28</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o direito ao voto, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 319.

<sup>29</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 319-320.

<sup>30</sup> SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, p. 320.

interessados, conforme prevê o art.º 216.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)<sup>31</sup>.

A homologação pode ser recusada oficiosamente (cfr. art.º 215.º do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) quando haja violação não negligenciável de normas procedimentais (vício de procedimento); quando exista violação não negligenciável das normas aplicáveis ao conteúdo do plano (vício de conteúdo); por vício não negligenciável, deve entender-se que se trata de um vício não negligenciável quando se violem regras que possam interferir com a salvaguarda dos interesses em causa (o interesse é o da tutela dos credores). Esta questão terá que ser apreciada pelo juiz, sempre atendendo à posição manifestada pelos credores ao longo do processo.

Por sua vez, a homologação pode ser recusada a requerimento dos interessados (art.º 216.º do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), desde que se encontrem observados os seguintes requisitos: a proposta votada não tenha sido a apresentada pelo próprio; tenha sido manifesta, em ata, a oposição anteriormente à aprovação do plano de insolvência.

De notar que todos aqueles que não possam participar na assembleia (sócios, associados ou membros do devedor) devem apresentar a sua oposição, antes da realização da mesma, por escrito. Ao prazo para oposição deve ser aplicado o previsto no art.º 214.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), sendo que a lei exige que o requerente demonstre, alternativamente, e em termos plausíveis, que existe um prejuízo próprio ou um favorecimento indevido a um credor – cfr. art.ºs 214.º, n.º 1, alíneas a) e b) e 216.º, n.º 1, alínea b) do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). O prejuízo próprio ocorre quando a situação é previsivelmente menos favorável com a aprovação do plano do que na hipótese de o plano não existir. Nos casos em que o oponente é o devedor, sócio ou associado, credor comum ou subordinado, fica afastado o direito de oposição verificadas as condições vertidas no art.º 216.º, n.º 3 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

## **2.5. Efeitos da homologação**

A homologação do plano de insolvência encontra-se prevista nos art.ºs 217.º e 230.º, n.º 1, alínea b), ambos do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas)<sup>32</sup>.

Quando o plano de insolvência é aprovado, daí decorrem certos efeitos, onde se destaca, sobretudo, o facto de os créditos sobre a insolvência serem afetados nos moldes neles depositados. A sentença homologatória atribui eficácia aos atos neles previstos, quando se verificam determinados requisitos, a saber: os atos integrem o plano aprovado, devendo estes ser concretizados até à prolação da sentença homologatória; as declarações de vontade de credores e de terceiros constem no processo e, em casos obrigatórios, é necessário o consentimento do devedor.

É com a sentença homologatória que se produzem as alterações com efeitos nos créditos sobre a insolvência, alterações essas previstas no plano e que podem recair sobre os atos ou sobre os negócios previstos, sendo este título bastante para efeitos da constituição de novas sociedades, se tal estiver previsto – cfr. art.º 217.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Mais concretamente, e segundo Catarina Serra<sup>33</sup>, *"por um lado, produzem-se as alterações dos créditos sobre a insolvência, independentemente – sublinhe-se – de tais créditos terem sido ou não reclamados, o que significa que o plano vincula todos os credores e não apenas quem participou/aprovou o plano (...). Por outro lado, tornam-se eficazes todos os actos e negócios jurídicos previstos no plano de*

<sup>31</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 320-321.

<sup>32</sup> Sobre os efeitos da homologação do plano e o encerramento do processo, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 321-323.

<sup>33</sup>

*insolvência, desde que os respetivos requisitos tenham sido observados (...), constituindo, nomeadamente, a sentença homologatória título bastante para a constituição de nova(s) sociedade(s) e para a redução ou aumento de capital, a modificação dos estatutos, a transformação, a exclusão de sócios e a alteração dos órgãos sociais da sociedade devedora (...)."*

De acordo com o art.º 217.º, n.º 5 do CIRE, todos os efeitos da homologação do plano produzem-se de imediato em resultado da sentença homologatória do plano de recuperação, independentemente do seu trânsito em julgado.

De notar que o trânsito em julgado da sentença de homologação é fundamento de encerramento do processo, desde que o conteúdo do plano a isso não se oponha – art.º 230.º, n.º 1, alínea b) do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Destacam-se, ainda, como outros efeitos, os direitos decorrentes de garantias reais e privilégios creditórios que não são afetados, nos termos do art.º 197.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas). Assim, é concedido o perdão total aos créditos subordinados e a exoneração do remanescente das dívidas, após o cumprimento do plano de insolvência.

Verificam-se ainda os efeitos que derivam do art.º 202.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), sendo necessário o consentimento do devedor para que este possa continuar a explorar a empresa.

Face ao exposto, é necessário o consentimento escrito dos credores para a dação em pagamento, nos termos do art.º 840.º do Código Civil, sendo convertidos os créditos em capital e transmissão de dívidas com efeitos liberatórios para o devedor, exceto os créditos comuns e subordinados, de acordo com o art.º 595.º, n.º 2 do Código Civil.

Caso não se oponha ao conteúdo do plano, dá-se também o encerramento do processo, conforme previsto no art.º 230.º, n.º 1, alínea b) do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), o que se verifica com o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de insolvência.

Ainda no que diz respeito à aprovação do plano de insolvência, e no que concerne aos fiadores ou avalistas, o plano de insolvência só se aplica à sociedade insolvente que se encontre impossibilitada de cumprir as suas obrigações, podendo ser solicitado o pagamento da dívida aos avalistas que não se encontrem insolventes, nem se encontrem impossibilitados de cumprir as obrigações assumidas. No plano de insolvência, o credor e o subscritor do título regulam a dívida existente de forma diversa negociando contratos de crédito, emitindo perdões, alterando garantias, alargando prazos de pagamentos, etc. Assim, a aprovação do plano de insolvência e a respetiva homologação por sentença podem alterar o prazo de cumprimento da obrigação.

Os atos sujeitos a registo podem ser registados com a sentença de homologação do plano, ainda que não tenha transitado em julgado. Contudo, e caso a sentença de homologação do plano não tenha transitado em julgado, o registo será lavrado provisoriamente.

Conforme prescreve o art.º 217.º, n.º 1 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), é com a sentença homologatória que se produzem as alterações aos créditos sobre a insolvência, que sejam introduzidas pelo plano de insolvência, podendo esses créditos ter sido reclamados ou verificados.

Caso o plano de insolvência implique o encerramento do processo, pode prever-se que a sua execução fica sujeita a fiscalização por parte do administrador da insolvência, nos termos estabelecidos no art.º 220.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) e nos moldes aí consignados, em especial, verificando-se a possibilidade de o administrador da insolvência representar o devedor em determinados atos (como, por exemplo, na resolução em benefício da massa insolvente).

Estes efeitos padecem, todavia, de um conjunto de desvios.

Portanto, pode acontecer que o plano de insolvência preveja que a sua execução seja verificada pelo administrador da insolvência.

Caso se verifique algum desvio, independentemente do encerramento do processo, o administrador da insolvência e a comissão de credores mantêm-se em funções, sendo que o juiz conserva os seus poderes de fiscalização, mesmo após o encerramento do processo, nos termos do art.º 220.º, n.º 4 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Além do referido anteriormente, o devedor pode ver o seu poder de disposição e administração dos seus bens limitado. Ora, a assembleia de credores pode ou não incumbir o administrador da insolvência dessa tarefa. Se não o fizer, não lhe são atribuídos poderes de fiscalização do plano. Mas, uma vez atribuída a fiscalização ao administrador da insolvência, este responde pelos seus atos, nos termos do disposto nos art.ºs 59.º e 56.º, ambos do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), contando com o apoio e colaboração da comissão de credores, se esta existir. Na hipótese de o administrador da insolvência ser incumbido da fiscalização, importa assegurar o pagamento de honorários e despesas (recorrendo ao disposto no art.º 221.º do CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), porque, após a homologação do plano, os honorários e as despesas deixam de ser dívidas da massa e, portanto, deixam de ser pagas precipuamente às dívidas da insolvência.

## **2.6. Execução do plano de insolvência**

Em primeiro lugar, convém referir que o plano de insolvência determina o encerramento do processo, se a isso não se opuser o seu conteúdo, ou seja, se se vier prever medidas de recuperação da empresa insolvente.

Ora, antes do encerramento do processo, o administrador da insolvência deve proceder ao pagamento das dívidas da massa insolvente.

No caso de existir incumprimento por parte do devedor<sup>34</sup>, são afetadas (por extinção) a moratória e o perdão dos créditos previstos no plano.

Por sua vez, o plano que implique o encerramento do processo pode prever que a sua execução seja fiscalizada pelo administrador da insolvência, que tem o dever de informação e a necessidade de autorizar a prática de determinados atos por parte do devedor ou pelas novas sociedades.

## **2.7. Encerramento do processo**

Por seu turno, o encerramento do processo encontra-se previsto nos art.ºs 230.º a 234.º do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

Para que se verifique o encerramento do processo, é necessária uma declaração do juiz, tendo este de indicar a razão que o fundamenta, sendo ainda necessário notificar os credores e efetuar os correspondentes publicidade e registo, nos termos do art.º 37.º e 38.º, ambos do CIR (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), cujas últimas alterações legislativas lhes foram introduzidas por intermédio do Decreto-Lei n.º 79/2017, 30 de junho e Retificação n.º 21/2017, de 25 de agosto.

O processo de insolvência é encerrado após a realização do rateio final (ou seja, após o encerramento da liquidação da massa insolvente e a remessa do processo à conta). O encerramento do processo ocorre quando este transita em julgado após a decisão de homologação.

Deste modo, cessam todos os efeitos que resultam da declaração de insolvência, logo, por exemplo, o devedor recupera o poder de disposição dos bens que integram

---

<sup>34</sup> Sobre o cumprimento e incumprimento do plano, matéria que não desenvolvemos neste nosso contributo, cfr. SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 323-324.

a massa e a livre gestão dos seus negócios, a não ser que, em consequência da qualificação da insolvência, esta tenha sido determinada como culposa.

Ora, as atribuições da comissão de credores e do administrador da insolvência cessam com o encerramento do processo, com a ressalva da prestação de contas e do que seja estabelecido no plano de insolvência.

Por sua vez, os credores recuperam as faculdades de exercício dos seus créditos, sendo que as sentenças proferidas constituem títulos executivos.

Além disso, os credores da massa podem também reclamar do devedor os seus direitos não satisfeitos.

As sociedades comerciais retomam a atividade com o encerramento do processo, se se tratar de homologação de um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração; ou se houver deliberação dos sócios nesse sentido, no caso de encerramento do processo a pedido do devedor.

Contudo, se o encerramento do processo se fundamentar no rateio final, a sociedade extingue-se com o registo do encerramento, de acordo com o art.º 234.º, n.º 3 do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

### 3. Considerações finais

O plano de insolvência pode prever a recuperação da empresa ou estabelecimento, em derrogação das normas do CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

A lei estabelece o pagamento dos créditos, a liquidação da massa insolvente e a sua repartição pelos titulares dos créditos ou pelo devedor, bem como a responsabilidade do devedor, após o encerramento do processo de insolvência.

O plano de insolvência aplica-se apenas a sociedades comerciais e a pessoas singulares que explorem uma empresa.

Assim, as pessoas singulares que não explorem uma empresa não podem recorrer ao plano de insolvência, por sua vez podem recorrer a um plano de pagamentos.

Para apresentar uma proposta de plano de insolvência, tem legitimidade o próprio devedor, o administrador de insolvência, qualquer pessoa que responda legalmente pelas dívidas do insolvente e qualquer credor ou grupo de credores, mediante os condicionamentos e requisitos previstos por lei.

Quanto ao conteúdo do plano de insolvência, a lei confere uma certa margem de liberdade/modelação, podendo os legitimados para tal, de uma forma livre, adotar algumas das soluções previstas no CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas) ou quaisquer outras.

Ora, e a título de exemplo, verifica-se que *"o plano de insolvência é suscetível de impor aos credores uma compressão generalizada das suas faculdades típicas. Pode afetar a esfera jurídica dos interessados e interferir com direitos de terceiros independentemente do seu consentimento (...), pode sujeitar um credor a um tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores sem necessidade do seu consentimento expresso (...)."*<sup>35</sup>

Sem prescindir, verificam-se algumas limitações à liberdade de modelação do conteúdo do plano, dado que a lei determina que o plano só pode afetar por forma diversa a esfera jurídica dos interessados, ou interferir com direitos de terceiros, na medida em que tal seja expressamente autorizado pela lei ou permitido pelas partes.

Para que o plano de insolvência possa ser aprovado é necessário que estejam presentes ou representados na votação credores que representem, pelo menos, um terço dos votos (quórum constitutivo); além disso, é necessário que o plano obtenha o voto favorável de, pelo menos, dois terços da totalidade dos votos efetivamente

<sup>35</sup> Neste sentido, SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018, pp. 317-318.

emitidos (quórum deliberativo), sendo que, pelo menos, metade desses votos devem corresponder a créditos não subordinados.

Por sua vez, e quanto ao encerramento do processo, este depende de declaração do juiz, que deverá indicar a razão que o fundamenta, sendo necessário proceder à correspondente notificação aos credores e, ainda, à publicidade e ao registo.

#### **4. Referências bibliográficas**

EPIFÂNIO, M.R. *Manual de Direito da Insolvência*. 6.<sup>a</sup> edição. Coimbra, Almedina, 2016.

FERNANDES, L.A.C.; LABAREDA, J. *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*. 3.<sup>a</sup> edição. Lisboa, Quid Juris, 2015.

LEITÃO, L.M.T.M. *Direito da Insolvência*. 7.<sup>a</sup> edição. Coimbra, Almedina, 2017.

MARTINS, L. M. *Processo de Insolvência – Código Anotado*, 3.<sup>a</sup> edição. Coimbra, Almedina, 2014.

SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, abril de 2018.



## **La respuesta del sistema penitenciario español ante el fenómeno de la radicalización yihadista**

The response of the Spanish Prison System against jihadist radicalization

**Carlos Fernández Abad<sup>1</sup>**

Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Radicalización y prisiones. Sobre las causas e implicaciones más importantes de este fenómeno. 3. La respuesta del sistema penitenciario español. 3.1. La Instrucción SGIP 8/2014. 3.2. La Instrucción SGIP 2/2016; 3.3. La Orden de Servicios 3/2018. 4. Conclusiones: ¿idoneidad de la respuesta? 5. Referencias bibliográficas

**Resumen:** En el contexto de la lucha contra el terrorismo, las prisiones han recibido una atención creciente durante las dos últimas décadas al ser consideradas como espacios aptos para la radicalización yihadista. En este sentido, el objetivo fundamental de este artículo es examinar cuál ha sido la respuesta del sistema penitenciario español frente a este fenómeno. Para ello, en primer lugar, se abordan las causas y principales implicaciones que plantea la radicalización yihadista en las prisiones. Posteriormente, se examinan de forma específica los tres instrumentos sobre los que, en la actualidad, se sustenta la respuesta del sistema penitenciario español. Finalmente, se realizan una serie de conclusiones en las que se sostiene que, incluso desde una visión pragmática que anteponga la búsqueda de eficacia a la legitimidad, la naturaleza excepcional y esencialmente securitaria de tal respuesta no resulta idónea.

**Palabras clave:** prisión, terrorismo, radicalización yihadista, sistema penitenciario español.

**Abstract:** In the context of the fight against terrorism, prisons have received increasing attention over the past two decades for being considered as suitable places for jihadist radicalization. In this sense, this work seeks to analyse the response which the Spanish Prison System has developed against this phenomenon. For that purpose, the causes and main implications of jihadist radicalization in prisons are firstly addressed. Thereupon, the three instruments in which the Spanish Prison System's response is currently based are examined. Finally, some conclusions are

---

<sup>1</sup>Carlos Fernández Abad es Doctor en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos y Doctor en Sociología por la Universidade do Minho. Actualmente, es Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Rey Juan Carlos. Este artículo, por su parte, es fruto del resultado de la participación del autor en el Proyecto de Investigación Nacional "Las RES 2178 de NU y su trasposición a los derechos penales nacionales: propuestas de equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales" (DER2016-77838-R), cuyos investigadores principales son la Prof.<sup>a</sup> Julia Roperó Carrasco y el Prof. Francisco Jiménez García. Email de correspondencia: carlos.abad@urjc.es

presented, being argued that, even from a pragmatic vision that puts the search of effectiveness before legitimacy, the exceptional and essentially securitarian nature of this response is not appropriate.

**Keywords:** prison, terrorism, jihadist radicalization, Spanish Prison System.

## **1. Introducción**

En el contexto definido por la lucha contra el terrorismo, las prisiones han recibido una atención creciente durante las últimas dos décadas. En este sentido, para una gran parte de la literatura especializada<sup>2</sup>, estas se constituirían como espacios aptos para la radicalización yihadista<sup>3</sup>. Es decir, una vez que la persona es privada de libertad, esta correría el riesgo de adherirse e interiorizar toda una serie de ideas radicales que, a la postre, podrían propiciar su participación futura en la planificación o comisión de actos delictivos relacionados con el terrorismo. Como evidencia empírica de este fenómeno, en estos términos, han sido citados diversos ejemplos que abarcan desde el caso de importantes miembros del Estado Islámico en las

---

<sup>2</sup>En este sentido, véase, entre otros muchos, CUTHBERTSON, I. M. "Prisons and the Education of Terrorist", *World Policy Journal*, 3, 2004, pp.15-22; CILLUFO, F. y SAATHOFF, G. "Out of the Shadows. Getting ahead of prisoner radicalization", *The George Washington Homeland Security Policy Institute*, Special Report, 2006, pp.1-38; SILKE, A. "Terrorist, extremist and prison: an introduction to the critical issues", en (Silke, A. ed.), *Prisons, Terrorism and Extremism. Critical Issues in Management, Radicalisation and Reform*, Routledge, Londres, 2014; AWAN, I. "Muslim Prisoners, Radicalization and Rehabilitation in British Prisons", *Journal of Muslim Minority Affairs*, 3, 2013, pp.371-384; RUSHCHENKO, J. "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of separation centres", *European Journal of Criminology*, Special Issue: Understanding European Jihadist: criminal, extremist or both, 2019, pp.1-20; NISTAL BURÓN, J. "Radicalización en prisión", en (Bermejo Casado, R. y Bazaga Fernández, I. eds.) *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta* (pp.121-131), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>3</sup>A pesar de que no existe un concepto único e inequívoco de «radicalización yihadista», este artículo sigue la definición propuesta por Reinares y sus colaboradores. Es decir, "la paulatina asunción, en mayor o menor grado, de actitudes y creencias propias del salafismo, que a través de sus diversas expresiones ofrece desde una visión fundamentalista y excluyente del credo islámico hasta una justificación religiosa del terrorismo, especialmente en su versión belicosa, el salafismo yihadista» (REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019, p.67).

cárceles iraquíes<sup>4</sup> a otras figuras como Richard Reid<sup>5</sup> o Jamal Ahmidan<sup>6</sup>. Por su parte, en lo que se refiere de forma específica a las cárceles españolas, entre el año 2001 y 2002, se configuró en el Centro Penitenciario de Topas en Salamanca un grupo de internos que, siendo simpatizantes de organizaciones como Al Qaeda y estando organizados en torno a la figura de Abderrahmane Tahiri -más conocido como Mohamed Achraf-, se dedicó a captar y adoctrinar a otros internos con la finalidad de que, una vez alcanzasen la libertad total, participasen en la comisión de futuros atentados en territorio español<sup>7</sup>. A pesar de que esta red fue desarticulada por la Policía cuando se disponía a preparar varios ataques con el objetivo de conmemorar los atentados del 11-M<sup>8</sup>, lo cierto es que, años más tarde y desde la prisión de Estremera, Tahiri volvió a configurar otro grupo que, aunque también sería posteriormente desarticulado, llegó a contar con al menos una veintena de miembros repartidos en veinte centros penitenciarios diferentes<sup>9</sup>.

El objetivo de este artículo, en este sentido, no es otro que examinar este fenómeno y analizar la respuesta que el sistema penitenciario español ha dado para prevenir y neutralizar su existencia. Actualmente, la relevancia de este tema es especialmente acusada si se toma en consideración que el número de yihadistas encarcelados en las prisiones españolas es bastante superior al de hace varios años. Si, en el año 2010, había un total de 57 internos cumpliendo condena por delitos relacionados con el terrorismo yihadista, este número se situó en 150 durante el año

---

<sup>4</sup>Las cárceles de Irak, por su parte, han sido presentadas como el ejemplo paradigmático de este fenómeno. Tras la disolución de las fuerzas armadas locales y la adopción de una política especialmente represiva, el número de personas encarceladas en este país experimentó un súbito crecimiento a raíz de la intervención estadounidense en el año 2003, propiciando que, en el mismo espacio, confluyeran líderes carismáticos, militares y diversos tipos de delincuentes. Como consecuencia, en los centros de detención -especialmente *Camp Bucca*- se tejieron toda una serie de relaciones que, finalmente, terminarían por cimentar las bases para el desarrollo de importantes organizaciones terroristas. En este contexto, RUSHCHENKO advierte que una parte significativa de la cúpula del Estado Islámico estaría compuesta por miembros que han pasado en algún momento de sus vidas por estas prisiones. Para un mayor detalle, véase, RUSHCHENKO, J. "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of separation centres", *European Journal of Criminology*, Special Issue: Understanding European Jihadist: criminal, extremist or both, 2019, p.2 e IGUALADA TOLOSA, C. "La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Opinión, 2017, pp. 3-7.

<sup>5</sup>Más conocido como *the shoe bomber* -el terrorista del zapato-, Reid se convirtió al Islam en un centro de menores británico mientras cumplía una pena por una serie de atracos, participando posteriormente en un intento de atentado que consistió en tratar de explotar una bomba en un avión que cubría la ruta entre París y Miami. Sobre el proceso de radicalización acometido por Reid, véase, JAGER, A. "The «shoe bomber» Richard Reid. His radicalization explained", *International Institute for Counter-Terrorism*, 2018, pp.1-14.

<sup>6</sup>Jamal Ahmidan, considerado como una de las figuras más relevantes en la gestación de los atentados del 11 de marzo de Madrid, se adhirió a una corriente radical del Islam cuando se encontraba preso por un delito común en un cárcel marroquí. Véase, GUTIÉRREZ, J. A., JORDÁN, J. y TRUJILLO, H. "Prevención de la radicalización yihadista en las prisiones españolas. Situación actual, retos y disfunciones del sistema penitenciario español", *Athena Intelligence Journal*, 1, 2008, p.4.

<sup>7</sup>REINARES, F. GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. "Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español", *Real Instituto Elcano*, ARI 123/2018, 2018, p.7.

<sup>8</sup>Concretamente, el ataque planeado consistía en lanzar una furgoneta cargada de explosivos contra la sede de la Audiencia Nacional. Véase, YOLDI, J. "Obsesionado con volar la Audiencia", *El País*, 28 de febrero de 2008, Disponible en [fecha de última consulta: 16 de marzo de 2020] [https://elpais.com/diario/2008/02/28/espana/1204153229\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/02/28/espana/1204153229_850215.html)

<sup>9</sup>Según sostienen REINARES y sus colaboradores, entre estos presos se encontraban dos antiguos miembros de la red del 11-M, penados por actividades relacionadas con el terrorismo yihadista y, en último lugar, delincuentes comunes (REINARES, F. GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. "Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español", *Real Instituto Elcano*, ARI 123/2018, 2018, p.9).

2018<sup>10</sup>, lo que equivale a un crecimiento del 163%. En este contexto, resulta necesario indagar cuáles son las causas y principales implicaciones de la radicalización yihadista en las prisiones y, sobre todo, qué tipo de actuaciones se están llevando a cabo desde el sistema penitenciario español para enfrentar la amenaza que supone.

## 2. Radicalización y prisiones. Sobre las causas e implicaciones más importantes de este fenómeno

Debido a sus propias condiciones estructurales, las prisiones se configuran como «espacios de vulnerabilidad». Es decir, cuando las personas son privadas de libertad, estas tienden a experimentar toda una serie de crisis existenciales que, añadidas al aislamiento social que conlleva esta pena, pueden suponer que la persona sea más receptiva ante mensajes extremistas<sup>11</sup>. Según advierten BASRA y sus colaboradores, probablemente más que en ningún otro sitio, la entrada en prisión conlleva una apertura cognitiva que se traduce en el deseo de identificarse con nuevas ideas y grupos sociales<sup>12</sup>. En este sentido, conviene destacar que ser encarcelado supone un cambio radical de vida, ya que, además de ser privada del contacto diario con su círculo cercano y enfrentada a su pasado, la persona tiene que desarrollar toda una serie de estrategias adaptativas que resultan estrictamente necesarias para sobrevivir en un medio como la prisión<sup>13</sup>. Como resultado, LIEBLING y MARUNA sostienen que la persona presa sufre todo un conjunto de consecuencias somáticas

---

<sup>10</sup>En este sentido, véase, MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico, *Publicaciones de la Administración General del Estado*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, p. 235. y MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico, *Publicaciones de la Administración General del Estado*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2019, p.308. Estos datos, por su parte, irían en la línea de lo acaecido en el resto de los países europeos. En este sentido, según el último informe de EUROPOL sobre esta cuestión, en el periodo comprendido entre 2014 y 2018, aproximadamente 4.000 personas fueron arrestadas en la Unión Europea por delitos relacionados con el terrorismo, estando la inmensa mayoría de ellos vinculados con el de tipo yihadista. Para un mayor detalle, véase, EUROPOL (2018), "Terrorism situation and trend report", EUROPOL, p.10.

<sup>11</sup>NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.3. Sobre esta cuestión, TRUJILLO y sus colaboradores han advertido que, cuando una persona entra en prisión, experimenta toda una serie de consecuencias que aumentan su vulnerabilidad ante la comunicación persuasiva. En este sentido, los autores señalan que, durante los primeros días, la debilidad física es bastante común, estando sobre todo motivada por la falta de sueño, la ansiedad y los problemas gastrointestinales. Este hecho, unido a la necesidad de redefinir la identidad personal, torna al interno en una persona especialmente voluble. Para un mayor detalle, véase, TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J. y GONZÁLEZ CABRERA, J. "Radicalization in prisons? Field research in 25 Spanish Prisons", *Terrorism and Political Violence*, 21, 2009, p.561.

<sup>12</sup>BASRA, R., NEUMANN, P y BRUNNER, C. "Criminal Past, Terrorist Futures: European Jihadist and the New Crime-Terror Nexus", *The International Center for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2016, p.31.

<sup>13</sup>Desde la literatura sociológica, las prisiones han sido definidas como «instituciones totales». Es decir, "como un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente" (GOFFMAN, E. *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001, p.13). En este sentido, las prisiones han sido caracterizadas como entornos excluyentes, hostiles y anormalizadores donde la persona experimenta toda una serie de consecuencias somáticas y psicosociales que, si bien permiten la adaptación a la prisión, son totalmente perjudiciales para la vida en libertad. Sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, VALVERDE MOLINA, J. *La cárcel y sus consecuencias: la intervención sobre la conducta desadaptada*, Editorial Popular, Madrid, 1991 y RÍOS MARTÍN, J. C. *Cuestiones de Política Criminal. Funciones y miserias del sistema penal*, Comares, Granada 2017, pp.100 y ss.

y psicosociales que abarcan desde la ansiedad y el miedo a la soledad, pasando por experimentar sentimientos de enfado, odio e incertidumbre<sup>14</sup>.

En este contexto, para NEUMANN, la primera causa que explica la radicalización yihadista en los centros penitenciarios es la necesidad que tienen los internos de buscar respuestas espirituales a su situación personal, lo que puede propiciar que, en mayor o menor medida, se adhieran o adopten con más énfasis una postura religiosa<sup>15</sup>. En este sentido, conviene destacar que, durante los últimos, la religión que más ha crecido en prisión ha sido el Islam<sup>16</sup>. Ahora bien, resulta preciso distinguir claramente el fenómeno de la conversión religiosa y la radicalización yihadista. Mientras que la primera es relativamente frecuente y una opción totalmente lícita, la segunda es mucho más limitada en sí misma<sup>17</sup>. En estos términos, en ningún caso para lógico concebir -y, por extensión, criminalizar- la conversión religiosa al Islam en prisión como un indicio de radicalización<sup>18</sup>. Más bien, el problema reside cuando,

<sup>14</sup>LIEBLING, A. y MARUNA, S., "Introduction: the effects of imprisonment revisited", en (Liebling, A. y Maruna, S., eds.) *The Effects of Imprisonment*, Routledge, Nueva York, 2006, p.3.

<sup>15</sup>NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.28. Sobre esta cuestión, resulta importante tomar en consideración que la religión se presenta como un instrumento especial útil en prisión. Según advierte MARRANCI, mientras que, de un lado, esta hace posible trasladar el control de la propia vida desde el sistema penitenciario hacia una entidad mucho más abstracta como es Dios o Ala, del otro, gracias a esta el encarcelamiento puede ser leído como una oportunidad para redimir el pasado (MARRANCI, G. *Faith, Ideology and Fear. Muslims identities within and beyond Prisons*, Continuum International Publishing Group, Londres, 2009, p.69). Al fin y al cabo, como señalan NEUMANN y ROGERS, esta no haría sino aportar un sentimiento de certeza que resulta enormemente valioso en el ámbito carcelario, siendo una oportunidad para romper con el pasado (NEUMANN, P. R. y ROGERS, B. "Recruitment and Mobilisation for the Islamist Militant Movement in Europe", *European Commission*, 2007, p. 40).

<sup>16</sup>Según advierte HAMM refiriéndose al caso estadounidense, de los internos que buscan respuestas espirituales en la religión, el 80% lo hace en el Islam, calculándose que, aproximadamente, se convierte a esta religión 35.000 internos al año. Sobre esta cuestión, véase, HAMM, M. "Prison Islam in the age of sacred terror", *British Journal of Criminology*, 49, 2009, p.669. En una línea similar, para el caso de Reino Unido, RUSHCHENKO advierte que el crecimiento del Islam entre la población penitenciaria británica ha sido bastante superior al de la población en su totalidad. En estos términos, si los presos musulmanes representaban en el año 2000 un 7%, en 2015 esta cifra alcanzó un valor del 14,4% (RUSHCHENKO, J. "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of separation centres", *European Journal of Criminology*, Special Issue: Understanding European Jihadist: criminal, extremist or both, 2019, p.10). Sobre las causas que explican el rápido crecimiento del Islam en detrimento de otras religiones, véase, NEUMANN, P. R. y ROGERS, B. "Recruitment and Mobilisation for the Islamist Militant Movement in Europe", *European Commission*, 2007, p. 40).

<sup>17</sup>SILKE, A. y VELDHUIS, T. "Countering Violent Extremism in Prisons: a review of key recent research and critical research gaps", *Perspectives on Terrorism*, 5, 2017, p.3. En este sentido, además, existe una amplia evidencia empírica que sugiere que, más que un factor de riesgo, el Islam juega un papel importante en la seguridad de las prisiones y la rehabilitación de los internos. Sobre esta cuestión, entre otras, véase, CLEAR, T. R., y SUMTER, M. T. "Prisoners, Prison and Religion", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.125-156; O'CONNOR, T. P. y PERREYCLEAR, M. "Prison religion in Action and its influence on offender rehabilitation", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.11-23; DIX-RICHARDSON, F. y CLOSE, B. R. "Religion, the Community, and the Rehabilitation of Criminal Offenders", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.87-106; AMMAR, N.H., WEAVER, R. R. y SAXON, S. "Muslim in Prison: a case study from Ohio State Prisons", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 4, 2004, pp. 414-428; SPALEK, B. y EL-HASSAN, S. "Muslim Converts in Prison", *The Howard Journal*, núm.2 (2007), pp. 99-114.

<sup>18</sup>Este hecho, por su parte, no solo supone una injerencia injustificada en la libertad religiosa de los internos sino que, tal y como apunta NEUMANN, esto también podría ser utilizado por los propios grupos terroristas para alimentar la retórica victimista en la que se basan muchos de sus discursos. Sobre esta cuestión, véase, NEUMANN, P. "Prison and Terrorism.

en esta fase de «apertura cognitiva», el interno busca respuestas en corrientes religiosas que, basándose en presupuestos radicales, justifican el uso de la violencia como un medio lícito para la consecución de objetivos políticos<sup>19</sup>.

Por otra parte, siguiendo el análisis esbozado por NEUMANN, una segunda motivación que puede propiciar que la persona se adhiera e interiorice estos presupuestos radicales que, a la postre, podrían determinar su participación en la planificación y ejecución de actos terroristas viene expresa por la necesidad de protección que experimentan muchos internos<sup>20</sup>. En este sentido, las cárceles se configuran como espacios donde la violencia y el miedo son elementos consustanciales a su existencia<sup>21</sup>, lo que propicia que, especialmente en función de la afinidad cultural, las personas se integren en grupos para evitar el aislamiento y estar protegidos. Para TRUJILLO y sus colaboradores, precisamente, aquí emergería un riesgo importante puesto que las organizaciones terroristas podrían aprovechar la formación de estos grupos étnicos cerrados para adoctrinar y captar nuevos adeptos<sup>22</sup>. Es decir, una vez que el grupo se constituye como el principal elemento de protección de la persona, esta es mucho más vulnerable ante la comunicación persuasiva<sup>23</sup>.

Por último, NEUMANN también sostiene que la adopción de estas ideas también puede venir determinada por el deseo de expresar un rechazo frontal ante todo lo que representa la Administración Penitenciaria y, en una dimensión más general, ante un sistema que se considera injusto en sí mismo<sup>24</sup>. En este sentido, de nuevo, conviene volver a señalar que, entre los sentimientos que experimentan las personas privadas de libertad, el odio, el enfado y la desafección son bastante comunes, lo que motiva la necesidad de explicitar, ya sea a través de unos u otros medios, un rechazo frontal ante todo lo que representa el Estado<sup>25</sup>. Exactamente, en este punto, algunos autores sitúan las causas que explican el rápido crecimiento que, en el contexto

---

Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.32.

<sup>19</sup>HAMM, M. "Prison Islam in the age of sacred terror", *British Journal of Criminology*, 49, 2009, p.669.

<sup>20</sup>NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.26.

<sup>21</sup>Según advierte RÍOS, ante la omnipresencia de la violencia, el miedo es un elemento constante en la realidad carcelaria. Como señala el autor, "el miedo es el magma, el caldo de cultivo, el alimento compartido por todos los que viven en la cárcel; miedo de los presos, y miedo de los funcionarios" (RÍOS MARTÍN, J. C. *Cuestiones de Política Criminal. Funciones y miserias del sistema penal*, Comares, Granada 2017, p.102). Además, conviene advertir que, tal y como señala MARRANCI, esta violencia tiende a ser mucho más acusada contra las minorías o las personas que se encuentran en un estado de especial desprotección. Para un mayor detalle, véase, MARRANCI, G. *Faith, Ideology and Fear. Muslims identities within and beyond Prisons*, Continuum International Publishing Group, Londres, 2009, p.67.

<sup>22</sup>TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J. y GONZÁLEZ CABRERA, J. "Radicalization in prisons? Field research in 25 Spanish Prisons", *Terrorism and Political Violence*, 21, 2009, p.561.

<sup>23</sup>Sobre esta cuestión, BRANDON recoge en su artículo algunos ejemplos acaecidos en las cárceles británicas donde los internos condenados por terrorismo yihadista se acercaban a los nuevos internos para ofrecerles consuelo, apoyo espiritual o una amistad. Para un mayor detalle, véase, BRANDON, J. "The danger of prison radicalization in the West", *CTC SENTINEL*, 2, 2009, p.3. Ahora bien, como apunta NEUMANN, este interés pragmático por acercarse al grupo podría determinar que, una vez la persona alcance la libertad, esta se desentienda del mismo y no se vea involucrada en el fenómeno terrorista (NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.28).

<sup>24</sup>NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.29.

<sup>25</sup>MULCAHY, E., MERRINGTON, S. y BELL, P., "The radicalisation of prison inmates. Exploring recruitment, religion and prisoner vulnerability", *Journal of Human Security*, 1, 2013, p. 7.

carcelario, ha experimentado el Islam en detrimento de otras religiones<sup>26</sup>. Al fin y al cabo, especialmente en las versiones más radicales, este no sería sino una negación frontal del sistema.

Además, al margen de estas tres motivaciones individuales, desde la literatura especializada también se ha señalado que ciertas condiciones penitenciarias aumentan el riesgo de radicalización en prisión. Por ejemplo, en su estudio, USEEM y CLAYTON han puesto en evidencia que aquellas prisiones que presentan mayores niveles de orden y seguridad contribuyen a reducir las probabilidades de que este fenómeno aparezca<sup>27</sup>. En términos similares, NEUMANN sostiene que la inseguridad y el desorden agravan las condiciones que convierten a las prisiones en «espacios de vulnerabilidad»<sup>28</sup>. En sentido, el hacinamiento se presentaría como un riesgo en sí mismo que, al mismo que potencia la existencia de conflictos entre los internos<sup>29</sup>, reduce la capacidad que tienen las autoridades para detectar el extremismo violento e impulsar programas de tratamiento para intervenir con sujetos ya radicalizados<sup>30</sup>. Por otra parte, si bien es cierto que la radicalización se puede producir a través de otros medios<sup>31</sup>, un factor enormemente relevante reside en el hecho de si los sujetos ya radicalizados pueden entrar en contacto o no con el resto de la población penitenciaria. Es decir, si la inmensa mayoría de los procesos de radicalización pueden expresarse como el resultado de una «asociación diferencial»<sup>32</sup>, resulta evidente que, cuantos más sujetos radicalizados sean destinados a los módulos

<sup>26</sup>Haciendo referencia a KHOSROKHAVAR, NEUMANN y ROGERS advierten que, especialmente en el caso francés, la religión representa hoy en día lo que fue el marxismo años atrás (NEUMANN, P. R. y ROGERS, B. "Recruitment and Mobilisation for the Islamist Militant Movement in Europe", *European Commission*, 2007, p. 40).

<sup>27</sup>USEEM, B. y CLAYTON, O. "Radicalization of U.S. prisoners", *Criminology & Public Policy*, 3, 2009, p.569.

<sup>28</sup>NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010, p.35.

<sup>29</sup>Sobre esta cuestión, SILKE y VELDHIJS sostienen que el hacinamiento genera estrés y propicia que los internos se organicen en subgrupos que luchan tanto por cuestiones de estatus como por el acceso limitado a los recursos. En este sentido, véase, SILKE, A. y VELDHIJS, T. "Countering Violent Extremism in Prisons: a review of key recent research and critical research gaps", *Perspectives on Terrorism*, 5, 2017, p.3.

<sup>30</sup>En este sentido, precisamente, apuntan las Directrices para los servicios penitenciarios y de *probation* sobre la radicalización y el extremismo violento -aprobadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de marzo de 2016- al señalar en su punto noveno que "las condiciones de detención inadecuadas y la superpoblación carcelaria también pueden ser factores que incrementen el riesgo de radicalización en las cárceles" (CONSEJO DE EUROPA, "Directrices para los servicios penitenciarios y de *probation* sobre la radicalización y el extremismo violento", Traducción realizada por *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya*, 2016, p.5). Si bien es cierto que, en un gran parte de los países que componen la OCDE, el índice de encarcelamiento ha bajado de forma continuada desde el año 2010, también lo es que la evolución hiperexpansiva de la población penitenciaria durante los años 90 y comienzos del siglo XX ha generado importantes problemas referidos al hacinamiento durante estas décadas. Para un mayor detalle sobre cómo ha evolucionado la población penitenciaria en diferentes países, véase, WALMSLEY, R. "World Prison Population List", *Institute for Criminal Policy Research*, 2018, pp.1-19.

<sup>31</sup>Sobre esta cuestión, BRANDON, por ejemplo, señala que en algunas cárceles británicas y estadounidenses era relativamente fácil encontrar libros y materiales aptos para la radicalización yihadista. Véase, BRANDON, J. "The danger of prison radicalization in the West", *CTC SENTINEL*, 2, 2009, p.3.

<sup>32</sup>Es decir, como consecuencia de un proceso de aprendizaje social en el que la comunicación y la interacción personal desempeñan un papel fundamental. Para un mayor detalle sobre esta aproximación, véase, GARCÍA CALVO, C. y REINARES, F. "Radicalización yihadista y asociación diferencial: un estudio cuantitativo del caso español", en (Bermejo Casado, R. y Bazaga Fernández, I. eds.) *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta* (pp.29-42), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

comunes, mayores serán las probabilidades de que otros internos sigan este camino<sup>33</sup>.

En definitiva, las prisiones se configuran como «espacios de vulnerabilidad» donde las personas, ya sea por una motivación o por otra, pueden asumir e interiorizar idearios radicales que, a la postre, terminen por propiciar su participación en delitos relacionados con el terrorismo. Además, como se ha podido apreciar, ciertas condiciones penitenciarias -especialmente, el desorden, el hacinamiento y la presencia de sujetos ya radicalizados en los módulos comunes- no harían sino aumentar la probabilidad de que se desarrollen estos procesos. Por su parte, la primera implicación de este fenómeno es clara: las organizaciones y grupos terroristas pueden aprovecharse de esta situación y utilizar las prisiones para adoctrinar y captar nuevos adeptos que engrosen sus filas, lo que representa una importante amenaza<sup>34</sup>. Ahora bien, el potencial de misma, lejos de limitarse a este extremo, también vendría determinado por la posibilidad de que, al nutrirse ahora de personas que cuentan con un pasado delictivo, exista toda una transferencia de conocimientos y experiencias desde el mundo de la delincuencia en general al terrorismo en particular, aumentando la capacidad operativa y eficacia de estas organizaciones<sup>35</sup>.

En este sentido, esta segunda implicación de la radicalización yihadista en las prisiones ha sido entendida por BASRA y sus colaboradores como una suerte de

---

<sup>33</sup>Sobre esta cuestión, precisamente, se ha planteado el debate de si son más efectivas las políticas basadas en la dispersión de estos internos en diferentes centros penitenciarios o, por el contrario, las que optan por su concentración en un único establecimiento. Mientras que, por su parte, el principal problema de las primeras residiría en su incapacidad para evitar estos contactos, las segundas, además de resultar más costosas, tienen como inconvenientes el hecho de otorgar una suerte de estatus especial a estos internos y la generación de un ambiente tan cerrado que, lejos de facilitar la reeducación y reinserción social, podría contribuir a reforzar los planteamientos ideológicos de tales reclusos. Para un mayor detalle sobre este debate y las políticas adoptadas por los diferentes países, véase, NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010 y RUSHCHENKO, J. "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of separation centres", *European Journal of Criminology*, Special Issue: Understanding European Jihadist: criminal, extremist or both, 2019, pp.1-20.

<sup>34</sup>Como prueba empírica de esta fenómeno, además de los casos descritos más arriba, puede citarse como ejemplo el informe elaborado por Al Qaeda titulado *Military Studies in the Jihad (Holy War) against the Tyrants*, donde la organización identifica a los presos occidentales como candidatos especialmente aptos para adoptar su versión del Islam. En este sentido, véase, RUSHCHENKO, J. *Prison management of terrorism-related offenders: is separation effective?* The Henry Jackson Society, Londres, 2018, p.7. Ahora bien, también resulta importante destacar que, a pesar de su importancia, las prisiones no son el ámbito de radicalización por excelencia. En lo que se refiere de forma específica al caso español, REINARES y sus colaboradores han puesto en evidencia que, de los yihadistas condenados o muertos en España desde 1996 hasta octubre del 2018, el 10,5% abrazó los postulados del islam radical mientras se encontraba en prisión. En este sentido, los autores constatan que los domicilios privados, los lugares de culto y los espacios al aire libre arrojaron porcentajes superiores. Para un mayor detalle, véase, REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019, p.67.

<sup>35</sup>Sobre esta cuestión, BASRA y sus colaboradores aluden a que, además de la incorporación de posibles fuentes de financiación, esta transferencia de conocimientos se produciría fundamentalmente en tres áreas diferenciadas: mayor facilidad de acceso a las armas por parte de las personas con un pasado delictivo al tener contactos previos; una mayor experiencia en evitar la acción policial; y, por último, una mayor familiaridad y sensibilización previa hacia la violencia (BASRA, R., NEUMANN, P. y BRUNNER, C. "Criminal Past, Terrorist Futures: European Jihadist and the New Crime-Terror Nexus", *The International Center for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2016, pp.35 y ss).



reconfiguración del nexo entre crimen y terror<sup>36</sup>. Es decir, si bien es cierto que en ocasiones esta vinculación ha sido observada con un cierto escepticismo<sup>37</sup>, la literatura especializada ha puesto de relevancia cómo, fundamentalmente a raíz de colapso de la Unión Soviética, se han tejido toda una serie de sinergias y relaciones entre el terrorismo y el crimen organizado, dando lugar a una suerte de difuminación entre ambos fenómenos<sup>38</sup>. Sin embargo, para los autores, esta relación ya no vendría tan determinada por las relaciones que se establecen entre grandes organizaciones como por el hecho de que, a través del fenómeno descrito en las páginas precedentes, los grupos terroristas incorporan ahora entre sus filas a personas con un pasado delictivo, con todas las consecuencias que de ello se derivan.

De este modo, como se puede apreciar, las implicaciones derivadas del fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones se resumen tanto en la posibilidad de que las organizaciones y grupos terroristas utilicen estos espacios para adoctrinar y captar nuevos adeptos que engrosen sus filas y, eventualmente, participen en la comisión y planificación de actos delictivos relacionados con el terrorismo como en la posibilidad de que se produzca toda una transferencia de conocimientos y experiencias desde el mundo de la delincuencia en general al terrorismo en particular que, a la postre, termine por aumentar su capacidad operativa y eficacia. En este sentido, una vez determinadas las causas y principales implicaciones del fenómeno, resulta necesario ahora examinar cuál ha sido la respuesta que ha ofrecido el sistema penitenciario español ante el mismo.

### 3. La respuesta del sistema penitenciario español

A pesar de que existen iniciativas previas<sup>39</sup>, actualmente, la respuesta frente al fenómeno de la radicalización yihadista en prisión desde el sistema penitenciario

---

<sup>36</sup>En este sentido, véase, BASRA, R., NEUMANN, P. y BRUNNER, C. "Criminal Past, Terrorist Futures: European Jihadist and the New Crime-Terror Nexus", *The International Center for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2016.

<sup>37</sup>Básicamente, el núcleo de la objeción en torno a este planteamiento se ha basado en señalar que, entre ambos fenómenos -es decir, el terrorismo y el crimen organizado-, existen importantes divergencias en lo que se refiere a los fines que guían su existencia, lo que, en todo caso, impediría la equiparación entre uno y otro fenómeno. Para un mayor detalle sobre esta argumentación, véase, BOVENKERK, F. y CHAKRA, B. "Terrorism and Organized Crime", *Forum on Crime and Society*, 1 y 2, 2004, pp.3-15 y DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. "¿Por qué crecen los vínculos entre terrorismo y crimen", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 50, 2015, p.7.

<sup>38</sup>Como ejemplos, generalmente suelen ser citados la relación entre los talibanes y la producción de heroína, la participación del IRA en fenómenos como el contrabando de petróleo y tabaco o el fenómeno del narcoterrorismo en algunos países latinoamericanos. Sobre esta relación, véase especialmente, MAKARENKO, T. "The Crime-Terror Continuum: Tracing the interplay between transnational organised crime and terrorism", *Global Crime*, 1, 2004, pp.129-145; SHELLEY, L. I. y PICARELLI, J. T. "Methods and motives: exploring links between Transnational Organized Crime and International Terrorism", *Trends in Organized Crime*, 9, 2005, pp.52-67; HUTCHINSON, S. y O MALLEY, P. "A Crime-Terror Nexus? Thinking on Some of the Links between Terrorism and Criminality", *Studies in Conflict Terrorism*, 30, 2007, pp.1095-1107; PICARELLI, J. "Osama bin Corleone? Vito the Jackal? Framing Threat Convergence Through an Examination of Transnational Organized Crime and International Terrorism", *Terrorism and Political Violence*, 24, 2012, pp.180-198.

<sup>39</sup>Como cuestión previa, resulta importante advertir que, debido a la existencia de organizaciones terroristas como ETA o GRAPO, el sistema penitenciario español cuenta con una gran experiencia en materia de lucha contra el terrorismo. Para un mayor detalle sobre el tipo de política penitenciaria que se ha llevado a cabo, véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ YAGUE, C. "Las respuestas del Derecho Penitenciario ante la delincuencia terrorista", *Revista General de Derecho Penal*, 13, 2010, pp. 1-57; CANO PAÑOS, M. A. *Régimen Penitenciario de los terroristas en España. La prisión como arma para combatir ETA*, Dykinson, Madrid, 2012; RÍOS MARTÍN, J.C. "La gestión de la ejecución de la pena de prisión en relación con las personas presas por delitos de terrorismo", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2017 pp.1-

español se articula en torno a tres elementos diferenciados que vienen recogidos en dos Instrucciones de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias (SGIP) y una Orden de Servicios de esta misma institución:

### **3.1.La Instrucción SGIP 8/2014**

La Instrucción 8/2014, denominada como “Nuevo Programa para la prevención de la radicalización yihadista en los centros penitenciarios”, comienza haciendo referencia a la preocupación que generan -tanto en España como en los países del entorno- los procesos de captación y radicalización desarrollados en el interior de las prisiones. En este sentido, se advierte que el programa de intervención contenido en la Instrucción es el resultado de la necesidad de revisar las prácticas hasta entonces desarrolladas y de incorporar nuevos instrumentos que posibiliten responder de la mejor manera posible ante el fenómeno descrito. De este modo, el objetivo de la Instrucción 8/2014 no es otro que desarrollar un programa que permita limitar la incidencia de la radicalización yihadista en las prisiones. Para ello, se especifica que, fundamentalmente, se trata de recoger, analizar y sistematizar todo un conjunto de datos que permitan detectar y acotar procesos de radicalización incipientes o ya consolidados. En estos términos, cobrarían especial relevancia las relaciones mantenidas entre los internos condenados por algún delito relacionado con el terrorismo yihadista y el resto de internos, además de las conexiones que los primeros mantienen a través de las comunicaciones y visitas. Por último, se indica que también se debe prestar atención a cualquier otro comportamiento indiciario que pueda denotar la existencia de este proceso.

Dentro de esta marco -y, en todo caso, recayendo las tareas de impulso y coordinación del mismo sobre el Subdirector de Seguridad-, la Instrucción 8/2014 divide a sus destinatarios en tres grupos diferenciados: en primer lugar, en el Grupo A, son clasificados los condenados por pertenencia o colaboración con organización terrorista. Por otro lado, el Grupo B englobaría a aquellos internos que, enmarcados en una actitud de liderazgo captador y proselitista que facilita el desarrollo de actitudes radicales y extremistas entre la población reclusa, realizan labores de adoctrinamiento y difusión de ideas radicalizadas sobre el resto de internos, llevando a cabo actividades de presión y coacción. Por último, el Grupo C acoge a aquellos reclusos que, debido a su propia situación personal, son más vulnerables ante el proceso de radicalización. De este modo, como se puede apreciar, el programa contenido en la Instrucción 8/2014 está enfocado tanto a la parte activa del proceso -sujeto ya radicalizados y personas dedicadas a la radicalización de otros- como a la parte pasiva. Esto es, aquellos reclusos que pueden ser más propensos a iniciar este proceso.

La consecuencia inmediata de la clasificación en cualquier de estos tres grupos, por su parte, sería la inclusión del recluso en alguno de los Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES) existentes<sup>40</sup>. Si bien es cierto que la Instrucción 8/2014 excluye de este tratamiento en un primer momento al Grupo C, esta decisión es

---

25. En lo que se refiere de forma específica a la respuesta frente al yihadismo y las iniciativas previas a las desarrolladas en el presente artículo, véase, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. A. “Estrategias contra el terrorismo islamista en prisión”, en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A. y Fernández Hernández, A., Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>40</sup>Actualmente, existen cinco tipos de FIES diferentes: Control Directo (FIES 1); Delincuencia Organizada (FIES 2); Bandas Armadas (FIES 3); Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y funcionarios de Instituciones Penitenciarias (FIES 4); y, por último, Características Especiales (FIES 5). Para un mayor detalle sobre esta cuestión, véase, CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.250-254. En este sentido, mientras que los Grupos A y B serían incluidos en el FIES 3, el Grupo C es incluido en el FIES 5.

modificada posteriormente por la Instrucción 2/2015, donde se establece que este grupo será incluido en el FIES 5 "Características Especiales"<sup>41</sup>. El hecho de ser incluido en un FIES, lejos de resultar algo intrascendente, tiene una importancia decisiva puesto que estos conllevan toda una serie de importantes medidas de seguridad y control que limitan enormemente la vida carcelaria<sup>42</sup>. En este sentido, entre otras, la Instrucción 12/2011 -relativa al funcionamiento de los FIES- contempla que estos internos serán destinados a módulos o departamentos que cuenten con medidas de seguridad adecuadas donde pueda controlarse las relaciones que mantienen, los cambios de celda periódicos, las rondas nocturnas con una periodicidad no superior a dos horas o la intensificación de medidas de seguridad interior como los cacheos, los recuentos y las requisas<sup>43</sup>.

De este modo, como se puede apreciar, la prevención y la neutralización de la radicalización yihadista en las prisiones, en lo que se refiere al instrumento aportado por la Instrucción 8/2014, se basa fundamentalmente en la limitación de las posibilidades de interacción entre los sujetos ya radicalizados, los individuos dedicados a la difusión de ideas radicales y las personas vulnerables ante este proceso, implementándose para ello toda una serie de medidas de seguridad que, estando fundamentalmente motivadas por la inclusión en los FIES, suponen importantes restricciones en la ya de por sí limitada vida carcelaria. Además, en una línea similar, esta instrucción también hace referencia a que, cuando exista un elevado nivel de certeza de que el recluso presenta una peligrosidad elevada, no resultará prudente la concesión de permisos de salida, las propuestas de progresión a tercer grado o la concesión de la libertad condicional.

---

<sup>41</sup>En relación con la justificación de esta situación, la Instrucción 2/2015 establece que, desde entonces, convergen circunstancias que aconsejan este tratamiento. Fundamentalmente, el desarrollo del denominado Plan Nacional de la Lucha contra la Radicalización Violenta y la coexistencia de ataques terroristas.

<sup>42</sup>A pesar de que la Instrucción 12/2011 de Instituciones Penitenciarias define los FIES como una mera base de datos de carácter administrativo que almacena datos referidos a la situación procesal, penal y penitenciaria de determinados internos, desde la literatura especializada se ha señalado que, debido a las medidas de control y seguridad que implican, estos suponen la creación de un régimen de vida en sí mismo que, además de plantear serios problemas en lo que se refiere a la posible vulneración de derechos fundamentales, resulta enormemente restrictivo. Para una lectura crítica sobre los FIES y los problemas que plantean, véase, BRANDARIZ GARCÍA, J. A. "Notas sobre el régimen cerrado para penados considerados extraordinariamente peligrosos. Departamentos Especiales y F.I.E.S (CD)", *Estudios Penales y Criminológicos*, 23, pp.7-58; RÍOS MARTÍN, J. C. *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse en la cárcel*, Colex, Madrid, 2014; CAROU GARCÍA, S. *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho: el estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017; GONZÁLEZ COLLANTES, T. "Prisión y Terrorismo Yihadista: los FIES como medida penitenciaria de prevención de atentados, de adiestramiento y reclutamiento con fines terroristas", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A. y Fernández Hernández, A., Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>43</sup>Ante tales medidas de control y seguridad, la vida en prisión se encuentra aún más limitada. En este sentido, según señala GONZÁLEZ COLLANTES, mientras que los internos destinados al régimen ordinario experimentan unas condiciones de vida similares a las vividas por los penados clasificados en primer grado, a estos últimos se les añaden condiciones de vida aún más duras que dificultan enormemente el día a día. Sobre esta cuestión, véase, GONZÁLEZ COLLANTES, T., "Prisión y Terrorismo Yihadista: los FIES como medida penitenciaria de prevención de atentados, de adiestramiento y reclutamiento con fines terroristas", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A. y Fernández Hernández, A., Dir.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.478.

### 3.2.La Instrucción SGIP 2/2016

Por otra parte, en un plano más referido al aspecto tratamental<sup>44</sup>, se encuentra la Instrucción 2/2016, denominada como “Programa Marco de intervención en radicalización violenta con internos islamistas”. En este sentido, esta parte de reconocer que, además de la retención y custodia, la Administración Penitenciaria debe perseguir la reeducación y la reinserción social de todos los penados, incluidos aquellos condenados por supuestos relacionados con el terrorismo. Por ello, se especifica que la Instrucción 8/2014 -comentada en el apartado inmediatamente anterior- debe ser necesariamente complementada con un programa específico de intervención con sujetos ya radicalizados que, en síntesis, esté orientado a ayudarles a superar los planteamientos que robustecen su ideología totalitaria. En estos términos, se advierte que la existencia de este programa responde a una clara apuesta por la defensa social<sup>45</sup>.

En relación con los destinatarios de este programa de intervención, la Instrucción 2/2016 retoma los tres grupos establecidos por la instrucción anterior. En estos términos, tomándose en consideración el elevado nivel de riesgo y el régimen de vida en el que se encuentran<sup>46</sup>, con el Grupo A se prevé una intervención que, teniendo

---

<sup>44</sup>En este sentido, es importante considerar que la problemática que plantea el terrorismo yihadista en prisión no solo viene determinada por el fenómeno de la radicalización en los centros penitenciarios sino que, además, también se plantea la necesidad de intervenir con los sujetos ya radicalizados para que, cuando retornen a la sociedad, no constituyan un peligro. En este punto, precisamente, se situarían los programas orientados a la desvinculación del interno con respecto al grupo o la organización de la que forma parte y su desradicalización, lo que, en una dimensión más compleja, también haría referencia a la necesidad de que la persona renuncie a las ideas radicales. Para un mayor detalle sobre estos planteamientos y las políticas que se han llevado a cabo en diferentes países, véase, BJORGO, T. y HORGAN, J. *Leaving Terrorism Behind: Individual and Collective Disengagement*, Routledge, Londres, 2008; KOEHLER, D. *Understanding Deradicalization, Methods, tools and programs for countering violent extremism*, Routledge, Nueva York, 2017. Además, es importante tener en cuenta que, en la actualidad, esta problemática se manifiesta con una especial intensidad puesto que, tomando en consideración que la inmensa mayoría de las condenas impuestas han sido inferiores a 5 años, se prevé que en un plazo corto de tiempo muchas de estas personas que hoy se encuentran presas alcancen la libertad total. Sobre las estimaciones existentes para el caso europeo y español, véase respectivamente, VIDINO, L. y CLIFFORD, B. “A review of Transatlantic Best Practices for Countering Radicalisation in Prisons and Terrorist Recidivism”, *European Counter Terrorism Centre*, 2019, p.4 y REINARES, F. GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. “Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español”, *Real Instituto Elcano*, ARI 123/2018, 2018, p.14.

<sup>45</sup>Esta referencia a la defensa social ha sido un aspecto especialmente criticado desde la literatura especializada al entenderse que tal expresión refleja una visión especialmente securitaria del tratamiento, con todo lo que ello implica. Como señala ACALE SÁNCHEZ sobre este programa, “su finalidad no es la de ofrecer un programa de tratamiento, sino la de garantizar la seguridad interior del Centro penitenciario” (ACALE SÁNCHEZ, M. “Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión”, en (Pérez Cepeda, A. I., Dir.) *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018. Sobre esta cuestión, véase también, CAROU GARCÍA, S. “Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXII, 2019, pp.550 y ss.

<sup>46</sup>Es importante advertir que la inmensa mayoría de los penados condenados por algún delito de terrorismo son automáticamente clasificados en primer grado y, por tanto, destinados al régimen cerrado. En este sentido, véase, RODRÍGUEZ YAGUE, C. “Las respuestas del Derecho Penitenciario ante la delincuencia terrorista”, *Revista General de Derecho Penal*, 13, 2010, p.19. Centrado su argumentación en la Instrucción 2/2016, ACALE SÁNCHEZ critica severamente que, en una instrucción referida a la promoción de la reeducación y la reinserción social de los sujetos ya radicalizados, se dé por hecho que estos internos vayan a ser automáticamente destinados al régimen cerrado, más aún si se tienen en cuenta las consecuencias psicosociales que este régimen genera en las personas. En estos términos, la autora abre la posibilidad de que, en vez de conseguirse el objetivo propuesto, estos internos

la suficiente continuidad temporal, sea de carácter individual e intensa. Además de hacerse referencia al importante rol que desempeña el personal de vigilancia en este cometido<sup>47</sup>, se especifica que se procurará la mejora en la capacidad empática de estos internos, su formación en valores y principios propios de un Estado Democrático de Derecho y el abordaje y modificación de aquellos aspectos actitudinales que los han llevado a la comisión y/o justificación de actos de terrorismo. Asimismo, se especifica que, conforme a lo establecido en el art. 72.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, resultará necesario la acreditación del rechazo a la violencia y la desvinculación de la organización de la que forma parte, siendo en todo caso reversible la participación en el programa si no se cumplen estos requisitos<sup>48</sup>.

Por el contrario, en lo que se refiere de forma específica a los Grupos B y C, se plantea un tratamiento conjunto<sup>49</sup>, contemplándose la posibilidad de emplear internos de apoyo musulmanes y la ejecución de un programa de tratamiento que, teniendo un carácter intenso y duradero en el tiempo, descansa sobre la identificación y modificación de aquellas variables psicosociales que podrían explicar el origen, el mantenimiento y la consolidación de los procesos de radicalización violenta. Por otra parte, también se especifica que, como líneas de actuación prioritarias, se perseguirá la mejora en la capacidad empática y autoestima de estos internos, el fomento de su autonomía personal y, por último, la superación de las actitudes extremistas que los han llevado a justificar la violencia.

Por último, como elementos comunes de tratamiento a los tres grupos, se señala que se promoverá una interpretación del Islam moderada que esté alejada de las perspectivas extremistas, contándose para ello con la ayuda de imanes moderados al amparo del Convenio existente entre la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y la Federación Islámica<sup>50</sup>, además de facilitarse el aprendizaje del español, la mejora del nivel educativo y, en última instancia, la integración sociocultural.

---

se identifiquen aún más con el colectivo del que forman parte y robustezcan sus planteamientos ideológicos. Para un mayor detalle sobre esta argumentación, véase, ACALE SÁNCHEZ, M. "Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión", en (Pérez Cepeda, A. I., Dir.) *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p.450,

<sup>47</sup>La mención específica al personal de vigilancia y no a otros profesionales -como serían, por ejemplo, los psicólogos, los educadores o los trabajadores sociales- vuelve a poner en evidencia que, aunque esta instrucción se enmarca en el plano tratamental, posee un fuerte componente securitario.

<sup>48</sup>Esta exigencia, por su parte, no parece del todo apropiada si se toma en consideración que los destinatarios principales del programa son sujetos radicalizados. En este sentido, el rechazo expreso de la violencia y la desvinculación del individuo con respecto de las organizaciones y grupos de los que forma parte debería ser contemplado como el objetivo final del programa, no como su punto de partida.

<sup>49</sup>Si bien es cierto que la Instrucción 2/2016 señala que se deberán tener en cuenta las diferencias entre los Grupos B y C, no deja de resultar sorprendente que se plantee un tratamiento conjunto con ambos grupos ya, además de tener necesidades muy diferentes, se estaría juntando a la parte activa y pasiva del proceso.

<sup>50</sup>Para CAROU GARCÍA, por ejemplo, este punto puede llegar a resultar problemático ya que la promoción de una determinada versión del Islam y no de otra por parte de la Administración podría llegar a suponer una intromisión en la libertad religiosa que no se encuentra amparada en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, véase, CAROU GARCÍA, S. "Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXII, 2019, pp.558 y ss.

### 3.3.La Orden de Servicios 3/2018

Por último, la Orden de Servicios 3/2018 de Instituciones Penitenciarias ha desarrollado recientemente un instrumento para medir el riesgo de radicalismo violento en prisión<sup>51</sup>. En este sentido, desde un comienzo, se advierte que este no debe ser entendido en ningún caso como un predictor estático de la conducta futura sino que, más bien, tal instrumento tiene como objetivo principal la detección y valoración de aquellas variables que puedan indicar un riesgo real de comisión de actos relacionados con el radicalismo violento. Asimismo, como objetivos específicos del mismo, se señala que la existencia de este instrumento debe contribuir a fortalecer la toma de decisiones en lo relativo al tratamiento penitenciario, facilitar la coordinación entre los diferentes departamentos -especialmente las áreas de seguridad y tratamiento- y sistematizar los diversos tipo de intervenciones tratamentales que, sobre el radicalismo violento, se llevan a cabo en los diferentes centros penitenciarios.

En lo que se refiere de forma particular a las características de este instrumento, se advierte que es de aplicación específica al caso español y que su cumplimentación precisa tanto de sesiones individuales como de un estudio documental sobre el expediente y protocolo del interno, requiriéndose en todo caso la colaboración obligada entre las áreas de seguridad y tratamiento. Asimismo, se indica que, tras la evaluación de cada variable -estas pueden ser puntuadas, en función de la intensidad con la que aparezcan, como baja, media o elevada-, se ofrecerá una valoración e indicación global del riesgo. Además, al partirse de una concepción dinámica de riesgo, se especifica que, con el objetivo de detectar posibles cambios comportamentales y actitudinales diferentes a los de la evaluación inicial, esta prueba será repetida cada seis meses. En relación con los destinatarios de la misma, de nuevo, se vuelve a hacer referencia a los Grupos A, B y C establecidos en las dos instrucciones anteriores, aunque también se prevé su aplicación a cualquier otro interno cuya inclusión en estos grupos esté siendo valorada.

Este instrumento, por su parte, se divide en dos grandes bloques: Factores A y Factores B-C. En relación con los primeros, denominados como riesgo de violencia radical, incluyen catorce variables referidas a la existencia de una elevada radicalización e intencionalidad violenta. Estas son las siguientes: tendencia a la conducta violenta (A1); antecedentes de violencia relacionada específicamente con el extremismo (A2); medio social externo vinculado al radicalismo violento (A3); intención de cometer actos en defensa de su ideología (A4); identificación de un objetivo al que atacar (A5); impulsividad conductual (A6); rasgos psicopáticos (A7); trastorno mental grave (A8); justificación y afinidad con colectivos violentos (A9); reciente entrenamiento físico (A10); resistencia al cumplimiento de la normativa del centro (A11); y, por último, presencia o intervención de material extremista (A12).

En relación con los Factores B-C, estos incluirían un total de veintisiete variables referidas tanto a los internos con afán reclutador, proselitista y captador como a indicios vinculados a procesos de radicalización violenta: necesidad de orientar a otros internos sobre la práctica religiosa (BC1); necesidad de un mayor estatus

---

<sup>51</sup>El desarrollo de este tipo de instrumentos para medir el riesgo -ya sea sobre el radicalismo violento o cualquier otro fenómeno- no es una cuestión especialmente novedosa puesto que, desde la emergencia de la denominada «sociedad del riesgo», las lógicas actuariales han ido penetrado paulatinamente en el campo político criminal, desarrollándose toda una serie de instrumentos que, presentando una elevada similitud con los empleados por las compañías aseguradoras, están orientados a gestionar y predecir los riesgos. Sobre la emergencia de esta lógica y su recepción por parte del sistema penal y penitenciario español, véase especialmente, RIVERA BEIRAS, I. "Actuarialismo Penitenciario. Su recepción en España", *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2015, pp.102-144 y BRANDARÍZ GARCÍA, J. A. *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid. 2016.

personal (BC2); tendencia a la organización colectiva de actos religiosos (BC3); no se tolera la existencia de árabes no creyentes (BC4); presta apoyo a otros internos (BC5); sentimientos de vulnerabilidad y/o debilidad personal (BC6); sentimientos de agravio personal y/o trato injusto (BC7); sentimientos de ataque al grupo que siente propio (BC8); relaciones preferentes con musulmanes (BC9); percepción de categorías sociales diferenciadas (BC10); sentimientos de rechazo hacia los funcionarios y la institución (BC11); rechazo a las funcionarias y al personal femenino (BC12); rechazo del tratamiento y no percepción de necesidad de cambio personal (BC13); tendencia al aislamiento (BC14); repetición de hábitos y conductas diarias (BC15); no participación en actividades (BC16); ausencia de planes de futuro (BC17); constancia de conversión religiosa (BC18); sentimientos de indiferencia hacia las víctimas de actos violentos (BC19); existencia de una pobre autoestima (BC20); el interno se muestra influenciable (BC20); existencia de cambios recientes en su rutina diaria (BC21); persistencia conductual pese al etiquetamiento normativo (BC22); movimientos de separación interior y/o modular (BC24); la religión es el pilar de la identidad y la interpretación dominante (BC25); dificultad para admitir otras interpretaciones de la realidad (BC26); y, en último lugar, necesidades personales básicas no cubiertas (BC27).

Además, para valorar la intensidad con la que aparecen estas variables, la Orden de Servicios 3/2018 incluye una suerte de guía para la evaluación de las mismas<sup>52</sup>. En todo caso, el resultado obtenido tras la aplicación de este instrumento es relevante puesto que, según se señala en el texto, esta valoración debe ser necesariamente tomada en cuenta en la toma de decisiones por parte de los órganos colegiados.

#### 4. Conclusiones: ¿idoneidad de la respuesta?

Por tanto, tal y como se ha podido apreciar a lo largo del apartado inmediatamente anterior, la respuesta del sistema penitenciario español ante el fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones se sustenta fundamentalmente sobre dos Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y una Orden de Servicios de esta misma institución. En este sentido, una vez examinados los principales rasgos de las mismas, resulta ahora pertinente realizar toda una serie de valoraciones críticas sobre la naturaleza de tal respuesta con el objetivo de determinar su idoneidad:

En primer lugar, conviene advertir que esta respuesta puede ser enmarcada en lo que, desde la doctrina jurídico penal, se ha denominado como la «cultura de la emergencia y la excepcionalidad»<sup>53</sup>. Es decir, ante la creencia de que las medidas ordinarias son insuficientes, se constituye una suerte de subsistema penal específico

<sup>52</sup>En esta Guía se establece tanto lo que debe considerarse por una intensidad baja, media y alta en cada una de las variables como el tipo de preguntas que pueden realizarse para determinar si estas aparecen o no. Por ejemplo, en relación con la variable A5 -identificación de un objetivo al que atacar-, se especifica que, entre otras cuestiones, el interno debe ser preguntado si considera que existe algún culpable de su situación o si alguna vez ha pensado en atacarle. En este sentido, se considera que la intensidad de esta variables es baja cuando el interno no identifica ningún culpable de su situación y no señala a ningún objetivo del cual vengarse o al que atacar; media en los casos en los que el interno culpa a personas, países, instituciones o culturas de su situación personal, pero no hay un señalamiento expreso de violencia hacia ellos; y, por último, se debe considerar como alta cuando se produce esta identificación y, además, se expresa el deseo de atacarles o vengarse de ellos.

<sup>53</sup>Sobre esta cuestión, véase por todos, RIVERA BEIRAS, I., "Nuevamente, sobre la emergencia y la excepcionalidad penal y penitenciaria", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A. y Fernández Hernández, A., Dir.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

que, orbitando en torno a la concepción del enemigo<sup>54</sup>, reduce notablemente las garantías del infractor e introduce condiciones de cumplimiento notablemente más restrictivas<sup>55</sup>. De hecho, la propia Instrucción 2/2016 hace gala de esta excepcionalidad al señalar que, en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo desde el sistema penitenciario español, se han aplicado toda una serie de elementos diferenciales que, entre otras cuestiones, han supuesto mayores exigencias para el acceso a los mal llamados «beneficios penitenciarios» o especiales prevenciones en materia de clasificación penitenciaria. Lo que interesa aquí señalar es que esta excepcionalidad, además de constituirse como una base para la vulneración de derechos fundamentales y la aparición de formas de violencia institucional<sup>56</sup>, también resulta contraproducente incluso desde una visión que antepongan la búsqueda de eficacia a la legitimidad.

Esta cuestión, por ejemplo, es perfectamente identificable en el uso que hace de los FIES la Instrucción 8/2014. En este sentido, tal y como se ha señalado, la consecuencia inmediata de ser clasificado en los Grupos A, B y C es la inclusión en algunos de los FIES existentes, lo que supone la implementación de toda una serie de medidas de control y vigilancia que, a la postre, determinan severas restricciones en la vida carcelaria. Si bien es cierto que, desde una visión pragmática, esta opción puede parecer lógica a primera vista en el caso del Grupo A y B -ya que, de este modo, se estaría evitando el contacto entre los sujetos aparentemente ya radicalizados y el resto de la población penitenciaria-, no parece en ningún caso oportuno que este tratamiento sea extendido al Grupo C. Al fin y al cabo, no debe olvidarse que, tal y como se señaló más arriba, una de las causas principales que nutren los procesos de radicalización yihadista en las prisiones es la vulnerabilidad que experimentan los internos. En estos términos, la adopción de este tipo de medidas basadas en la excepcionalidad no hace sino potenciar esta vulnerabilidad, generando en la persona sentimientos de odio, enfado y desafección que, a la postre, pueden conducir a lo que precisamente se pretende evitar.

Ahora bien, incluso en los supuestos de los Grupos A y B<sup>57</sup>, este tratamiento basado en la excepcionalidad tampoco parece el más oportuno. Básicamente, al

---

<sup>54</sup>JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.

<sup>55</sup>La excepcionalidad, por su parte, no es una cuestión especialmente novedosa y exclusiva del modelo hispano ya que, fundamentalmente a partir de los años setenta del siglo pasado y ante la intensificación de la violencia política, numerosos Estados optaron por desarrollar subsistemas penales que, entre otras cuestiones, han dado lugar a la existencia de leyes antiterroristas, tribunales especiales y cárceles de máxima seguridad. Sobre la excepcionalidad y su recepción en el modelo español, véase, BRANDARIZ GARCÍA, J.A y FARALDO CABANA, P. "Introducción: postfordismo y una nueva economía política de la pena", en (De Giorgi, A., aut.), *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de Sueños, Madrid; LAMARCA PÉREZ, C. "Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías", en (Portilla Contreras, G. y Pérez Cepeda, A. I. Dir.) *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI*, Ratio Legis, Salamanca, 2016; LAMARCA PÉREZ, C. "Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad", *Jueces para la Democracia*, 88, 2017, pp.39-55.

<sup>56</sup>De nuevo, véase especialmente, RIVERA BEIRAS, I., "Nuevamente, sobre la emergencia y la excepcionalidad penal y penitenciaria", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A. y Fernández Hernández, A. Dir.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>57</sup>Sobre el Grupo B en particular, también se puede criticar su constitución como grupo en sí misma ya que, según la Instrucción 2/2016, este acoge a todos aquellos internos que, en una actitud de liderazgo captador y proselitista, facilitan el desarrollo de actitudes extremistas y radicales entre la población reclusa, llevando a cabo labores de adoctrinamiento y radicalización. Ahora bien, nótese que, a pesar de que este supuesto ya constituye en sí mismo una conducta típica, en ningún momento la instrucción señala que la persona esté condenada por este comportamiento o que exista un procedimiento penal incoado por esta circunstancia,



buscar por encima de todo la neutralización del sujeto ya radicalizado, se olvida que, cuando acaben su condena, estos van a retornar a la sociedad, lo que aconseja la puesta en marcha de un tratamiento que verdaderamente esté orientado a la desradicalización y desvinculación de estos sujetos con respecto a las organizaciones y grupos de los que forman parte. Si bien es cierto que la Instrucción 2/2016 introduce un programa que, al menos teóricamente, está dirigido hacia la reeducación y la reinserción social de estos internos, lo cierto es que su dimensión esencialmente securitaria termina por supeditar tales objetivos a la neutralización del sujeto. Este hecho, por ejemplo, puede ser comprobado en cuestiones como la clasificación prácticamente automática en primer grado o la prioridad absoluta que, en detrimento de otros profesionales -por ejemplo, psicólogos, educadores o trabajadores sociales-, recibe el equipo de vigilancia penitenciaria. Todo ello, por su parte, puede conducir a que, lejos de abandonar la violencia y los planteamientos totalitarios que nutren su ideología, estos se vean incluso reafirmados y reforzados, lo que no hace sino potenciar la peligrosidad de la amenaza.

En último lugar, también resulta permitente señalar que, aunque el instrumento que introduce la Orden de Servicios 3/2018 para medir el riesgo de radicalismo violento es revestido de una aparente neutralidad y cientificidad, este no deja de ser el producto de una construcción social<sup>58</sup>. Es decir, para que una persona sea definida como radical, previamente han tenido que establecerse de forma subjetiva toda una serie de variables que permitan considerarlo como tal. En este sentido, es importante advertir que muchas de las variables que conforman este instrumento no solo son del todo injustificadas -por ejemplo, no deja de resultar sorprendente que se incluyan factores como haber realizado ejercicio físico recientemente, tener una enfermedad mental o la repetición de hábitos y conductas diarias- sino que, además, muchas de ellas inciden en la esfera interna del autor o en su legítima religiosidad. De este modo, se corre el riesgo de que, bajo un discurso aparentemente neutral y objetivo, esta categoría sea aplicada a personas que nada tienen que ver con el terrorismo, con las consiguientes implicaciones que de ello se derivan.

En definitiva, como se puede apreciar, la respuesta del sistema penitenciario español ante el fenómeno de la radicalización yihadista en las prisiones viene sobre todo marcada por unos rasgos excepcionales y securitarios que, incluso desde una visión pragmática, no parecen espacialmente idóneos. Por ello, resulta urgente explorar otras alternativas que, siendo escrupulosamente respetuosas con los derechos fundamentales de los internos, tengan por finalidad no solo la neutralización de los sujetos ya radicalizados sino también su posterior reeducación y reinserción social. Además, con la finalidad de prevenir su aparición, también sería conveniente incidir en aquellos aspectos de la realidad carcelaria que convierten a esta institución en un espacio de vulnerabilidad.

## 5. Referencias bibliográficas

ACALE SÁNCHEZ, M. "Terrorismo y tratamiento punitivista: más allá de la prisión", en (Pérez Cepeda, A. I., Dir.) *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

---

lo que sugiere que, más que a indicios sólidos, tal presunción se basa en meras sospechas y especulaciones.

<sup>58</sup>Al fin y al cabo, como señala BRANDARIZ, todo estos instrumentos basados en la concepción del riesgo "son construcciones colectivas, preñadas de elementos culturales, morales y políticos" (BRANDARIZ, J. A. "La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2014, p.8).

- AMMAR, N.H., WEAVER, R. R. y SAXON, S. "Muslim in Prison: a case study from Ohio State Prisons", *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 4, 2004, pp. 414-428.
- AWAN, I. "Muslim Prisoners, Radicalization and Rehabilitation in British Prisons", *Journal of Muslim Minority Affairs*, 3, 2013, pp.371-384.
- BASRA, R., NEUMANN, P. y BRUNNER, C. "Criminal Past, Terrorist Futures: European Jihadist and the New Crime-Terror Nexus", *The International Center for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2016.
- BJORGO, T. y HORGAN, J. *Leaving Terrorism Behind: Individual and Collective Disengagement*, Routledge, Londres, 2008.
- BOVENKERK, F. y CHAKRA, B. "Terrorism and Organized Crime", *Forum on Crime and Society*, 1 y 2, 2004, pp.3-15.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A. "Notas sobre el régimen cerrado para penados considerados extraordinariamente peligrosos. Departamentos Especiales y F.I.E.S (CD)", *Estudios Penales y Criminológicos*, 23, 2001, pp.7-58.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., "La difusión de las lógicas actuariales y gerenciales en las políticas punitivas", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 2014, pp.1-27.
- BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BRANDARIZ GARCÍA, J.A y FARALDO CABANA, P., "Introducción: postfordismo y una nueva economía política de la pena", en (DE GIORGI, A., aut.) *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2006.
- BRANDON, J. "The danger of prison radicalization in the West", *CTC SENTINEL*, 2, 2009, pp.1-4.
- CANO PAÑOS, M. A., *Régimen Penitenciario de los terroristas en España. La prisión como arma para combatir ETA*, Dykinson, Madrid, 2012.
- CAROU GARCÍA, S. "Yihadismo y Derecho Penitenciario. La prevención del extremismo violento en prisión desde una perspectiva tratamental", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXII, 2019, pp.522-566.
- CAROU GARCÍA, S. *Primer grado penitenciario y Estado de Derecho: el estatus jurídico de los reclusos en régimen de máxima seguridad*, Bosch, Barcelona, 2017.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. *Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CILLUFO, F. y SAATHOFF, G. "Out of the Shadows. Getting ahead of prisoner radicalization", *The George Washington Homeland Security Policy Institute*, Special Report, 2006, pp.1- 38.
- CLEAR, T. R., y SUMTER, M. T. "Prisoners, Prison and Religion", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.125-156.
- CONSEJO DE EUROPA, "Directrices para los servicios penitenciarios y de probation sobre la radicalización y el extremismo violento", Traducción realizada por *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya*, 2016.
- CUTHBERTSON, I. M. "Prisons and the Education of Terrorist", *World Policy Journal*, 3, 2004, pp.15-22.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ, L. "¿Por qué crecen los vínculos entre terrorismo y crimen?", *Cuadernos de la Guardia Civil*, 50, 2015, pp.6-26.
- DIX-RICHARDSON, F. y CLOSE, B. R. "Religion, the Community, and the Rehabilitation of Criminal Offenders", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.87-106.
- EUROPOL (2018), "Terrorism situation and trend report", *EUROPOL*, págs. 1-70.

- GARCÍA CALVO, C., y REINARES, F. "Radicalización yihadista y asociación diferencial: un estudio cuantitativo del caso español", en (Bermejo Casado, R. y Bazaga Fernández, I. eds.) *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta* (pp.29-42), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GOFFMAN, E., *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Buenos Aires, 2001.
- GONZÁLEZ COLLANTES, T. "Prisión y Terrorismo Yihadista: los FIES como medida penitenciaria de prevención de atentados, de adiestramiento y reclutamiento con fines terroristas", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A., Fernández Hernández, A., Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GUTIÉRREZ, J. A., JORDÁN, J. y TRUJILLO, H. "Prevención de la radicalización yihadista en las prisiones españolas. Situación actual, retos y disfunciones del sistema penitenciario español", *Athena Intelligence Journal*, 1, 2008, p.4.
- HAMM, M., "Prison Islam in the age of sacred terror", *British Journal of Criminology*, 49, 2009, p.667-685.
- HUTCHINSON, S. y O MALLEY, P. "A Crime-Terror Nexus? Thinking on Some of the Links between Terrorism and Criminality", *Studies in Conflict Terrorism*, 30, 2007, pp.1095-1107.
- IGUALADA TOLOSA, C. "La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones", *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, Documento de Opinión, 2017, pp. 1-13.
- JAGER, A. "The «shoe bomber» Richard Reid. His radicalization explained", *International Institute for Counter-Terrorism*, 2018, pp.1-14.
- JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2006.
- KOEHLER, D. *Understanding Deradicalization, Methods, tools and programs for countering violent extremism*, Routledge, Nueva York, 2017.
- LAMARCA PÉREZ, C. "Legislación antiterrorista: la normalización de la excepcionalidad", *Jueces para la Democracia*, 88, 2017, pp.39-55.
- LAMARCA PÉREZ, C., "Legislación penal española y delitos de terrorismo: la suspensión de garantías", en (Portilla Contreras, G. y Pérez Cepeda, A. I. Dir.) *Terrorismo y Contraterrorismo en el siglo XXI*, Ratio Legis, Salamanca, 2016.
- LIEBLING, A. y MARUNA, S., "Introduction: the effects of imprisonment revisited", en (Liebling, A. y Maruna, S., eds.) *The Effects of Imprisonment*, Routledge, Nueva York, 2006.
- MAKARENKO, T. "The Crime-Terror Continuum: Tracing the interplay between transnational organised crime and terrorism", *Global Crime*, 1, 2004, pp.129-145.
- MARRANCI, G., *Faith, Ideology and Fear. Muslims identities within and beyond Prisons*, Continuum International Publishing Group, Londres, 2009.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. A., "Estrategias contra el terrorismo islamista en prisión", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A., Fernández Hernández, A., Dir.), *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico, *Publicaciones de la Administración General del Estado*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.
- MINISTERIO DEL INTERIOR, Anuario Estadístico, *Publicaciones de la Administración General del Estado*, Secretaría General Técnica, Madrid, 2019.
- MULCAHY, E., MERRINGTON, S. y BELL, P., "The radicalisation of prison inmates. Exploring recruitment, religion and prisoner vulnerability", *Journal of Human Security*, 1, 2013, pp. 4-14.
- NEUMANN, P. R. y ROGERS, B., "Recruitment and Mobilisation for the Islamist Militant Movement in Europe", *European Commission*, 2007.

- NEUMANN, P. "Prison and Terrorism. Radicalisation and Deradicalisation in 15 countries", *The International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence*, 2010.
- NISTAL BURÓN, J. "Radicalización en prisión", en (Bermejo Casado, R. y Bazaga Fernández, I. eds.) *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta* (pp.121-131), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- O'CONNOR, T. P. y PERREYCLEAR, M. "Prison religion in Action and its influence on offender rehabilitation", *Journal of Offender Rehabilitation*, 35, 2002, pp.11-23.
- PICARELLI, J. "Osama bin Corleone? Vito the Jackal? Framing Threat Convergence Through an Examination of Transnational Organized Crime and International Terrorism", *Terrorism and Political Violence*, 24, 2012, pp.180-198.
- REINARES, F. GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. "Yihadismo y prisiones: un análisis del caso español", *Real Instituto Elcano*, ARI 123/2018, 2018, p.1-16.
- REINARES, F., GARCÍA-CALVO, C. y VICENTE, A. *Yihadismo y yihadistas en España. Quince años después del 11-M*, Real Instituto Elcano, Madrid, 2019.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *Manual de ejecución penitenciaria: defenderse en la cárcel*, Colex, Madrid, 2014.
- RÍOS MARTÍN, J. C. *Cuestiones de Política Criminal. Funciones y miserias del sistema penal*, Comares, Granada 2017.
- RÍOS MARTÍN, J.C., "La gestión de la ejecución de la pena de prisión en relación con las personas presas por delitos de terrorismo", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 2017 pp.1-25.
- RIVERA BEIRAS, I., "Actuarialismo Penitenciario. Su recepción en España", *Revista Crítica Penal y Poder*, 9, 2015, pp.102-144.
- RIVERA BEIRAS, I., "Nuevamente, sobre la emergencia y la excepcionalidad penal y penitenciaria", en (Alonso Rimo, A., Cuerda Arnau, M. A., Fernández Hernández, A., Dir.) *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- RODRÍGUEZ YAGUE, C. "Las respuestas del Derecho Penitenciario ante la delincuencia terrorista", *Revista General de Derecho Penal*, 13, pp. 1-57.
- RUSHCHENKO, J. "Terrorist recruitment and prison radicalization: Assessing the UK experiment of separation centres", *European Journal of Criminology*, Special Issue: Understanding European Jihadist: criminal, extremist or both, 2019, pp.1-20.
- RUSHCHENKO, J. *Prison management of terrorism-related offenders: is separation effective?* The Henry Jackson Society, Londres.
- SHELLEY, L. I, y PICARELLI, J. T. "Methods and motives: exploring links between Transnational Organized Crime and International Terrorism", *Trends in Organized Crime*, 9, 2005, pp.52-67.
- SILKE, A. "Terrorist, extremist and prison: an introduction to the critical issues", en (Silke, A. ed.), *Prisons, Terrorism and Extremism. Critical Issues in Management, Radicalisation and Reform*, Routledge, Londres, 2014.
- SILKE, A. y VELDHUIS, T. "Countering Violent Extremism in Prisons: a review of key recent research and critical research gaps", *Perspectives on Terrorism*, 5, 2017, pp.1-10.
- SPALES, B. y EL-HASSAN, S. "Muslim Converts in Prison", *The Howard Journal*, núm.2 (2007), pp. 99-114.
- TRUJILLO, H. M., JORDÁN, J. y GONZÁLEZ CABRERA, J. "Radicalization in prisons? Field research in 25 Spanish Prisons", *Terrorism and Political Violence*, 2009, 21, 2009, p.558-579.
- USEEM, B. y CLAYTON, O. "Radicalization of U.S. prisoners", *Criminology & Public Policy*, 3, 2009, p.561-592.

- VALVERDE MOLINA, J. *La cárcel y sus consecuencias: la intervención sobre la conducta desadaptada*, Editorial Popular, Madrid, 1991.
- VIDINO, L. y CLIFFORD, B. "A review of Transatlantic Best Practices for Countering Radicalisation in Prisons and Terrorist Recidivism", *European Counter Terrorism Centre*, 2019.
- WALMSLEY, R. "World Prison Population List", *Institute for Criminal Policy Research*, 2018, pp.1-19.
- YOLDI, J. "Obsesionado con volar la Audiencia", *El País*, 28 de febrero de 2008, Disponible en [fecha de última consulta: 16 de marzo de 2020] [https://elpais.com/diario/2008/02/28/espana/1204153229\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2008/02/28/espana/1204153229_850215.html)

## **Disputes related to the company's relationship in arbitration proceedings in the light of the amendments to the Polish Code of Civil Procedure from 2019**

**Karol Ryszkowski<sup>1</sup>**

Cracow University of Economics

**Abstract:** On September 8<sup>th</sup> 2019, the amendment to the arbitration proceedings regarding four provisions entered into force, so the 2019 reform of the Polish Code of Civil Procedure did not bypass the arbitration. These changes were introduced by the Act of July 31<sup>st</sup> 2019 on the amendment of certain acts to reduce regulatory burdens. This amendment has removed the criterion of the amicable settlement to all disputes about property rights and, also exaggerated the arbitrability to shareholder disputes. This amendment also has removed another practical problem, i.e. bounding by an arbitration clause of the company's bodies and their members, which before the amendment to the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure did not result directly from the provision. This amendment, apart from many positive aspects, has not solved all practical aspects of company law disputes.

**Keywords:** jurisdiction of the arbitration court, amicable settlement, arbitrability, company law, contract law, arbitration law

On September 8<sup>th</sup> 2019, the amendment to the arbitration proceedings regarding four provisions entered into force in the Polish Code of Civil Procedure from the 17<sup>th</sup> November 1964 (*Kodeks Postępowania Cywilnego*, KPC), so the 2019 reform of the Polish Code of Civil Procedure did not bypass arbitration, even though first signs had made such impression. These changes in the arbitration proceedings were introduced by the Act of 31<sup>st</sup> July 2019 amending certain acts to reduce regulatory burdens (The Journal of Laws of 2019, item 1495). The amendment covered the following article of the Polish Code of Civil Procedure: the article 1157, the article 1161 §3, the article 1163, and in the article 1169 §2<sup>1</sup> has been added. Due to the subject of this article, the amendments to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure and the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure<sup>2</sup> are important for the arbitration in company matters.

The rapid development and the progressive complication of legal relations as well as the constantly increasing impact of cases before the courts made it necessary to reform the model of the civil process. It became necessary to speed up the court

---

<sup>1</sup> Has a postdoctoral degree in Banking Law at the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, under the auspices 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 26<sup>th</sup> 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 1<sup>st</sup> 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

<sup>2</sup>RYSZKOWSKI, K., "Spory ze stosunku spółki w postępowaniu przed sądem polubownym w świetle nowelizacji KPC", "ADR. Arbitraż i Mediacja" 2020, No.2(50), p. 85.

proceedings and introduce solutions enabling the shortening of the waiting time for a decision, as well as making it easier for the parties to pursue their claims<sup>3</sup>.

Before abovementioned amendments in 2019 there had been the big novelization of the Polish Code of Civil Procedure by the Act of 4<sup>th</sup> of July 2019 amending the Act - Code of Civil Procedure and some other acts, which has had many implications to the practice and doctrine, as well.

Changes of the system should serve in order to "repair" the Polish judiciary, increase its efficiency and remove the most serious shortcomings, bringing the courts closer to the citizen<sup>4</sup>.

The nature and scope of the changes introduced by it in individual procedural institutions varies greatly. One of the main assumptions of the authors of the draft amendment was to streamline and accelerate the procedure. The way in which this goal was achieved by the legislator raises significant doubts from the point of view of the implementation of the right to a fair trial, one element of which is the right to an appropriately shaped (fair) court proceeding<sup>5</sup>.

The doctrine stressed the importance of the novelization implemented by the Act of 4<sup>th</sup> of July 2019 in many aspects of the Polish civil procedure.

"By the Act of 4<sup>th</sup> of July 2019 amending the Act - Code of Civil Procedure and some other acts, the legislator has made one of the biggest changes to the basic procedural act in the last thirty years. In principle, these changes affected every part of the Code relating to the first instance procedure"<sup>6</sup>.

"The amendment to the Code of Civil Procedure not only changed the model of the trial in Poland but also imposed new obligations on professional representatives towards the court and clients"<sup>7</sup>.

"The first change introduced by this amendment will be the so-called preparatory proceedings – obligatory and less formal meetings taking place outside the courtroom to resolve the dispute at an early stage. Their aim is to get the parties to reconciliation and settlement, and the court chairman has the task of pointing out to the parties the ways and effects of the out-of-court resolution of the dispute. These meetings should be considered an attempt to introduce the idea of arbitration to the Polish civil procedure"<sup>8</sup>.

The new article about serving of the statements through this novelty was added.

"Article 139<sup>1</sup>.

§ 1. If the respondent did not accept an action or another pleading resulting in the need to defend their rights despite another notice being served as provided for in the second sentence of Article 139 § 1, no other pleading has been served on them previously in the case as provided for in preceding Articles and Article 139 § 2 to 31 or other special provision providing for the effect of service does not apply, the presiding judge shall notify the plaintiff thereof by sending them an excerpt of the pleading for the respondent and imposing on them an obligation to serve that pleading to the respondent through an enforcement officer.

---

<sup>3</sup> FIK, P., "Rozdział XVI. Postępowanie uproszczone po nowelizacji z 4.7.2019 r.", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020, p. 273.

<sup>4</sup> GUTOWSKI, M., KARDAS, P., "O nowym modelu polskiej procedury cywilnej – uwagi wprowadzające do „Palestry” 11–12/2019 poświęconej nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego”, *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 34.

<sup>5</sup> FLEJSZAR, F., Rozdział XV. "Postępowanie nakazowe i postępowanie upominawcze po nowelizacji z 4.7.2019 r. – wybrane zagadnienia", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020, p. 255.

<sup>6</sup> RYLSKI P., "O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności", *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 34.

<sup>7</sup> TOMASZEK, A., "Nowe powinności adwokackie po nowelizacji procedury cywilnej", *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 49.

<sup>8</sup> "Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020.

§ 2. Within two months from the day of being served the obligation referred to in § 1, the plaintiff files a confirmation that the pleading has been served on the respondent through an enforcement officer to the case files or returns the pleading and indicates the current address of the respondent or proof that the respondent is residing at the address indicated in the action. After the ineffective expiry of the time limit, the provisions of Article 177 § 1 (6) shall apply".

The significant change should be considered to add the new article 139<sup>1</sup> of the Polish Code of Civil Procedure, which provides for a specific method of serving the statement of claim or another pleading on the defendant causing the need to defend his rights, in a situation where he does not stay against proper, substitute, or bogus service was effected. The introduction itself special regulation to protect the rights of the defendant in the event of service of the letter the initiator of the proceedings had long been awaited due to unreliability the per aviso delivery mechanism<sup>9</sup>.

One of the news is the return of the separate procedural proceedings in commercial cases. The previous version had been in force from 1<sup>st</sup> October 1989 to 3<sup>rd</sup> May 2012.

"According to the assumptions of the legislator, due to the importance of civil law relations in business transactions, such proceedings should be conducted faster than other court cases. For this reason, and also – in principle – because of the participation of professional entities, it contains stricter requirements and procedural rigours than the general rules of civil proceedings"<sup>10</sup>.

"Although the entire commercial proceedings will be very formalized, the entrepreneur will be able to communicate with the court using the e-mail address. The new procedure sets forth in commercial cases the introduction of an obligation to indicate the e-mail address of the party in the statement of claim or in the first procedural letter filed after the receipt of the copy of the claim. In the case of its absence, there has to be submitted a statement that the party has no such address. Failure to comply with this obligation will constitute a formal error of a court pleading and will make it impossible to give it a proper course"<sup>11</sup>.

There is more than one amendment connected with evidences in this novelization. Even though some of the changes are significant, the legislator provided for a relatively short *vacatio legis*<sup>12</sup>.

"The amendment to the Polish civil procedure also provides for the witness to give evidence in writing. This is a very beneficial change in the era of open borders and the mobility of both people and enterprises, which will also have a positive impact on reducing the number of hearings and reducing the time of proceedings"<sup>13</sup>.

Speaking about evidences, another novelty in the Polish Code of Civil Procedure is the institution of the agreements excluding evidence.

"Until now, the agreements excluding evidence raised serious doubts because they had no regulations in the Code of Civil Procedure. After the amendment to the Code of Civil Procedure, the legislator decided to introduce the regulation of evidence contracts. Evidence agreements have been regulated in art. 458<sup>9</sup> Code of Civil Procedure..."<sup>14</sup>.

The additional protection of the consumers in this Act is also guaranteed.

---

<sup>9</sup> RYLSKI P., *op. cit.*, p. 22.

<sup>10</sup> CHRAPONSKI, D., "Odrębne postępowanie w sprawach gospodarczych – zarys regulacji", *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 127.

<sup>11</sup> "Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020.

<sup>12</sup> MENDREK, A., "Rozdział V. Reforma prawa dowodowego w świetle nowelizacji z 4.7.2019 r.", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020, p. 85.

<sup>13</sup> "Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020.

<sup>14</sup> BŁASZCZAK, Ł., "Umowa dowodowa jako przykład nowej instytucji w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 458<sup>9</sup> k.p.c.)", *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 160.



"The Act also introduces facilitations for consumers (by preventing the use of an alternate jurisdiction in cases against consumers), since consumers will be allowed to dispute with entrepreneurs in the court appropriate to their place of residence, and not – as currently – at the entrepreneur's registered office"<sup>15</sup>.

There is a major change of process costs in the Polish Code of Civil Procedure, as well.

One of the authors "... emphasizes the fiscalism of new solutions and the threat to the right to court, including the right to a fair trial. This applies especially to the fee for justification introduced by the amendment and fees in the writ proceedings"<sup>16</sup>.

With the process costs is connected another issue.

"One of the most serious problems of Polish courts was procedural obstruction, which is why the new draft of the Civil Procedure Code introduces sanctions for the abuse of procedural law. If the judge raises suspicions that the respective complaints of the parties lead only to delaying the proceedings, the judge will be able to decide to double the costs of the proceedings imposed on the violating party, or even to leave the applications submitted for obstruction without consideration"<sup>17</sup>.

Returning to amendments important for the commercial arbitration it should be indicated the changes made by the Polish legislator to article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure and the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure.

The version after the amendment: "Article 1157.

Unless otherwise provided for by specific regulations, the parties may bring the following disputes before an arbitration court:

- 1) disputes involving property rights, except maintenance cases;
- 2) disputes involving non-property rights, if they can be resolved by a court settlement".

The version before the amendment: "Article 1157.

Unless otherwise provided by a specific regulation, the parties may submit to arbitration disputes regarding property rights and non-property rights which may be subject to a judicial settlement, excluding cases for support [*alimenty*].".

The version after the amendment: "Article 1163.

§ 1. An arbitration clause in the articles (memorandum) of association of a commercial company concerning disputes arising from company relationships is binding on the company, its shareholders, governing bodies and their members.

§ 2. In cases concerning the revocation or recognition of invalidity of a resolution of the shareholders' meeting of a limited liability company or a general meeting of a joint-stock company, an arbitration clause is effective if it provides for the obligation to announce the commencement of proceedings as required for company announcements within one month from the date of their commencement at the latest; the announcement may also be published by the plaintiff. In such cases, each partner or shareholder may join the proceedings on one of the sides within one month from the date of their announcement. The composition of the arbitration court appointed in the earliest commenced case examines all other cases for the revocation or recognition of invalidity of the same resolution of the shareholders' meeting of a limited liability company or a general meeting of a joint-stock company.

§ 3. The provisions of § 1 and 2 shall be applied accordingly to arbitration clauses included in the memorandum of association of a cooperative or an association."

The version before the amendment:

"Article 1163.

---

<sup>15</sup> "Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020.

<sup>16</sup> MENDREK, A., "Nowe unormowania kosztów sądowych w sprawach cywilnych wynikające z nowelizacji z 4.07.2019 r.", *"Palestra"* No.11–12/2019, p. 231.

<sup>17</sup> "Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020.

§1. An arbitration agreement included in the articles of association or statute of a commercial company concerning disputes arising out of the corporate relationship shall be binding upon the company and its shareholders. §2. §1 shall apply as relevant to arbitration agreements included in the statute of a cooperative or an association".

Other changes in the regulation of Polish commercial arbitration are as follows:

The version after the amendment: "Article 1161.

§ 3. An arbitration clause may identify a permanent arbitration court as competent to resolve a dispute. Unless the parties have agreed otherwise, they are bound by the regulations of a permanent arbitration court applicable on the date of bringing an action".

The version before the amendment: "Article 1161

§ 3. An arbitration agreement may indicate a permanent arbitral tribunal for resolution of the dispute. Unless otherwise agreed by the parties, the parties are bound by the rules of such arbitral tribunal in force as of the date of the conclusion of the arbitration agreement".

The version after the amendment: "Article 1169.

§ 1. The parties may determine in an agreement the number of judges of an arbitration court (arbitrators).

§ 2. Where the number of judges is not determined, an arbitration court of three arbitrators is appointed.

§ 2<sup>1</sup>. If an action is brought by or against two or more persons, they unanimously appoint an arbitrator, unless the arbitration clause stipulates otherwise.

§ 3. Contractual provisions which give one party more rights to appoint an arbitration court are void."

The version before the amendment: "Article 1169.

§ 1. The parties may determine in an agreement the number of judges of an arbitration court (arbitrators).

§ 2. Where the number of judges is not determined, an arbitration court of three arbitrators is appointed.

§ 3. Contractual provisions which give one party more rights to appoint an arbitration court are void."

After the change of the political system in Poland, there was also a change from a planned economy to a free-market economy, it is in the form of companies that most economic activities take place. So the arbitrability of the disputes related to the company's relationship in arbitration proceedings are important not only because of their scientific but also practical importance. The possibility of solving these matters through arbitration is connected with all benefits of arbitration such as:

- Cost savings - When assessing, you should always refer to the specific regulations and the degree of complexity of the case. Arbitration will be cheaper in cases of significant value in dispute and of considerable complexity. In cases of low value, arbitration will most likely turn out to be more expensive than the one conducted before common courts. Unless the one-instance procedure has a positive effect on saving money. Savings are also achieved through the qualifications of the adjudicating team allowing them to recognize the essence of the problem without appointing experts. Saving money is especially evident in international affairs,

- Saving of time - The arbitral tribunal will conduct the proceedings much earlier, and will also make efforts to ensure that the award is issued at the first hearing,

- One-instance proceedings - It saves time and money when compared with the cost of multi-instance proceedings. Proceedings before the state court are two-instance, which is associated with a lengthy process, which adversely affects the quick pursuit of claims, so necessary in running a business,

- Confidentiality of proceedings, the principle of secrecy - The confidentiality of arbitration is one of its greatest advantages. Although the files of court cases in state courts are also available only to the parties and their attorneys, the hearing itself in the state court is in principle public, and even in rare cases of secret hearing, the very fact of its proceedings in court is always announced in the courtroom. Meanwhile, entrepreneurs are most often not interested in publishing the fact that they conduct court proceedings.

Often, information that is a business secret must be included in the process. Arbitration ensures complete confidentiality of the proceedings and no one is informed about the arbitration process except the parties themselves<sup>18</sup>. This aspect is important in business relations, especially in disputes related to company's relationship in arbitration proceedings,

- Freedom to choose the court, language, and place of proceedings,
- Freedom of choice of arbitrators,
- Possibility of the mediation and the settlement - The parties can mediate in each case and they can reach a settlement at any time, which reduces the costs of the proceedings by half<sup>19</sup>.

- Ability to adjudicate on the basis of principles of equity – "Every lawyer knows Latin maxim *"Summum ius summa iniuria"*. You can pass an arbitral award that is consistent with the law, but it is unfair. (...)

In the international practice, there are two forms of solving the disputes subjected to the jurisdiction of arbitral tribunals, namely arbitration under international law or national law, or to adjudicate on principles of equity.

In the latter case, it is believed that the parties have granted special powers to the arbitrators to ignore law, and to resolve the dispute on the basis of extralegal criteria<sup>20</sup>.

The possibility of adjudicating on the principles of equity is provided for in the Polish Code of Civil Procedure. According the article 1194 of the Polish Code of Civil Procedure:

"§ 1. An arbitration court shall resolve a dispute according to the law applicable to a given relationship or, where expressly authorised by the parties, on the basis of general principles of law or equity.

§ 2. However in each case the arbitration court shall take into consideration the provisions of an agreement and established customs applicable to a given legal relationship.

§ 3. In the case of disputes arising from an agreement a party to which is a consumer, the settlement of a dispute in accordance with the general rules of law or rules of equity shall not lead to depriving the consumer of the protection afforded to them by the mandatory provisions of the law applicable to the given relationship".

- Professionalism of the arbitrators - The parties may appoint specialists in the field to which the dispute relates to the adjudication panel of the arbitration court. There is no requirement for arbitrators to be lawyers. Some rules of the permanent courts of arbitration are limited to the requirement that the super arbitrator be a lawyer. Our court has determined that the arbitrator will always be a lawyer with extensive experience and additional competences in various areas, including knowledge of foreign languages in international matters.

With all due respect to the competence of state court judges, judges are only lawyers. Hence the great - often unjustified - tendency for judges of state courts to use expert opinions. As a result, a trial before a state court often turns into a kind of war of opinions, and the appointment of new experts is an extension of the trial.

The parties may appoint specialists in the field to which the dispute relates to the adjudication panel of the arbitration court. This means that persons competent in a given field are also judges-arbiters, which affects the quality of judgments and the speed of proceedings. It is commonly believed that arbitral tribunals in their adjudication panels are more substantively competent than state courts<sup>21</sup>,

<sup>18</sup> "Zalety arbitrażu", <https://msa.pl/pl/sad-arbitrazowy/zalety-arbitrazu.html>, 21.07.2020,

<sup>19</sup> "Zalety arbitrażu", <https://msa.pl/pl/sad-arbitrazowy/zalety-arbitrazu.html>, 21.07.2020,

<sup>20</sup> 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

More about the equity in the commercial arbitration see RYSZKOWSKI, K., "Orzekanie na zasadach słuszności w postępowaniu przed sądem arbitrażowym - *summum ius summa iniuria?*", "ADR. Arbitraż i Mediacja", 2011, No.1(13), p. 53-62.

<sup>21</sup> "Zalety arbitrażu", <https://msa.pl/pl/sad-arbitrazowy/zalety-arbitrazu.html>, 21.07.2020,

- Principle of concentration of evidence – Serving the implementation of the postulate of the speed of civil proceedings, the principle of concentration of procedural material concerns the time at which the factual and evidence material should be collected<sup>22</sup>,

- Jurisdiction of the arbitral tribunal - The arbitration court is competent if an appropriate clause is made in the contract prior to cooperation or in the agreement. It is possible that after the dispute has arisen, the parties decide to resolve the matter by an arbitration court and draw up a separate agreement,

- Enforceability of an Arbitral Award - An award of an arbitration court operating in Poland is an enforceable title which, after issuing an enforcement clause by a state court, is suitable for enforcement, similarly to a state court judgment.

The same is true of a foreign arbitration award, which thanks to an international convention (mainly the New York Convention of 1958) is currently enforceable in over 140 countries around the world.

At the will of the parties, the arbitration court replaces the state court. It is a body that is empowered by law to issue legally binding judgments.

The resolution of a dispute before a state court of one country is usually not approved by the other party, as there is no universal international convention on the enforcement of judgments of foreign common courts, there are mainly bilateral agreements. In practice, this causes a rather onerous path to obtain recognition and enforcement of such a judgment.

A ruling of a foreign arbitration court, which thanks to an international convention (mainly the New York Convention of 1958) is currently enforceable in over 140 countries around the world. Proceedings for the recognition and enforcement of such a judgment comes down to examination by a state court, and at the request of the party against whom the judgment is directed, whether such a judgment meets the premise listed in Art. V of the Convention. These are only formal reasons, the court has no right to examine the merits of the claim. In addition, this convention guarantees equal recognition and enforcement of foreign arbitration awards with domestic awards in terms of court fees and charges<sup>23</sup>.

Both of the above provisions (the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure and the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure) before the amendment raised some doubts, both in practice and in case law<sup>24</sup>.

Regarding the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure, it should be noted that the legislator's intervention is not perfect, because the division into property and non-property rights raises doubts in the doctrine. Their source is difficulties in determining whether the subjective right of a given type serves exclusively the exercise of property or non-property rights. The problem with defining and delimiting these rights in market economy conditions, in which it is often difficult to indicate the precise limit, when and to what extent a given subjective law serves to protect or implement the property interest of an authorized entity, is deepening<sup>25</sup>.

Non-property rights also sometimes include personal corporate rights arising from membership of an organization. According to another view, there are no grounds for treating an organizational right with no asset value as non-property rights, as they are accessory rights for the protection of property rights. Any dispute over the content of this protection is a dispute over property rights<sup>26</sup>.

Doubts about personal corporate rights may justify the author's opinion, an isolated view, isolating the third category of subjective rights - the category of "mixed" rights. These rights include both non-property and property rights. As an example, the right to participate or shares in commercial companies, which in addition to property

---

<sup>22</sup> STRUMIŁŁO, T., "Zasady postępowania arbitrażowego", *ADR. Arbitraż i Mediacja*, 2009, No.3(7), p. 74.

<sup>23</sup> "Zalety arbitrażu", <https://msa.pl/pl/sad-arbitrazowy/zalety-arbitrazu.html>, 21.07.2020,

<sup>24</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 86.

<sup>25</sup> ROMANOWSKI, M., "Podział praw podmiotowych na majątkowe i niemajątkowe", *Państwo i Prawo* 2006, No. 3, p. 24.

<sup>26</sup> BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *Sądownictwo Polubowne (Arbitraż)*, Warszawa, 2007, p. 103.

rights (the right to participate in the company's profits) also includes non-property elements<sup>27</sup>. Similarly, according to a similar view, the phenomenon of overlapping and penetration of property and non-property (e.g. in copyright law and the case of a right to maintenance) leads to the separation of the structure of mixed subjective law<sup>28</sup>. Also in the jurisprudence, one can notice a distinction of mixed rights, such as the Supreme Court with the right to the grave in the resolution of December 2, 1994, III CZP 155/94<sup>29</sup>.

This indicates the lack of completeness of the criterion of arbitration as regards the division of property and non-property rights, and on the other hand may indicate the intention of the legislator to leave maintenance disputes, i.e. mixed disputes, outside arbitration. However, the systematic structure of the provision rather indicates that the legislature includes maintenance disputes as property disputes<sup>30</sup>.

A. Tujakowska and M. Olechowski have indicated that the amendment to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure consists in recognizing that all property disputes, except for cases for support, have arbitrability. The current wording of this provision has raised many doubts, due to how arbitrability is linked to amicable settlement. In particular, it was not entirely clear whether the condition of amicable settlement related only to non-property rights disputes or also to property rights disputes. The amendment should finally end this state of uncertainty in favor of unlimited (with the exception of cases for support) arbitrability of property rights disputes. This change is also in line with solutions that operate in countries with a pro-arbitration attitude, such as France or Switzerland<sup>31</sup>. I support this position, and as regards the nature of maintenance cases, this is not the merits of the article. This change is also in line with the solution adopted by the German legislator from January 1, 1998<sup>32</sup>.

Against the background of the old wording of the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure, the editors of this provision raised considerable doubts, which served as an argument for supporters of opposing views. I supported the prevailing position in the doctrine, i.e. the application of the amicable settlement criterion to both property rights disputes and non-property rights disputes. This view was supported by the assumption of the rationality of the legislator, who should establish a uniform, uniform criterion for both categories of disputes<sup>33</sup>.

The doctrine stressed the defectiveness of the wording of this provision and the inadequacy of the application of the amicable settlement criterion to the arbitration fit criterion, in particular to disputes over property rights. Among others A Szumański has said:<sup>34</sup> However, Polish law adopts in the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure, a restrictive criterion of arbitrability in the form of amicable settlement capacity for a dispute, which *de facto* means a translation of the unknown by the unknown. The bigger problem for practice, however, is the faulty nature of the wording of the above provision, because its editorial raises significant doubts in the doctrine, namely whether the criterion of the amicable settlement of the dispute relates only to

---

<sup>27</sup> KRAWCZYK, I., "Podatek od czynności cywilnoprawnych a VAT", *"Przegląd Podatkowy"* 2004, No. 12, p. 21.

<sup>28</sup> GOETTEL, M., BIERANOWSKI, A., BOGDALSKI, P., *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, GOETTEL, M., (ed.) Warszawa 2009, p. 42.

<sup>29</sup> *"Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna"* 1995 No.3, pos. 52.

<sup>30</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 87.

<sup>31</sup> TUJAKOWSKA, A., OLECHOWSKI, M., "Zmiany w kpc: nowe przepisy w sprawie arbitrażu", <https://www.rp.pl/W-sadzie-i-urzedzie/309099972-Zmiany-w-kpc-nowe-przepisy-w-sprawie-arbitrazu.html>, 18.12.2019

<sup>32</sup> ERECIŃSKI, T., "Zdatność arbitrażowa (art. 1157 KPC)", (ed.) NOWACZYK, P., PIECKOWSKI, S., POCZOBUT, J., SZUMAŃSKI, A., TYNEL, A. (ed.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, p. 5.

<sup>33</sup> RYSZKOWSKI, K., "Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.5.2009 r. - Problem zdatności arbitrażowej sporów ze stosunku spółki", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2011, No.3(15), p. 113-114.

<sup>34</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 87.

disputes on non-property rights, or also includes disputes on property rights<sup>35</sup>. Moreover, A. Szumański pointed to the postulate of adopting the German solution, which departed from the criterion of amicable settlement in respect of all disputes regarding property rights<sup>36</sup>, which took place in Poland on September 8, 2019<sup>37</sup>.

It is worth emphasizing that these doubts persisted despite the Supreme Court resolution of 7 May 2009, III CZP 13/09<sup>38</sup>, in which the Supreme Court ruled that the provision of the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure does not contain a special norm in relation to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure to the extent that disputes submitted for arbitration may be the subject of a court settlement.

Personally, based on the former legal status, I was in the position, also under the influence of resolution SN III CZP 13/09, on the application of the criterion of amicable settlement capacity also for disputes over property rights<sup>39</sup>.

Regarding the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure, its previous content also raised doubts, in particular, what was its attitude to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure<sup>40</sup>.

On the basis of the former legal status, the doctrine presented divided views on the admissibility of arbitrability in disputes in the field of company law<sup>41</sup>.

According to the view of K. Weitz, if it is assumed that the final determinant of the arbitrability of all disputes (both property and non-property rights) is the admissibility of concluding a settlement if the case is considered by a common court, it cannot be concluded that all disputes regarding corporate rights in commercial companies (even after prior acceptance that such disputes regarding corporate rights) are subject to the arbitral tribunal's decision<sup>42</sup>.

Nothing changes in this matter, because the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure does not apply to the subject matter of cases that may be subject to arbitration. However, it regulates compliance with the requirements in force regarding the form of an arbitration clause and the subjective boundaries of its validity when it concerns disputes related to the company's relationship. Both provisions have a completely different subject of regulation, so the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is not a *lex specialis* in relation to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure<sup>43</sup>. The article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure solves partly problems regarding the company's ability to commit itself independently and as to binding shareholders or partners with an arbitration clause contained in the company's statutes or articles of association<sup>44</sup>.

The next author in support of the lack of overlap of the scope of standards arising from the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure and the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure used a systemic interpretation. Well, the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is in Title II, Part Five of the Polish Code of Civil Procedure – "Arbitration agreement", so it applies, like the articles preceding it and the following articles. The article 1164 of the Polish Code of Civil Procedure prerequisites that an arbitration clause must meet to bind specific entities. It does not specify, however, which of the cases can be referred to the arbitral tribunal as in the article 1157 of the

<sup>35</sup> SZUMAŃSKI, A., "Czy jest w Polsce kryzys arbitrażu handlowego?", "Monitor Prawniczy" 2019, No.2, p. 92.

<sup>36</sup> SZUMAŃSKI, A., "Sąd polubowny a ugoda sądowa", "Glosa" 2010, No 1, p. 20-21.

<sup>37</sup> RYSZKOWSKI, K., Spory..., p. 88.

<sup>38</sup> „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2009/5, pos. 6; LEX No.493962.

<sup>39</sup> RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym a zdolność arbitrażowa", "ADR. Arbitraż i Mediacja", 2013, No.1(21),p. 83.

<sup>40</sup> RYSZKOWSKI, K., Spory..., p. 88.

<sup>41</sup> RYSZKOWSKI, K., Glosa..., p. 116.

<sup>42</sup> WEITZ, K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy). Tom 5*, Warszawa, 2009, ERECIŃSKI, T. (ed.), p. 605.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 606.

<sup>44</sup> BUDNIAK, A., "Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego - zagadnienia prawnoporównawcze", "ADR. Arbitraż i Mediacja" 2009, No.4(8), p. 29.

Polish Code of Civil Procedure. According to this view, the latter article, in its current wording, does not provide for any exceptions to the criterion of the amicable settlement. Reservation that "Unless otherwise provided by a specific regulation..." does not apply to words after a dash "... which may be subject to a judicial settlement...", but to "... the parties may submit to arbitration disputes regarding property rights and non-property rights"<sup>45</sup>.

According to the article 1164 of the Polish Code of Civil Procedure: "Labour law disputes. An arbitration agreement pertaining to labour law disputes may be made only after the dispute has arisen and shall be in writing. Article 1162 § 2 does not apply".

R. Uliasz refused the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure, the nature of *lex specialis*, because the mutual subordination of a special provision to a general provision and on this basis exclusion of the application of the general provision is possible only when the hypotheses of both provisions overlap to some extent. In this case, this situation does not occur, because the hypotheses of both provisions apply to completely different situations<sup>46</sup>.

The indirect view referred to the division of disputes from the company's relationship into disputes in a narrower and wider scope. According to this view, the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure granted arbitrability to disputes in a narrower scope, while to disputes in a broader scope the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure regarding arbitrability and the article 1162 of the Polish Code of Civil Procedure regarding the form of an arbitration clause<sup>47</sup>.

According to the article 1162 of the Polish Code of Civil Procedure: "§ 1. An arbitration clause should be made in writing.

§ 2. Requirements concerning the form of an arbitration clause are also met if the clause is included in letters exchanged between the parties or statements made by means of remote communication which enable their content to be recorded. Reference in an agreement to a document containing a decision to bring a dispute before an arbitration clause complies with the requirements concerning the form of an arbitration clause if such agreement is made in writing and the reference incorporates that clause into the agreement".

Completely opposite to the first position, the point of view in this matter assumes that the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is a special provision in relation to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure. Statement of cases from the company's relationship with the subject scope of the arbitration agreement under the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure leads to the conclusion that a large part of these cases is excluded from the jurisdiction of the arbitration court. According to G. Suliński, this provision allows, however, the possibility of departing from the general principle of amicable settlement as a criterion for arbitrability, because the legislator allows different regulation of this issue in specific provisions<sup>48</sup>.

According to the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure, the arbitration court's provision in the articles of association (agreement) regarding disputes arising from the company's relationship binds the company and its partners, so the act does not impose that disputes from the company's relationship that the arbitral tribunal settles based on the arbitration clause concluded in the statutes (contracts) of the companies, they had the amicable settlement<sup>49</sup>.

Finally, the representative of the literature assumed that the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is a special provision for the article 1157 of the Polish Code

---

<sup>45</sup> KOCUR, M., "Kłopotliwe zaskarżanie uchwał", *"Rzeczpospolita"* from 04.06.2005.

<sup>46</sup> ULIASZ, R., "Zdolność arbitrażowa sporów wynikłych z zaskarżenia uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych - Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Zakład Prawa Handlowego i Gospodarczego Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego w Rzeszowie w dniach 22-23 września 2006 roku", *"Ius et Administratio, Zeszyt specjalny"* 2006, p. 204-205.

<sup>47</sup> BUDNIAK, A., *Forma...*, p. 31.

<sup>48</sup> SULIŃSKI, G., "Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego", *"Przegląd Prawa Handlowego"* 2005, No 12, p. 31.

<sup>49</sup> *Ibid.*

of Civil Procedure because it refers to a narrower circle of disputes. He emphasized, however, that outside the scope of cases under the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure, disputes remain regarding the company's relationship, which the parties entrust to the arbitral tribunal by concluding an arbitration agreement outside the company's statute (contract). In such cases, the dispute will have to meet the condition of the amicable settlement, as the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure<sup>50</sup>.

A. Szumański, who shares the view according to which the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is a *lex specialis* to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure, negatively referred to the view on the different scopes of regulation of both the above provisions. At the outset, the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure allowed the possibility of regulating arbitration, other than in the general provision. The referral refers to a "special provision" and not a "special act" if the situation were the opposite view of the special nature of the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure would be unauthorized<sup>51</sup>.

System interpretation argument prohibiting the application of *the lex specialis derogat legi generali* principles to the application of the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure to the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure, would be included only if the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure does not provide for any exceptions to the principle of the amicable settlement<sup>52</sup>.

According to this position, the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure covers not only the form and the subjective scope of the arbitration clause in the event of a dispute arising from the company's relationship, but also, in the light of the above argumentation, the total scope of the arbitration court's jurisdiction in disputes arising from the company's relationship, including the subject matter<sup>53</sup>.

The author's view was also supported by an argument resulting from a functional interpretation - i.e. the assumption of quick resolution of commercial disputes<sup>54</sup>.

The doctrine was dominated by the view that the article 1163 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure is a special provision because it refers to a narrower scope of disputes than in the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure<sup>55</sup>. Another supporter of the special nature of the article 1163 § 1 Polish Code of Civil Procedure pointed out, however, that the relation of *lex specialis* to *lex generalis* is not that the former is more detailed than the latter in terms of disposition. Both standards contained in the provisions have different instructions, and what is essentially different is the scope or degree of case-law of the hypotheses of norms reconstructed based on these provisions<sup>56</sup>.

A. Szumański, a supporter of this view, referring to the argument of opponents regarding the placement of the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure in the Title "Arbitration agreement", pointed to the location of § 1030 *Zivilprozessordnung* (ZPO, German code of civil procedure from 30<sup>th</sup> January 1877) between the regulation

---

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> SZUMAŃSKI, A., "Zakres podmiotowy zapisu na sąd polubowny w sporze ze stosunku spółki kapitałowej ze szczególnym uwzględnieniem sporu powstałego na tle rozporządzenia prawami udziałowymi", NOWACZYK P., PIECKOWSKI S., POCZOBUT J., SZUMAŃSKI A., TYNEL A. (ed.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008, p. 231-232.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> SZUMAŃSKI, A., "Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej", CZAPLIŃSKI, W., (ed.) *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006, p. 886.

<sup>55</sup> See also BIELARCZYK, P., "Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego", *Dodatek specjalny do „Monitora Prawniczego”* 2005, No.22 and FALKIEWICZ, K., KWAŚNICKI, R. L., "Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego", "Przegląd Prawa Handlowego", 2005, No.11, p. 34.

<sup>56</sup> DMOCHOWSKA, M., "Rozpatrywanie sporów korporacyjnych w spółkach kapitałowych przez sądy polubowne", *Prace laureatów konkursu im. prof. Jerzego Jakubowskiego. Edycja Trzecia*, Warszawa 2007, p. 377.



governing the concept of arbitration agreement and the provision regarding the form of the arbitration agreement<sup>57</sup>.

Also, the linguistic interpretation of the wording ("... concerning disputes arising out of the corporate relationship ...") demonstrated that this provision should also apply to arbitration, otherwise it would be an instructional standard. The possibility of concluding an arbitration clause in the company's agreement (statute) can also be derived from the article 353<sup>1</sup> of the Polish Civil Code of 23<sup>rd</sup> April 1964 (*Kodeks Cywilny*, CC) in connection with the article 2 of the Polish Commercial Companies Code of 15<sup>th</sup> September 2001 (*Kodeks Spółek Handlowych*, CCC)<sup>58</sup>.

In the case-law of the courts, both opposing positions were reflected<sup>59</sup>. This issue based on the jurisprudence was resolved by the Supreme Court in the above-mentioned resolution of May 7, 2009, III CZP 13/09<sup>60</sup>.

The arbitrability of disputes for annulment of resolutions of shareholders of capital companies also raised controversies. The indicated change of the article 1157 of the Polish Code of Civil Procedure with the amendment to the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure, which directly regulates the issues of resolution disputes should put an end to these controversies. First of all, the amendment specifies the circle of entities that will be bound by the arbitration agreement contained in the contract (statute) of a commercial company, indicating next to the company and its partners also the organs of the company and their members. This eliminates, among others risk of appealing against the same resolution of the meeting of shareholders in arbitration proceedings (by a shareholder) and in court proceedings (by a member of the body). The amendment also synchronizes the provisions of the Polish Code of Civil Procedure in the area of corporate disputes with the relevant provisions of the of the Polish Commercial Companies Code (the article 250 item 1 of the Polish Commercial Companies Code, the article 422 § 2 item 1 of the Polish Commercial Companies Code and the provisions of the article 295 § 1 of the Polish Commercial Companies Code and the article 486 § 1 of the Polish Commercial Companies Code)<sup>61</sup>.

Currently the article 1163 § 2 of the Polish Code of Civil Procedure *expressis verbis* provides for arbitral resolution of resolution disputes, at the same time indicating what the articles of association (statute) must contain to be effective and to cover resolution disputes<sup>62</sup>.

This amendment also removed another practical problem, i.e. binding the arbitration agreement of the company's bodies and their members, which before the amendment to the article 1163 of the Polish Code of Civil Procedure did not result directly from the provision<sup>63</sup>.

It has already been approved in practice<sup>64</sup>. The amendment gives a strong impetus to strengthen Polish arbitration, as it removes doubts that could have appeared on the side of entrepreneurs when registering for arbitration. Importantly, the introduced

---

<sup>57</sup> SZUMAŃSKI, A., "Zdatność arbitrażowa ze szczególnym uwzględnieniem sporów korporacyjnych – Konferencja w Sądzie Arbitrażowym przy KIG 15 grudnia 2009 roku", *"Biuletyn Arbitrażowy"* 2010, No.2(14), p. 25.

<sup>58</sup> SZUMAŃSKI, A., *Sąd...*, p. 16.

<sup>59</sup> MOREK, R., "Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, Case Law Section", *"Biuletyn Arbitrażowy"* 2009, No.11, p. 117.

<sup>60</sup> See also Judgment of the District Court in Warsaw - XXVI Economic Department of January 25, 2018, XXVI GC 172/17, Judgment of the Court of Appeal in Gdańsk - I Civil Division of May 24, 2016, I ACa 1142/15, Judgment of the Regional Court in Warsaw - 20th Commercial Department of July 8, 2014, XX GC 579/13, Decision of the Court of Appeal in Warsaw - First Civil Division of June 23, 2014, I ACz 921/14 and Judgment of the Supreme Court - Civil Chamber of April 19, 2012, IV CSK 443/11.

<sup>61</sup> TUJAKOWSKA, A., OLECHOWSKI, M., *op. cit.*

<sup>62</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 91.

<sup>63</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 91.

<sup>64</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 91.

changes do not limit the instruments for controlling arbitration awards in the hands of common courts, which may still eliminate defective rulings in their opinion<sup>65</sup>.

This amendment, apart from many positive aspects, which were described above, does not solve, however, all practical aspects of disputes in the field of company law<sup>66</sup>. Some doubts about this regulation arose in the doctrine. Below I will try to respond to these doubts.

Nevertheless, the path chosen by the legislator may also raise a number of doubts. First of all, whether the proposed solution will work in resolving disputes in the case of joint-stock companies, where the number of stakeholders (whether plaintiffs or defendants) can be significant. In addition, the adopted consolidation rule may mean that in practice only some of the participants in the dispute will have an influence on the selection of arbitrators. In this respect, the solution adopted, for example, by the Italian legislator, seems to be more balanced, which requires that in the case of corporate disputes, the nomination of the entire composition of the arbitral tribunal should be entrusted to a body external to the company. It remains an open question whether in practice the changes made will not create new opportunities for instrumental blocking or delaying proceedings (so-called guerrilla tactics). Finally, in the absence of an explicit transitional provision, it is also not entirely clear what will be the fate of the existing clauses contained in the company's contracts or statutes, and which do not provide for the requirements of the announcement and arbitration proceedings pending on their basis<sup>67</sup>.

It can be considered that some of the above fears are exaggerated, because by applying the principles of law application: the Act is not retroactive (*lex retro non agit*) and if any legal effects arose during the repeal of the repealed Act, they should be assessed according to its provisions - it should be considered existing clauses contained in the company's agreements or statutes remain legally effective<sup>68</sup>. Moreover this view is supported by the Latin maxim "*Pacta sunt servanda*".

Putting aside those fears, above-mentioned changes of the Polish Code of Civil Procedure in the field of the arbitration will guarantee the competitiveness of Polish arbitration courts with arbitration courts from other states, especially European. But the practice has to accommodate to the changed provisions.

However, a full assessment of these changes will be possible after the amended provisions have been in effect for a longer time. Forecasts are optimistic, but at the moment the final result of the changes cannot be determined yet.

## Bibliography:

"Planned amendments in the Polish Code of Civil Procedure – crucial changes for entrepreneurs", <https://www.kg-legal.eu/info/cross-border-cases/planned-amendments-in-the-polish-code-of-civil-procedure-crucial-changes-for-entrepreneurs/>, 17.07.2020,  
"Zalety arbitrażu", <https://msa.pl/pl/sad-arbitrazowy/zalety-arbitrazu.html>, 21.07.2020,  
BIELARCZYK, P., "Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego", *Dodatek specjalny do „Monitora Prawniczego”* 2005, No.22,  
BŁASZCZAK, Ł., " Umowa dowodowa jako przykład nowej instytucji w Kodeksie postępowania cywilnego (art. 4589 k.p.c.)", *"Palestra"* No.11–12/2019,  
BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *Sądownictwo Polubowne (Arbitraż)*, Warszawa, 2007,  
BUDNIAK, A., "Forma zapisu na sąd polubowny w świetle polskiego i niemieckiego postępowania cywilnego - zagadnienia prawnoporównawcze", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"* 2009, No.4(8),

---

<sup>65</sup> FURTEK, M., "Furtek: Zmiany w procedurze cywilnej impulsem do umocnienia polskiego arbitrażu", <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/arbitraz-zmiany-w-procedurze-cywilnej-zwieksza-popularnosc-sadow,467718.html>, 24.12.2019,

<sup>66</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 92.

<sup>67</sup> TUJAKOWSKA, A., OLECHOWSKI, M., *op. cit.*

<sup>68</sup> RYSZKOWSKI, K., *Spory...*, p. 92.

- CHRAPOŃSKI, D., "Odrębne postępowanie w sprawach gospodarczych – zarys regulacji", *"Palestra"* No.11–12/2019,
- DMOCHOWSKA, M., "Rozpatrywanie sporów korporacyjnych w spółkach kapitałowych przez sądy polubowne", *Prace laureatów konkursu im. prof. Jerzego Jakubowskiego. Edycja Trzecia*, Warszawa 2007,
- ERECIŃSKI, T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy). Tom 5*, Warszawa, 2009,
- ERECIŃSKI, T., "Zdatność arbitrażowa (art. 1157 KPC)", (ed.) NOWACZYK, P., PIECKOWSKI, S., POZOBUT, J., SZUMAŃSKI, A., TYNEL, A. (ed.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008,
- FALKIEWICZ, K., KWAŚNICKI, R. L., "Arbitraż i mediacja w świetle najnowszej nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego", *"Przegląd Prawa Handlowego"*, 2005, No.11,
- FIK, P., "Rozdział XVI. Postępowanie uproszczone po nowelizacji z 4.7.2019 r.", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020,
- FLEJSZAR, F., Rozdział XV. "Postępowanie nakazowe i postępowanie upominawcze po nowelizacji z 4.7.2019 r. – wybrane zagadnienia", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020,
- FURTEK, M., "Furtek: Zmiany w procedurze cywilnej impulsem do umocnienia polskiego arbitrażu", <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/arbitraz-zmiany-w-procedurze-cywilnej-zwieksza-popularnosc-sadow,467718.html>, 24.12.2019,
- GOETTEL, M., BIERANOWSKI, A., BOGDALSKI, P., *Prawo cywilne. Zarys wykładu*, GOETTEL, M., (ed.) Warszawa 2009,
- GUTOWSKI, M., KARDAS, P., "O nowym modelu polskiej procedury cywilnej – uwagi wprowadzające do „Palestry” 11–12/2019 poświęconej nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego", *"Palestra"* No.11–12/2019,
- KOCUR, M., "Kłopotliwe zaskarżanie uchwał", *"Rzeczpospolita"* from 04.06.2005,
- KRAWCZYK, I., "Podatek od czynności cywilnoprawnych a VAT", *"Przegląd Podatkowy"* 2004, No.12,
- MENDREK, A., "Rozdział V. Reforma prawa dowodowego w świetle nowelizacji z 4.7.2019 r.", FLAGA-GIERUSZYŃSKA, K., FLEJSZAR, F., MALCZYK, M., (ed.), *Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego z 4.7.2019 r. w praktyce*, Warszawa 2020,
- MENDREK, A., "Nowe unormowania kosztów sądowych w sprawach cywilnych wynikające z nowelizacji z 4.07.2019 r.", *"Palestra"* No.11–12/2019,
- MOREK, R., "Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, Case Law Section", *"Biuletyn Arbitrażowy"* 2009, No.11,
- ROMANOWSKI, M., "Podział praw podmiotowych na majątkowe i niemajątkowe", *"Państwo i Prawo"* 2006, No. 3,
- RYLSKI P., "O nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego ustawą z 4.07.2019 r. w ogólności", *"Palestra"* No.11–12/2019,
- 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 Derecho 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", IZAROVA, I., FLEJSZAR, R., HANIK-POSPOLITAK R. (ed.), *Maloznačnìspori : evropejskij ta ukraïns'kij docvìdivrišennâ / - Kijów: VD "Dakor"*, 2018,
- RYSZKOWSKI, K., "Spory ze stosunku spółki w postępowaniu przed sądem polubownym w świetle nowelizacji KPC", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"* 2020, No.2(50),
- RYSZKOWSKI, K., "The public policy clause as the general clause in commercial arbitration in the Polish law in the context of the principles of social coexistence", *"Cadernos de Dereito Actual"*, No 13 (2020), <http://www.cadernosdereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/issue/view/13/showToc>, 22.06.2020,
- RYSZKOWSKI, K., "Zdatność arbitrażowa w sporach z zakresu własności intelektualnej w prawie polskim na tle prawa niemieckiego oraz prawa amerykańskiego" = "Arbitrability of Intellectual Property Disputes in the Polish Law in Relation to German and U.S. Legal Systems", *"Roczniki Nauk Prawnych"* V. 30, No 1 (2020), <https://ojs.tnku.pl/index.php/rnp/article/view/8506/12458>. 09.07.2020,
- 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/arttykul/a/pokaz/c/arttykul/art/losy-prawa-rzymskiego-na-wschodzie-od-smierci-justyniana-wielkiego-do-upadku-cesarstwa-bizantyjskiego.html>, 24.6.2013,
- STRUMIŁŁO, T., "Zasady postępowania arbitrażowego", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2009, No.3(7),
- SULIŃSKI, G., "Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego", *"Przegląd Prawa Handlowego"* 2005, No 12,
- SZUMAŃSKI, A., "Czy jest w Polsce kryzys arbitrażu handlowego?", *"Monitor Prawniczy"* 2019, No.2,
- SZUMAŃSKI, A., *"Sąd polubowny a ugoda sądowa"*, *"Glosa"* 2010, No 1,
- SZUMAŃSKI, A., "Zakres podmiotowy zapisu na sąd polubowny w sporze ze stosunku spółki kapitałowej ze szczególnym uwzględnieniem sporu powstałego na tle rozporządzenia prawami udziałowymi", NOWACZYK P., PIECKOWSKI S., POZOBUT J., SZUMAŃSKI A., TYNEL A. (ed.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, Warszawa 2008,
- SZUMAŃSKI, A., "Zapis na sąd polubowny w sprawie zaskarżenia uchwały zgromadzenia spółki kapitałowej", CZAPLIŃSKI, W., (ed.) *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, Warszawa 2006,
- SZUMAŃSKI, A., "Zdatność arbitrażowa ze szczególnym uwzględnieniem sporów korporacyjnych – Konferencja w Sądzie Arbitrażowym przy KIG 15 grudnia 2009 roku", *"Biuletyn Arbitrażowy"* 2010, No.2(14),
- TOMASZEK, A., "Nowe powinności adwokackie po nowelizacji procedury cywilnej", *"Palestra"* No.11-12/2019,
- TUJAKOWSKA, A., OLECHOWSKI, M., "Zmiany w kpc: nowe przepisy w sprawie arbitrażu", <https://www.rp.pl/W-sadzie-i-urzedzie/309099972-Zmiany-w-kpc-nowe-przepisy-w-sprawie-arbitrazu.html>, 18.12.2019,

ULIASZ, R., "Zdolność arbitrażowa sporów wynikłych z zaskarżenia uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych - Materiały z międzynarodowej konferencji naukowej zorganizowanej przez Zakład Prawa Handlowego i Gospodarczego Wydziału Prawa Uniwersytetu Rzeszowskiego w Rzeszowie w dniach 22-23 września 2006 roku", *"Ius et Administratio, Zeszyt specjalny"* 2006.

## **Vida e de morte: os direitos de personalidade diante das manifestações de última vontade no ordenamento jurídico brasileiro**

Life and death: the rights of personality in the last will manifestations in the brazilian legal order

**Caroline Leite de Camargo<sup>1</sup>**

**Celany Queiroz Andrade<sup>2</sup>**

Faculdade de Direito-Universidade de Rio Verde-GO/Brasil

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Direitos de personalidade. 3 O direito à vida e morte dignas. 4 Eutanásia, distanásia e ortotanásia: liberdades ou violação de direitos? 5 Testamento vital. 6 Considerações. Referências.

*"Antes dos deuses, o espaço apresentava apenas uma confusa massa, em que se confundiam os princípios de todos os seres".  
(MÉNARD, 1991, p. 21)*

**Resumo:** O envelhecimento da população tem feito com que as pessoas cheguem cada vez mais próximo dos cem anos de vida, sendo que muitos indivíduos gozam de inacreditável saúde e lucidez, embora depois de ter vivido perto de um século. Contudo, em contrapartida, estão aumentando os casos de doenças incapacitantes, como as demências, a exemplo do Alzheimer, além de vários tipos de cânceres, além de outras inúmeras doenças, que, além de trazerem um sofrimento muito grande ao indivíduo, não possuem cura conhecida pela ciência, e, a existência do indivíduo se torna uma espera incansável pelo fim. Diante dessas situações, diversas Resoluções, como do Conselho Federal de Medicina – CFM estão em vigor para orientar profissionais da saúde diante da ausência de legislação e da existência de situações em que o paciente decide interromper o tratamento, a fim de poder encontrar o fim da vida e de seu sofrimento mais rapidamente. Há ainda situações em que, devido ao avanço da doença, o paciente se torna incapaz de expressar sua vontade, contudo, enquanto consciente deixa por escrito suas vontades, inclusive quanto a interrupção de tratamentos, fazendo com que o médico se encontre em uma situação bastante difícil, tendo de escolher entre respeitar a vontade do paciente, que muitas vezes vai de encontro com a de familiares, suas convicções pessoais e a ausência de respaldo legal acerca do tema. Desta forma, a presente pesquisa analisou a situação envolvendo o direito de morrer com dignidade no Brasil, bem como a validade do testamento vital e a omissão legislativa sobre a temática. Para tanto, se fez uso do método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Autonomia de vontade. Morrer com dignidade. Omissão legislativa.

**Abstract:** Population ageing is turning it possible for people to get closer to a hundred years old, so that many individuals enjoy of amazing health and lucidity, even after living almost a century. Nevertheless, incapacitating conditions are in a grow, such as dementia, Alzheimer's disease as an example, besides various types of cancer and countless other

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela UFMS. Mestre em Direito pelo Univem. Professora Adjunto I na UniRV. Advogada. Endereço profissional: Endereço: Fazenda Fontes do Saber CP 104 Cep: 75901-970 - Rio Verde – Goiás. E-mail: Caroline.camargo@unirv.edu.br

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela UEMG. Mestre em Direito pela UEMG. Doutoranda em Direito pela Unisinos. Professora Adjunto I na UniRV. Advogada. Endereço: Fazenda Fontes do Saber CP 104 Cep: 75901-970 - Rio Verde – Goiás. E-mail: celany@unirv.edu.br

diseases. Some of those, besides bringing huge suffering to their carriers, have not yet a known cure by science, so individual's life becomes a restless expecting for its end. In front of that, many resolutions, such as Federal Council of Medicine – CFM are into force to guide decisions of health care professionals in front of the absence of a specific Law as well as the presence of situations where patients decide to interrupt a treatment, aiming to end theirs life and suffering faster. There are yet situations where, due to the advanced stage of a disease, patients are not capable of expressing theirs will, however, while conscious, they wrote them, including his or her will to interrupting treatments, it let doctors facing the difficult decision, between choosing the patient's desire, which many times is opposite to the family's, their personal believes, and the absence of legal protection about this topic. Therefore, the present paper analyzed the situation embracing the right to die in Brazil as well as the Vital Will Law Project and legislative omission about it. For this purpose, it was used the deductive method, through bibliographic research.

**Key-words:** Freedom of choice. To die in dignified death. Legislative omission.

## 1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais importantes do direito civil diz respeito aos direitos de personalidade, contudo, em especial nos últimos anos, o que se tem debatido é acerca dos limites relacionados à autonomia de vontade dos indivíduos, em especial quando se está diante de situações de terminalidade da vida, ocasionado por doenças graves.

Morrer é inerente a viver e, como tal, deve ser realizado de forma que preserve a dignidade e a vontade do indivíduo, sempre que esta seja manifestada e devidamente comprovada.

Dessa forma, haveria uma violação aos direitos de personalidade quando um doente terminal decide manifestar seus desejos para que não haja intervenções médicas para o prolongamento da vida e de seu sofrimento, ou seria mais uma forma de se garantir a autonomia do indivíduo, bem como a sua dignidade?

Segundo Kant a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana<sup>33</sup>.

Ninguém deve ser obrigado a ser mantido vivo em tratamentos fúteis, ou mesmo que tragam grande padecimento se esta não for a sua vontade, posto que as intervenções médicas devem ser realizadas com a concordância do paciente, que deve estar ciente dos riscos, efeitos e procedimentos pelos quais será submetido, podendo o paciente manifestar a sua vontade a respeito da recusa de um ou outro procedimento que entenda violar a sua dignidade.

A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado e como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade, deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida.

O assunto é, por si só, bastante complexo, uma vez que se defende um possível direito à morte digna, enquanto que, para que se exista personalidade e direitos inerentes a um indivíduo, é fundamental que exista a vida, contudo, a partir do momento que o simples fato de existir se torna um padecimento, até que ponto se pode considerar existência com dignidade?

Nessa seara, se tem exigido estudos interdisciplinares, tanto na área da saúde, direito, como também envolvendo ciências como a sociologia e a filosofia, a fim de que seja possível se chegar a uma solução para o impasse envolvendo dignidade e o direito de morrer.

Os profissionais da saúde, diante da omissão legislativa, estão perante situações em que o doente, incapaz de manifestar sua vontade, deixou por escrito, enquanto sua

---

<sup>33</sup> KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

doença ainda permitia, orientações acerca das ações e tratamentos que gostaria de receber, contudo, o problema se agrava quando a vontade do paciente e a da família entram em conflito e, diante da ausência de legislação, o médico é obrigado a decidir.

A falta de regulamentação sobre a temática no Brasil tem feito com que muitas famílias não aceitem as manifestações de familiares devidamente anotadas por médicos em prontuários, sendo comum que recorram inclusive à justiça para tentar obrigar familiares a se submeterem a procedimentos com o intuito de prover, em muitos casos a vida em estado vegetativo ou ainda com grande sofrimento para o paciente.

Infelizmente ainda existe um preconceito muito grande acerca do processo da morte no país, o que traz muitos danos para o paciente em estado terminal, que não raro não tem a sua vontade respeitada.

Além disso, é confuso para os profissionais da saúde, tendo em vista a ausência de lei sobre o assunto, estando sujeitos a constantes ações judiciais, o que dificulta que estes respeitem a vontade do paciente manifestada em prontuário sem receio de represálias.

No presente estudo analisaremos algumas ideias acerca dos direitos de personalidade e como estes podem ser exercidos ao longo da vida do indivíduo e os impasses existentes devido a lacuna que existe em nosso ordenamento jurídico no que concerne aos direitos de morrer a partir da autonomia de vontade, quando a existência gera sofrimento que não pode ser amenizado com tratamentos médicos e a ciência.

Dessa forma, se analisará a respeito da possibilidade e da validade do testamento vital, suas implicações e os casos em que poderá ser usado.

## 2 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade, para o direito brasileiro são aqueles inerentes à pessoa, assim o simples fato de ser um indivíduo, uma pessoa, confere tais direitos ao ser<sup>4</sup>.

Todo aquele que nasce com vida adquire direitos mínimos e essenciais para que sua vivência possa ser exercida da melhor forma possível, com acesso aos demais direitos previstos normativamente.

Dessa forma, os direitos de personalidade estão relacionados ao fato de o indivíduo nascer com vida e, portanto, passar a ser detentor de direitos e obrigações na esfera civil, assim, os direitos de personalidade tornam o indivíduo sujeito de direitos<sup>5</sup>.

Acerca dos direitos de personalidade, temos o entendimento de Nader<sup>6</sup>, os indivíduos são singularizados, possuindo vida própria e individual, sendo possível atuar na família e na sociedade, sendo que cada pessoa possui os próprios atributos, alguns comuns, outros nem tanto. Cada pessoa possui a própria personalidade e esta, por sua vez individualiza o ser, com suas características e valores. Não se deve confundir a personalidade trazida pela psicologia com a personalidade jurídica, posto que aquela determina fatores de ser, agir e reagir de cada um, e a personalidade jurídica traz a aptidão de ser titular de direitos e deveres na ótica civil.

O ser humano, portanto, é detentor de personalidade, sendo caracterizado como um indivíduo, ou seja, uma pessoa única em sua individualidade, possuindo direitos e deveres na esfera civil, contudo, nem todos gozam dos direitos e deveres inerentes à personalidade da mesma forma.

Definir a partir de que momento se tem a personalidade é fundamental, tendo em vista que, ao adquirir personalidade, o indivíduo passa a ser sujeito de direitos<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> NEVES, T. F. C. *O nascituro e os direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

<sup>5</sup> GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>6</sup> NADER, P. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>7</sup> VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



O nascituro é protegido por lei, sendo definido como aquele que ainda está sendo gerado, ou seja, já se encontra concebido, esperando o momento para nascer. Sua existência é intrauterina, e ao nascer com vida, adquirirá personalidade<sup>8</sup>.

Para Neves<sup>9</sup> é inquestionável sobre a vida existente no nascituro, posto que este possui coração, se movimenta, se alimenta, enfim, possui todas as características para que seja um ser humano e possa vir a nascer. Assim, o nascituro é pessoa, mesmo antes do nascimento.

Acerca do tema, existem algumas teorias, que tentam explicar o início da personalidade civil no nascituro, quais sejam: natalista, que acredita que a personalidade se inicia com o nascimento com vida; personalidade condicional, em que há uma condição imposta ao nascituro, qual seja o nascimento com vida e, por fim, a teoria concepcionista, acreditando esta que a personalidade do nascituro existe desde a concepção, motivo este que direitos como os relacionados à propriedade são garantidos ao indivíduo que ainda está sendo gestado<sup>10</sup>.

A teoria natalista é adotada principalmente pela doutrina moderna ou clássica, e exige para que se inicie a personalidade, o nascimento com vida. O grande impasse nessa teoria está o fato de que, se o nascituro não possui personalidade, logo não é pessoa, e, dessa forma, seria uma coisa, colocando em xeque a proteção daqueles que ainda estão sendo gestados. Pela teoria da personalidade condicional, os direitos do nascituro estão suspensos, até que este venha a nascer com vida, contudo, através dessa corrente não se reconhece direitos efetivos ao nascituro, sendo insuficiente quanto a proteção deste. Por fim, através da teoria concepcionista, a proteção do nascituro se dá desde a concepção, sendo a ideia mais aceita entre a doutrina e jurisprudência no país<sup>11</sup>.

Dessa forma, no Brasil se considera a teoria natalista, uma vez que a personalidade civil é adquirida com o nascimento com vida, contudo, o ordenamento civil resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, considerando, também, a teoria concepcionista.

No entanto, nem todos aqueles que possuem personalidade gozam de capacidade civil, uma vez que nem todas as pessoas estão aptas a exercer atos na esfera civil, necessitando, em muitos casos, serem representadas ou assistidas, como é o caso do menor de idade<sup>12</sup>.

Os direitos da personalidade fizeram com que a pessoa do indivíduo pudesse ser mais valorizada, incluindo direito ao próprio corpo, privacidade e vontade, ressaltando que o corpo de cada pessoa permite que esta desfrute de vida, e, portanto, deve ser protegido no âmbito jurídico. Contudo, o corpo ainda é visto sob o viés divino, o que importa em proteção que muitas vezes contraria ou limita a vontade individual do indivíduo<sup>13</sup>.

Após ter sido claramente definida uma concepção biológica e antropológica de pessoa humana, a dignidade confere-lhe o direito de ser sempre considerado como sujeito, em si mesmo, com uma finalidade própria, dotado de liberdade no plano ético, não podendo nunca ser considerado como um objeto do desejo ou manipulação de terceiros. Esta liberdade ética fundamental implica que a ciência concorra sempre para melhorar as condições de existência da humanidade, respeitando a identidade do sujeito e a da espécie a que pertence<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> NEVES, T. F. C. *O nascituro e os direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

<sup>9</sup> NEVES, T. F. C. *O nascituro e os direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.

<sup>10</sup> GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>11</sup> TARTUCE, F. *Manual de direito civil*: volume único. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

<sup>12</sup> GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>13</sup> FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vida\\_digna\\_The\\_rights\\_of\\_personality\\_in\\_the\\_search\\_of\\_dignity\\_to\\_live\\_and\\_](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vida_digna_The_rights_of_personality_in_the_search_of_dignity_to_live_and_)>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>14</sup> NUNES, R. *Ensaio em bioética*. Brasília: CFM, 2017.

Uma vez que o indivíduo é tratado como pessoa, sujeito de direitos, é detentor de dignidade, não podendo ter dono, como é o caso de objetos, regulado pelos direitos de propriedade. Contudo, ao longo da história humana, já se fizeram comum época em que pessoas possuíam outras pessoas, como na escravidão. Atualmente, uma vez que o ordenamento jurídico reconhece a personalidade a todos os indivíduos, o que se discute são os limites da personalidade<sup>15</sup>.

Diante dessa premissa, se questiona a respeito dos limites envolvendo os direitos de personalidade, tendo em vista que, com os avanços científicos e tecnológicos, a população está envelhecendo, sendo comum encontrar pessoas centenárias nos dias de hoje, contudo, nem sempre o envelhecimento vem com qualidade de vida, uma vez que existem muitas doenças, que não possuem cura conhecida que podem acometer o indivíduo, ocasionando grande padecimento, fazendo com que em muitos casos o paciente solicite ao médico a interrupção de tratamentos, visando antecipar a morte.

A personalidade civil termina com a morte, mas a todos os cidadãos é dado o direito de exercer livremente sua autonomia até o fim da vida. A integridade física é um dos atributos da personalidade civil e cabe a cada indivíduo decidir como deve ser vivenciado o fim de sua própria existência.

Os direitos da personalidade estão cunhados em nossa Carta Magna como direitos fundamentais do homem a serem respeitados e concretizados pelo Estado e pela sociedade, tamanha a importância da garantia de tais direitos como um mínimo existencial, sob o espectro do princípio da dignidade da pessoa humana.

A questão tem levantado discussão, em especial devido aos avanços da medicina nos últimos anos que possibilitam maior sobrevida a doentes crônicos, como a diálise ou mesmo a reanimação em doentes terminais. Existem muitas dúvidas a respeito da utilização ou não das técnicas ou se seria legítima a abstenção em alguns casos<sup>16</sup>.

Seria possível que o doente, em estado terminal possa determinar o momento de sua morte, uma vez que entende que viver é penoso demais, não havendo dignidade na existência com a doença? E quanto aos direitos de personalidade, é possível defender um direito à morte digna quando viver se tornar um padecimento insuportável e a morte seja inevitável?

### 3 O DIREITO À VIDA E MORTE DIGNAS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>17</sup> é parâmetro para quaisquer discussões a respeito da vida, nessa seara, conforme seu artigo 3º, todas as pessoas possuem direito à vida, liberdade e segurança pessoal.

Quanto ao Brasil, diversos dispositivos trazem o direito à vida, dentre os quais a Constituição Federal<sup>18</sup>, que em seu artigo 5º, *caput* traz a vida como um direito fundamental e essencial a todas as pessoas.

Existem diversas teorias para se tentar explicar o início da vida, contudo, o Código Civil Brasileiro adotou a ideia de que a vida se inicia no momento da fecundação no útero materno, recebendo, o nascituro proteção desde a sua origem, posto que muito provavelmente virá a nascer com vida.

No que diz respeito a questões biológicas, há ainda uma infinidade de teorias que tentam explicar o início da vida, sendo exemplo: a partir da fecundação, a partir da implantação do embrião no útero, ou ainda a partir da formação do sistema nervoso, que ocorre a partir da segunda semana de gestação, entre outras<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>16</sup> NUNES, R. *Ensaio em bioética*. Brasília: CFM, 2017.

<sup>17</sup> ONU. *Declaração Universal dos Direitos humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988>>. Acesso 05 jul. 2020.

<sup>19</sup> NADER, P. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 11.ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Embora sejam resguardados os direitos do nascituro, a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, ou seja, a partir do momento que o indivíduo é separado do corpo maternal e se torna capaz de respirar por si mesmo<sup>20</sup>.

Nesse diapasão, uma vez que a ciência não é clara e concreta ao definir o momento em que a vida tem início, o direito foi obrigado a adotar um posicionamento e, embora fixe o início da personalidade, ou seja, o início do direito de ter direitos a partir do nascimento com vida, protege o nascituro, a saber, o ser que se encontra no útero, sendo gestado.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro não se considera vida embriões fecundados *in vitro*, e não possuem proteção como tal, até que sejam devidamente implantados no útero materno. Entendimento este que possibilita a pesquisa com embriões humanos excedentes no país, a partir da Lei 11.105/05<sup>21</sup>.

Insta salientar que os posicionamentos adotados no Brasil, seja pela lei, doutrina e jurisprudência estão pautados na noção de Estado Laico, devidamente previsto constitucionalmente, em que se coloca um limite seguro para o que se considera vida e o que representa apenas células e partes de organismos humanos, sendo possível a pesquisa com partes de corpos humanos, transfusão de sangue, transplante de órgãos e outros, sem que isso represente violação de direitos, desde que as normas jurídicas sejam respeitadas.

Ressalte-se que não apenas o direito e as normas legais estão envolvidas diante da análise a respeito da vida e morte no país, como também questões envolvendo a ética, em especial no que cabe aos profissionais da saúde, que não podem atuar sem respeito a estas, sob pena de se colocar a dignidade humana e o meio que os cerca em risco.

Nesse sentido, insta salientar que a morte faz parte da vida e precisa receber a devida atenção, a fim de que as pessoas tenham o direito, de morrer com dignidade, respeitado, posto que, o direito à vida é o primeiro dos direitos elencados, contudo, sob uma perspectiva mais ampla, abrangeria o direito à morte digna, posto que morrer é inerente à vida e, para que haja uma vida com dignidade, a opção pela morte digna – humanizada e autônoma é fundamental<sup>22</sup>.

Embora permitir a eutanásia, o suicídio assistido e outros métodos visando acelerar o processo de morrer para pessoas que estejam com doenças grave, incuráveis e com grande sofrimento, sejam uma forma de respeitar a autonomia de vontade do paciente, existem diversas questões éticas, morais e religiosas que impedem que muitos países, como o Brasil regulamentem o tema<sup>23</sup>.

Viver dignamente é um dos pressupostos do próprio direito à vida, contudo, a legislação se esquece que a morte está relacionada à vida e, como tal, deve ser levada em consideração quando se fala em dignidade e respeito.

Respeitar o direito à autonomia de vontade durante a vida e a morte do indivíduo é tornar o curso da existência humana completo e obrigar que um indivíduo se submeta a

<sup>20</sup> GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei nº 11.105, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso 04 JUL. de 2020.

<sup>22</sup> FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vida\\_digna\\_The\\_rights\\_of\\_personality\\_in\\_the\\_search\\_of\\_dignity\\_to\\_live\\_and\\_](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vida_digna_The_rights_of_personality_in_the_search_of_dignity_to_live_and_)>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>23</sup> BRANDALISE, V. B. et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso 31 jan. 2020.

uma intervenção terapêutica contra sua vontade, apenas visando o prolongamento de sua existência, sem levar em consideração a qualidade que essa existência proporciona é uma verdadeira tortura e o Texto Constitucional condena qualquer espécie de tortura ou tratamento desumano e degradante<sup>24</sup>.

Cumprido ressaltar que epistemologicamente a ideia de dignidade da pessoa humana remonta à matriz kantiana, fundando-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.

Na lição de Sarlet<sup>25</sup>, ao ressaltar a dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana, tem-se a seguinte conceituação deste princípio, que pode ser definido como uma qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa, que merece o mesmo respeito e consideração, seja por parte do Estado ou da comunidade, sendo inerente à pessoa uma série de direitos e deveres que sejam capazes de assegurar condições mínimas de existência, possibilitando sua participação ativa e corresponsável na sociedade que está inserida.

Apresenta-se assim um grande paradigma para a promoção da dignidade dos pacientes com doenças terminais ou degenerativas, haja vista o mesmo ter sua autonomia retirada gradativamente, seja pela família, ou pela falta de uma política adequada por parte do Estado, ou pela decisão ficar adstrita aos profissionais da saúde responsáveis pelo tratamento.

Para Nunes<sup>26</sup>, quando se fala sobre ética no meio social é complexa, tendo em vista a relação existente entre ciência, religião e ética social, sendo necessário reflexão em diversas frentes, posto que a aparente dicotomia está alicerçada entre os diferentes paradigmas existentes.

Muito embora o país seja laico, é preciso entender que a vida e a dignidade humana são preceitos maiores de todo o ordenamento jurídico, e, como tal devem ser prioridade. A dignidade humana deve prevalecer até mesmo durante o processo de morte de um indivíduo.

A mesma ética presente no momento da valorização da vida deve fazer parte das discussões envolvendo o direito de morrer com dignidade, uma vez que tal direito, uma vez reconhecido, deve ser implementado com cautela, a fim de que pessoas que não possuem um estágio terminal causado por moléstias improvise o uso da modalidade para fazer uma espécie de suicídio assistido.

O envelhecimento da população tem feito com que ocorra um aumento de doenças crônico-degenerativas, o que exige longo tratamento e acompanhamento médico, sendo que muitas dessas doenças não possuem cura e tem o condão de, aos poucos limitar a independência e a qualidade de vida do paciente, até que este venha a óbito<sup>27</sup>.

O doente terminal precisa ter respeitados seu bem-estar físico, mental, social e espiritual, a fim de que possa desfrutar de um mínimo de conforto durante seus últimos momentos. Se um paciente se recusa a receber um determinado tratamento, que visa apenas prolongar com sofrimento sua existência, tal medida deve ser respeitada, não havendo motivo para responsabilizar ninguém, caso a morte realmente ocorra, uma vez que foi escolha do paciente, que teve o seu direito à morte digna respeitada. Não se pode

---

<sup>24</sup> FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vida\\_digna\\_The\\_rights\\_of\\_personality\\_in\\_the\\_search\\_of\\_dignity\\_to\\_live\\_and\\_](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vida_digna_The_rights_of_personality_in_the_search_of_dignity_to_live_and_)>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>25</sup> SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>26</sup> NUNES, R. *Ensaio em bioética*. Brasília: CFM, 2017.

<sup>27</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. In: *Rev. Bioét.* vol.26 no.3 Brasília Oct./Dec. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt)>. Acesso 01 abr. 2020.

impor um tratamento ou intervenção médica que não possa trazer cura ou melhora do paciente, pois haveria a violação de diversos direitos<sup>28</sup>.

Não é fácil conciliar os cuidados paliativos, ou seja, cuidados a fim de amenizar o desconforto da doença, enquanto o paciente espera pela morte, e as opiniões dos profissionais da saúde, bem como a vontade do paciente e seus familiares, contudo, havendo dúvidas, a vontade livre e esclarecida do paciente deve prevalecer, sendo essencial que o paciente manifeste suas vontades por escrito, através das Diretivas Antecipadas de Vontade, a fim de que o médico possa deixá-las registradas<sup>29</sup>.

No que diz respeito ao fim da vida, não há tanta discussão, tendo em vista que a morte ocorre quando cessam as ondas cerebrais no indivíduo, terminando, também, a sua personalidade. A morte pode ser real ou presumida, conforme o Código Civil brasileiro, sendo que no primeiro caso temos a possibilidade, através da análise do corpo, da declaração da morte, contudo, no segundo caso, não se tem o corpo, porque a pessoa desapareceu sem deixar notícias, como no caso de um desastre na cidade em que residia, e a declaração ocorre a partir de trâmites judiciais<sup>30</sup>.

A morte pode ser provada de diversas formas, sendo a principal através do atestado de óbito ou declaração judicial, sendo que a partir do momento em que há a morte do indivíduo, devem ser resguardados os direitos inerentes aos herdeiros do falecido, sendo possível inicial, por exemplo, os procedimentos da sucessão<sup>31</sup>.

A Lei 9.434/97<sup>32</sup>, que trata dos transplantes de órgãos traz definições acerca da forma como se constata a ocorrência da morte, que embora represente o fim da personalidade jurídica para o indivíduo, traz desdobramentos diversos, principalmente no que cabe ao patrimônio deixado pelo falecido e que precisam ser devidamente tratados<sup>33</sup>.

Dessa forma, é possível entender que tanto o nascimento quanto a morte trazem uma série de implicações jurídicas, além de éticas, havendo a necessidade da intervenção do direito. Contudo, ainda existe uma grande polêmica quando se fala a respeito de morte com dignidade, uma vez que a morte, embora seja uma certeza para todo o ser vivo, ainda representa medo, incerteza e tabu para muitas pessoas e, dessa forma, falar de morte se torna um assunto pouco digerido pela maior parte dos indivíduos.

No entanto, diante dos avanços da ciência e tecnologia, é inevitável que a relação entre vida e morte se alterem, sendo possível, por exemplo, a reprodução humana em laboratório, bem como o prolongamento artificial da vida, porém, é fundamental que os direitos personalíssimos do indivíduo como a sua autonomia e vontade sejam respeitadas, desde que esta represente, de fato, a sua vontade.

Nesse diapasão, analisaremos algumas questões envolvendo o direito de morrer, suas implicações para o direito e quais instrumentos normativos já existem no país para tanto.

---

<sup>28</sup> FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vida\\_digna\\_The\\_rights\\_of\\_personality\\_in\\_the\\_search\\_of\\_dignity\\_to\\_live\\_and\\_](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vida_digna_The_rights_of_personality_in_the_search_of_dignity_to_live_and_)>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>29</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. In: *Rev. Bioét.* vol.26 no.3 Brasília Oct./Dec. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt)>. Acesso 01 abr. 2020.

<sup>30</sup> NADER, P. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>31</sup> VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

<sup>32</sup> BRASIL. *Lei 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>. Acesso 27 mar. 2020.

<sup>33</sup> TARTUCE, F. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

#### 4 EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA: LIBERDADES OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS?

A morte, ao longo do tempo, passou de castigo dos deuses a um resultado natural da vida, contudo, questões envolvendo o processo de morrer ainda são muito debatidas.

Com a tecnologia, é cada dia mais comum haver o prolongamento da vida, seja através de medicamentos, tratamentos ou mesmo aparelhos, como é o caso de respiradores, que permitem que uma pessoa permaneça dias, meses ou até mesmo anos inconsciente, mas com as funções vitais sendo mantidas e, portanto, com vida.

Muitas pessoas sentem verdadeiro pavor em pensar que podem vir a ficar em uma situação em que seja necessário manter a vida artificialmente, fato este estudado pela Antropologia da Saúde, que analisa o medo ou mesmo fobia a certas doenças e, consequentemente, da morte. Há muitas pessoas que sentem pavor em pensar que podem receber intubação endotraqueal, sendo da mesma forma aterrorizante a visão de pacientes em Unidades de Terapia Intensiva – UTI, sendo comum que pacientes manifestem o seu desejo de não ser entubado ou mesmo ressuscitado<sup>34</sup>.

A discussão relacionada ao direito à morte digna teve início nos Estados Unidos entre as décadas de 60 e 70, sendo Luis Kutner um dos pioneiros a demonstrar preocupação com doentes terminais. O mesmo profissional estabeleceu o que ficou conhecido como “living will”, que seria uma prévia das Diretivas Antecipadas de Vontade, através da documentação da vontade do paciente a respeito de tratamentos que este gostaria ou não no momento de uma doença terminal<sup>35</sup>.

Insta salientar que as Diretivas Antecipadas de Vontade são diferentes de mecanismos como o suicídio assistido, eutanásia e outros.

Suicídio assistido e eutanásia são métodos visando antecipar a morte de pacientes em estado terminal, que se encontram em grande sofrimento e sem chance de melhora, sendo que no primeiro caso, o paciente, intencionalmente e com ajuda de terceiros coloca fim na própria vida, a partir da utilização de medicamentos letais. Por outro lado, a eutanásia ocorre quando, a pedido do paciente, outra pessoa administra medicamentos ou intervenções visando causar a morte e acabar com o sofrimento do indivíduo<sup>36</sup>.

Quando se trata do assunto, há uma infinidade de opiniões, sendo que a ortotanásia é a única possível de ser praticada no país pelos profissionais da saúde, contudo, em pesquisa realizada em 2018 em um hospital no Brasil, em que foram ouvidos profissionais da saúde e estudantes, sendo que mais de 68% dos entrevistados são favoráveis ao suicídio assistido e mais de 73% favoráveis à eutanásia. Muitos dos entrevistados afirmaram já terem presenciado pedidos de pacientes, em estado terminal, que pudessem abreviar o sofrimento<sup>37</sup>.

No entanto, o que se questiona em boa parte das discussões é se os direitos de personalidade, como liberdade sobre o próprio corpo, autonomia de vontade e dignidade humana são capazes de nortear no país o direito de morrer com respeito e dignidade<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. In: *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>>. Acesso 01 fev. de 2020.

<sup>35</sup> MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. In: *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>>. Acesso 01 fev. de 2020.

<sup>36</sup> BRANDALISE, V. B. et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso 31 jan. 2020.

<sup>37</sup> BRANDALISE, V. B. et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso 31 jan. 2020.

<sup>38</sup> FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vi](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vi)>.

Partindo da ideia do Estado Democrático de Direito e de uma sociedade plural em que diferentes posicionamentos coexistem, torna-se primordial que a vontade do paciente seja respeitada com relação ao modo como deverá ser tratado no fim de sua vida.

As Diretivas Antecipadas de Vontade já são uma realidade no Brasil, além de muitos outros países, contudo, no país a previsão está apenas em Resoluções do Conselho Federal de Medicina, o que tende a gerar conflitos, principalmente quando a vontade do paciente diverge da vontade de seus familiares.

Nesse sentido, a possibilidade de métodos de antecipação do sofrimento em doentes terminais deveria ser regulamentada no Brasil, uma vez que existem muitas pessoas nessa situação, que entendem que o sofrimento trazido pela doença incurável e terminal é tamanho que retira deste a dignidade em continuar vivendo.

Em pesquisa realizada em 2016, em um hospital de Santa Catarina, verificou a capacidade de compreensão dos pacientes em estado terminal, sendo que mais de 70% foram considerados capazes de manifestar sua vontade, compreendendo perfeitamente as opções terapêuticas que eram possíveis, a situação da doença, e sua característica de terminalidade<sup>39</sup>.

Nem todas as pessoas em situação de terminalidade optarão pelos procedimentos, contudo, é salutar que, aqueles que quiserem ter seus tratamentos suspensos, ou mesmo receber medicamentos visando antecipar a morte, que é inevitável, possam fazê-lo.

Concretiza-se assim o princípio da dignidade da pessoa humana, ao permitir-se a cada indivíduo a escolha e a garantia de sua autonomia, bem como ao assegurar-se a faculdade de optar-se por esse ou aquele tratamento. Não se trata de impor legalmente esses tratamentos, mas, de apresentá-los a esses pacientes como uma alternativa viável, segura e digna de viver seus últimos dias.

Se a eutanásia ou mesmo o suicídio assistido não puderem ser regulamentados no país, ao menos o reconhecimento das Diretivas Antecipadas de Vontade já pode trazer alguma segurança, tanto para pacientes e familiares, quanto para médicos.

Em alguns países se fala em testamento vital, que seria a possibilidade de o indivíduo registrar em cartório a qualquer momento de sua vida tratamentos que aceita e aqueles que não aceita caso algum dia venha a se encontrar em uma situação de doença terminal e esteja impedido de manifestar sua vontade. Não raro, quando uma pessoa se encontra em situação de terminalidade, em que a família precisa escolher desligar ou não aparelhos, os próprios familiares não sabem como proceder, uma vez que nunca houve uma conversa a respeito do assunto, desconhecendo a opinião do doente.

Existem países que reconhecem formas de se acelerar o processo de morrer, com o intuito de abreviar o sofrimento de pacientes terminais, como por exemplo a Colômbia e a Bélgica autorizam a eutanásia para situações irreversíveis, em que há grande padecimento do paciente. Já o suicídio assistido é previsto em lei no Canadá, Holanda e outros. Nos Estados Unidos alguns estados permitem o suicídio assistido para pacientes terminais, com expectativa de vida de no máximo seis meses e que estejam em grande sofrimento<sup>40</sup>.

O fim da vida e a morte precisam figurar como pauta legislativa, deixar de ser vista com medo e como tabu, pois as pessoas necessitam conhecer e ter ciência de opções para casos de doenças graves, incuráveis e que evoluam para situações de terminalidade.

## **5 TESTAMENTO VITAL**

---

da\_digna\_The\_rights\_of\_personality\_in\_the\_search\_of\_dignity\_to\_live\_and\_>. Acesso 25 mar. 2020.

<sup>39</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. *In: Rev. Bioét.* vol.26 no.3 Brasília Oct./Dec. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt)>. Acesso 01 abr. 2020.

<sup>40</sup> BRANDALISE, V. B. et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. *In: Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso 31 jan. 2020.

O testamento vital, embora ainda não esteja devidamente regulamentado no Brasil pelo direito, é um assunto bastante comum e debatido entre os profissionais da saúde, que, preocupados com o bem-estar do paciente em estado terminal, tentam atender as suas vontades, dentro de suas possibilidades éticas e legais.

Um dos primeiros locais a defender uma documentação a respeito das vontades de pessoas saudáveis, relacionadas a procedimentos médicos que gostariam de se submeter, caso algum dia estivessem impedidas de expressar seu desejo foi no Estado da Califórnia, nos Estados Unidos, que desde o início da década de 90 regulamentou a situação, fazendo com que qualquer indivíduo, a qualquer momento de sua vida, documente uma espécie de testamento vital, com orientações para o fim de sua vida<sup>41</sup>.

O fim da vida, embora seja um processo em que todos os seres vivos passarão, costuma trazer uma série de impasses, além de sentimentos diversos entre os envolvidos, sejam eles o indivíduo em estado terminal, seus familiares ou ainda a equipe médica envolvida. Existem diversas possibilidades na atualidade que propiciam o prolongamento da vida de um indivíduo, embora em estado terminal, contudo, o que se discute é a respeito do prolongamento do sofrimento do sujeito<sup>42</sup>.

Muitas vezes prolongar a vida significa para a família um alívio diante da dor da perda, contudo, para o doente, é aumentar uma situação de sofrimento, angústia e estresse, diante do que é inevitável em um prazo curto: a morte.

Regulamentar o testamento vital pode evitar uma série de problemas para os familiares e equipe médica, que, muitas vezes não sabe qual é a opinião do doente, e este está incapacitado de expressá-la, restando, em muitos casos, para a família decidir acerca dos procedimentos de prolongamento artificial e fútil da vida, e, devendo conviver com impasses éticos e legais da decisão.

O que profissionais da saúde tem defendido é na preservação da dignidade humana, mesmo diante do processo do morrer, possibilitando que o paciente, dentro de suas faculdades mentais, possa ter a sua vontade ouvida e respeitada, seja a respeito dos tratamentos que aceita, intervenções médicas e outras, incluindo procedimentos de ressuscitação e manutenção artificial da vida. A autonomia de vontade do paciente precisa ser mantida durante toda a sua existência, que inclui o processo da morte<sup>43</sup>.

Insta salientar, inclusive a respeito dos princípios da bioética, que devem nortear as intervenções médicas, que inclui o respeito à autonomia de vontade, que deve valorizar a vontade do paciente, seus familiares quando o primeiro não puder exprimir sua vontade ou preceitos éticos, culturais e etc.; temos também o princípio da beneficência, que impõe aos profissionais da saúde o dever de atuar sempre visando trazer benefícios ao paciente; há ainda o princípio da não maleficência, uma vez que é dever dos profissionais da saúde não trazer danos intencionais às pessoas que estão sobre seus cuidados e, por fim, o princípio da justiça, que traz o dever de não discriminação na distribuição e acesso às tecnologias e tratamentos médicos<sup>44</sup>.

O Conselho Federal de Medicina – CFM já regulamentou as Diretivas Antecipadas de Vontade, que podem incluir os tipos de tratamento que o paciente aceita, inclusive no estágio terminal, quando, em muitos casos, não é possível que expresse a sua vontade. Através do documento é possível, inclusive, que o paciente manifeste sua vontade de que não ocorram intervenções médicas em determinado estágio de sua doença. Dessa forma, na visão de profissionais da saúde, é possível garantir uma morte digna ao paciente em

---

<sup>41</sup> MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. In: *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>>. Acesso 01 fev. de 2020.

<sup>42</sup> MOREIRA, M. A. D. M. et al. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2017; 25 (1): 168-78. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251178>>. Acesso 26 mar. 2020.

<sup>43</sup> MOREIRA, M. A. D. M. et al. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2017; 25 (1): 168-78. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251178>>. Acesso 26 mar. 2020.

<sup>44</sup> MALUF, A. C. do R. F. D. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.



estado terminal, humanizando o atendimento e mantendo as vontades do paciente, mesmo diante da terminalidade da vida<sup>45</sup>.

A questão é que não há lei prevendo o testamento vital ou as Diretivas Antecipadas de Vontade, apenas Resoluções do CFM, sendo comum que famílias acionem a justiça para manter aparelhos ligados, a fim de conseguir a manutenção dos órgãos vitais em parentes, mesmo contra a vontade destes, devidamente expressa.

A Resolução 1.805/06<sup>46</sup>, do CFM, prevê que o médico, diante de uma situação de terminalidade, que possa suspender tratamentos e intervenções em pacientes que se encontrem em estado terminal ou com doença incurável grave, respeitadas a vontade do paciente ou de seu representante legal, devendo tal decisão ser devidamente registrada e fundamentada no prontuário do paciente.

Ainda segundo a Resolução, mesmo havendo o pedido de suspensão das intervenções, o paciente tem direito ao tratamento paliativo, que pode ser estendido aos familiares, como atendimento psicológico, social e medicamentos para amenizar o desconforto causado pela doença. Nesses casos é possível ainda a alta do paciente, a fim de que acompanhe seus últimos momentos em sua residência, se for possível.

Quanto à Resolução 1.995/12<sup>47</sup> trata das Diretivas Antecipadas de Vontade, sendo definidas como manifestações livre e esclarecidas do paciente, enquanto ainda possui discernimento, e, a partir do momento que for necessário se posicionar, o médico deve levar em consideração as vontades do paciente. As vontades do paciente, devidamente expressas e registradas no prontuário devem prevalecer, inclusive sobre a vontade dos familiares.

Caso o paciente não deixe registrado as suas vontades, e, ocorrendo discordância entre os familiares, o médico deverá consultar o Conselho de Bioética da Instituição hospitalar.

Insta salientar que, em regra, mesmo que o paciente não possa expressar sua vontade e que o tratamento deve seguir, e, somente em casos em que está acontecendo o prolongamento artificial da vida, desnecessariamente, uma vez que a morte é uma certeza, posto que a doença não possui cura conhecida, é que o médico poderá fazer o uso das Diretivas Antecipadas de Vontade e outros.

Com a regulamentação do assunto, a temática poderia ser resolvida mais rapidamente, principalmente quando o paciente deixa sua vontade documentada, evitando danos ocasionados pela demora e a burocracia, que atualmente pode chegar até mesmo ao judiciário.

Uma lei específica sobre o assunto poderia, ainda, dar maiores garantias aos profissionais da saúde, que invariavelmente são processados devido ao fato de familiares discordarem das manifestações de vontade de familiares e culparem os profissionais da saúde por respeitarem as deliberações do paciente.

A demanda por normas já existe, e a tendência, com o aumento da expectativa de vida e de doenças degenerativas e incuráveis é que aumente a cada ano, sendo que uma legislação específica é uma forma de se garantir respeito aos direitos de personalidade do indivíduo, sua vontade e sua dignidade.

## 6 CONSIDERAÇÕES

---

<sup>45</sup> MOREIRA, M. A. D. M. et al. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2017; 25 (1): 168-78. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251178>>. Acesso 26 mar. 2020.

<sup>46</sup> BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso 27 mar. 2020.

<sup>47</sup> BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso 27 mar 2020.

Analisando o que foi exposto, é possível entender que é salutar a necessidade de maior regulamentação no país acerca do testamento vital, superando essa omissão legislativa, como uma forma de se garantir que o indivíduo mantenha sua autonomia e sua vontade, mesmo diante de uma situação de doença que possa vir a incapacitá-lo.

Respeitar as vontades do indivíduo, mantendo seus direitos personalíssimos é fundamental para que se garanta a efetivação da dignidade humana desde o nascimento até o último suspiro do indivíduo, sendo que, a morte, uma vez que está entrelaçada à vida, senso resultado desta, não pode ser encarada de forma separada, e, portanto, a morte é tão relevante quanto a vida e deve acontecer de forma digna, respeitando as escolhas de cada indivíduo.

O direito à morte digna tem se destacado como mais um viés do direito à vida, sendo um direito fundamental, posto que a morte é um desfecho para a vida, estando todos os seres vivos a ela inerentes.

É essencial que a omissão legislativa com relação a garantia da autonomia da vontade em casos de doenças terminais e/ou degenerativas seja superada, e não regulamentadas apenas por Resoluções do CFM, uma vez que o médico e os demais profissionais da saúde precisam estar devidamente resguardados pela legislação, a fim de que possam respeitar a vontade do paciente, mesmo que esta seja diversa da vontade dos familiares.

A vontade do indivíduo deve prevalecer, mesmo diante da terminalidade da vida, tendo em vista que a personalidade e os direitos advindos acompanham o indivíduo a todo o momento, sejam em situações de alegria ou tristeza e, se uma pessoa prefere abreviar o seu sofrimento, que possa ter seu desejo respeitado, como mais uma forma de se exercer a dignidade e de autodeterminar-se.

Uma pessoa não deixa de ter a sua personalidade ou ainda os seus direitos estando em uma situação de terminalidade, desta forma, sua vontade deve ser respeitada, em detrimento da vontade de familiares ou equipe médica, posto que somente o próprio indivíduo poderá estabelecer limites em seu tratamento médico que está disposto a se submeter.

Por certo que o processo de morrer deve ser observado no momento certo, e o direito de morrer é defendido em casos em que a morte seja uma certeza, devido a uma doença, que se encontre em estágio terminal ou seja degenerativa, sendo a sua cura impossível.

Não se defende o direito de morrer em outras situações, até mesmo porque a vida é o bem maior do ser humano e deve ser mantida, para que se garanta a efetivação de outros direitos, contudo, quando a vida não representar mais do que padecimento e sofrimento desmedido, humilhação, se defende um direito à morte digna.

Aprovar o suicídio assistido ou a eutanásia no Brasil, embora possa ser objeto de deliberação um dia, ainda não é o foco, a questão que precisa ser debatida com maior urgência diz respeito ao testamento vital e as Diretivas Antecipadas de Vontade, como forma de se manter a autonomia do paciente, mesmo diante de situações dramáticas, como é o caso de doenças incuráveis e que ocasionam situações de terminalidade com grande sofrimento.

A morte precisa ser colocada em pauta, pois é um resultado inevitável da própria vida e, como tal, deve ser tratada com respeito, sendo que a vontade do indivíduo deve ser levada em consideração. Cada pessoa sabe de seus limites e quando vale a pena seguir com tratamentos ou quando estes representam capricho ou futilidade.

Muitas pessoas sofrem no país em hospitais, e esperam a hora da morte, clamam para que o sofrimento termine, contudo, nem sempre médicos e familiares estão preparados para respeitar a vontade do paciente, uma vez que não existe lei para tanto.

## REFERÊNCIAS

BRANDALISE, V. B. et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. *In: Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-

27. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>>. Acesso 31 jan. 2020.
- BRASIL. *Constituição Federal*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/constituicao1988>>. Acesso 05 jul. 2020.
- BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>>. Acesso 27 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm)>. Acesso 27 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 11.105, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso 04 JUL. de 2020.
- BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso 27 mar 2020.
- FREITAS, R. S. de. ZILIO, D. Os direitos da personalidade na busca pela dignidade de viver e de morrer: o direito à morte (digna) como corolário do direito à vida (digna). In: *R. Dir. Gar. Fund.*, Vitória, v. 17, n. 1, p. 171-190, jan./jun. 2016. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/297609604\\_Os\\_direitos\\_da\\_personalidade\\_na\\_busca\\_pela\\_dignidade\\_de\\_viver\\_e\\_de\\_morrer\\_o\\_direito\\_a\\_morte\\_digna\\_como\\_corolario\\_do\\_direito\\_a\\_vida\\_digna\\_The\\_rights\\_of\\_personality\\_in\\_the\\_search\\_of\\_dignity\\_to\\_live\\_and\\_](https://www.researchgate.net/publication/297609604_Os_direitos_da_personalidade_na_busca_pela_dignidade_de_viver_e_de_morrer_o_direito_a_morte_digna_como_corolario_do_direito_a_vida_digna_The_rights_of_personality_in_the_search_of_dignity_to_live_and_)>. Acesso 25 mar. 2020.
- GONÇALVES, C. R. *Direito civil brasileiro*. v. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- MALUF, A. C. do R. F. D. Curso de bioética e biodireito. São Paulo: Atlas, 2010.
- MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. In: *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>>. Acesso 01 fev. de 2020.
- MOREIRA, M. A. D. M. et al. Testamento vital na prática médica: compreensão dos profissionais. In: *Rev. bioét.* (Impr.). 2017; 25 (1): 168-78. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017251178>>. Acesso 26 mar. 2020.
- NADER, P. *Curso de direito civil*. v. 1: parte geral. 11.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NEVES, T. F. C. *O nascituro e os direitos de personalidade*. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2012.
- NUNES, R. *Ensaio em bioética*. Brasília: CFM, 2017.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso 25 mar. 2020.
- SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

- SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. *In: Rev. Bioét.* vol.26 no.3 Brasília Oct./Dec. 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422018000300440&tlng=pt)>. Acesso 01 abr. 2020.
- TARTUCE, F. *Manual de direito civil: volume único*. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- VENOSA, S. de S. *Direito civil: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## **Conflitos ambientais e águas no Brasil: a mediação como meio de solução de litígios**

Environmental and waters conflicts in Brazil: mediation as a means of dispute settlement

**Rogério Borba<sup>1</sup>**

**Priscila Elise Alves Vasconcelos<sup>2</sup>**

Universidade Veiga de Almeida

**Sumário:** Introdução. O ciclo da água. A disciplina da água e sua compreensão como um direito fundamental. A crise da água e a intensificação dos conflitos. Da agenda 2030: ODS nº 06. A insuficiência do poder judiciário na disciplina da água no Brasil. O (re)surgimento da mediação na resolução dos conflitos sobre a água. Conclusão. Referências.

**Resumo:** Essencial à sobrevivência das espécies, a água possui um valor econômico considerável. Com base nisso, a Agenda 2030 elencou em seu objetivo de desenvolvimento sustentável o direito à água potável e saneamento – ODS no. 06. Sendo objeto de disputas não apenas no aspecto nacional como internacional, a pesquisa tem por objetivo abordar o tema mediação como forma de solução de conflitos internos, a fim de minimizar os impactos e dinamizar os trâmites. Esvaziando o Poder Judiciário desses litígios, o artigo quer demonstrar a efetividade da técnica inclusive na área ambiental. Discute-se ainda o acesso à água pela população – questão sempre atual -, com como a pouca capacidade do Estado em promover a proteção e o consequente apaziguamento social dos atores envolvidos. Através da mediação em conformidade com os ditames da Política Nacional de Recursos Hídricos, utiliza-se como instrumento de empoderamento das partes envolvidas de forma a solucionar o conflito de forma mais célere e eficaz. A pesquisa se desenvolveu através de dados oficiais, artigos científicos das principais bases de dados bem como legislações nacionais e tratados internacionais sobre meio ambiente.

**Palavras-chave:** Água; Direitos Fundamentais; Crise Hídrica; Poder Judiciário; Mediação de Conflitos.

**Abstract:** Essential to the survival of the species, water has a considerable economic value. Based on this, the 2030 Agenda listed in its objective of sustainable development the right to drinking water and sanitation - SDG no. 06. Being the subject of disputes not only in the national but also international aspects, the research aims to address the theme mediation as a way of solving internal conflicts, in order to minimize impacts and streamline the procedures. Emptying the Judiciary

---

<sup>1</sup> Doutor em Sociologia pelo IUPERJ; Professor Permanente do PPGD da UVA; Professor dos Cursos de Direito do Centro Universitário IBMEC e do Centro Universitário Carioca; Diretor da FABES; Diretor Administrativo do OABPREVRJ; Membro do IAB; Advogado. E-mail: rogerioborba@gmail.com

<sup>2</sup> Estágio Pós-Doutoral em Direito da Cidade (UERJ). Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida, Mestra em Agronegócios pela Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/ESA; Especialista em Meio Ambiente pela COPPE UFRJ, advogada e professora da pós graduação lato sensu da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS (professora colaboradora). Professora substituta da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados – FADIR UFGD. Bolsista CAPES PROSUP/UVA.

of these disputes, the article wants to demonstrate the effectiveness of the technique even in the environmental area. It also discusses the access to water by the population - an ever-current issue - with the low capacity of the State to promote the protection and the consequent social appeasement of the actors involved. Through mediation in accordance with the dictates of the National Water Resources Policy, it is used as an instrument of empowerment of the parties involved in order to resolve the conflict more quickly and effectively. The research was developed through official data, scientific articles from the main databases as well as national legislation and international treaties on the environment.

**Keywords:** Water; Fundamental rights; Water Crisis; Judicial power; Conflict Mediation.

## INTRODUÇÃO

Luiz Fernando Veríssimo, na obra *Comédia da Vida Privada*<sup>3</sup>, afirma que “a água que purifica é a mesma que recebe o esgoto ácido. A água que mata a sede é a mesma que afoga, a que passa e não passa”. Essa água representa mais do que instrumento fundamental para a vida, em seu aspecto meramente físico, tendo ingressado no cotidiano do ser humano, permeando a cultura e seu modo de vida, sendo utilizada como fonte de alimentos, meio de transporte, meio de descarte de dejetos, ganhando contornos de bem economicamente valorável<sup>4</sup>.

Com ênfase no desenvolvimento sustentável e dentro de uma perspectiva contemporânea, o bem água deve ser vista além do valor econômico. Esse valor já se encontra previsto desde a Declaração de Dublin, consequente da Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente da ONU<sup>5</sup>, que já tratava a água sob o contexto econômico. Isso também é previsto na Política Nacional de Recursos Hídricos, Lei nº 9.433/97, artigo 19<sup>7</sup>, com a possibilidade de cobrança pelo uso da água tendo em vista o reconhecimento do valor econômico que possui. Ocorre que se perfaz necessário o reconhecimento do papel de bem imprescindível à sobrevivência e manutenção da vida no planeta às presentes e futuras gerações e não apenas seu caráter valorativo.

Tendo em vista o valor econômico inerente na atualidade, a pesquisa busca demonstrar que a tutela jurídica da água deve ser realizada por meio de novos parâmetros, tanto materiais quanto instrumentais, de forma a efetivar a sua preservação, em decorrência da complexidade dos bens tutelados e da capacidade limitada do Estado de agir. Através do instituto da mediação, trazido pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>8</sup>, é possível dirimir conflitos antes levados ao Poder Judiciário, de forma mais célere e eficaz, trazendo sua adequação à área do Direito Ambiental. O trabalho tem um aspecto interdisciplinar, com abordagem nas áreas das Ciências Jurídicas, Sociais e Ambientais, ou seja, Direito Ambiental, Direito das Águas e Direito Processual Civil, sendo analisada em uma perspectiva holística.

A questão que norteia a pesquisa diz respeito à busca por soluções de conflitos que efetivamente venham a solucioná-los. Isso está relacionado a atual conjuntura do

<sup>3</sup> VERISSIMO, L. F. *Comédias da vida privada*. São Paulo, L&PM EDITORES, 1996.

<sup>4</sup> BORBA, R. “Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos”. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III. Brasília, 2016.

<sup>5</sup> A Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente da ONU ocorreu em janeiro de 1992, anterior à Rio 92, possuindo como um dos seus princípios a valoração econômica da água, sendo esse o motivo de sua conservação e proteção (Princípio 4).

<sup>6</sup> ONU. “Declaração de Dublin. Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente. Irlanda”. Janeiro, 1992.

<sup>7</sup> Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva: I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;.

<sup>8</sup> BRASIL. “Código de Processo Civil”. Lei no. 13.105 de 2015.

Poder Judiciário Brasileiro e como estão sendo enfrentados os problemas que envolvam o bem água. O objetivo central é verificar o uso da técnica de mediação, em conformidade com o Código de Processo Civil de 2015<sup>9</sup>, na área ambiental a fim de efetivar as legislações atinentes.

Através de pesquisa com base em dados oficiais, legislativos e bibliográficos, foi possível verificar qual a possibilidade de utilizar a técnica da mediação, bem como a legitimidade do seu uso em conflitos cujo objeto do litígio é a água. A mediação, portanto, surge como meio adequado de resolução dos conflitos a ser aplicado de forma mais célere e efetiva.

A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento e consolidação de instrumentos céleres e efetivos de solução de conflitos na esfera ambiental, em especial decorrentes do bem água.

A importância desse artigo se encontra pautado em tratados e conferências internacionais, com destaque para a Agenda 2030 que trouxe os objetivos de desenvolvimento sustentável – os ODS's – descritos na Convenção de Paris em 2015<sup>10</sup>. Dentre os ODS's, destaca-se o de número 06, que cuida da água potável e saneamento – “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos” é a meta desse objetivo<sup>11</sup>.

O trabalho apresenta a compreensão do ciclo da água, sendo analisado juridicamente como direito fundamental. Posteriormente, é feita uma abordagem da crise decorrente da distribuição e escassez da água e a intensificação dos conflitos bem como na busca de efetivação pelos meios juridicamente possíveis. Por fim, discute-se a possibilidade de utilização da mediação na resolução de conflitos ambientais, no presente estudo sobre a água.

## O CICLO DA ÁGUA

A água é a única substância que, na natureza, pode ser encontrada nos estados sólido, líquido, e gasoso, sendo abundante no planeta Terra e, na maioria das vezes, encontrada no estado líquido. A temperatura e a pressão são os fatores que definem seu estado físico. Cobrindo cerca de 2/3 da superfície do planeta, é encontrada principalmente nos oceanos e calota polares, mas também pode ser encontrada em nuvens, na forma de água de chuva, nos rios e nos aquíferos.

Na atmosfera, a água é encontrada em seu estado gasoso, resultado da sua evaporação de locais onde ela estava em estado líquido, como rios, lagos, mares, da transpiração de plantas, animais e do solo. Há também grande concentração de água nos lençóis freáticos<sup>12</sup>, que são grandes lagos subterrâneos formados pelas águas que infiltram no solo, e no estado sólido, onde a podemos encontrar nas geleiras, glaciares, nos polos e basicamente em todos os locais frios, com temperaturas abaixo de 0°C.

Cerca de dois terços da superfície de terra são cobertos por água. A maior parte desta porção, 97,2% dela, é água salgada dos oceanos. Somente cerca de 3% da água do planeta é água doce, mas a maioria dela, 2,7% está distribuída nas geleiras, na forma de neve ou no vapor atmosférico e somente 0,3% é água doce realmente disponível. Destes, 1.320.000.000 km<sup>3</sup> (97,2%) são água do mar. 40.000.000 km<sup>3</sup> (3%) são água doce. 25.000.000 km<sup>3</sup> (1,8%) são como gelo. 250.000km<sup>3</sup> (0,02%) em rios e lagos. 13.000.000 km<sup>3</sup> (0,96%) como água subterrânea. 13.000km<sup>3</sup> (0,001%) são vapor d'água.

O ciclo da água se inicia com as radiações solares que recebemos diariamente, que provocam o fenômeno da evapotranspiração, ou evaporação da água em estado

<sup>9</sup> BRASIL. “Código de Processo Civil”. Lei no. 13.105 de 2015.

<sup>10</sup> ONU. “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”. Agenda 2030.

<sup>11</sup> ONU. “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”. Agenda 2030.

<sup>12</sup> O Aquífero Guarani é um dos maiores reservatórios subterrâneos de água doce do mundo e a maior parte dele está no Brasil. Este reservatório possui mais água do que toda a água circulante em rios e lagos de toda a Terra. Ele engloba parte das regiões Sudeste e Centro-Oeste do Brasil, e mais parte da Argentina, Paraguai e Uruguai.

líquido, dos rios, lagos, mares e parte da água contida no solo, e também da transpiração de plantas e animais. Todo este vapor de água irá se condensar na atmosfera formando as nuvens e depois precipitar, pela condensação e cair na forma de chuva, granizo ou neve. O escoamento da água que precipitou ocorrerá pela superfície, formando os rios, ou infiltrará na terra, formando os lençóis freáticos.

A bacia hidrográfica, também conhecida como bacia de drenagem, é como se denomina a parte do ciclo da água responsável pela parte do seu escoamento que vai até os mares<sup>13</sup>. Ela é definida como o conjunto dos corpos de água (outro nome dado aos rios e lagos) que se interligam e são responsáveis pela drenagem da água de uma determinada região<sup>14</sup>. Trata-se então de um sistema natural de drenagem da água da chuva<sup>15</sup><sup>16</sup>, ou do derretimento de geleiras e das águas das nascentes, que vai das regiões mais altas, onde se localizam, direcionando-se dos subafluentes para os afluentes até os rios principais, que irão para os oceanos, podendo ser classificada de acordo com sua importância. As bacias principais são as que abrigam os rios de maior porte; já as secundárias e terciárias dependerão de sua localização, como litorâneas ou interiores, por exemplo.

A água subterrânea pode ser definida como a água existente no subsolo, com o preenchimento dos poros e fraturas das rochas, a água passa por um processo de filtragem natural e fica acumulada, dando origem aos aquíferos, que podem ter diversos níveis de profundidade. Estes mananciais subterrâneos são as fontes, ou reservatórios naturais de água, localizados abaixo da superfície do solo. Eles podem ser encontrados de duas formas: Lençóis não confinados ou freáticos e lençóis confinados ou artesianos.

Podemos definir cada um dos lençóis de acordo com sua localização no subsolo. Esta localização está relacionada a sua profundidade no solo, às camadas que o envolvem e, conseqüentemente, às pressões a que está submetido.

O lençol confinado (artesianos) se encontra confinado entre camadas impermeáveis, portanto, sujeito a uma pressão maior do que a pressão atmosférica. O lençol não confinado (freático) está localizado entre a superfície do solo e uma camada impermeável (rocha); está submetido à pressão atmosférica. Em um poço artesianos, a água subirá acima do nível do lençol, podendo, às vezes, atingir a boca do poço e produzir uma descarga contínua, jorrante.

## **A DISCIPLINA DA ÁGUA E SUA COMPREENSÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**

Desde a metade do Século XX, a humanidade tem aumentado a conscientização quanto a necessidade da preservação do meio ambiente e do desenvolvimento sustentável das nações. Tal fenômeno apresentou uma forma diferente de condução no Brasil<sup>17</sup>, quando da participação da diplomacia brasileira no primeiro evento mundial que discutiu a preservação da natureza em âmbito global,

<sup>13</sup> A nascente é um local onde o lençol freático rompe a superfície da terra e libera a água nele contida; esta por sua vez, vai sendo escoada por caminhos que variam de acordo com os desníveis do terreno e assim vão surgindo os córregos e rios de uma região.

<sup>14</sup> Esta mesma sequência pode ser também vista pelo volume de água que carregam, sendo os subafluentes menores e à medida que se direcionam para o rio principal têm seu volume aumentado até seu volume máximo, no rio principal, próximo à sua foz, com o mar.

<sup>15</sup> A captação de água dos lençóis de águas subterrâneas é uma alternativa viável e interessante para evitar o problema de escassez; da mesma forma a utilização de tecnologias para o tratamento de água também colaboram para melhoria da qualidade de vida das pessoas

<sup>16</sup> A captação da água destes locais pode ser realizada de várias maneiras, por exemplo, por meio de poços rasos ou profundos, galerias de infiltração ou pelo aproveitamento das nascentes, dentre outras formas.

<sup>17</sup> Inicialmente a postura do Corpo Diplomático Brasileiro era de negar qualquer relevância ao tema, justificando o seu comparecimento exclusivamente para manter as relações diplomáticas entre os países e manter seu discurso de normalidade democrática no Brasil. Porém, ainda durante o evento, o representante da diplomacia brasileira foi dissuadido de sua posição, reconhecendo a importância do tema, fazendo com que o Brasil aderisse ao Tratado.



ocorrida em Estocolmo, realizada em 1972<sup>18</sup>.

Após 1972, o Brasil passou a desenvolver uma preocupação com a preservação do meio ambiente<sup>19</sup>. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 225, traz o meio ambiente como um direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, atribuindo a todos o dever de proteção da natureza<sup>20</sup>. De acordo com Lise Vieira da Costa Tupiassu<sup>21</sup>, o direito ao meio ambiente é um direito de terceira geração<sup>22</sup>, que consolida poderes de titularidade coletiva e o consagra como um direito fundamental, em nome das futuras gerações, sendo assim uma cláusula pétrea.

Ressalta-se que a ordem social, juntamente com os direitos fundamentais, forma o núcleo do regime democrático de direito e objetiva o bem-estar e a justiça social, de maneira a assegurar a todos uma existência digna. Desta forma, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado consiste em um princípio derivado do direito à vida, seja pelo enfoque da saúde dos seres humanos, seja pelo enfoque da dignidade dessa existência.

O caráter fundamental deste direito difuso se dá em virtude do caráter de cláusula aberta constante no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil, que admite a ampliação do seu rol, inclusive com aplicabilidade imediata. Por isso se considera o meio ambiente sadio e equilibrado como integrante do conjunto de direitos fundamentais a serem tutelados<sup>23</sup>, implicando proibição de

---

<sup>18</sup> BORBA, R. "O princípio da fundamentação das decisões judiciais na esfera ambiental: o caso do derramamento de petróleo na baía de Guanabara em janeiro de 2000". Dissertação (Faculdade de Direito de Campos), Campos dos Goitacazes, Policopiado, 2009.

<sup>19</sup> Embora não haja referência expressa à tutela da água, a doutrina compreende que sua disciplina jurídica está abrangida no texto constitucional e disposições infraconstitucionais posteriores.

<sup>20</sup> A Lei nº 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, consiste em uma superestrutura constante de órgãos, metas e parâmetros, tendo entre seus objetivos, expressos no artigo 4º, a concretização dos princípios de direito ambiental, ao visar à preservação, à melhoria e à recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, preconizando, assim, a compatibilização entre a qualidade ambiental e o processo de desenvolvimento econômico. Para tanto, expõe suas diretrizes consistentes em considerar o meio ambiente, nas ações governamentais de manutenção do equilíbrio ecológico, como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; planejamento e fiscalização do uso de recursos ambientais; proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas; controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras; incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais; acompanhamento do estado da qualidade ambiental; recuperação de áreas degradadas; proteção de áreas ameaçadas de degradação e educação ambiental, para que haja capacitação de modo a propiciar a participação ativa na defesa do meio ambiente.

<sup>21</sup> TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. "O direito ambiental e seus princípios informativos". Revista de Direito Ambiental, ano 08, nº 30, abril-junho, 2003.

<sup>22</sup> Não há consenso na legitimação dos Direitos Fundamentais, haja vista poucos entenderem que são oriundos de uma entidade divina, outros de um direito natural, superior e próprio do ser humano, alguns acreditarem que o mesmo decorre da construção legal por meio da racionalidade humana e, mais recentemente, surge a compreensão de que tais direitos são fruto de uma progressão histórica da humanidade. Pode-se dizer que são os direitos fundamentais aqueles ligados à vida humana, possuidores de elementos garantidores de sua existência, por meio de mecanismos que efetivem e ampliem tais direitos. Levando-se em conta a legitimação dos direitos fundamentais em um processo histórico, há de se observar a classificação ensinada por Norberto Bobbio e adotada por Fábio Konder Comparato, onde divide este processo de legitimação em dimensões ou gerações de direitos. Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina de acordo com os três princípios basilares da revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cada qual com suas funções e peculiaridades. Importante ressaltar que não há supressão de direitos, mas sim complementação entre eles, não servindo a presente classificação como modo de analisar isoladamente cada um, tendo em vista a sua interdependência e sobreposição.

<sup>23</sup> Podemos determinar a disciplina da água a partir de três perspectivas legislativas (na mesma linha de raciocínio da compreensão do meio ambiente): o direito à água, como elemento

retrocesso da norma, na sua indisponibilidade e na sua constante exigibilidade. Ao tratar do direito fundamental do meio ambiente, José Afonso da Silva<sup>24</sup> explica:

A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.

Desse modo, o direito ambiental consiste num conjunto de normas, que buscam a coexistência do ser humano com o meio ambiente e devem estar voltadas para o bem comum, ou o "complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para às presentes e futuras gerações"<sup>25</sup>.

Nesse sentido, especificamente acerca dos Recursos Hídricos, nas palavras de Ingo Sarlet<sup>26</sup>, constituem elemento indispensável, pois "o direito à água é já mínimo vital pois essencial à própria sobrevivência e integra, junto com outros elementos, o conteúdo mais amplo do mínimo existencial [...]".

De acordo com o artigo 1º Lei Estadual 3.239/99, que estabelece a Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Rio de Janeiro<sup>27</sup>, a água é "um recurso essencial à vida, de disponibilidade limitada, dotada de valores econômico, social e ecológico, bem de domínio público". Esse mesmo diploma legal, inspirado na Lei Nacional 9.433/97 - Política Nacional de Recursos Hídricos<sup>28</sup> -, concretiza uma caminhada legislativa de proteção e tutela sobre a água no Estado do Rio de Janeiro, curiosamente nomeado em razão de sua abundância e relevância regional.

Em tempos de aquecimento global e aumento expressivo no consumo, a preocupação com a preservação do meio ambiente adquire amplitude mundial. Sendo a água um bem de uso comum do povo, sua utilização deve ser feita dentro de parâmetros estabelecidos por lei, cabendo ao Poder Público a deve proteger em todos os seus estados utilizando-se das Políticas de Recursos Hídricos existentes como instrumento de regulamentação ao uso.

Reconhece-se a finitude e o valor econômico da água, sendo um precioso bem ambiental, uma vez que se torna cada vez mais escasso e indispensável à sobrevivência. Partindo desta premissa, seu uso, prioritariamente, deve ser para o consumo humano e dessedentação de animais, podendo ser destinado a outros usos desde que não se comprometam os ecossistemas aquáticos.

Ressalta-se que a ordem social, combinada aos direitos fundamentais, forma o núcleo do regime democrático de direito e objetiva o bem-estar e a justiça social, de maneira a assegurar a todos uma existência digna. Como explica Milaré<sup>29</sup>:

[...] tratando-se de bem comum, de interesse difuso – como é o caso do meio ambiente -, o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções; enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito.

Considera-se, assim, o meio ambiente sadio e equilibrado como integrante do conjunto de direitos fundamentais a serem tutelados, implicando proibição de retrocesso da norma, na sua indisponibilidade e na sua constante exigibilidade. Deste

---

fundamental e essencial à vida; o direito de águas (ou direito hídrico), que compreende o conjunto de princípios e normas jurídicas, os seus usos, aproveitamento e domínio; e, por fim, o direito das águas, disciplina a água como um sujeito de direitos e titular de dignidade.

<sup>24</sup> DA SILVA, J.A. "Direito ambiental constitucional". São Paulo, Malheiros, 2004.

<sup>25</sup> MILARÉ, É. "Direito do ambiente". 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>26</sup> WOLFGANG SARLET, I. "Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988". 2. Ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

<sup>27</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Política Estadual de Recursos Hídricos". Lei no. 13.105 de 2015.

<sup>28</sup> BRASIL. "Política Nacional de Recursos Hídricos". Lei no. 9.433 de 1997.

<sup>29</sup> MILARÉ, É. "Direito do ambiente". 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

modo, o Direito Ambiental consiste num conjunto de normas, que buscam a coexistência do ser humano com o meio ambiente e devem estar voltadas para o bem comum, ou, como explicado por Rogério Borba<sup>30</sup>, “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.”

Nesta linha de raciocínio, o acesso à água com qualidade, conforme leciona Ana Alice De Carli<sup>31</sup> é um direito fundamental dos seres humanos, animais e da natureza.

### **DA AGENDA 2030: ODS N° 06**

Nessa parte da pesquisa é imprescindível trazer a discussão acerca da Agenda 2030. Durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, foi elaborado em setembro de 2015 um documento contendo um conjunto de objetivos a serem alcançados pelos Estados-Membros em prol do desenvolvimento sustentável<sup>32</sup>. Trata-se do resultado das ações obtidas após a Rio+20, ocorrida em 2012, estando presentes novos desafios ao desenvolvimento.

Apesar do tema água aparecer em outro ODS, o de número 14, sobre a vida na água – a fim de garantir a biodiversidade marinha -, há uma ênfase no trabalho sobre o uso desse bem à vida humana e os conflitos surgidos por ser um bem econômico.

Na Agenda 2030, para cada objetivo de desenvolvimento sustentável foi elaborado um conjunto de metas a serem alcançados ao longo dos quinze anos de aplicação. No ODS número 06, o foco principal está em garantir a disponibilidade e gestão sustentável da água incluindo o acesso ao saneamento a todos. Acerca do acesso à água potável, indispensável à sobrevivência, a meta 6.1<sup>33</sup> vem trazer o desafio de garantir o alcance a todos desse bem.

A meta 6.4<sup>34</sup> descrita na Agenda é clara ao dispor sobre o aumento substancial e efetivo do uso da água, a fim de garantir o abastecimento de forma sustentável ao maior número possível de pessoas. Para essa meta, há uma busca em reduzir o quantitativo de pessoas que não tem acesso à água, realidade ainda presente em muito países. O importante da Agenda 2030 é o comprometimento e responsabilidade dos Estados-Membros das Nações Unidas para que ao longo dos 15 anos – 2015 a 2030 – consigam efetivar o compromisso internacional firmado em prol do desenvolvimento sustentável.

### **A CRISE DA ÁGUA E A INTENSIFICAÇÃO DOS CONFLITOS**

Ao longo da história humana, busca-se uma forma de se relacionar com a água. Ocorre que apenas no último século foi percebido que os recursos naturais são escassos, finitos e não sujeitos a fronteiras políticas. Em um planeta cuja população já ultrapassou os sete bilhões, meio bilhão de habitantes ainda se encontra sem acesso à água potável e mais de dois bilhões estão sem acesso a instalações sanitárias melhoradas<sup>35</sup>, demonstrando que a água é um recurso cada vez mais

---

<sup>30</sup> BORBA, R. “O princípio da fundamentação das decisões judiciais na esfera ambiental: o caso do derramamento de petróleo na baía de Guanabara em janeiro de 2000”. Dissertação (Faculdade de Direito de Campos), Campos dos Goitacazes, Policopiado, 2009.

<sup>31</sup> DE CARLI, A. A. “Água e vida: eu cuido, eu poupo. Para um futuro sem crise”. Rio de Janeiro, FGV, 2015.

<sup>32</sup> ONU. “Objetivos do Desenvolvimento Sustentável”. Agenda 2030.

<sup>33</sup> “6.1 Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos”.

<sup>34</sup> “6.4 Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água.”.

<sup>35</sup> WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). “The United Nations World Water Development Report 2017”. Wastewater, The Untapped Resource, Paris, UNESCO, 2017.

valorizado. Cabe destacar que o ser humano consome apenas água doce, que corresponde a aproximadamente 3% dos recursos hídricos do planeta. Destes 3%, 0,36% estão na superfície, 22,40% estão no subterrâneo e 77,20% estão nas camadas polares<sup>36</sup>.

Quase metade da água doce disponível para consumo está localizada na América do Sul, aproximadamente 60% da Bacia Amazônica, escoando um quinto do volume de água doce do mundo. Três bacias hidrográficas localizadas no Brasil concentram o maior volume de água doce superficial do mundo<sup>37</sup>: Amazonas, São Francisco e Paraná. Da água disponível no mundo, a agricultura consome 73%, a indústria 21% e os outros 6% servem para o consumo humano, incluído nessa conta o desperdício decorrente das diversas falhas de distribuição e controle da água.

Comprovadamente um recurso indispensável à vida humana e de considerável escassez, especificamente na forma consumível, o ser humano vem disciplinando o seu uso, elaborando formas de regular o consumo, distribuição e proteção da água. Para tanto, na busca da sua regulação, primordial é uma conceituação capaz de tutelar o bem jurídico água e toda a sua plenitude e importância.

Na segunda metade do século XX, a questão ambiental foi alçada ao status de problema global, tendo mobilizado não apenas a sociedade civil organizada mas quase todos os países do mundo, conforme apontam Ângela Alonso e Valeriano Costa<sup>38</sup>:

Frank, Hironaga e Schofer (2000: 96-116) sustentam que o processo de disseminação global de práticas e a adoção de instituições visando à proteção ambiental estão correlacionados com a difusão de concepções e conhecimentos desenvolvidos por ONGs e organizações científicas vinculadas à perspectiva ambientalista. Frederick Buttel (2000: 117-121), outro importante sociólogo ambiental, contesta o otimismo da afirmação anterior, argumentando que a ampla difusão da preocupação de governos e setores da sociedade civil com os problemas ambientais ou mesmo a extensa agenda de discussões em fóruns internacionais não resultou em um consenso em torno de soluções práticas. Ao contrário, à medida que se ampliou e se aprofundou o debate, os conflitos se tornaram mais agudos e as soluções mais problemáticas do que se poderia imaginar décadas atrás. Por outro lado, o relativo sucesso do movimento ambientalista resultou em uma paradoxal perda da identidade revolucionária da questão ambiental, principal fator de mobilização de seus militantes nas décadas de 1960 e 1970. Isto se deu, justamente, em razão da inserção da temática ambiental no âmbito das políticas públicas governamentais. É verdade que, em contrapartida, a incorporação dos problemas ambientais contribuiu para abrir e ampliar o espaço de participação da sociedade civil nos processos de decisão política em geral. O impacto mais importante, porém, se deu sobre as propostas e o discurso ambientalistas.

Principalmente ao longo da primeira década dos anos 2000 ocorreu um processo de institucionalização da questão ambiental, sujeitos às restrições impostas pela lógica burocrática, onde são aplicadas soluções pragmáticas (politicamente aceitáveis e economicamente viáveis para uma sociedade de consumo) e onde toda demanda, por mais justificável que seja do ponto de vista ambiental (ou econômico ou social), não é suficiente por si mesma, necessitando de uma articulação com outros interesses presentes na esfera pública<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> BRASIL. Agência Nacional de Águas. "Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos". Brasília, 2013.

<sup>37</sup> BRASIL. Agência Nacional de Águas. "Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos". Brasília, 2013.

<sup>38</sup> ALONSO, A.; COSTA, V. "Por uma Sociologia dos conflitos ambientais no Brasil". Buenos Aires, CLACSO. 2002.

<sup>39</sup> BORBA, R. "Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e

Diante de tal cenário, as questões ambientais têm conquistado espaço e relevância e sendo incorporadas ao planejamento de muitas organizações, que têm buscado novas técnicas e tecnologias para serem aplicadas tanto durante os processos, visando, por exemplo, a eliminação do desperdício de matéria-prima. O objetivo está na tentativa de reduzir a quantidade de resíduo sólido produzido, bem como na aplicação em outras fases de processo produtivo, destinação essa dada também aos efluentes<sup>40</sup>.

O impasse entre os estados do Sudeste criado com a iniciativa do Estado de São Paulo<sup>41</sup> - pressionado com a escassez hídrica - é um exemplo doméstico do disputas cada vez mais recorrente entre comunidades em busca da água. De acordo com Micheli Kowalczyk<sup>42</sup>:

O que falta é o aperfeiçoamento dos instrumentos existentes. Há um longo percurso a ser percorrido, sendo necessário que novos caminhos teóricos e práticos sejam adotados para que uma boa governança, com atendimento das demandas sociais, aconteça. Se não forem realizadas mudanças na forma como os recursos hídricos são geridos, teremos apenas medidas paliativas que terão resultados por um curto período de tempo, além de novos episódios de escassez, talvez ainda piores e que afetarão a economia, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A crise hídrica, a partir de uma visão sistêmica do meio ambiente, tem como causas diretas o desmatamento, o aquecimento global, a poluição provocada por indústrias, o aumento da população mundial, além da distribuição desigual de água doce pelo Planeta<sup>43</sup>. Nas palavras de Ana Alice de Carli<sup>44</sup>

Ressalte-se que a história das relações entre os seres humanos e a água é uma história de inclusão e de exclusão, de cooperação e de guerra, já que, desde os primórdios, a água foi um dos reguladores sociais mais importantes, basta lembrar a estrutura das sociedades camponesas, em que as condições de vida estavam ligadas ao solo, sempre organizadas ao redor da água.

Compreendendo a água como fonte não só de vida, mas, principalmente, de poder, Ricardo Petrella<sup>45</sup>, chama de senhores da água os grupos que controlam o acesso a água, agrupando-os em três categorias principais: os senhores da guerra, os senhores do dinheiro, e os senhores da tecnologia<sup>46</sup>.

Verifica-se uma contribuição árdua para uma disputa cada vez mais intensa e complexa pela água, onde, em razão da multiplicidade de atores, de interesses e, muitas vezes, de sua interdependência, os meios tradicionais de solução de conflitos são insuficientes.

---

a mediação como alternativa para resolução de conflitos". In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III. Brasília, 2016.

<sup>40</sup> BORBA, R. "Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos". In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III. Brasília, 2016.

<sup>41</sup> LEITE, F.; CHAPOLA, R.; CONSTANCIO, T. "São Paulo e Rio jogam para agência federal solução para impasse da água". O Estado de São Paulo, São Paulo, 12 ago. 2014.

<sup>42</sup> LEITE, F. CHAPOLA, R.; CONSTANCIO, T. "São Paulo e Rio jogam para agência federal solução para impasse da água". O Estado de São Paulo, São Paulo, 12 ago. 2014.

<sup>43</sup> Na história da humanidade, poucas as vezes houve distribuição equânime de água entre os seres humanos.

<sup>44</sup> DE CARLI, A. A. "Água e vida: eu cuido, eu poupo. Para um futuro sem crise". Rio de Janeiro, FGV, 2015.

<sup>45</sup> PETRELLA, R. "O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial". Trad. Vera Lucia Mello Joscelyne. Petrópolis, Vozes, 2002.

<sup>46</sup> TASSIGNY, M. M.; PEQUENO DOS SANTOS, I.; SANTOS, J. H. "Água é um sujeito de direito? Uma visão etnocêntrica da água". Revista de Direito Ambiental, ano 22, nº 85, janeiro-março de 2017.

## **A INSUFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA DISCIPLINA DA ÁGUA NO BRASIL**

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, trouxe credibilidade ao sistema jurídico nacional, principalmente no que concerne ao exercício de direitos fundamentais (liberdades individuais e direitos sociais), como explica Milaré<sup>47</sup>:

[...] tratando-se de bem comum, de interesse difuso – como é o caso do meio ambiente – o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções; enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito.

À época, o Poder Executivo não possuía estrutura administrativa suficiente para disponibilizar os institutos previstos na Carta Constitucional de forma a garantir o exercício pleno desses direitos fundamentais<sup>48</sup>. Coube ao Poder Judiciário a tarefa de concretizar o acesso ao exercício desses direitos fundamentais. O legado formalista e legalista que o regime anterior deixara aos Poderes Executivo e ao Judiciário fez com que o último adotasse novo posicionamento jurídico-político em nome da positivação e consequente efetivação dos direitos fundamentais: o de conhecer, processar e julgar causas de cunho estritamente administrativo, que, no contexto político anterior restringiam-se ao Poder Executivo<sup>49</sup>.

No mesmo período, os conflitos sociais emergentes se apresentam de uma forma mais complexa, propondo-se, então uma tipologia dos conflitos sociais, de forma a se confrontar com os mecanismos de funcionamento do Judiciário. Observe-se que conflitos sociais não são enfermidades, mas constituem o próprio modo de ser das sociedades. A não compreensão de tal fato leva a uma busca utópica na análise da realidade, conforme pensamento de Dahrendorf<sup>50</sup>.

Os conflitos são indispensáveis como fator do processo universal de mudança social, sendo, em regra, absorvidos pelo Poder Judiciário. Como ensina Bastos<sup>51</sup>:

Os conflitos absorvidos pelo sistema judiciário põem em funcionamento mecanismos de correção, cuja racionalidade sistêmica manifestada nos enunciados normativos reduz as partes conflitantes a certas formalidades e a uma linguagem estritamente técnica, que elimina toda a possibilidade de o Poder Judiciário viver a dimensão total do conflito.

Por consequência, percebe-se que alguns conflitos são mais complexos, podendo provocar, em última análise, crises sociais mais profundas. O Poder Judiciário funciona como um órgão limitador de demandas e regulamentador da velocidade e da profundidade dos conflitos sociais, adequando-se a parâmetros, sendo absorvidos e decididos. Numa ordem crescente de complexidade, Bastos<sup>52</sup> classifica os conflitos da seguinte forma:

- I - Conflitos interindividuais de iguais (ex. cônjuges) e desiguais entre si (ex. credor/devedor, patrão/operário)
- II - Conflitos de grupos de iguais (ex. empresa A x empresa B) e desiguais entre si (direção x acionista de empresa)
- III - Conflitos de setores de iguais (ex. produtos comerciais x produtos

<sup>47</sup> MILARÉ, E. "Direito do ambiente". 4. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>48</sup> BASTOS, A. W. "Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário". 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>49</sup> BASTOS, A. W. "Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário". 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>50</sup> BASTOS, A. W. "Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário". 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>51</sup> BASTOS, A. W. "Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário". 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>52</sup> BASTOS, A. W. "Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário". 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

industriais) e desiguais entre si (ex. sindicato patronal x sindicato operário; monopolista x não monopolista)

IV - Conflitos de poder de iguais (ex. partido político x partido político) e desiguais entre si (ex. situação x. oposição)

V - Conflitos internacionais de iguais e desiguais entre si.

Com base nos informes anteriores, percebe-se que os conflitos sociais simples – mais numerosos – e os relativamente complexos, que aguardam encaminhamento judicial, levam o Poder Judiciário a uma disfuncionalidade. Isso acaba por inviabilizar o cumprimento de funções sociais inerentes ao Poder, não restando tempo, para os casos mais complexos, além da criação de uma dinâmica que não atende a esses casos ocasionando um maior tempo na solução das lides. Nestes casos, o alcance da ação do Poder Judiciário se torna impraticável, inviabilizando os preceitos constitucionais de acesso à justiça e soluções mais céleres.

Todo conflito relacionado a água envolve, necessariamente, uma gama de atores – sociedade e empreendedores, órgãos públicos e entidades de defesa dos direitos relacionados ao meio ambiente. Cada um possui interesses próprios, aparentemente inconciliáveis, gerando conflitos complexos, ou seja, fora do eixo de atuação plena do Estado, sendo imprescindível a busca de um meio mais eficaz e efetivo à solução.

### **O (RE)SURGIMENTO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOBRE A ÁGUA**

Desde o Tribunal de Águas de Valencia<sup>53</sup> até a experiência norte-americana<sup>54</sup>, a mediação tem sido utilizada para a solução de conflitos ambientais, especificamente sobre águas. Nesse sentido, Warat<sup>55</sup> afirma que a mediação é:

um procedimento indisciplinado de auto-eco-composição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades. Indisciplinado por sua heteroxia já que do mediador se requer a sabedoria necessária para poder se mover, sem a obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela de classes ou do saber. A auto composição dos procedimentos de mediação é assistida ou terceirizada, porquanto se requer sempre a presença de um terceiro imparcial, porém implicado, que ajude as partes em seu processo de assumir riscos de sua auto decisão transformadora de conflito.

No entanto, este instituto ganhou maior força no Brasil a partir dos anos 1990, seguindo a tendência do resto da América Latina. A partir de 2003, o Poder Executivo iniciou amplo debate sobre o tema, desaguando na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>56</sup>, de 29 de novembro de 2010, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e que determina a implementação da mediação como Política Pública. Foram criados Centros de Mediação do Poder Judiciário nos tribunais estaduais e várias iniciativas foram realizadas para sensibilizar os juízes sobre a importância de incentivar as partes a buscar a auto composição além do fato de tradicionais Centros Privados de Arbitragem passarem a incorporar a mediação dentre as suas atividades e lançaram regulamentos modernos e focados na solução consensual de conflitos

---

<sup>53</sup> O Tribunal de Águas de Valencia tem por competência a disciplina do uso da água no território espanhol, não pertencendo ao Poder Judiciário, servindo de exemplo de organismo de resolução de conflitos não judicial.

<sup>54</sup> BORBA, R. "Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos". In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III, Brasília, 2016.

<sup>55</sup> WARATL. A. "O Ofício do Mediador". Florianópolis, Habitus, 2001.

<sup>56</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.

comerciais. Destaca-se, ainda, a atuação do Conselho Nacional de Justiça<sup>57</sup>, que, atento à necessidade de implementação de meios alternativos de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, vem tomando diversas iniciativas para fomentar o assunto, como o Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo CNJ e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes. Não bastasse, o CNJ editou a Resolução nº 125/10 que trata da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, em que, dentre outras questões, estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

De acordo com o artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015<sup>58</sup>, a previsão legal tanto a arbitragem como a mediação demonstram a preocupação do legislador em buscar alternativas de soluções de conflitos sem o ingresso do Poder Judiciário<sup>59</sup>. Além disso, é importante destacar que outros Estados já possuem em seus ordenamentos jurídicos formas de solução de conflitos mais céleres e eficazes. É o que traz Marques<sup>60</sup> ao elencar a Lei nº. 24.573 da Argentina que exige a técnica de mediação antes do ingresso de qualquer demanda civil ou comercial, além do Paraguai que prevê o instituto da arbitragem em seu diploma processual.

Como bem lembra Hartmann<sup>61</sup>, alguns doutrinadores possuem posição contrária sob o argumento de descaracterização do devido processo legal. Todavia, lembra muito bem o autor que o próprio direito comparado já admite há muito o uso de tais técnicas de soluções de conflitos, efetivando o princípio da celeridade processual.

O novo Código de Processo Civil<sup>62</sup> também reconhece o instituto da mediação como um mecanismo pacificador. O diploma ainda trata dos mediadores e dos conciliadores lhes atribuindo a qualidade de auxiliares da justiça, com o objetivo de alcançarem o apaziguamento social, como ensinam Luciano Souto Dias e Kamila Cardoso Faria<sup>63</sup>:

Diante da necessária busca por uma resposta mais célere do judiciário e a necessidade de otimização dos procedimentos, o Código de Processo Civil de 2015 tratou de valorizar os métodos de solução consensual de conflitos, com destaque para a mediação e a conciliação, de forma a permitir o acesso à justiça de forma mais célere e efetiva. Para que os métodos da conciliação e da mediação sejam eficazes, não basta a atuação dos mediadores e conciliadores, mas também será necessária uma mudança de cultura e de paradigmas no próprio cenário social, com uma maior conscientização e valorização da auto composição. Ao Estado, resta a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos, em busca de uma sociedade mais justa, menos conflituosa, igualitária e em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal e com a almejada expectativa do cidadão. A conciliação e a mediação são mecanismos capazes de contribuir para a redução das demandas

<sup>57</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça.

<sup>58</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no. 13.105 de 2015.

<sup>59</sup> VASCONCELOS, P. E.A., VASCONCELOS, P. S. "A Mediação e Arbitragem como formas de solução de conflitos envolvendo os contratos do Agronegócio sob a égide do Novo Código de Processo Civil". In: Diálogos em Administração de Conflitos, Estado e Cidadania. Estudos em Homenagem a Professora Doutora Maria Stella Amorim. Rio de Janeiro, Processo, 2018.

<sup>60</sup> MARQUES, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco et al. "Fundamentos históricos da Arbitragem Brasileira: uma breve abordagem à luz do direito comparado em face da responsabilidade civil do árbitro". 2014.

<sup>61</sup> HARTMANN, R. K. "Novo Código de Processo Civil". Niterói, RJ, Impetus, 2015.

<sup>62</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Lei no. 13.105 de 2015.

<sup>63</sup> DIAS, L. S.; FARIA, K. C. "A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015". Revista Constituição e Garantia De Direitos, v. 8, n. 2. 2015. pag. 20-44.



judiciais, para a humanização dos processos e para a entrega rápida e efetiva da Jurisdição. É preciso acreditar numa mudança de paradigmas, numa mudança de mentalidade, é preciso superar a cultura do litígio e é preciso valorizar a conciliação e a conciliação, que efetivamente representam alternativas eficazes para a solução de conflitos e para a realização da justiça.

Indo ao encontro do novo Código de Processo Civil, a Lei de Recursos Hídricos<sup>64</sup>, em seu artigo 38, já previa a possibilidade de o próprio órgão ambiental dirimir os conflitos referentes ao uso da água, com a criação de câmaras técnicas de mediação ambiental:

Art. 38. Compete aos Comitês de Bacia Hidrográfica, no âmbito de sua área de atuação:

(...)

II - arbitrar, em primeira instância administrativa, os conflitos relacionados aos recursos hídricos;

A doutrina tem interpretado a expressão arbitrar de uma forma mais ampla, compreendendo toda forma de decisão alheia ao Poder Judiciário, onde, na própria estrutura do Comitê de Bacia Hidrográfica, realizar-se-á o processo de resolução do conflito, como em recente caso ocorrido na bacia do rio Piranhas-Açu<sup>65</sup>, a Agência Nacional de Águas reconheceu a necessidade da sua implementação:

O conflito pelo uso da água na bacia do rio Piranhas-Açu deu início ao entendimento entre os estados da Paraíba e Rio Grande do Norte, com a intervenção da ANA e do DNOCS, que promoveu a formalização da Resolução nº 687/2004. (...) Importante, também, a criação de uma Câmara Técnica para Resolução de Conflitos. Menciona-se, também, a necessidade de instituição do Grupo Técnico Especial – GTE (já previsto na Deliberação CBH-PPA nº 06/2010 e criado para arbitragem de conflitos no âmbito do CBH). Esses mecanismos podem ser úteis para auxiliar na implementação e fiscalização do “novo” Marco Regulatório.

Importante lembrar que, como já explicitado neste trabalho, conflitos não são enfermidades, mas constituem o próprio modo de ser das sociedades. A não compreensão de tal fato leva a uma busca utópica na análise da realidade, conforme pensamento de Dahrendorf<sup>66</sup>. Os conflitos são indispensáveis como fator do processo universal de mudança social. Percebe-se que nem todos os conflitos sociais são absorvidos pelo Poder Judiciário, devido às limitações dos mecanismos processuais impostos.

O Judiciário limita sua capacidade a determinados tipos de conflitos sociais. A Mediação se apresenta como uma forma alternativa de resolução de conflitos em relação ao Poder Judiciário, com princípios, propósitos e instrumental próprio, propondo um diálogo entre disciplinas, de forma a permitir a construção proativa da solução dos litígios em todos os níveis de complexidade<sup>67</sup>.

Justamente na neutralidade do mediador, que não decide nem opina, bem como na autonomia das partes, é que surge o problema em discussão. Isto porque, principalmente em conflitos de maior complexidade, onde envolva uma pluralidade de partes, questiona-se a plena capacidade de populações vítimas de danos ambientais em seus ambientes de, primeiro se organizarem e, segundo, de decidirem

<sup>64</sup> BRASIL. “Política Nacional de Recursos Hídricos”. Lei no. 9.433 de 1997.

<sup>65</sup> AMORIM, A. L.; RIBEIRO, M. M. R.; BRAGA, C. F. C. “Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN”. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, vol. 21, nº.1, Porto Alegre, jan./mar, 2016, p. 36-45.

<sup>66</sup> BASTOS, A. W. “Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário”. 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

<sup>67</sup> BORBA, R. “Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos”. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III, Brasília, 2016.

de maneira coletiva, sem que haja interferência em sua autonomia<sup>68</sup>.

Mediar conflitos consiste em um ato pacificador, sendo um método de auto composição que denominaram de Mediação de Conflitos, possibilitando às pessoas a retomada do exercício de sua autoria e capacidade decisória. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê, logo em seu preâmbulo, a solução pacífica das controvérsias como um compromisso da sociedade brasileira. O instituto da Mediação de Conflitos implementa esse norteador, eis que tem por objetivo facilitar a comunicação entre os mediandos, a fim de que possam negociar soluções de benefício mútuo.

Samira Iasbeck de Oliveira Soares<sup>69</sup> aponta que,

nas controvérsias ambientais, a mediação mostra-se vantajosa por permitir um grau maior de satisfação dos participantes, que mantêm certo grau de controle; por ter maior flexibilidade para analisar opções mais criativas que os tribunais e o mais importante é que promove a cooperação, elemento que falta normalmente na solução da maioria dos problemas ambientais. Por não ter uma postura adversarial, a mediação consegue tratar de um campo maior de dados técnicos e não favorece a obstrução de informações. Ainda, por ser voluntária, consegue chegar a soluções mais duradouras e a uma melhor implementação dessas.

A autoridade do Estado-Juiz fica como uma possibilidade seguinte, para a hipótese de não se conseguir alcançar uma composição que congregue todos os interesses e, ao mesmo tempo, atenda suficientemente às necessidades e possibilidades de cada um dos envolvidos. Por consequência, a Mediação faz diminuir o fluxo de demandas perante o Poder Judiciário e, portanto, contribui para que a dedicação dos Juizes se volte para os processos, nos quais o diálogo efetivamente não seja possível ou a matéria não admita negociação<sup>70</sup>.

No âmbito da Mediação, eventual desequilíbrio de natureza econômica, comportamental ou de conhecimento é balanceado para que se possa garantir a todos voz e vez, ou seja, oportunidades iguais de manifestação e de escuta das considerações um do outro, em concretização do princípio da igualdade. Pensada como um procedimento, a estrutura da Mediação se utiliza de um terceiro na sua condução, norteado pela tarefa de auxiliar as pessoas envolvidas no processo a resgatarem o diálogo entre si. Essa tentativa de reprodução de uma conversa direta com o objetivo de encontrar soluções de mútua satisfação conferiu ao instituto o sinônimo de negociação assistida.

## CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, percebeu-se que a água deve ser encarada como fonte de matéria prima para a atividade empreendedora. Além das eventuais punições por danos causados ao meio ambiente, há o risco do comprometimento do bem ambiental que é a essência do produto ou serviço, colocando em risco toda a atividade empresária.

O reconhecimento de pertencimento dos recursos hídricos às presentes e futuras gerações é, sem sombra de dúvida, uma das grandes inovações trazidas pelo Constituinte Nacional, que influenciou sobremaneira as Políticas de Recursos Hídricos, Nacional e Estaduais, devendo o gestor público promover a sua harmonização, em

---

<sup>68</sup> BORBA, Rogerio; BARRETO JUNIOR, Francisco Ubiratan Conde. "Meio ambiente e sociedade no Brasil: conflitos e mediação judicial". In: III CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES - SALVADOR/BA, Salvador, 2014.

<sup>69</sup> SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. "Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?". Curitiba, Juruá, 2010.

<sup>70</sup> BORBA, Rogerio. "Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos". In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III, Brasília, 2016.

face dos múltiplos e concorrentes usos da água, já reconhecidas as suas limitações. Sendo objeto de desenvolvimento sustentável (ODS nº 06 e nº 14)<sup>71</sup> trazido na Agenda 2030, a água volta a ser núcleo de várias discussões mundiais quando o enfoque está na preservação ambiental e combate ao aquecimento global. Há um comprometimento dos Estados-Membros da ONU a fim de oferecer água limpa àqueles que não o possuem, seja por escassez seja por ausência de poder econômico para acessá-lo.

Além disso, a pesquisa abordou os conceitos de mediação, sociedade de risco, conflitos sociais, de forma a permitir a compreensão da importância tanto dos conflitos quanto da sua solução. Diante da institucional limitação do poder judiciário em solucionar determinadas espécies de conflitos ambientais, em especial àqueles que têm maior tempo de duração e maior complexidade, a sociedade vem buscando soluções que permitam a sua solução. Não que a existência de conflitos seja prejudicial, como já visto, mas a sua manutenção e a possibilidade de escalada de violência levam a sociedade a buscar soluções.

Neste sentido vislumbra-se a mediação como método eficaz de juridificação dos conflitos ambientais, onde as múltiplas partes são convidadas a assumir um papel de protagonismo na negociação, assistidas por um terceiro mediador (ou mediadores), que viabilizarão o diálogo e a construção do consenso. Mas um perigo se apresenta: a dominação dos grupos atingidos em um processo onde não há a atuação das instituições públicas, permitindo-se a legitimação extrajudicial de ações prejudiciais àqueles que sofrem as consequências do conflito ambiental, crítica essa feita pelos movimentos de justiça ambiental.

Para não ocorrer tal possibilidade, deve-se verificar se o processo de mediação de conflitos ambientais serve como alternativa de efetiva solução de conflitos ou como legitimação de dominação de grupos empresariais agressores do ambiente sobre população local diretamente afetada, usualmente mais pobre, bem como de seu consequente afastamento dos órgãos jurisdicionais para ponderação (redução/limitação) de seus direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988. Da mesma forma, deve-se estabelecer critérios de identificação dos atores que tem capacidade de participação em processos de mediação ambiental, bem como definir condições de qualificação de atores para participação em processos de mediação ambiental.

Assim, a mediação surge como alternativa à morosidade do Poder Judiciário, conferindo, em tese, maior efetividade nos resultados obtidos, pois os mesmos são obtidos pelo protagonismo dos atores, que tem papéis e posições diferentes, participam da mediação com capacidades desiguais, sendo tal fato ignorado pelo processo, colocando em risco a legitimidade do mesmo.

Por isso se torna imprescindível o estabelecimento de critérios normativos e procedimentais para a sua implementação, de maneira a permitir a efetivação do instituto e, consequentemente, a solução dos conflitos ambientais de maneira a permitir o protagonismo dos atores, sempre primando pela igualdade entre os participantes.

## REFERÊNCIAS

- ALONSO, Angela; COSTA, V. *Por uma Sociologia dos conflitos ambientais no Brasil*. Buenos Aires: CLACSO. 2002.
- AMORIM, Alcides Leite de; RIBEIRO, Márcia Maria Rios; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. "Conflitos em bacias hidrográficas compartilhadas: o caso da bacia do rio Piranhas-Açu/PB-RN". *Revista Brasileira de Recursos Hídricos*. vol. 21 nº.1 Porto Alegre jan./mar. 2016 p. 36-45.
- ASCELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campelo do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves.

---

<sup>71</sup> ONU. "Objetivos do Desenvolvimento Sustentável". Agenda 2030.

- O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2009.
- BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. *Ouro azul*. Trad. Andeia Nastre. São Paulo: Makron Books, 2003.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Conflitos sociais e limites do poder judiciário*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BORBA, Rogerio. "Muita sede para pouca água: breves considerações sobre a escassez da água e a mediação como alternativa para resolução de conflitos". In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. GT DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO III. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/864z6gon/xl4D49g5AQm7G9n7.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2020.
- BORBA, Rogerio. *O princípio da fundamentação das decisões judiciais na esfera ambiental: o caso do derramamento de petróleo na baía de Guanabara em janeiro de 2000*. Dissertação de Mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos. Campos dos Goitacazes. Policopiado, 2009.
- BORBA, Rogerio; BARRETO JUNIOR, Francisco Ubiratan Conde. "Meio ambiente e sociedade no Brasil: conflitos e mediação judicial". In: III CONGRESSO INTERNACIONAL INTERDISCIPLINAR EM SOCIAIS E HUMANIDADES - SALVADOR/BA. Salvador, 2014. Disponível em: <http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2012/29.%20SILVA%20BARRETO%20FILHO.pdf>. Acesso em: 14 de maio de 2020.
- BRASIL. Agência Nacional de Águas. *Relatório de Conjuntura dos Recursos Hídricos*. Brasília, 2013. Disponível em: [http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/webSite\\_relatorioConjuntura/projeto/index.html](http://arquivos.ana.gov.br/institucional/spr/conjuntura/webSite_relatorioConjuntura/projeto/index.html). Acesso em: 14 de maio de 2020.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei no. 13.105 de 2015*. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) > Acesso em 03 jul.2020.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <http://https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 14 de maio de 2020.
- BRASIL. *Mediação. Lei no. 13.140 de 2015*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 02 ago.2020.
- BRASIL. *Política Nacional de Recursos Hídricos. Lei no. 9.433 de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9433.htm). Acesso em 03 jul.2020.
- CARLI, Ana Alice de. *Água e vida: eu cuido, eu poupo. Para um futuro sem crise*. Rio de Janeiro: FGV, 2015.
- CARTA CAPITAL. *Mais de meio bilhão de pessoas não têm acesso a água potável*. São Paulo, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/mais-de-meio-bilhao-de-pessoas-nao-tem-acesso-a-agua-potavel>. Acesso em: 12 de maio de 2020.
- CUNHA, José Ricardo; Noronha, Rodolfo. *Mediação de conflitos comunitários e facilitação ao diálogo: relato de uma experiência na maré*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. 2010.
- DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. "A mediação e a conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015". *Revista Constituição e Garantia de Direitos*. v. 8, n. 2. 2015. pag. 20-44.
- DRUMOND, José Augusto. "A história ambiental: temas, fontes e linhas de pesquisa". In: *Estudos históricos. História e natureza*. RJ: FGV, v. 4, nº8, 1991.
- ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Política Estadual de Recursos Hídricos. Lei no. 13.105 de 2015*. Disponível em <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/b24a2da5a077847c032564f4005>

- d4bf2/43fd110fc03f0e6c032567c30072625b. Acesso em 03 jul.2020.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito das águas: disciplina jurídica das águas doces*. São Paulo: Atlas, 2001.
- HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Novo Código de Processo Civil*. Niterói, RJ: Impetus, 2015.
- LEITE, Fabio; CHAPOLA, Ricardo; CONSTANCIO, Thaise. "São Paulo e Rio jogam para agência federal solução para impasse da água". *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 12 ago. 2014. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,sp-e-rio-jogam-para-agencia-federal-solucao-para-impasse-da-agua,1542273>. Acesso em: 12 de maio de 2020.
- MACHADO, M. K.; GARAVELLO, M. E. P. E.; HOFFEL, J. L. "Governança e Diálogo de Saberes - Um estudo sobre o Sistema Cantareira". In: *IV Encontro Internacional da Governança da Água: Inovação na Governança da Água e Variações Climáticas no Contexto Ibero-americano*. São Paulo. Anais do IV Encontro Internacional da Governança da Água. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2013. p. 1-12.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARQUES, Maria Leonildes Boavista Gomes Castelo Branco et al. *Fundamentos históricos da Arbitragem Brasileira: uma breve abordagem à luz do direito comparado em face da responsabilidade civil do árbitro*. 2014. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/285-artigos-set-2014/6745-fundamentos-historicos-da-arbitragem-brasileira-uma-breve-abordagem-a-luz-do-direito-comparado-em-face-da-responsabilidade-civil-do-arbitro>. Acesso em: 05 mar.2020.
- MCCORMICK, John. *Rumo ao paraíso. A história do movimento ambientalista*. RJ: Relume Dumará, 1992.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. "Poder concedente para o abastecimento de água". *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 213, 1998.
- OLIVEIRA, Celso Maran de. "Tribunais de recursos hídricos: abordagem sobre o tribunal da água de Florianópolis e o tribunal da água de valência e a possibilidade de implantação no Brasil". *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, volume 3, numero 1 – janeiro-junho 2008. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/4494/2803>. Acesso em 12 de maio de 2020.
- ONU. *Declaração de Dublin. Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente*. Irlanda. Janeiro, 1992. Disponível em: <http://www.meioambiente.uerj.br/emrevista/documentos/dublin.htm>. Acesso em: 30 mar. 2020.
- ONU. *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Agenda 2030*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/> Acesso em: 10 mar. 2020.
- PETRELLA, Ricardo. *O manifesto da água: argumentos para um contrato mundial*. Trad. Vera Lucia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Lisboa: Edições Afrontamento, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental: nossa casa planetária*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SIMMEL, Georg. "A natureza sociológica do conflito". In: *Sociologia*. MORAES FILHO, Evaristo. Georg Simmel. São Paulo: Ática, 1983.
- SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?*. Curitiba: Juruá, 2010.
- TASSIGNY, Monica M.; SANTOS, Ivanna Pequeno dos; SANTOS, Jahyra Helena P. dos. "Água é um sujeito de direito? Uma visão etnocêntrica da água". *Revista*

- de Direito Ambiental*, ano 22, nº 85, janeiro-março de 2017.
- TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. "O direito ambiental e seus princípios informativos". *Revista de Direito Ambiental*, ano 08, nº 30, abril-junho de 2003.
- VASCONCELOS, Priscila E.A., VASCONCELOS, Paulo S. "A Mediação e Arbitragem como formas de solução de conflitos envolvendo os contratos do Agronegócio sob a égide do Novo Código de Processo Civil". In: *Diálogos em Administração de Conflitos, Estado e Cidadania. Estudos em Homenagem a Professora Doutora Maria Stella Amorim*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- VERISSIMO, Luis Fernando. *Comédias da vida privada*. São Paulo: L&PM EDITORES. 1996.
- VIOLA, Eduardo J. "A problemática ambiental no Brasil (1971-1991): da proteção ambiental ao desenvolvimento sustentável". In: *Pólis*. Ambiente urbano e qualidade de vida. nº3, 1991.
- WARAT, Luis Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). *The United Nations World Water Development Report 2017*. Wastewater: The Untapped Resource. Paris, UNESCO.

## **Acidentes de trabalho pelas lentes criminológicas do dano social: um estudo de caso na jurisdição penal de Passo Fundo-RS**

Work accidents through the criminological lenses of social damage: a case study in the criminal jurisdiction of Passo Fundo-RS

**Felipe da Veiga Dias**  
**Victória Barcarollo Ficagna**  
IMED - Passo Fundo - RS

**Sumário:** Introdução. 1. O dano social na visão criminológica. 1.1. Acidentes de trabalho na perspectiva de dano social. 2. Omissão de acidente de trabalho: um paralelo entre a esfera trabalhista e a penal. 2.1. A visão jurídico-penal local acerca da responsabilidade do empregador ante o contexto de dano social. Conclusão.

**Resumo:** A presente pesquisa se detém na omissão empresária nos casos de acidente de trabalho, isto é, como se dá a responsabilização penal por estas omissões e quais os danos sociais produzidos no atual modelo de produção econômico-capitalista? O estudo será aprofundado ainda no plano local, a partir da apreciação de um estudo de caso processual, a fim de compreender como o Judiciário imputa a responsabilização penal aos empregadores. O estudo adota a leitura da criminologia crítica, para assim estudar tais omissões como premissas ensejadoras de dano social à coletividade, uma vez que o poderio econômico capitalista, que domina as relações de trabalho, difunde um cenário de proteção estrutural do Estado que busca invisibilizar as omissões empresárias. As correlações do estudo adotam o método dedutivo e da técnica de pesquisa da documentação indireta. Conclui-se que o caso analisado revela o comportamento endêmico do tratamento judicial-penal no sentido de atenuar a significação dos acidentes de trabalho, corroborando ferramentas discursivas e decisões que ocultam os danos sociais advindos dos abusos estatais-corporativos como parte da dinâmica capitalista.

**Palavras-chave:** Acidente de trabalho. Dano social. Responsabilização Criminal. Criminologia Crítica.

**Abstract:** The present research focuses on the entrepreneurial omission in cases of work accidents, that is, how does the criminal liability for these omissions occur and what are the social damages produced in the current model of economic-capitalist production? The study will be further developed at the local level, based on the assessment of a procedural case study, in order to understand how the Judiciary attributes criminal liability to employers. The study adopts the reading of critical criminology, in order to study these omissions as premises that give rise to social damage to the community, since the capitalist economic power, which dominates labor relations, spreads a scenario of structural protection of the State that seeks to make the entrepreneurial omissions. The correlations of the study adopt the deductive method and the research technique of indirect documentation. It is concluded that the analyzed case reveals the endemic behavior of the judicial-criminal treatment in order to mitigate the significance of accidents at work, corroborating discursive tools and decisions that hide the social damages arising from state-corporate abuses as part of the capitalist dynamics.

**Keywords:** Work accident. Social damage. Criminal liability. Critical criminology.

## **Introdução**

O número temeroso de ocorrências de acidentes de trabalho, nos últimos anos, é gradativo conforme demonstram dados do Ministério Público do Trabalho (MPT), onde, no ano de 2018, foram registrados 2.022 casos de acidente de trabalho com óbito no Brasil, número esse, excedente comparado aos anos anteriores<sup>1</sup>.

Ocorre que, tal incidência de acidentes de trabalho registrados perante a Previdência Social e comunicados ao Ministério do Trabalho, é muito aquém da realidade, considerando os casos de omissão das ocorrências perante aos órgãos responsáveis. No mesmo sentido, sequer há fiscalização habitual das entidades competentes para acompanhar os reveses das atividades laborais.

Assim, é de suma importância compreender como as condutas dos empregadores são interpretadas pelo Judiciário, e de que forma tais omissões empresárias constituem o vértice para a ocorrência de danos sociais em um contexto de proteção estrutural do Estado.

À vista disso, em um primeiro momento, far-se-á uma correlação acerca da visão criminológica crítica com a questão dos acidentes de trabalho segundo o panorama do dano social. Em um segundo plano, se construirá um paralelo entre a esfera trabalhista e a penal, no que tange a penalização dos empregadores, quando da ocorrência de acidentes de trabalho. Ainda, será apresentado um processo judicial, o qual será objeto de análise da visão do Judiciário acerca das condutas do empregador, levando em consideração seus aspectos objetivos e subjetivos.

O problema de pesquisa parte do cenário nacional em que se registram elevados índices de acidentes de trabalho e, a partir disso, se pretende compreender como se dá a interpretação da jurisdição penal às condutas omissas dos empregadores que deram causa a um acidente de trabalho, como ocorre a responsabilização no âmbito penal e, por conseguinte, e como tais condutas geram danos sociais massivos.

O método de pesquisa adotado é o dedutivo, tendo em vista que já se parte da premissa da existência da nova espécie de ofensa para fins de responsabilização, isto é, o dano social em decorrência de infortúnios que envolvam o coletivo. A pesquisa tem viés qualitativo, uma vez que, a partir da análise da interpretação do Judiciário por meio de situações *sui generis*, munida de relatos, acontecimentos, e descrições particularizadas, se busca compreender a correlação e seu enquadramento como um fenômeno ensejador de danos sociais. Cabe mencionar ainda a utilização da técnica de pesquisa de documentação indireta, com ênfase bibliográfica.

## **1. O dano social na visão criminológica**

No que tange à perspectiva criminológica, é imprescindível fazer um paralelo entre a criminologia interacionista e a crítica, que, atualmente, ganha novos contornos e se desprende da lógica do rotulacionismo ou mesmo das teorias do conflito. Parte-se então de que o delito não é definido como uma conduta individualizada do sujeito (afasta-se a visão ontológica do crime), mas sim, fruto dos contextos sociais em que ele está inserido, configurando um fato social (dentro dos interesses conflitantes)<sup>2</sup>, bem como, imputando condutas criminosas aos indivíduos mais vulneráveis por meio de “etiquetas/estigmas”.

---

<sup>1</sup> KONCHINSKI, F. *Número de Mortes por acidente de trabalho volta a crescer após 5 anos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/16/mortes-no-trabalho-voltam-a-crescer-especialistas-criticam-reforma-de-2017.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

<sup>2</sup> CARVALHO, S. de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 283.



[...] as teorias conflituais da criminalidade não conseguiram superar os limites fundamentais dos desenvolvimentos criticamente mais avançados da teoria do labelling. Estas - como se recordará -, mesmo denunciando a desigualdade e a relação de antagonismo e de hegemonia entre os grupos, carecem de uma análise que desça da esfera política à individualização das condições estruturais da sociedade, na qual aqueles grupos interagem e se confrontam<sup>3</sup>.

Nada obstante, pontua-se que a criminologia crítica supera as teorias da criminologia tradicional, apontando os óbices para a superação do rotulacionismo e das abordagens conflituais na medida em que se utiliza de uma criminologia macrocriminológica segundo Carvalho<sup>4</sup>, “[...] permite atualizar a crítica das violências produzidas pela lógica de governança do capitalismo contemporâneo (violência estrutural) e problematizar a funcionalidade das instituições do sistema punitivo (violência institucional) [...]”

Ademais, a criminologia crítica intitula como óbice, a seletividade de controle penal, para, tão somente, punir delitos cometidos por indivíduos em situação de vulnerabilidade e, com observância despótica e arcaica da legislação penal (inserida no contexto da luta de classes e atrelada ao modo de produção)<sup>5</sup>. Outrossim, manter estável a insuficiência de punibilidade dos crimes corporativos e de Estado (crimes dos poderosos)<sup>6</sup> a fim de preservar uma manobra constante de um complexo capitalista, também se constitui uma das críticas apontadas.

Nessa acepção, se considera uma política criminal voltada tão somente aos crimes de rua e, por consequência, se atribui a esses importância desproporcional aos prejuízos causados a sociedade, enquanto atividades danosas em maior proporção são realizadas por agentes pertencentes às classes sociais mais altas.

Com base no questionamento do papel da criminologia crítica e seus objetos, passa a ser inserida a perspectiva dos danos sociais, como marco de ruptura epistemológica, permitindo tratar na análise criminológica aspectos antes ignorados com base no enfoque criminal, como nos casos de “mortes de milhares de crianças, diariamente, por desnutrição, acesso restrito a medicamentos e aumento de enfermidades curáveis, pobreza, pauperização, declarações de responsáveis políticos que geram pânico econômico”<sup>7</sup>.

A partir deste cenário, aos olhos de Hillyard e Tombs<sup>8</sup>, o dano social, enquanto objeto de estudo, viabiliza uma margem maior de perspectivas, sobretudo no âmbito da vitimização. Essa linha permite pesquisas acerca de situações decorrentes do desemprego, riscos de saúde no ambiente de trabalho, violência estatal, violações

<sup>3</sup> BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 144 – 145.

<sup>4</sup> CARVALHO, S. de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 300.

<sup>5</sup> LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. 2 ed. Madrid: Siglo XXI Editores España, 1992. p. 112.

<sup>6</sup> BARAK, G. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*. v. 11, n. 2, p. 104 – 114, jul-dez. 2015.

<sup>7</sup> SARMIENTO, C. E. B.; CHAMORRO, S. C.; CUÉLLAR A. F.; BEIRAS, I. R.; TAMAYO, I. V.; SOARES, M. Q. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, n.3, Set-Dez, Passo Fundo-RS, 2017. p. 63

<sup>8</sup> HILLYARD, P.; TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? *Revista Crítica Penal y Poder*. n. 4, p. 175 – 196, marzo. 2013. p. 184.

ambientais e outras condições de precariedade<sup>9</sup> que afetam sobremaneira o modo de vida de uma população. Assim, a partir de um estudo profundo desta nova modalidade de dano, a criminologia crítica vem superando parâmetros estabelecidos pelo direito penal, onde usualmente se preconiza a inteligência tão somente acerca do controle de crime.

Os autores ainda mencionam que os danos sociais se consubstanciam aos danos físicos, danos financeiros e econômicos, danos emocionais e psicológicos. Tal dimensão das ramificações do dano social se verifica na medida em que acidentes de trabalho, por exemplo, culminam em mortes, lesões, violências, torturas, enfermidades e prováveis doenças. Concernente aos prejuízos financeiros, a pobreza, o desemprego e a eliminação de bens materiais estaria elencada como vértice principal<sup>10</sup>.

Instaurar no campo da criminologia o estudo acerca do dano social, significa ampliar a cognição no que tange os desdobramentos do comportamento dos empregadores e terceiros, que deram causa a um acidente de trabalho, mesmo que a legislação se concrete como um mecanismo de manutenção do *status quo* das classes dominantes em detrimento da classe trabalhadora. Posto isso, a título de curiosidade cabe o registro de que alguns estudiosos indicam inclusive a sugestão de tratar a área a partir de uma nova denominação (em substituição a criminologia), a zemiologia, enquanto campo do estudo do dano<sup>11</sup>.

Assim, oferta-se ao campo criminológico crítico a apreciação de condutas criminosas (mesmo que não previstas na legislação criminal), perpetradas por “Estados e Mercados, e que são capazes de causar danos sociais massivos, seja no âmbito dos conflitos bélicos, favorecimentos corporativos/empresariais, omissões prestacionais ou aos abusos sobre o meio ambiente”<sup>12</sup>.

A lógica capitalista arraigada de violações (embora escape, oportunamente, ao plano de definição criminal) e com enfoque em gerenciar os meios de produção das empresas para a obtenção de lucro, indica a inércia da classe empresária quanto à proteção do proletariado para evitar acidentes de trabalho, tendo, como escopo, auferir rendimentos e benefícios, ainda que, ultrapasse o múnus de tutela protetiva com os seus trabalhadores, expondo os mesmos a riscos excepcionais.

Nesta baila, parte da criminologia crítica ao perceber a insuficiência dos objetos criminológicos propõem a inserção dos danos sociais, enquanto elemento a dar visibilidade e independente das categorias atreladas ao crime. Essa categoria relaciona-se com os acidentes de trabalho:

o dano social aparece como um objeto de profundas possibilidades analíticas quando se pensa epistemologicamente na criminologia. Trata-se de permitir que as mortes mais numerosas e invisíveis possam aparecer, além de as vozes que estão silenciadas por detrás delas – de familiares de vítimas, de associações de afetados, de organizações não governamentais, e mesmo de cientistas contrapostos à lógica do mercado – possam recuperar a capacidade de emitirem um grito de resistência perante os gigantes sem nome e sem face que provocam tanto sofrimento.

<sup>9</sup> LIMA, P. L. S. de; TORRES, R. L. Redução a condição análoga à de escravo na sociedade moderna e função social da empresa. *Cadernos de Direito Actual*, n. 11, p. 225-244, 2019.

<sup>10</sup> HILLYARD, P.; TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? *Revista Crítica Penal y Poder*. n. 4, p. 175 – 196, marzo. 2013. p. 184.

<sup>11</sup> SILVEIRA, A. M. *Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de Osasco-SP: um estudo criminológico a partir da representação das vítimas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Meridional IMED, Passo Fundo, 2018. p. 28.

<sup>12</sup> DIAS, F. da V.; BUDO, M. D. N. Criminologia verde e a responsabilidade do estado no esvaziamento do licenciamento ambiental na política nacional do meio ambiente. *Meritum - Revista de Direito da Universidade FUMEC*. v. 14, n. 1, 2019. p. 283.

Garantir que a criminologia não perca os poderosos de vista, sobretudo na relação entre Estados e Mercados, é o primeiro passo na compreensão desses danos gigantescos por eles causados, e, simultaneamente, na busca pelas alternativas a esse sistema<sup>13</sup>.

Com base nisso Sarmiento<sup>14</sup> expõe à proporção do alcance dos danos sociais para o campo criminológico, aludindo que as definições legais servem como simplificações que impedem a verificação de situações concretas mais prejudiciais do que aquelas incluídas nas previsões criminais e que ganham destaque midiático.

Cabe ressaltar, que, na visão de Hillyard e Tombs<sup>15</sup>, os danos sociais alcançam populações vulneráveis ou tratadas de forma discriminatória na sociedade capitalista, as quais elencam como pessoas de diferentes gêneros, classes sociais, grupos raciais e étnicos, de orientação sexual, grau de capacidade física e idade diversa.

Os danos sociais são produzidos com base na proteção estrutural do Estado, em conjunto com corporações, para invisibilizar tais atos, enquanto fenômenos criminosos, ou mesmo de necessária atuação do sistema penal. “A partir desta perspectiva, então, a inter-relação cada vez mais clara entre sofrimento e globalização nos permite ver” que o sistema penal opera em relação aos danos sociais, seja no plano interno ou internacional, de forma absolutamente limitada, com processos “pouco eficazes e, às vezes, obsoletos”<sup>16</sup>.

Dessa forma, passam despercebidas as ações/omissões das corporações/empresas e, por conseguinte dos empregadores. Concretiza-se assim a não responsabilização dos mesmos na esfera penal, bem como, naturalizam-se os efeitos negativos que tais condutas refletem no corpo social, leia-se, dano social, em diversas dimensões, as quais são, sobremaneira, mais nocivas quando se compara ao cenário do mero ilícito penal.

Assim, expandir a concepção da criminologia para a lógica dos crimes estatais-corporativos em um contexto social-capitalista, fomenta a convergência de proteção para diretrizes humanitárias, na medida em que, considerando os danos sociais massivos causados pelas corporações e Estados, as vítimas das ocorrências de acidentes de trabalho, ganhariam visibilidade aos olhos da tutela jurisdicional<sup>17</sup>.

A temática é dotada de relevância perante diversas áreas, tendo em vista a cobertura de alcance do tema dano social relacionado aos acidentes de trabalho. Ademais, verifica-se no tema a superficialidade das sanções na esfera penal, uma vez que as condutas dos indivíduos perpassam tão somente a imputação de homicídio culposo. Isso significa que, neste estudo, se parte da ruptura epistemológica da criminologia crítica, no que toca aos seus objetos contumazes de pesquisa como forma de inclusão dos processos e pessoas ocultadas pelo sistema penal.

Na medida em que a prática dos crimes estatais-corporativos é realizada através de múltiplas facetas e, em diferentes contextos sociais, há uma aparente violação de direitos humanos, porquanto os almejados capitalistas de mercado se sobressaem em

<sup>13</sup> BUDÓ, M. D. N. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. *Revista Brasileira de Direito*. v. 12, n. 1, p. 127 – 140, jan-jun. 2016. p. 137.

<sup>14</sup> SARMIENTO, C. E. B.; CHAMORRO, S. C.; CUÉLLAR A. F.; BEIRAS, I. R.; TAMAYO, I. V.; SOARES, M. Q. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, n.3, Set-Dez, Passo Fundo-RS, 2017. p. 64.

<sup>15</sup> HILLYARD, P.; TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? *Revista Crítica Penal y Poder*. n. 4, p. 175 – 196, marzo. 2013. p. 184.

<sup>16</sup> SARMIENTO, C. E. B.; CHAMORRO, S. C.; CUÉLLAR A. F.; BEIRAS, I. R.; TAMAYO, I. V.; SOARES, M. Q. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, n.3, Set-Dez, Passo Fundo-RS, 2017. p. 65.

<sup>17</sup> SOARES, M. Q. Introdução à Criminologia Global: superando a crise da Criminologia Crítica. *Revista Publicum*. Vol. 3, n. 1, p. 190-208. Rio de Janeiro-RJ. 2017. p. 205.

detrimento dos interesses sociais. Assim, de acordo com Silveira e Medeiros<sup>18</sup> “vozes e pensamentos se calaram diante de um sistema organizacional preparado para alcançar determinados interesses”.

É através do sistema legal, então, que o Estado explicitamente e poderosamente protege os interesses da classe capitalista dominante. O controle do crime se torna o meio coercitivo de fiscalizar ameaças à organização econômica existente. O estado define seu bem-estar em termos do bem-estar geral da economia capitalista. O controle do crime no Estado capitalista é o meio concreto para proteger os interesses da economia capitalista<sup>19</sup>.

A lógica da proteção estatal às omissões empresariais fundamentadas na produção de lucros e cumprimento de metas, é análoga ao caso de países como Colômbia, Quênia, Papua-Nova Guiné, e Burma/Mianmar, em que a violência e o controle estatal estavam conexos com corporações criminosas que buscavam o controle de propriedades de terra e gestão de recursos naturais<sup>20</sup>. Basta ver que, as condutas criminosas estatais-corporativas são endêmicas, fazendo parte da dinâmica operacional do capitalismo contemporâneo.

Logo, a invisibilidade de tais omissões encontra amparo na displicência dos meios de comunicação, do controle jurisdicional penal e na academia, uma vez que todo aparato penal é estruturalmente construído com base em uma logística focada para auferir riqueza em detrimento dos interesses sociais. “Essas tragédias constituem-se tabus e, principalmente, no Brasil, a cobertura jornalística, quando se trata de corporações, é bastante discreta. Há um silêncio acerca desses fatos”<sup>21</sup>.

Tal contexto capitalista fomenta no Judiciário uma definição positivista do olhar criminológico, sem, contudo, atentar-se ao que se encontra além dos típicos crimes de rua, olvidando-se assim, do real objetivo da criminologia crítica que tem como enfoque a preocupação com as causas sociais. Portanto as abordagens críticas acerca do dano social ganham em escopo e igualmente em impacto ao dar visibilidade a processos naturalizados de violação.

A exposição do risco aos trabalhadores denota uma estabilidade do poderio corporativo, dessa forma “cabe à criminologia crítica, com seu objetivo transformador e crítico do capitalismo e das condições de reprodução social das desigualdades que o próprio sistema de justiça criminal efetiva, trazer a lume a danosidade social das condutas dos poderosos”. Ademais, “o olhar científico da criminologia pode contribuir nesse campo na tentativa de visualização dos danos como atos que mostram ser o capitalismo ele próprio criminogênico”<sup>22</sup>.

Portanto, em que pese a tradição da catalogação a título indenizatório, partindo-se, pois, para uma sanção na esfera penal, compreendendo a ocorrência dos acidentes de trabalho a partir de uma premissa de dano social, o empregador que deu causa ao acidente de

---

<sup>18</sup> SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014. p. 228.

<sup>19</sup> TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro-RJ, Editora Graal. 1980. p. 244.

<sup>20</sup> GREEN, P. O desafio do Crime de Estado. In: CARLEN, P.; FRANÇA, L. A. (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 456.

<sup>21</sup> SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014. p. 231.

<sup>22</sup> BUDÓ, M. D. N. A blindagem discursiva das mortes causadas pelo amianto no Brasil: Criminologia crítica e dano social. *Conpedi Law Review*. Vol. 2. n. 1. p. 1-21, jan/jun. 2016. p. 16 – 17.

trabalho, poderia não somente ser considerado como um indivíduo que age com imprudência, negligência ou imperícia, como, inclusive, autor de danos massivos à população.

### 1.1. Acidentes de trabalho na perspectiva de dano social

Quando se fala dos danos sociais advindos de atividades laborais, cumpre salientar que tal temática não é limitada à indenização e alcance de danos ou prejuízos tão somente à vítima e familiares, mas sim, se traça um paralelo dos acidentes de trabalho uniformizados com os danos massivos produzidos por agentes poderosos (sejam eles privados ou estatais), os quais afetam uma população inteira.

Na medida em que ocorre um acidente de trabalho, culminando com a fatalidade na vida do trabalhador, se visualiza a figura de pais, mães, irmãos, avós, colegas de trabalho, participantes de entidades, frequentadores de determinada religião e afins. São indivíduos atuantes no corpo social e que, além de seu óbito acarretar em danos reflexos aos familiares, uma gama de pessoas com quem a vítima tinha convívio é afetada por danos psicológicos e sociais. Não bastasse o dano incomensurável pelo óbito, isto se expande ao passo que, sendo a vítima a provedora da subsistência dos que dela necessitam, os enlutados ficarão à mercê do suprimento financeiro o que influenciará que seus dependentes cresçam em condições de descrença e desamparo<sup>23</sup>.

Ainda, na visão dos autores, tais danos psicológicos e condições de desamparo em termos financeiros aumentam na medida em que o Estado permanece silente quanto a garantia do trabalhador voltar vivo do trabalho ou, se voltar, retornar em condições não salutaras de saúde, por conta de um sistema penal voltado a suprir os interesses da classe empregadora, a qual detém os meios de produção.

Devido a multiplicidade de fatores a serem considerados nos estudos acerca dos danos sociais aos trabalhadores, entende-se a justificativa para que as proposições sejam multidisciplinares, possuindo assim “potencial de abordagem que foge dos limites baseados no conceito de crime, ao qual a criminologia esteve aprisionada por muitos anos”<sup>24</sup>.

Na seara jurisdicional, tal interpretação dos danos sociais ocasionados pelos acidentes de trabalho é basilar, tendo em vista que indenizar serve apenas para imunizar, ou seja, o sujeito paga para não ser responsabilizado e o Estado permite que isso aconteça legitimando tais ações. Tão logo, é de suma importância compreender até onde tem alcance a preocupação e o interesse do Judiciário em sancionar os empregadores omissos quando da ocorrência dos acidentes de trabalho, a fim de que não se torne uma mera indústria da indenização, enquanto se ignoram elementos de reflexão fruto de outros campos científicos, além da seara jurídico-penal.

Outro ponto que merece destaque, é a titulação dada ao termo acidente de trabalho, como forma de minimizar a responsabilidade dos empregadores. De acordo com Tombs e White<sup>25</sup>, os crimes de segurança (*safety crimes*) recebem a conotação de acidentes, desastres, tragédias e fatalidades e denotam uma linguagem corporativa que ensejam uma possível culpa do empregado como se o mesmo fosse desidioso, descuidado, desastrado ou negligente, dando causa, por vezes, exclusiva ao acidente. Assim, na medida em que tal linguagem abstrata é suscitada, inclusive, pelo senso comum, isto se torna o campo de visão do

<sup>23</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 61.

<sup>24</sup> SILVEIRA, A. M. *Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de Osasco-SP: um estudo criminológico a partir da representação das vítimas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Meridional IMED, Passo Fundo, 2018. p. 29 e PANTAZIS, C.; HILLYARD, P.; TOMBS, S.; GORDON, D. Social Harm’ and its limits? In: DÖRLING, D.; GORDON, D.; HILLYARD, P.; PANTAZIS, C.; PEMBERTON, S.; TOMBS, S. *Criminal obsessions: Why harm matters more than crime*. London: Will McMahon, 2005.

<sup>25</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 89 – 90.

Judiciário, dificultando a caracterização de um dano social e tornando exíguas as notificações às autoridades competentes, refletindo de forma negativa e parcial a investigação sobre o acidente de trabalho.

É preciso dar sentido coerente e aceitável àquilo que percebem como inevitável e, deste modo, a visão fatalista dos acontecimentos atua, inclusive, no sentido de amortecer o medo e facilitar a aceitação do risco. Não fosse isso, voltar ao trabalho depois de ter sofrido algum acidente, ou até mesmo após presenciar a morte de um companheiro, seria uma tarefa ainda mais sofrida, senão impossível<sup>26</sup>.

Ademais, termos alternativos como matança industrial, viabilizariam um conteúdo semântico relacionado a causas sociais, políticas e jurídicas e, por óbvio, elucidariam uma investigação mais concreta e transparente das autoridades ao ampliar sua visão tipicamente restrita entre vítimas e culpados<sup>27</sup>.

Ainda, na visão dos autores citados, a criminologia faz apologia dos acidentes de trabalho à tipificação de um crime de violência, genocídio, e, até mesmo, holocausto, dada a gravidade dos danos sociais que acompanham as atividades laborativas quando prestadas de forma a sujeitar a vida do trabalhador a riscos excepcionais. Posto isso, os crimes de segurança (*safety crimes*) seriam catalogados como crimes propriamente ditos<sup>28</sup>, embora o tratamento diverso da atual resposta do sistema penal.

Nesses casos, inserir o empregado como responsável “indireto” ou, até mesmo com culpa exclusiva, individualizando a conduta sobre o obreiro, sendo considerado o responsável pela sua segurança ocupacional, torna o controle judicial-penal um leito de isenções às vestes da irresponsabilidade dos empregadores<sup>29</sup>.

A partir desta perspectiva, o dano social, possui abrangência na área econômica, consumo, segurança, saúde, preceitos morais e afins, o que significa que seu espectro abrange os processos de violação humana e não humana independente da previsão jurídica. Ora, no caso de acidentes de trabalho, é notório que infortúnios com proporções agressivas, desencadeiam um cenário de descaso, comoção e prejuízo, tanto para a vítima e seus próximos familiares, quanto para quem deu causa, considerando a gritante incidência de acidentes de trabalho que culminam em óbito. Inclusive, considerando a massa capitalista que acoberta a lucratividade dos empregadores, parafraseando Tombs e White<sup>30</sup>, tal circunstância alarga a incidência de desigualdades de gênero, social e de raça.

Dessa maneira, é temeroso, considerando a abrangência das áreas de afetação, que a responsabilização do empregador que deu causa ao acidente, tão somente se encaixe no rol da indústria da indenização, sem quaisquer outras formas de resolução do conflito ou sanção, muito embora, o âmbito judicial-penal silencie sobre tais ocorrências. Como bem relata Silveira e Medeiros<sup>31</sup>, “[...] os crimes corporativos: não causaram mais espanto; é um fato banal, como se fosse algo comum”.

Dessa forma, cabe ao Estado exercer sua função social, dando a tutela necessária a título indenizatório aos familiares da vítima/empregado e demais pessoas que forem legitimadas ao recebimento de valores e apoio estrutural dos entes públicos. Na mesma senda, os riscos da atividade laboral poderiam ser amenizados a partir de políticas públicas, análises,

<sup>26</sup> BORSOI, I. C. F. Acidente de Trabalho, Morte e Fatalismo. *Psicologia & Sociedade*. 17 (1): p.17-28, jan./abr., 2005. p. 26.

<sup>27</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 89 – 90.

<sup>28</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 136.

<sup>29</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 89 – 95.

<sup>30</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 228.

<sup>31</sup> SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014. p. 230.

treinamentos, supervisões e planejamentos de uma logística laboral que atente às condições de medicina, segurança e saúde no trabalho<sup>32</sup>.

É determinante, portanto, que o ente Estatal vislumbre as condutas dos empregadores, como ensejadoras de danos sociais, levando em conta que o dano advindo de um acidente de trabalho, atrelado à conduta culposa ou dolosa do empregador são refletidos de maneira abrangente e prejudicial na coletividade.

## **2. Omissão de acidente de trabalho: um paralelo entre a esfera trabalhista e a penal**

No tocante ao tema dos acidentes de trabalho, a forma usual de resolução dos conflitos se dá por intermédio de indenizações na esfera trabalhista, sem, contudo, se revestir de aprofundamento no debate dos danos ou, sequer mencionar à responsabilização penal do empregador, uma vez que sua conduta dolosa ou culposa se constitui em mola propulsora para a ocorrência do acidente de trabalho<sup>33</sup>.

A legislação vigente no país positiva ainda, sobre o dever do empregador em adotar as medidas de segurança e proteção no trabalho, bem como, prestar informações no que tange aos riscos da atividade laboral. Ocorre que, a desimportância judicial-penal dada às omissões empresariais no cumprimento das normas de segurança no trabalho, é perceptível quando, no decorrer da legislação, tais condutas se constituem mera contravenção penal passível de multa.

Em síntese, a redação formalizada da pretensão indenizatória faz menção meramente à responsabilidade civil do empregador, muito embora, o gravame empresário é evidenciado na medida em que as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde do Trabalho (NR's) não são observadas de maneira correta, e, por vezes, sequer atendidas e cumpridas pelas empresas, bem como, os mecanismos de prevenção de acidentes de trabalho são insuficientes.

Ademais, é nítido o desconhecimento das autoridades competentes acerca do número concreto de ocorrências de acidentes de trabalho, uma vez que as comunicações de acidente de trabalho (CAT's), muitas vezes, não são emitidas pelo empregador (algo semelhante ao já evidenciado pelo campo criminológico a respeito da cifra oculta)<sup>34</sup>.

Aos olhos de Tombs e White<sup>35</sup>, a ausência de mecanismos hábeis e eficazes para inspecionar e sancionar os empregadores que incorrem culposa ou dolosamente para a ocorrência de um acidente de trabalho, implica na forma como o Estado traz respostas aos crimes de segurança (*safety crimes*).

À vista disso, frente ao silêncio jurisdicional, a instauração de um possível inquérito policial para a verificação da conduta dolosa do empregador não se consuma, e, tendo em conta os valores restritos a título de indenização, os empregadores omissos quanto às diligências do contrato de trabalho debruçam-se às vestes da Justiça para, sem prejuízo da economia da empresa, arcar com a contraprestação pecuniária e se ver livre das amarras judiciais. Dessa forma, os empregadores olvidam-se dos danos que suas condutas fomentam na esfera econômica, social, familiar, democrática e sustentável, o que é digno de repreensão.

---

<sup>32</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 209.

<sup>33</sup> Segundo a legislação nacional essa seria a noção de acidente de trabalho: Art. 19. Acidente de trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. BRASIL. *Lei 8.213 de 1991*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm). Acesso em: 28 de outubro de 2019.

<sup>34</sup> CASTRO, L. A. de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 68.

<sup>35</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 207.

[...] assim, o Estado e seu correspondente sistema legal reflete e serve às necessidades da classe dominante. A ordem legal beneficia a classe dominante no mesmo processo de dominação das classes que são dominadas, e pode ser acrescentado que o sistema legal impede as classes dominadas de se tornarem poderosas<sup>36</sup>.

Apesar da referência judicial penal em tais processos indenizatórios ser esquecida e inexecutável, considerando o aparato protetivo marcado pela mercantilização do trabalho às lentes do Estado capitalista, verifica-se que os procedimentos investigatórios na seara penal, embora em números exíguos, podem ocorrer ainda durante o processo indenizatório em curso na Justiça Especial. Isto é, um dos pedidos finais da peça indenizatória trabalhista poderá ser a intimação do Ministério do Trabalho e Previdência Social para que, dentro da sua competência, proceda à análise do acidente de trabalho e aos trâmites da investigação penal, que, em momento posterior, será julgado pela Justiça Penal.

A partir da análise apresentada pelo Ministério do Trabalho, conforme elencado entre os pedidos da ação indenizatória da competência da Justiça do Trabalho, o próximo passo será o encaminhamento do laudo de investigação do acidente de trabalho ao Ministério Público do Trabalho do município que possui competência e jurisdição para tomar as medidas de responsabilização cabíveis, e, o encaminhamento do mesmo documento à Delegacia de Polícia.

O laudo de investigação de acidente de trabalho apresentado pela autoridade competente deve conter as seguintes informações: dados do empregador, descrição do local do acidente e das atividades desempenhadas pelo empregado, informações sobre o acidentado, condições ambientais do meio ambiente de trabalho, fatores que contribuíram para a ocorrência do acidente, autos de infrações lavrados, comunicação de acidente de trabalho (CAT), demais documentos administrativos concernentes ao acidente e anexos correspondentes.

A partir do momento em que as autoridades policiais e o Ministério Público tomam conhecimento do acidente, por meio do documento emitido pelo Ministério Público do Trabalho, "cabe ao delegado de polícia, tomando conhecimento da ocorrência de um acidente de trabalho ou do perigo a que expostos os trabalhadores, instaurar um inquérito, apurar as responsabilidades e oferecer denúncia ao Ministério Público"<sup>37</sup>.

Assim, já em sede de competência penal, pode ser imputado ao empregador negligente/imprudente/imperito ou omissor, um julgamento na esfera criminal, pelo Júri Popular, caso entenda-se que a conduta foi dolosa. Em sentido diverso a conduta pode ser enquadrada como ilícito culposo, restando o episódio acidentário restrito ao sancionamento penal aparente e ao mesmo tempo estando em um campo indenizatório, no tocante a esfera da Justiça Especial, pois se limitaria ao *quantum debeatur*, conforme bem se depreende no discorrer do texto da Reforma Trabalhista no que tange à catalogação das indenizações<sup>38</sup>.

Oportuno ressaltar que, a responsabilização não se limita somente ao empregador, mas sim, qualquer pessoa que tenha a obrigação de tomar as medidas de

<sup>36</sup> TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro-RJ, Editora Graal. 1980. p. 237.

<sup>37</sup> MELO, R. S. de. Responsabilização penal dos culpados por acidentes de trabalho. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/reflexoes-trabalhistas-responsabilizacao-penal-culpados-acidentes-trabalho>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei 13.467 de 2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 05 de setembro de 2020.



proteção no trabalho pode sofrer imputações pelo acidente, tais como, Engenheiros e Técnicos de Segurança, membros da CIPA, representante dos trabalhadores<sup>39</sup>.

A redação do Código Penal, esculpida, sobretudo nos artigos 121, 121 §3º e §4º, 129 e 132<sup>40</sup>, positivam a previsão legal de responsabilização penal aos empregadores que concorrem culposamente ou dolosamente para a ocorrência de um acidente de trabalho. Muito embora exista um silêncio legislativo no que tange as relações de trabalho e seus desdobramentos na esfera penal, os dispositivos supracitados são aplicados de forma análoga a tais situações.

Para apurar as responsabilidades pelos acidentes de trabalho, os sindicatos de trabalhadores têm importante papel, denunciando não somente as condições inseguras de trabalho, mas também as ocorrências de acidentes ao Ministério do Trabalho, ao Cerest, ao Ministério Público do Trabalho e ao delegado de polícia local, para cada um adotar as devidas providências no seu âmbito de atuação<sup>41</sup>.

Parte da responsabilidade do empregador se dá tendo em vista as suas práticas empresárias, a exemplo, pressões para cumprir metas, treinamentos por vezes falhos, velocidade e intensidade do trabalho que, muito embora desrespeite a legislação acerca de saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, torna-se mais proveitoso aderir a esta logística de trabalho em detrimento de custos e falta de investimentos<sup>42</sup>.

A legislação penal deveria, em tese, buscar salvaguardar a integridade física e fomentar condições salutaras de trabalho ao proletariado, efetivando os preceitos estabelecidos na Constituição Federal. Todavia, verifica-se operacionalmente a eficácia invertida do sistema penal, reforçando desigualdades sociais enquanto não cumpre com suas próprias funções declaradas<sup>43</sup>.

No entanto, o governo é quem cria as leis definindo a tipificação de crime e, induzindo como as leis devem ser cumpridas, não se olvidando, por óbvio, o privilégio aos mais poderosos quanto à sua aplicabilidade<sup>44</sup>. Esse quadro de invisibilidade e conivência do sistema penal fomenta um cenário de reiterados casos de danos sociais, em virtude de acidentes de trabalho, resultantes de condutas dolosas ou culposas, por parte dos empregadores.

## **2.1. A visão jurídico-penal local acerca da responsabilidade do empregador ante o contexto de dano social**

A análise do caso prático se dá através da ação penal n. 021/2.16.0007386-6, que tramita na 3ª Vara Criminal da Comarca do município de Passo Fundo – RS. Trata-se de denúncia ofertada pelo Ministério Público, após tomar conhecimento do acidente de

<sup>39</sup> MELO, R. S. de. Responsabilização penal dos culpados por acidentes de trabalho. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/reflexoes-trabalhistas-responsabilizacao-penal-culpados-acidentes-trabalho>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

<sup>40</sup> BRASIL. *Código Penal*. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 agosto de 2020.

<sup>41</sup> MELO, R. S. de. Responsabilização penal dos culpados por acidentes de trabalho. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/reflexoes-trabalhistas-responsabilizacao-penal-culpados-acidentes-trabalho>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

<sup>42</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 95.

<sup>43</sup> ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia*: O controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 136.

<sup>44</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 95.

trabalho que ceifou a vida de um trabalhador, por meio da investigação e diligências tomadas pelo Ministério do Trabalho.

O pleito indenizatório em decorrência do óbito no acidente de trabalho, se inaugurou ainda na Justiça do Trabalho, isto é, a partir da ação indenizatória trabalhista de n. 0020745-88.2015.5.04.0664, figurando como Reclamante a esposa do trabalhador falecido e, como Reclamada e Empresa na qual a vítima laborava, na pessoa dos seus sócios. A pretensão indenizatória, em suma, visava reparar a viúva em danos morais e materiais (BRASIL, 2015).

A empresa Reclamada, ora Ré, tem como atividade principal, o armazenamento de grãos e fertilizantes, sendo que o caso perpassa o óbito do trabalhador que, segundo análise do Ministério do Trabalho:

o acidente ocorreu no dia 13 de julho de 2015, no armazém de fertilizantes. Os trabalhadores Lucimar Silva da Luz, Mateis Aires de Azevedo, Ademir de Carvalho e o acidentado Edvandro Cesar Bueno de Lima estavam realizando a atividade de manutenção e reparo da máquina peneira (troca de peneira) no mezanino de acesso. O dia estava chuvoso e o ambiente extremamente úmido. Segundo relato dos trabalhadores que estavam realizando a manutenção da máquina juntamente com o acidentado, eles iriam utilizar a máquina esmelhiradeira portátil para lixar um parafuso, então, solicitaram para que Edvandro conectasse a máquina ao cabo de extensão que estava sendo utilizado. Ao conectar o plugue da máquina à tomada de extensão, o empregado sofreu uma descarga elétrica<sup>45</sup>.

As condições de trabalho em que o obreiro laborava, não contavam com qualquer medida de segurança hábil, a fim de evitar o acidente. O local do armazém era totalmente úmido e possuía um acúmulo excessivo de poeira em razão da armazenagem de fertilizantes, fato este, que também foi crucial para a ocorrência do acidente.

A transição de tal processo a esfera penal toma curso por meio dos pedidos da inicial trabalhista, a qual prevê a intimação do Ministério do Trabalho para que proceda com a investigação das causas do acidente.

De outra banda, em sede de Justiça Criminal, de todo acervo contido nos autos da ação penal n. 021/2.16.0007386-6, alguns documentos foram essenciais para a realização da análise particularizada da visão do Judiciário penal local acerca da imputação da responsabilidade ao empregador. Dentre tais documentos se pode destacar: análise do acidente de trabalho, denúncia, inquérito policial, respostas à acusação e demais diligências processuais<sup>46</sup>.

Através da análise do acidente de trabalho elaborada pelo Ministério do Trabalho e dos autos de infração, lavrados pelos auditores fiscais, os empregadores deixaram de proceder com uma série de medidas de segurança e suporte técnico preventivo para evitar o acidente<sup>47</sup>.

Ademais, medidas de saúde, segurança e higiene no trabalho também foram objeto de descaso por parte dos empregadores. Os riscos do Programa de Prevenção de

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

<sup>47</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

Riscos Ambientais, os possíveis danos à saúde, e os riscos, na etapa de reconhecimento do referido programa também deixaram de ser identificados.

Os empregadores também restaram silentes e desidiosos quanto à qualidade e prevenção das ferramentas de trabalho, uma vez que dispuseram aos seus obreiros máquinas e circuitos elétricos e demais ferramentas em situação precária, insegura, e sem os devidos reparos, inspeções e ajustes.

Muito embora fosse de conhecimento notório dos empregadores sobre as condições de risco que o meio ambiente de trabalho apresentava, restou evidente que suas condutas como “deixar de fazer”, “deixar de adotar”, “deixar de conferir”, “deixar de manter”, e afins eram danosas aos empregados. O consentimento das situações de risco e precariedade das ferramentas de trabalho e a violação às normas de segurança denota a mercantilização aos olhos dos empregadores, blindada pela inércia do poder estatal, o que difunde na sociedade um sentimento de descrença e insegurança jurídica, fomentando circunstâncias ensejadoras de dano social.

Ainda se poderia inferir o caráter danoso da prática omissiva dos empresários em questão, o que reafirmaria a noção de que caso fossem consideradas as ilegalidades a partir do potencial danoso de suas consequências, restaria demonstrada a sua aproximação com práticas ligadas a violência e a criminalidade<sup>48</sup>.

Defronte tais descumprimentos pelos empregadores, o Ministério Público ofereceu denúncia contra os sócios da empresa, pela prática do crime de homicídio culposo, incorrendo nas sanções do art. 121, § 4º, primeira parte do Código Penal<sup>49</sup>. A forma majorada contida no § 4º do dispositivo supracitado, encontra amparo pela inobservância de regra técnica de profissão, não sendo caso de Sursis (suspensão condicional do processo)<sup>50</sup>.

As tipificações lançadas aos réus pelas autoridades competentes baseiam-se nas condutas de que, em comunhão de esforços e conjugação de vontades, os empregadores mataram culposamente a vítima, sendo omissos com o dever objetivo de cuidado.

Em síntese, verifica-se que ao inobservar e, conseqüentemente não cumprir as normas regulamentadoras do trabalho, os empregadores agiram de forma negligente, muito embora tivessem ciência da precariedade das condições e ferramentas de trabalho ofertada aos obreiros, da mesma forma que se utilizavam de mão de obra de funcionários que sequer possuíam capacidade técnica para tal atividade.

As respostas à acusação dos réus basearam-se em pressupostos como: inépcia da denúncia por não individualizar as condutas de cada réu, e ausência de justa causa ante a responsabilização objetiva pelo fato de serem tão somente sócios da empresa e não se fazerem presentes no momento do acidente. Também figurou como pressuposto defensivo, o cumprimento das normas de segurança de trabalho por parte da empresa<sup>51</sup>.

A intelecção e os elementos de prova carreados no processo, fizeram com que o Ministério Público retirasse o enquadramento da conduta dos réus no artigo 121 § 4º, mas deixasse tão somente incorrendo na sanção do artigo 121 § 3º, ou seja, homicídio culposo, afastando qualquer majorante, uma vez que embora tenha havido imprudência e negligência, a morte não foi causada durante o desempenho da atividade fim da empresa<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007. p. 5.

<sup>49</sup> BRASIL. *Código Penal*. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 agosto de 2020.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

<sup>51</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.

Como visto, a intencionalidade e a previsibilidade dos empregadores frente à possibilidade da ocorrência de acidentes de trabalho é incontroversa, uma vez que os autos de infração, lavrados pelo Ministério do Trabalho, corroboram a inobservância e o descumprimento às normas regulamentadoras de segurança do trabalho, em que pese seja de conhecimento usual e notório que o seu cumprimento se constitui mola propulsora para viabilizar uma condição salutar em um meio ambiente de trabalho.

Havendo, dessa forma, conhecimento expresso por parte dos empregadores, ora réus, em descumprir as normas protetivas de segurança no trabalho, denota-se que a imputação como homicídio culposo, mesmo que presentes condutas negligentes e imprudentes encontra-se alinhada ao modelo de invisibilidade criado pela sistemática penal brasileira. Assim, a intencionalidade do empregador é mascarada com sanções insuficientes e com isenções que não suportam uma responsabilização eficiente para acidentes ensejadores de danos sociais proeminentes.

Portanto, como bem observa Silveira e Medeiros<sup>53</sup>, “[...] ainda que a empresa não tenha dado a ordem para os funcionários fazerem a ‘gambiarra’, e, ainda que o equipamento tenha recursos de segurança, houve ‘omissão’”, deste modo “naturalmente, falha na segurança do trabalhador, a qual é de inteira responsabilidade da empresa. [...]”

A concepção de dano social não é fantasiosa, tampouco longínqua, tanto se faz presente ao caso em comento, que não só a família do *de cujus* sofre consequências que nenhuma indenização pecuniária é capaz de amenizar, mas, também, a coletividade é afetada, os colegas de trabalho, a produção da empresa e o resultado produtivo, haja vista que a mão de obra operária ficará desfalcada e a produção também ficará prejudicada.

O falho e exíguo aparato indenizatório é protegido pela estrutura capitalista ao invisibilizar os danos sociais produzidos<sup>54</sup>, camuflando a previsibilidade, intencionalidade e indiferença do empregador, imputando ao mesmo tão somente uma sanção de homicídio culposo, enquadramento este, perceptível pelo silêncio jurisdicional.

Parafraseando Silveira e Medeiros<sup>55</sup>, “[...] os crimes cometidos em nome da racionalidade se escondem atrás de uma suposta fatalidade e, ainda, são cometidos por seres humanos, contra seres humanos, em nome de uma corporação, cujo maior privilégio é justamente esse: não ser humano”. Apenas para registro, o caráter exíguo da tipificação de homicídio doloso para casos que envolvam óbito em acidente de trabalho, também é presente no âmbito jurisprudencial.

Em razão do formalismo do Judiciário no que tange às sanções penais para condutas criminosas, a inércia jurisdicional domina as omissões empresariais, sendo costumeiro aos empregadores insistirem em práticas criminosas.

A camuflagem do *lobby* empresário como benevolente, por vezes, mascara a intencionalidade dos empregadores em fazer subsistir um ânimo capitalista e de produção em massa, através da geração de emprego, benefícios e oportunidades aos que necessitam, algo que conta com o comportamento protetivo as condutas danosas por parte do Estado<sup>56</sup>.

Outrossim, ao passo em que o empresário/empregador se omite ao cumprimento de uma norma regulamentadora ou qualquer mecanismo de proteção contra acidentes de trabalho, o qual é exigido por lei, possuindo pleno conhecimento que o seu descumprimento, quiçá, poderia acarretar em acidentes ou reveses, atua como agente

<sup>53</sup> SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014. p. 225.

<sup>54</sup> BUDÓ, M. D. N. Criminologia e dano social: a efetivação da sustentabilidade para além do direito penal. In: *Direito, democracia, sustentabilidade*. Passo Fundo: IMED, 2014.

<sup>55</sup> SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014. p. 223.

<sup>56</sup> TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro-RJ, Editora Graal. 1980. p. 244.

causador do óbito ou lesão consubstanciada pelo acidente, uma vez que, a intencionalidade, ou seja, o dolo, se sobrepõe sobre sua conduta preventiva.

Destarte, Medeiros e Alcadipani<sup>57</sup> manifestam-se que os acidentes de trabalho podem “[...] não ocorrer, necessariamente, pela negligência da corporação ou de seus executivos e gerentes, visto que sua ocorrência é previamente sabida e as condutas da corporação para negá-lo são planejadas e orquestradas”.

À vista disso, o instituto da negligência, imprudência e imperícia acabam tendo sua aplicabilidade questionada, haja vista que a omissão quanto às normas preventivas de acidente de trabalho decorre de um ato de vontade do empregador, isto é, uma decisão, a qual é evitada de propósito, considerando a lucratividade advinda da ausência de custos, sobretudo, os despendidos para fins de controle e proteção do empregado e de suas funções.

## Conclusão

É fato incontroverso que os “acidentes de trabalho” são mascarados pelo silêncio jurisdicional-penal. A conotação dada pelo caso analisado confirma a regra da ocultação, perpassando a tipificação de homicídio culposo e uma responsabilização penal ínfima, quando se compara com os danos sociais produzidos.

Tais situações são caracterizadas como uma fatalidade ou, até mesmo, casos fortuitos. Os acidentes de trabalho são taxados como tragédias, acidentes, desaguando a responsabilidade tão somente ao trabalhador como se desidioso ou descuidado fosse, muito embora, a grande incidência de acidentes laborais pressuponha o conhecimento e previsibilidade dos empregadores quanto às condições de risco e a inaplicabilidade das normas de segurança e saúde do trabalho.

No momento em que ocorre um acidente de trabalho, conforme já esposado, uma coletividade inteira é afetada, sendo vítimas indetermináveis e incalculáveis. Indetermináveis, uma vez que não só a figura do trabalhador sofre violação, mas sim, pessoas próximas e do seu convívio, como família, colegas de trabalho, amigos, além do dano social produzido. Não se olvida, inclusive, que o próprio empregador com seus meios de produção pode sofrer prejuízos financeiros com o ressarcimento dos danos morais e materiais ao trabalhador e à sua família, auxílio de aparato médico e, a reintegração da situação produtiva da empresa, mas, tais circunstâncias não se comparam com as mortes produzidas e, em grande parte evitáveis.

Na mesma senda, vítimas incalculáveis, porquanto os danos sociais denotam abrangência de problemas e prejuízos massivos. Esses danos “acidentais” por não serem considerados “crimes”, não são também encarados como objetos de controle Estatal, o que se reflete no comportamento manipulador em prol do silêncio inclusive por atores midiáticos. Assim, os estudos por parte da criminologia crítica vêm para dar visibilidade a estes “acidentes”, que, indubitavelmente, devem ser estudados enquanto atos criminosos, considerando os números de vítimas e o volume de danos produzidos diariamente no país.

É incontroverso que danos decorrentes de um acidente de trabalho causam prejuízos a vários setores do corpo social, como economia, instituições reguladoras, meio ambiente, consumo, patrimônio, cultura e uma gama de interesses difusos encontram-se à mercê do esquecimento em detrimento da manutenção do capitalismo.

A solução para os danos sociais ligados à segurança transpõe a rigidez ou formalidade da legislação penal local, internacional ou, até mesmo, no âmbito dos Tribunais, uma vez que as deliberações no âmbito legislativo já são delineadas a fim de

---

<sup>57</sup> MEDEIROS, C. R. de O; ALCADIPANI, R. *Crimes Corporativos Contra a Vida e Necrocorporações*. XXXVII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro-RJ, 2013. Disponível em: [http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013\\_EnANPAD\\_EOR908.pdf](http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_EOR908.pdf). Acesso em: 03 de novembro de 2019, p. 14.

obscurer e preservar a logística produtiva empresária, voltada ao proveito econômico e ao *lobby* político, em detrimento de condições salutaras de trabalho.

Buscar alternativas a fim de reestruturar os meios de produção com o escopo de distanciar condutas "assassinas", ainda que remotamente, tornar-se-ia um desafio mais complexo do que tão somente reavaliar a redação da legislação penal que preconiza sanções mais severas aos "acidentes de trabalho". Em síntese, não se pode optar pela via do incremento punitivo enquanto forma de auto engodo dos danos sociais produzidos.

A comodidade para os empregadores abrirem margem aos acidentes de trabalho por meio de condutas omissas, ganha repouso e desimportância frente ao ente estatal, ao passo que subsiste, de maneira veemente, um círculo de dependência econômica, uma vez que, em hipótese de falência de uma empresa, ou, que possua recursos insuficientes para arcar com as despesas de indenização judicial, o Estado deixa de arrecadar proventos, o que, em tese, denotaria prejuízo financeiro.

Dessa maneira, o ente estatal, munido de arbítrio corporativo para gerir recursos financeiros e modo de produção empresária, pode, sem reprimenda alguma, esconder as práticas ilícitas aos olhos da população, muito embora, de forma utópica voltado à realidade social, seja papel do Estado governar os órgãos legislativos e sancionar tais condutas reprováveis.

Contudo, em que pese os acidentes de trabalho serem tratados, pelas corporações, como sendo uma fatalidade, o que se verifica, por óbvio, é um conjunto de erros e desvios, uma vez que os ditos acidentes podem ser evitados, mas, os mecanismos de proteção são ocultados com o propósito de driblar prejuízos financeiros para a empresa proceder à adequação de segurança que a legislação prevê. Assim, mesmo com a indicação de sua existência, isso não impede os abusos e danos produzidos e, na maior parte dos casos, o Judiciário apenas oculta tais fatos como parte do processo produtivo, alegando a fatalidade como escusa ou simplesmente amparando-se nos pressupostos dogmáticos para justificar o permanente estado de violações.

Por derradeiro, a intencionalidade ou não das omissões empresárias é irrelevante, considerando que o dano social é previsível e evitável. No entanto, o sistema em si, não dá ou extrai de tal dano a devida importância, seja na prevenção possível pelos empresários, seja na fiscalização dos órgãos de trabalho ou ainda nas sanções jurisdicionais arbitradas. Tais sanções, via de regra, legitimam a manutenção dos danos e a continuidade de um modelo que lesa os mais vulneráveis, enquanto mantém a lucratividade dos mais ricos.

## Referências

- ANDRADE, V. R. P. de. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARAK, G. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*. v. 11, n. 2, p. 104 – 114, jul-dez. 2015.
- BARATTA, A. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BORSOI, I. C. F. Acidente de Trabalho, Morte e Fatalismo. *Psicologia & Sociedade*. 17 (1): p.17-28, jan./abr., 2005.
- BRASIL. *Código Penal*. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 17 agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei 8.213 de 1991*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm). Acesso em: 28 de outubro de 2019.
- BRASIL. *Lei 13.467 de 2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 05 de setembro de 2020.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul. *Processo crime nº: 021/2.16.0007386-6*. 3ª Vara Criminal da Comarca de Passo Fundo-RS. 2016. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/>. Acesso em: 28 de outubro de 2019.
- BUDÓ, M. D. N. A blindagem discursiva das mortes causadas pelo amianto no Brasil: Criminologia crítica e dano social. *Conpedi Law Review*. Vol. 2. n. 1. p. 1-21, jan/jun. 2016.
- BUDÓ, M. D. N. Criminologia e dano social: a efetivação da sustentabilidade para além do direito penal. In: *Direito, democracia, sustentabilidade*. Passo Fundo: IMED, 2014.
- BUDÓ, M. D. N. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. *Revista Brasileira de Direito*. v. 12, n. 1, p. 127 – 140, jan-jun. 2016.
- CARVALHO, S. de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CASTRO, L. A. de. *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DIAS, F. da V.; BUDÓ, M. D. N. Criminologia verde e a responsabilidade do estado no esvaziamento do licenciamento ambiental na política nacional do meio ambiente. *Meritum - Revista de Direito da Universidade FUMEC*. v. 14, n. 1, 2019.
- GREEN, P. O desafio do Crime de Estado. In: CARLEN, P.; FRANÇA, L. A. (Org.). *Criminologias alternativas*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017. p. 451 – 466.
- HILLYARD, P.; TOMBS, S. ¿Más allá de la criminología? *Revista Crítica Penal y Poder*. n. 4, p. 175 – 196, marzo. 2013.
- KONCHINSKI, F. *Número de Mortes por acidente de trabalho volta a crescer após 5 anos*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/16/mortes-no-trabalho-voltam-a-crescer-especialistas-criticam-reforma-de-2017.htm>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.
- LARRAURI, E. *La herencia de la criminología crítica*. 2 ed. Madrid: Siglo XXI Editores España, 1992.
- LIMA, P. L. S. de; TORRES, R. L. Redução a condição análoga à de escravo na sociedade moderna e função social da empresa. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 11, p. 225-244, 2019.
- MEDEIROS, C. R. de O; ALCADIPANI, R. *Crimes Corporativos Contra a Vida e Necrocorporações*. XXXVII Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro-RJ, 2013. Disponível em: [http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013\\_EnANPAD\\_EOR908.pdf](http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_EOR908.pdf). Acesso em: 03 de novembro de 2019.
- MELO, R. S. de. Responsabilização penal dos culpados por acidentes de trabalho. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/reflexoes-trabalhistas-responsabilizacao-penal-culpados-acidentes-trabalho>. Acesso em: 27 de outubro de 2019.
- PANTAZIS, C.; HILLYARD, P.; TOMBS, S.; GORDON, D. Social Harm' and its limits? In: DORLING, D.; GORDON, D.; HILLYARD, P.; PANTAZIS, C.; PEMBERTON, S.; TOMBS, S. *Criminal obsessions: Why harm matters more than crime*. London: Will McMahon, 2005.
- SARMIENTO, C. E. B.; CHAMORRO, S. C.; CUÉLLAR A. F.; BEIRAS, I. R.; TAMAYO, I. V.; SOARES, M. Q. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, n.3, Set-Dez, Passo Fundo-RS, 2017.
- SILVEIRA, A. M. *Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de Osasco-SP: um estudo criminológico a partir da representação das vítimas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Meridional IMED, Passo Fundo, 2018.
- SILVEIRA, R. A. da; MEDEIROS, C. R. O. Viver e Morrer pelo Trabalho: Uma análise da Banalidade do Mal nos Crimes Corporativos. *Revista O&S*, Vol. 21. n.69, p. 217-234. Abril/Junho. Salvador-BA, 2014.

SOARES, M. Q. Introdução à Criminologia Global: superando a crise da Criminologia Crítica. *Revista Publicum*. Vol. 3, n. 1, p. 190-208. Rio de Janeiro-RJ. 2017.

TAYLOR, I.; WALTON, P.; YOUNG, J. *Criminologia Crítica*. Rio de Janeiro-RJ, Editora Graal. 1980

TOMBS, S.; WHYTE, D. *Safety crimes*. London/New York: Routledge, 2007.



## **La Justicia Agraria en Costa Rica**

### **Agrarian Justice in Costa Rica**

**Geison López Barrantes<sup>1</sup>**

Universidad de Costa Rica

**Sumario:** I. Introducción. II. Marco de referencia. III. La justicia agraria. IV. La jurisdicción agraria en Costa Rica: a. Nacimiento. b. Organización de los tribunales agrarios. c. Competencia material. V. El proceso agrario: a. El proceso agrario actual. b. La reforma procesal agraria. VI. Conclusiones.

**Resumen:** Para el Derecho Agrario Contemporáneo, la Justicia Agraria representa una herramienta a través de la cual se puedan tutelar los derechos fundamentales de las personas, como lo son la producción, la seguridad alimentaria, la protección del medio ambiente, la propiedad y la empresa agraria. A nivel continental, muchos países han hecho esfuerzos importantes por establecer dentro de sus sistemas de administración de justicia, una jurisdicción agraria especializada. Entre estos países, podemos citar a Costa Rica que, desde finales del siglo pasado y hasta la fecha, cuenta con una jurisdicción agraria especializada, imparcial e independiente, que ha venido a reforzar los principios democráticos sobre los cuales descansa y se rejuvenece cada día el Derecho Agrario. Por ese motivo, es necesario explicar las bases de la justicia agraria y su efecto en el ordenamiento jurídico procesal costarricense.

**Palabras claves:** Derecho Agrario, Justicia Agraria, Jurisdicción Agraria, Proceso agrario.

**Abstrac:** For Contemporary Agrarian Law, Agrarian Justice represents a tool through which the fundamental rights of people such as production, food security, environmental protection, property and the agrarian company can be protected. At the continental level, many countries have made significant efforts to establish within their justice administration systems, a specialized agrarian jurisdiction. Among these countries we can mention Costa Rica, which, since the end of the last century and to date, has had a specialized, impartial and independent agrarian jurisdiction, which has come to reinforce the democratic principles on which Law rests and rejuvenates every day. Agrarian. For this reason, it is necessary to explain the bases of agrarian justice and its effect on the Costa Rican procedural legal system.

**Key words:** Agrarian Law, Agrarian Justice, Agrarian Jurisdiction, Agrarian Process.

---

<sup>1</sup> Juez de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma de Centro América (UACA). Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental, Universidad de Costa Rica. Profesor Universitario en la cátedra de Derecho Agroalimentario del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, y de Derechos Reales y Procesal en la Universidad Latina de Costa Rica. Integrante de la Comisión de Derecho Agrario del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica. Secretario del Consejo Nacional de Jurisdicción Agraria de Jueces y Juezas.

## **I. Introducción**

La Justicia Agraria se constituye como una de las dimensiones novedosas del Derecho Agrario contemporáneo. Por medio de ella se ha pretendido establecer desde hace muchos años atrás, una democratización al sistema de administración de justicia que garantice una jurisdicción especializada que resuelva los conflictos provenientes de la agricultura. La Justicia Social y la tutela a la dignidad de la persona, son baluartes importantes para el Derecho Agrario, de ahí que, sea necesario contar tribunales independientes, imparciales y especializados, que brinden una justicia acorde a las exigencias provenientes del agro, tal y como lo ha venido realizando la jurisdicción agraria en Costa Rica.

En este breve ensayo pretendemos mostrar de forma general como ha venido operando la justicia agraria en Costa Rica. Por eso, iniciaremos realizando un marco de referencia en donde se explicará de forma muy breve la evolución del Derecho Agrario en el mundo. Además, estaremos explorando de forma resumida como ha sido el fenómeno de la Justicia Agraria en el continente. Así también, abordaremos la génesis, organización y competencia material en la jurisdicción agraria nacional. Por último, examinaremos el proceso agrario actual y los retos de cara a la entrada en vigencia del Código Procesal Agrario.

## **II. Marco de referencia.**

La agricultura a lo largo de la historia ha tenido un valor bastante apreciable para el ser humano, no solo porque representa su principal fuente de alimentos, sino también, porque a través de ella las personas pueden dignificar sus vidas gracias a otros valores indispensables que se adhieren a esta como lo son el acceso a la tierra, el trabajo y el desarrollo, solo por mencionar algunos. Para los cultores del Derecho Agrario, la agricultura es su principal objeto. No obstante, la evolución que ha tenido esta disciplina jurídica en los distintos ordenamientos jurídicos de los países han visto en lo agrario una forma de tutelar, aparte de las actividades agrícolas, otros derechos importantes como lo son el ambiente y la alimentación.

Así mismo, es importante retomar que la génesis del derecho agrario como rama autónoma, se dio gracias a factores externos que de alguna u otra forma incidieron en su formación, tales como el capitalismo, la ruptura de la unidad del Derecho Privado, la evolución del esquema jurídico constitucional: el paso del Estado liberal de Derecho al Estado Social de Derecho<sup>2</sup>. También, debemos de subrayar los grandes aportes de la Escuela Clásica y Moderna del Derecho Agrario, así como la teoría de la agrariedad elaborada magistralmente por el maestro italiano Antonio Carrozza, lo cual afirmo en lo agrario, tanto su autonomía, así como su especialidad<sup>3</sup>.

Además, la doctrina moderna<sup>4</sup> estudiando el origen, formación y desarrollo del Derecho Agrario, ha logrado detectar una estrecha vinculación y paralelismo de nuestra rama con los derechos humanos. Los fundamentos de esta vinculación se extraen al analizar los dos pilares sobre los cuales se asienta lo agrario, uno de carácter económico y otro de carácter social. Siendo así, se apunta que lo agrario en los derechos humanos alcanza un nivel bastante protagónico en aras de construir una sociedad respetuosa de la dignidad humana y la justicia social. A su vez, se resalta la importancia de la promulgación de instrumentos internacionales de tutela de los derechos humanos que,

---

<sup>2</sup> Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario Contemporáneo*. Ed. Jurúa Editora, 2013.

<sup>3</sup> Carrozza, A. *La autonomía del Derecho Agrario*, en Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano. Edizini ETS- PISA, 2001. p.13-26.

<sup>4</sup> Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario. Fundamentos*. Ed. IJSA, 2007.

de alguna u otra forma, han logrado contribuir en lo agrario un importante rejuvenecimiento en sus valores, principios e institutos, siempre con miras a garantizar una justicia social que promueva y garantice la tutela de derechos fundamentales como lo son: la seguridad alimentaria, el acceso a la tierra, el derecho de propiedad, la tutela del ambiente, la producción, la distribución equitativa de los productos y la libertad de empresa.

Por otro lado, pero, siempre promoviendo y estudiando la importancia del Derecho Agrario, se ha logrado construir una nueva manifestación de esta rama a través de una visión contemporánea, denominada Derecho Agrario Contemporáneo<sup>5</sup>, por medio de la cual se ha logrado concretizar aquellas nuevas dimensiones transversales y sus efectos en la disciplina *ius* agrarista. Estas dimensiones son las siguientes: la dimensión de los mercados, la dimensión ambiental, la dimensión del desarrollo y la dimensión de justicia agraria. Todos merecen un estudio exhaustivo, ello tomando en consideración que cada una de esas dimensiones nos permiten visualizar el agrario bajo otra óptica jurídica, dado los efectos importantes que ha ocasionado la globalización en los sectores económicos, sociales, culturales y políticos, tanto a lo interno de los países, así como en los distintos sistemas de integración regional que han comenzado a surgir en todo el mundo.

Empero, dado los fines de esta breve investigación, nos avocaremos a analizar la dimensión de la justicia agraria en el contexto costarricense, a fin de identificar tanto sus logros y desafíos, en las nuevas realidades en las que vivimos actualmente y sobre las cuales, el agrario debe de continuar contribuyendo en un Estado Democrático y de Derecho.

### **III. La Justicia Agraria.**

La Justicia como tal, es un pilar fundamental para la consolidación y funcionamiento de un Estado de Derecho. Bajo esa idea, la Justicia Agraria ha logrado dimensionar los ordenamientos jurídicos procesales de los países dado que por medio de ella se ha logrado consolidar los sistemas de administración de justicia y así también, la protección de los derechos humanos de las personas.

El maestro Zeledón<sup>6</sup> en su obra denominada Proceso Agrario Comparado en América Latina, realizó un estudio bastante importante y pionero para nuestra disciplina, en virtud de que a través de esta obra se concientizo acerca de la necesidad de contar con un proceso apropiado que se ajustara a la especialidad de la actividad agraria. El Maestro consideró que “no tanto por la condición histórica del Derecho Agrario, sino, principalmente por el carácter especial adquirido por la actividad agraria, íntimamente ligada a los intereses de la producción y la colectividad, es como se impone la urgencia de un proceso apropiado a las exigencias del derecho sustantivo”<sup>7</sup>. Así también, en esta misma obra el autor nos explica en su opinión algunos inconvenientes que surgen al no contarse con una jurisdicción agraria especializada. Estos dos inconvenientes son: un tema de carácter social y otro de índole probatorio. En el primero de ellos –social– consideró que la jurisdicción civil, contenciosa administrativa y penal, no son las más idóneas para tutelar la situación especial de las personas dentro del ámbito de la

<sup>5</sup> Para el Maestro Ricardo Zeledón, el Derecho Agrario Contemporáneo “*Está encaminado a reformular el Derecho Agrario tomando en cuenta su pasado reciente los aportes de la doctrina clásica y moderna, para asumir los nuevos desafíos y movimientos de hoy y mañana. Su fin consiste en proyectar hacia el futuro toda la herencia doctrinal con los aportes de la evolución del Derecho en general y los valores provenientes de los derechos fundamentales para resolver los problemas, vicisitudes y desafíos formulados por los nuevos tiempos a actividades agrarias entrelazadas con tantos fenómenos jurídicos, políticos e ideológicos*”. Op. Cita. Pág. 27.

<sup>6</sup> Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario Comparado en América Latina*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1982.

<sup>7</sup> Op. Cita, págs. 20-21.

producción, lo cual, incluso, consideró podrían estas personas verse frustrados en cuanto a la protección de sus derechos. El otro problema apuntado, es acerca del sistema probatorio que está inmerso en cada una de esas disciplinas procesales, por lo que, en su juicio no se apreciaría en toda su magnitud el hecho técnico "agricultura".

En igual sentido, el profesor Enrique Ulate Chacón realizó un estudio sobre la evolución del proceso agrario en América Latina<sup>8</sup>, el cual muestra los avances que ha tenido nuestro sistema procesal gracias a varios actores que han influido en ello. El estudio tuvo como fines: realizar un análisis de la última etapa evolutiva de la jurisdicción agraria en América Latina; así mismo, estudiar el surgimiento de las nuevas características tendenciales que orientan la modernización de la justicia agraria y ambiental; y por último, un examen acerca de la relevancia que, en las leyes procesales, ha venido adquiriendo el papel de las fuentes y de la interpretación para la búsqueda de soluciones equitativas en los conflictos agroambientales, destacándose tanto el papel de la jurisprudencia y de los principios generales.

En cuanto al primero de ellos, el autor parte haciendo referencia al estudio que en su oportunidad el profesor Zeledón realizó en su obra de Proceso Agrario Comparado acerca de las dos etapas en que se ha venido desarrollando el proceso agrario en el istmo. En la primera etapa, se ubicó la situación de países como México, Argentina, Colombia, Bolivia, República Dominicana, Ecuador y Chile, en lo cual, el profesor Ulate consideró que "En estos primeros intentos, no hubo claridad institucional, en cuanto al tipo de órganos, el número de procesos, los principios, y la definición clara de la competencia. Ello debido a que en la mayoría de los casos se identificaba al derecho agrario con la reforma agraria. La estructura institucional estaba orientada a satisfacer los fines, procedimientos y derechos otorgados en las leyes de reforma agraria"<sup>9</sup>.

En la segunda etapa, fue marcada por países como Perú, Venezuela y Costa Rica, existiendo en su análisis "una mayor claridad institucional por cuanto se crean órganos especializados en materia agraria, con una competencia muy amplia, con principios y procedimientos dotados de características especiales"<sup>10</sup>. Además, el Maestro Ulate crítico algunos aspectos que han sido obstáculos para el desarrollo del derecho procesal agrario, pues en su opinión "no se logró incorporar, en forma plena, el principio de oralidad con todas sus consecuencias, lo que ha ido en detrimento de la inmediatez y de la celeridad procesal que exigen las causas agrarias. Tampoco se establecieron mecanismos alternativos idóneos para lograr conciliar a las partes dentro del proceso. No se otorgaron suficientes poderes al juez agrario que le permitan tomar medidas cautelares en defensa de la producción agraria y el ambiente, salvo el caso de Venezuela"<sup>11</sup>.

Con relación al tercer punto, el tema de las fuentes y la interpretación tienen una importancia fundamental para la ciencia procesal agraria, pues en su juicio "se afirma la autonomía del sistema sustantivo y procesal agrario. La jurisprudencia y los principios generales del derecho agroambiental adquieren un papel primordial. Incluso, antes de plantearse esta reforma, la importancia del papel de la jurisprudencia y de los principios generales había sido señalada por la doctrina"<sup>12</sup>. Resalta el caso costarricense en donde la Sala Primera de Casación Agraria ha venido construyendo un sistema jurisprudencial bastante relevante, que ha influido en el desarrollo de la disciplina agraria en nuestro país. En ese sentido, podemos destacar también la función protagónica del Tribunal Agrario de Apelaciones, como órgano que ha colaborado con el desarrollo y evolución del derecho agrario procesal y sustantivo. Así también, la Sala Constitucional que, en algunos de sus fallos ha podido implementar conceptos importantes para lo agrario,

<sup>8</sup> Ulate Chacón, E. "Evolución del Proceso Agrario en América Latina". en *Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano*. Edizini ETS- PISA, 2001. P.491-514.

<sup>9</sup> Op. Cita. Pág. 493.

<sup>10</sup> Op. Cita. Pág. 494.

<sup>11</sup> Op. Cita. Pág. 495.

<sup>12</sup> Op. Cita. Pág. 507.

desde una perspectiva de los derechos fundamentales y como órgano encargado del control de constitucionalidad en Costa Rica.

Podemos decir que, la Justicia Agraria ha sido un fenómeno jurídico que se ha entrañado en los ordenamientos jurídicos procesales de los países del área. Han sido muchos los esfuerzos que se han realizado a lo interno de los Estados en aras de garantizar una administración de justicia especial para la agricultura. Además, señalamos que se han hecho grandes esfuerzos para hacer notar la relevancia que tiene construir una Justicia Agraria en cada país, en aras de promover siempre una justicia social y la tutela de la dignidad de las personas, como pilares primordiales de lo agrario. La doctrina ha sido una fuente importante de motivación, puesto que, a través de los estudios regionales que se han hecho, se han destacado tanto los alcances que hemos tenido, así como los desafíos que todavía nos esperan a largo de este trayecto. Ahora bien, procederemos analizar con profundidad el caso particular de Costa Rica, a fin de visualizar esos alcances y desafíos de cara al futuro de nuestra disciplina, en especial, en el área procesal.

#### **IV. La jurisdicción agraria en Costa Rica**

En este apartado, procederemos analizar el nacimiento de la jurisdicción agraria en Costa Rica, su organización y la competencia material de los tribunales agrarios.

##### **a. Nacimiento.**

En el año de 1982, nace en Costa Rica la Ley de Jurisdicción Agraria Nº 6734, la cual viene a crear dentro del Poder Judicial una jurisdicción especializada en derecho agrario, cuyo objetivo es conocer y resolver, en definitiva, acerca de los conflictos que susciten, con motivo a la aplicación de la legislación agraria y de las disposiciones jurídicas que regulan las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas.

A lo anterior, es importante aclarar que si bien es cierto esa ley tuvo su entrada en vigencia en el año de 1982, no fue en ese mismo momento que se establecieron los tribunales agrarios a lo largo y ancho del país. Eso se dio así, dado que para ese momento no se contaban con personas especializadas en la materia agraria, y de ahí que, existió un transitorio que dejaba en manos de los juzgados civiles el conocimiento de las causas agrarias tramitadas al amparo de esa ley<sup>13</sup>.

No obstante, en el año de 1988, el Poder Judicial decide poner en funcionamiento la Jurisdicción Agraria, lo cual para Zeledón<sup>14</sup> se trató de "una manifestación divina frente al sacrificio y amor por darle al país una Justicia Agraria". Este mismo autor crítico los primeros pronunciamientos tanto del Tribunal Agrario, así como la Sala de Casación Agraria, en virtud de que consideraba mantenían una posición bastante civilista a la hora de resolver entre todo, los conflictos de competencias que surgían en la aplicación de la ley. Sin embargo, con el paso del tiempo y factores externos, eso fue cambiando de manera positiva para posicionar la materia agraria en el entorno jurídico nacional.

---

<sup>13</sup> El profesor Ricardo Zeledón, en su libro "El Amor por la Justicia y la Justicia Agraria" nos cuenta el proceso posterior a la entrada en vigencia de la Ley de Jurisdicción Agraria y la importancia que tuvo el postgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, en cuanto a la formación de los jueces y juezas en esa materia para que así, integraran la jurisdicción agraria.

<sup>14</sup> Zeledón Zeledón, R. *El amor por la justicia y la justicia agraria*. Editorial ATABAL. San José, Costa Rica, 2012. Pág. 113.

**b. Organización de los tribunales agrarios.**

La Ley de Jurisdicción Agraria regula la estructura organizacional de los tribunales agrarios en todo el país, lo cual en su artículo 5 consigna que: "En materia agraria, de conformidad con la competencia que en cada caso se le asigne en esta ley, la justicia será administrada por: a) Los jueces agrarios. b) El Tribunal Superior Agrario. c) La Sala de Casación". En ese sentido, procederemos a revisar en forma general las funciones que la misma normativa le ha asignado a cada uno de estos órganos jurisdiccionales. En cuanto a los juzgados agrarios, les corresponde conocer en primera instancia, todo lo relativo a la materia agraria, independientemente de la cuantía. En el país actualmente existen funcionando quince juzgados agrarios de primera instancia, de los cuales trece de ellos son especializados y dos mixtos<sup>15</sup>, es decir, aparte de lo agrario conocen otras materias, por ejemplo, civil, laboral y familia.

Con respecto al Tribunal Agrario, la ley le ha delegado conocer: a) en grado las resoluciones dictadas por los jueces agrarios de primera instancia; b) Acerca de los impedimentos, excusas y recusaciones de sus jueces superiores, propietarios y suplentes; c) de los conflictos de competencia que se den entre los juzgados agrarios de primera instancia; ch) acerca de las quejas que se interpongan en contra de las personas juzgadoras agrarias de primera instancia, y del régimen disciplinario conforme a la ley; d) sobre los recursos que se interpongan en contra de las resoluciones emanadas por el Instituto Desarrollo Rural; e) de los demás asuntos que le asigne la ley.

Es importante mencionar que a la fecha existe en el país un único tribunal agrario cuya sede se encuentra en el cantón de Goicoechea, provincia de San José, y además su competencia se extiende en todo el territorio nacional. Hasta el momento, el gobierno judicial no ha visto la necesidad de crear otra sede del tribunal. No obstante, en caso de resultar necesario no existe impedimento legal para crear uno fuera de la capital.

Por último, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde conocer los recursos de casación y revisión en materia agraria. Además, le corresponde conocer de los conflictos de competencia que surjan entre los tribunales agrarios y otras materias.

**c. Competencia material objetiva.**

El artículo 1 y 2<sup>16</sup> de la Ley de Jurisdicción Agraria, sienta el régimen de competencia material para los tribunales agrarios. Desde vieja data y hasta el día de

<sup>15</sup> La Corte Suprema de Justicia ha venido realizando estudios estadísticos sobre estos dos Juzgados, a fin de determinar si es viable su independencia como despachos especializados.

<sup>16</sup> Artículo 2.- Corresponde a los tribunales agrarios conocer:

- a) De los juicios reivindicatorios o posesorios, en que sean parte uno o varios trabajadores de la tierra, o grupos de éstos organizados por el Instituto correspondiente, así como de las causas por usurpación y daños de citación directa.
- b) De los interdictos, cuando éstos se refieran a predios rústicos y a diligencias de deslinde y amojonamiento, así como de los desahucios relativos a los mismos bienes.
- c) De las participaciones hereditarias, de la localización de derechos proindivisos y de las divisiones materiales, cuando se refieran a los bienes adjudicados por el Instituto correspondiente, o sean derivados de éstos.
- ch) DEROGADO (Derogado por el inc. ñ) del artículo 64 de la Ley N° 7495 de 3 de mayo de 1995).
- d) De las informaciones posesorias sobre terrenos rústicos.
- e) De las acciones relativas a contratos de aparcería rural, esquilmo, arrendamiento o préstamo gratuito de tierras.
- f) En grado y en forma definitiva, de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto correspondiente.
- g) Del ejercicio de la Jurisdicción disciplinaria sobre funcionarios, empleados, auxiliares y litigantes, con arreglo a las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

hoy, el Tribunal Agrario haciendo un análisis de esas dos normas, ha emitido un criterio bastante relevante el cual se sustenta así:

“El criterio fundamental es el de la actividad agraria de producción, sea de cría de animales o cultivo de vegetales (actividades empresariales o de subsistencia), o cuando se trate de actividades conexas, así como actividades agroambientales sostenibles. Como criterios complementarios, se han establecido, la naturaleza o aptitud del bien productivo, así como su extensión, y los sujetos que participan dentro del proceso agrario como actores o demandados. La naturaleza o aptitud del bien está estrechamente vinculada a los fundos agrarios (denominados incorrectamente por la legislación como predios rústicos), dedicados o que sean susceptibles de destinarse al ejercicio de actividades agrarias productivas, o a la conservación de bosques y manejo sostenible de actividades agroambientales. Los sujetos, igualmente, adquieren su calificativo de “sujetos agrarios”, por su dedicación al ejercicio de actividades agrarias productivas. El criterio fundamental es siempre el funcional, es decir, la actividad, al cual son reconducidos los criterios tanto objetivos como subjetivos”<sup>17</sup>

Ese fundamento es bastante valioso pues realiza una interpretación evolutiva de la norma como tal. Determina en síntesis que, el criterio fundamental para establecer la competencia agraria, lo es la actividad que se realice en el fundo como tal, sea como actividad principal o conexas a ella, así sea de servicios. Aparte de ese, retoma también dos elementos más para determinar en qué momento nos encontramos ante un asunto que deba de ventilarse ante la sede agraria, como lo son la naturaleza o aptitud del bien productivo, así como su extensión, y los sujetos que participan dentro del proceso agrario como actores o demandados. Aspectos complementarios que han resultado muy valiosos para la aplicación de la ley especial. Esto sin duda alguna, ha generado que lo agrario ejerza un radio de competencia bastante amplio, lo cual garantiza que las personas gocen de una justicia especializada en la resolución de sus casos.

Así también, este mismo Tribunal ha retomado aspectos de derecho comparado para explicar las nuevas tendencias que giran en torno a lo agrario, y que, por sus condiciones deben de ser resueltas ante esa sede jurisdiccional. En ese sentido, es importante analizar el Voto 425-2004, el cual enfatiza las nuevas dimensiones del derecho agrario que deben de ser valoradas por los tribunales al momento de conocer y resolver los asuntos sometidos ante ellos, la sentencia en lo que interesa dice así:

“III. Modernamente la especialidad de la agricultura como actividad involucra diferentes sectores de la economía, y entre ellos los llamados servicios de agricultura. Por ejemplo el uso y distribución de Fertilizantes. El Sector agropecuario está pasando por grandes transformaciones, derivadas de las nuevas políticas orientadas al desarrollo rural sostenible. La nueva legislación generada en Europa y Latinoamérica, se orienta a darle una visión de mayor amplitud a las actividades conexas (como la agroindustria y la comercialización de productos agrícolas) y los servicios (como el turismo rural, el agroturismo), y demás actividades servicios que puedan colaborar en el fortalecimiento del espacio y del mundo rural de la agricultura, a fin de favorecer la permanencia y la consolidación de las familias rurales y de los

---

h) De todo lo relativo a los actos y contratos en que sea parte un empresario agrícola, originados en el ejercicio de las actividades de producción, transformación, industrialización y enajenación de productos agrícolas.

<sup>17</sup> Criterio que ha sido reiterado por el Tribunal Agrario en sus resoluciones a la hora de fijar la competencia de los procesos agrarios. En ese sentido, pueden consultarse las sentencias número 425-2004, 402-2010, 225-2015 y 89-2020.

empresarios agrarios, en general, en las zonas rurales. Un ejemplo de esto último, en Europa, lo constituyen las profundas transformaciones de la política agrícola común y el tema de la multifuncionalidad en la agricultura. La Ley de Orientación agrícola francesa (de 1999) y la Ley de Orientación agrícola italiana (marzo del 2001), han ampliado el ámbito de lo agrario a muchas actividades conexas y de servicios rurales, creando figuras tales como los servicios rurales de proximidad, el turismo rural, el pescador turístico, equiparado al empresario agrario, con la reforma del artículo 2135 del Código Civil Italiano”.

Bajo esa óptica, el Tribunal Agrario ha venido concluyendo en los asuntos en donde debe definir aspectos de competencia que, nuestro país no ha estado ajeno a esos factores, por ello, dice desde hace vario tiempo se ha venido impulsando en la legislación especial agraria una visión amplia del agro, para darle cabida no solo a las actividades meramente productivas, sino también a las actividades conexas y de servicios.

En definitiva, el ámbito de conocimiento de la jurisdicción agraria es muy extenso. Sin embargo, hemos colocado en este trabajo los criterios más generales que han suscitado en el seno de los tribunales agrarios para establecer si un asunto corresponde ser tramitado ante esta sede o no, en aras de brindar un panorama bastante general a las personas lectoras<sup>18</sup>. También, debemos de agregar que si bien es cierto hemos consignado que la Ley de Jurisdicción Agraria contempla el régimen de competencia material, existen otras leyes especiales en el país que han delegado en la jurisdicción agraria el conocimiento de determinados casos<sup>19</sup>. Todo lo anterior, ha permitido que las personas juzgadoras contemos con una claridad acerca del tema de competencia, aspecto que fortalece sin duda alguna la labor que se realiza desde la sede de cada Juzgado.

## **V. El proceso agrario.**

En el siguiente punto, estudiaremos de forma generalizada el proceso agrario actual y los retos de cara a la entrada en vigencia del Código Procesal Agrario.

---

<sup>18</sup> Para conocer criterios más específicos sobre el tema, puede consultarse: Vargas Vásquez, D. “Delimitación de la competencia agraria en Costa Rica”. *Revista Derecho Agrario Sustantivo y Procesal. Colecciones de Derecho y Justicia*. Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica. Recuperado de:

[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/DerechoyJusticia/revista%20agrario\\_2010.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/DerechoyJusticia/revista%20agrario_2010.pdf)

<sup>19</sup> Por ejemplo, Ley de Biodiversidad No. 7788 del 30 de abril de 1998, le otorga competencia a la jurisdicción agraria (artículo 108), para conocer de todas las controversias relacionadas con la biodiversidad, cuando sea entre particulares. Las leyes relativas al desarrollo rural sostenible del país, tales como Ley de Tierras y Colonización, Ley Orgánica del Ambiente, Ley de Fomento a la Producción Agropecuaria, entre otras, también contienen disposiciones relacionadas con la planificación, el uso de los terrenos públicos y privados, a fin de que los mismos cumplan la función social de la propiedad, y presten servicios ambientales o rurales a las comunidades. Especialmente, la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos No. 7779 de 30 de abril de 1998, también contiene disposiciones sobre competencia favorable a la jurisdicción agraria en su artículo 56. Así también, La Ley Forestal, la Ley del Consejo Nacional de la Producción, la legislación en materia de salud, de medidas sanitarias y fitosanitarias, así como los acuerdos y tratados internacionales firmados en el marco de la Organización Mundial del Comercio, y del Sistema de Integración Económica, Social y Ambiental Centroamericana.



**a. El proceso agrario actual.**

Para Couture<sup>20</sup> el proceso desde un vocablo común "significa progreso, transcurso del tiempo, acción de ir hacia adelante, desenvolvimiento. En sí mismo, todo proceso es una secuencia". Así también, define el proceso judicial como una "secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión".

Para Zeledón<sup>21</sup> resultó de gran importancia corroborar las características propias del proceso agrario, pues en su opinión esto genera una gran relevancia dada su grado de especificidad científica que permite tanto su identificación y diferenciación con respecto a los demás. En cuanto a su especificidad señala influyen dos factores fundamentales: por un lado, la influencia del sistema Chiovendiano y el principio de oralidad, y por otro, el fenómeno presente en los ordenamientos jurídicos modernos de la publicización o socialización del Derecho Agrario y su proceso.

En ese mismo sentido, nuestra Sala de Casación Agraria en el Voto 226-1990, destacó las características del proceso agrario costarricense orientado en tres direcciones fundamentales, los cuales analiza así:

"1) Se basa en una concepción moderna, forjado en el principio de verbalidad como un modo de la oralidad y sus correlativos de inmediatez y concentración, con el objeto de ser un proceso más rápido, más económico, menos formal y menos fiscal, si bien con elementos de la escritura en cuanto debe ser escrita la fase de iniciación y una serie de pruebas irreproducible cuya fórmula normal se documenta, en el juicio verbal opera en forma de oralidad la cual requiere consignar las disposiciones de los testigos, de los peritos, interpretes, y en fin cualquier otro tipo de medio probatorio de este tipo, pero ello sin las formalidades propias del -proceso civil, porque no opera la oralidad plena en la cual los hechos probados de la sentencia constituyen el acto mismo del juicio oral, 2) se otorgan mayores poderes al juez orientados hacia la búsqueda de la verdad real, y para impregnar en sus sentencias un sentido de justicia y equidad para cumplir con los fines económicos y sociales del Derecho agrario sustantivo, estos poderes tienden a limitar el principio dispositivo y para ello se faculta al Juzgador a encauzar la pretensión, a conducir y a ir legalizando el proceso, pero sobre todo tiene amplios poderes para la administración de la prueba los cuales van desde definir la que se va a recibir, evaluarla y valorarla con criterios de equidad. 3) Gratuidad de la justicia y garantía de defensa para los no habientes. En lo que se refiere a las fuentes procesales, la Ley de la Jurisdicción Agraria ha tenido su inspiración en la normativa procesal laboral, y con una influencia más decidida en la normativa referida al Tribunal de Trabajo de Menor Cuantía, todo lo cual debe tenerse muy en cuenta a la hora de interpretar y aplicar lo dispuesto en el párrafo 2o. del artículo 6o. de la Ley. La apreciación de la prueba es parecida a la materia laboral, sea en conciencia y sin sujeción estricta a las normas del derecho común, pero, en todo caso, al analizar el resultado de la prueba se debe expresar los principios de equidad o de derecho en que el Juez funde su criterio (artículos 54 y 61 de la Ley, y 586 del Código de Trabajo). El recurso de apelación y el recurso ante la Sala de Casación se rigen por lo dispuesto en el Código de Trabajo (artículo 493 a 495 a 556 del Código, 60 y 61 de la Ley). (Sobre este tema, con los agregados que se incluyen aquí, véase la sentencia de esta Sala N° 87 de las 15 horas del 19 de noviembre de 1989)".

<sup>20</sup> Couture, E. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Editorial B de F, Montevideo, 2010, p.99.

<sup>21</sup> Op. Cita. P. 129.

Esa sentencia en sí constituye un examen acerca de las disposiciones contenidas en la Ley de Jurisdicción Agraria, la cual gracias a ella se ha permitido la evolución de nuestro sistema procesal agrario a través de su aplicación y estudio. Así mismo, aparte de esas tres características encontradas en ese fallo de casación, podemos identificar otros aportes valiosos que nos ha dado la normativa como tal en cuanto al proceso agrario en particular, estas son:

- La identificación de principios del proceso agrario<sup>22</sup> como lo son: la gratuidad, la verbalidad, el impulso procesal de oficio, la celeridad, la eficacia del proceso, la itinerancia de la persona juzgadora.
- La regulación de actos prejudiciales como lo son pruebas anticipadas y las medidas cautelares<sup>23</sup>. Aunque, si bien es cierto las regula, normalmente hay que acudir a normativa supletoria dada la falta de especificidad en muchos aspectos.
- Las fases del proceso ordinario agrario, sea la inicial, la demostrativa y la conclusiva. En cuanto a la primera, se regulan los requisitos de la demanda, la contestación y la reconvencción, el emplazamiento, la lista de excepciones previas que se interponen para contrarrestar tanto la demanda y la reconvencción, y, la declaratoria de rebeldía en caso de que la persona accionada no haya contestado la demanda en el plazo de ley. En relación con la fase demostrativa, se consignan las reglas que deben de operar en el juicio verbal, desde su convocatoria, hasta la evacuación de la prueba en general. En la última fase, sea la conclusiva, se establece un alegato de conclusiones escrito que se da posterior a la realización del juicio verbal, y seguidamente el dictado de sentencia.
- La normativa regula también la fase recursiva, sean los recursos de revocatoria, apelación y casación. Con relación a los recursos de revisión o de apelación por inadmisión, debe de aplicarse normativa supletoria, puesto que no fue regulado.
- Finalmente, se establece el procedimiento a seguir en los procesos de ejecución de sentencias, lo cual, garantiza así la efectividad del fallo dictado por los tribunales agrarios.

Las anteriores características en realidad son generalidades contempladas en la ley. Sin embargo, se ha tenido que acudir a normativa procesal supletoria, como lo es la laboral y civil, a fin de darle contenido a los vacíos que la ley mantiene. Pese a ello, consideramos que los operadores jurídicos han sabido conciliar la normativa civil y laboral, en relación con los principios procesales agrarios, por ello, se ha logrado construir acertadamente toda una estructura procesal especial para lo agrario.

#### **d. La reforma procesal agraria.**

En nuestro país, desde hace algunos años viene dándose un fenómeno de reformas procesales en distintas materias con miras a establecer un proceso moderno que garantice a su vez el principio de Justicia Pronta y Cumplida para la población. Dentro de estas reformas procesales que se han venido realizando se encuentra la materia agraria, esto tomando en cuenta que mediante Ley Número 9609<sup>24</sup>, fue aprobado en nuestro país el Código Procesal Agrario<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Sobre el tema: Picado Vargas, C. "Principios procesales agrarios". *Revista de Derecho Agrario Sustantivo y Procesal*. Escuela Judicial de Costa Rica, páginas 75 a 90. Recuperado de:

[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/DerechoyJusticia/revista%20agrario\\_2010.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/DerechoyJusticia/revista%20agrario_2010.pdf)

<sup>23</sup> Para mayor abundamiento del tema, puede consultarse: Picado Vargas, C. *Medidas Cautelares Agrarias*. Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2005.

<sup>24</sup> Publicada en la Gaceta N°41, del 27 de febrero de 2019.

<sup>25</sup> La entrada en vigencia de este código está para ejecutarse el próximo 28 de febrero de 2021.

Para la ex magistrada de la Corte Suprema de Justicia Carmen María Escoto Fernández<sup>26</sup>, si bien es cierto la Ley de Jurisdicción Agraria significó un avance importante en nuestro país, consideraba que nuestro sistema procesal agrario requería de “una ventilación inmediata de la oralidad como mecanismo de comunicación cercana”. La autora también consideró que “para este siglo, el desarrollo rural, la política agraria, la agricultura biológica, la protección del ambiente y la alimentación son un sinnúmero de retos, ante los grandes fenómenos como el hambre, la pobreza, la degradación del ambiente, las variables climáticas, entre otros, que se vienen generando y que marcan no solo la necesidad de cambios de conducta y medidas adecuadas urgentes a fin de mitigar toda esta patología social, sino que a la vez generan el trayecto de una nueva etapa del Derecho Agrario contemporáneo tanto sustantivo cuanto procesal”<sup>27</sup>.

El Código Procesal Agrario sin duda alguna trae consigo grandes cambios que vendrán a modificar radicalmente la jurisdicción agraria en nuestro país. No pretendemos revisar de forma minuciosa esos cambios, dado que eso conllevaría hacer un análisis extenso que debe de ser abordado en otro trabajo. Sin embargo, si queremos al menos puntualizar aquellas variaciones más significativas que son importantes resaltar en este breve artículo, estas son:

- Amplitud en temas de competencia material<sup>28</sup> de los asuntos, teniendo esta una mayor amplitud en comparación con la actual Ley de Jurisdicción Agraria.

---

<sup>26</sup> Escoto Fernández, C. “A propósito de las reformas procesales agrarias y sus orígenes”. *Temas de Derecho Agrario Contemporáneo: Escritos en homenaje al jusagrarista, Ricardo Zeledón Zeledón, ex Presidente Emérito de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, con motivo del XXX Aniversario de la Ley de Jurisdicción Agraria del Instituto Desarrollo Agrario. Recopilado por el doctor Enrique Ulate Chacón*. 1 edición, Ed. Isolma, San José, Costa Rica, 2012 p. 493-511.

<sup>27</sup> Op.cita. pág. 493-494.

<sup>28</sup> ARTÍCULO 2- Competencia material

Los tribunales agrarios serán competentes para conocer, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior, las pretensiones y los asuntos referidos a los siguientes aspectos, siempre que correspondan a materia agraria y de desarrollo rural:

- 1) Derechos reales y personales sobre bienes agrarios, destinados o aptos para el desarrollo de actividades y servicios agrarios, así como los vinculados a su tutela y aprovechamiento. Además, los procesos sucesorios relativos a estos.
- 2) La posesión, el deslinde, la división, la localización de derechos, el derribo, la suspensión de obra, la titulación, la rectificación de medida y la entrega material de bienes citados en el inciso anterior.
- 3) Los actos y los contratos vinculados con la constitución o el ejercicio de actividades y servicios agrarios. Quedan comprendidos el cobro de deudas cuyo plan de inversión esté vinculado con las actividades citadas, o cuya garantía esté constituida por los bienes indicados en el inciso 1) de este artículo, los contratos de seguro, así como aquellos entre particulares relacionados con la prospección de la biodiversidad cuando tengan relación con el desarrollo de actividades de producción agraria o conexas a estas.
- 4) Los conflictos surgidos entre particulares por el aprovechamiento de bienes o servicios ambientales para actividades agrarias y los relativos a lo regulado en el inciso 12) de este artículo. Además, la prevención, la restauración e indemnización de daños causados por las actividades agrarias, así como aquellos que impacten tales actividades.
- 5) Las controversias entre particulares originadas en el ejercicio de las actividades agrarias vinculadas con especies y variedades endémicas, orgánicas, mejoradas, derivadas, esencialmente derivadas o provenientes de organismos vivos modificados; incluyendo los relativos a los derechos de obtentores de variedades vegetales, y los relativos a lo regulado en el inciso 12) de este artículo.
- 6) Las pretensiones entre particulares, derivadas de controversias en materia de propiedad intelectual.
- 7) Los asuntos relativos a aspectos fitosanitarios y zoonosanitarios, así como los reclamos de las personas consumidoras vinculados con productos o servicios agrarios.

- En cuanto a la organización jurisdiccional se mantienen los juzgados agrarios de primera instancia, el Tribunal Agrario como órgano encargado del conocimiento de las apelaciones, y la Sala de Casación Agraria. Empero, se innova creando las figuras de las personas juzgadoras conciliadoras y de ejecución<sup>29</sup>.
- Así mismo, se mantiene el patrocinio letrado gratuito brindado por la Defensa Pública del Poder Judicial a través de la Unidad Agraria<sup>30</sup>.
- En el tema probatorio<sup>31</sup>, se regula de forma más amplia cada uno de los medios de prueba acorde a las particularidades que tiene nuestra materia. Se mantienen las pruebas tradicionales como lo son la testimonial y la pericial. Pero, se innova al regularse las pruebas relacionadas a objetos y sustancias peligrosas, lo cual, viene a poner sobre la mesa un tema que no estaba contemplado y que era necesario hacerlo.
- Se pasa de un sistema escrito y de audiencias verbales, a un modelo de oralidad por audiencias, al establecerse una audiencia preparatoria y otra de juicio para los procesos agrarios tramitados al amparo de este código<sup>32</sup>.
- En la parte recursiva, a partir de la entrada en vigencia del código ya no será necesario acudir a aplicar normativa supletoria en virtud de la escasa regulación que tiene nuestra actual Ley de Jurisdicción Agraria en el tema. En esta normativa se regula de forma precisa los recursos que las partes podrán interponer ante las distintas resoluciones que emanen los órganos jurisdiccionales agrarios, lo cual, genera una mayor seguridad jurídica en relación con el tema.

---

8) La constitución, el desarrollo, la transformación, la disolución y la liquidación de personas jurídicas, cuando la actividad principal sea agraria.

9) Los conflictos de competencia desleal entre las empresas vinculadas con las actividades agrarias o conexas a estas.

10) La administración y reorganización por intervención judicial de las personas físicas o jurídicas, cuando sea su actividad principal.

11) En grado y de forma definitiva, de los recursos que se interpongan contra las resoluciones del Instituto de Desarrollo Rural (Inder) en procedimientos administrativos de revocatoria de asignación y nulidad de títulos de propiedad, otras modalidades de dotación de tierras, así como de las resoluciones vinculadas al desarrollo rural.

12) Las situaciones y las relaciones jurídicas relacionadas con conductas administrativas o manifestaciones específicas de la función administrativa, que por el contenido material o sustancial de la pretensión correspondan a extremos exclusivamente agrarios y de desarrollo rural y se deriven del Instituto de Desarrollo Rural o el instituto correspondiente.

13) Las demás que el ordenamiento jurídico disponga.

<sup>29</sup> Artículo 9: Órganos jurisdiccionales.

La jurisdicción agraria estará a cargo de los juzgados y tribunales agrarios, integrados por personas juzgadoras especializadas y por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Además, se contará con un equipo especializado de personas juzgadoras especialistas en materia agraria, a cargo de conciliaciones y de ejecución, sin perjuicio de que por las cargas de trabajo asuman funciones de las demás personas juzgadoras para lograr una gestión más eficiente.

<sup>30</sup> ARTÍCULO 44- Patrocinio letrado

Las partes deberán actuar con patrocinio letrado, salvo que sean profesionales en derecho. Se otorgará el patrocinio letrado gratuito, conforme lo establece esta ley. Quien autentique será responsable de su contenido. Su firma implicará, salvo manifestación expresa en contrario, la dirección del proceso con las facultades de actuar en nombre de la parte para todo lo que le beneficie, siempre y cuando no se requiera su participación personal o poder especial judicial.

<sup>31</sup> El tema probatorio se encuentra regulado a partir del artículo 113 y hasta el 169.

<sup>32</sup> En relación con el tema de las audiencias, el mismo se encuentra contemplado del artículo 170 a 219.

- Se amplía la regulación de la tutela cautelar<sup>33</sup> especializado para nuestra disciplina.
- Con relación a los procesos, se contempla las disposiciones para el ordinario agrario, así también, para procesos sumarios como lo son el desahucio, los interdictos, el de suspensión de obra nueva, derribo, monitorio dinerario y especiales como lo es de tutela del ambiente<sup>34</sup>.
- Acerca de la ejecución<sup>35</sup>, la normativa contempla las distintas modalidades de ejecución, como lo son del tipo de condena, la de sentencia, la provisional, la hipotecaria y la prendaria.
- Se regula el proceso sucesorio agrario y los de actividad judicial no contenciosa<sup>36</sup>.

De lo anterior, podemos concluir que el Código Procesal Agrario parecer ser una normativa con muchas innovaciones favorables para la jurisdicción agraria y también, contempla otros supuestos que consideramos deben de ser revisados previo a su entrada en vigor. Además, es importante mencionar que, Costa Rica viene atravesando desde hace varios años una crisis fiscal bastante seria que ha obligado inclusive al Estado a adoptar medidas estrictas en aras de equilibrar las finanzas nacionales. Por lo que, para la implementación de este instrumento normativo no se cuenta con un presupuesto acorde a las exigencias que están inmersas en el código. Siendo así, parece que la normativa entrará en vigor en un momento de crisis, lo cual, obligará a los operadores jurídicos llevar al hombro una tarea bastante compleja en aras de poder garantizar en la medida de lo posible, las ideas de justicia pronta y cumplida que fueron pensadas al momento de aprobarse la herramienta.

## **VI. Conclusiones.**

Los problemas de los países provenientes del hambre, la pobreza, el cambio climático y escasez de alimentos, han obligado al Derecho Agrario a encontrar soluciones importantes que de alguna u otra forma puedan mitigar esas enfermedades que el mundo atraviesa en la actualidad. Por ello, la Justicia debe de ser una de esas formas a través de la cual nuestra disciplina pueda colaborar en reducir esas patologías sociales que afectan el desarrollo de los países.

Costa Rica, dichosamente desde finales del siglo pasado creó una jurisdicción agraria especializada que ha contribuido de forma importante en el desarrollo del país, al haber tenido en sus manos la solución de temas esenciales como lo son los conflictos de tenencias de tierras, la protección al medio ambiente, la seguridad alimentaria, la producción de productos agrícolas, la violencia de género en el agro, por citar algunos ejemplos. La estructura organizacional, el papel de la jurisprudencia, la academia y el compromiso de las personas operadoras jurídicas en esta materia, han logrado construir una jurisdicción agraria especializada, imparcial e independiente.

Sin embargo, la crisis fiscal que se encuentra padeciendo el país colocan a la entrada en marcha del Código Procesal Agrario en un escenario bastante crítico. Empero, tenemos la esperanza de que ese no sea un obstáculo para que la Justicia Agraria siga contribuyendo de forma excepcional como lo ha hecho desde su puesta en marcha y hasta el día de hoy. El compromiso, el carácter y la perseverancia, son valores indispensables que debe de asumir las personas vinculadas a esta disciplina, para seguir

---

<sup>33</sup> Ver artículos 235 a 271.

<sup>34</sup> A través de este proceso especial, se viene a regular por primera vez en el país, un procedimiento especial para la tutela ambiental, lo cual, viene a cumplir los compromisos que Costa Rica ha adquirido en torno al tema de protección de los recursos naturales.

<sup>35</sup> Artículos 291 a 312.

<sup>36</sup> Artículos 313 a 331.

construyendo dentro de la historia de la Justicia Agraria, el rol fundamental que ésta desarrolla en los países.

## **VII. Bibliografía.**

### **Libros y revistas**

- Carrozza, A. La autonomía del Derecho Agrario". *Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano*. Edizioni ETS- PISA, 2001. p.13-26.
- Escoto Fernández, C. "A propósito de las reformas procesales agrarias y sus orígenes". *Temas de Derecho Agrario Contemporáneo: Escritos en homenaje al jusagrarista, Ricardo Zeledón Zeledón, ex Presidente Emérito de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, con motivo del XXX Aniversario de la Ley de Jurisdicción Agraria del Instituto Desarrollo Agrario*. Recopilado por el doctor Enrique Ulate Chacón. 1 edición, Ed. Isolma, San José, Costa Rica.
- Picado Vargas, C. *Medidas Cautelares Agrarias*. Ed. Investigaciones Jurídicas, San José, Costa Rica, 2005.
- Picado Vargas, C. "Principios procesales agrarios". *Revista de Derecho Agrario Sustantivo y Procesal*. Escuela Judicial de Costa Rica. Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica.
- Vargas Vásquez, D. "Delimitación de la competencia agraria en Costa Rica". *Revista Derecho Agrario Sustantivo y Procesal*. Colecciones de Derecho y Justicia. Escuela Judicial, Poder Judicial de Costa Rica.
- Ulate Chacón, E. "Evolución del Proceso Agrario en América Latina". *Manual de Instituciones de Derecho Agroambiental Euro-Latinoamericano*. Edizioni ETS- PISA, 2001.
- Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario Contemporáneo*. Ed. Jurúa Editora, 2013.
- Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario. Fundamentos*. Ed. IJSA, 2007.
- Zeledón Zeledón, R. *Derecho Agrario Comparado en América Latina*. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1982.
- Zeledón Zeledón, R. *El amor por la justicia y la justicia agraria*. Editorial ATABAL. San José, Costa Rica, 2012.

### **Legislación:**

Ley de Jurisdicción Agraria, N°6734, de 1982.  
Código Procesal Agrario, N°9609, de 2021.

### **Sentencias:**

Tribunal Agrario, Votos 425-2004, 402-2010, 225-2015, 89-2020.  
Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto 226-1990

## **A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas<sup>1</sup>**

The normative force of the objectives of sustainable development 9 and 12 in the socio-environmental responsibility of companies

**Magno Federici Gomes<sup>2</sup>**

**Lorena Dolabela Marques<sup>3</sup>**

Escola Superior Dom Helder Câmara

**Sumário:** Introdução. 1 Responsabilidade socioambiental das empresas. 1.1 Função social das empresas. 2. Plexo de sustentabilidade. 3. Força normativa dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. 3.1 Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9. 3.2 Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12. 3.3 Força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O presente artigo pretende verificar a força normativa dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) de nº 9 e 12 da Organização das Nações Unidas (ONU) criadas em 2015 e sua aplicação na responsabilidade socioambiental das empresas. O objetivo central é o de concluir se somente o acordo, que versa sobre as ODS, firmado pelas Nações Unidas e os países signatários, seria suficiente para produzir seus efeitos quanto à responsabilidade socioambiental das empresas no Brasil. Para tanto, foi utilizada a metodologia analítica-descritiva de normas e doutrinas. Ao final da pesquisa evidencia-se que somente a existência de normas internacionais não garante a sua aplicação no Brasil.

**Palavras-chave:** Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS); Responsabilidade socioambiental; Sustentabilidade nas empresas.

**Abstract:** This article aims to verify the normative force of the United Nations (UN) Sustainable Development Goals (SDS) Nos. 9 and 12 created in 2015 and their application to corporate social and environmental responsibility. The main objective is to conclude whether the agreement, which deals with ODS, signed by the United Nations and the signatory countries, would be sufficient to produce its effects on the socio-environmental responsibility of companies in Brazil. For that, the analytical-descriptive methodology of norms and doctrines was used. At the end of the study, it is evident that only the existence of international norms does not guarantee their application in Brazil.

**Key-words:** Sustainable Development Goals (SDS); Social and Environmental Responsibility; Sustainability in companies.

---

<sup>1</sup> Trabalho financiado pelo Edital 03/2019 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).

<sup>2</sup> Currículo abreviado

<sup>3</sup> Currículo abreviado

## **INTRODUÇÃO**

A sustentabilidade passa a ser tratada com um maior enfoque no mundo, uma vez que é notória a importância da proteção do meio ambiente e sua relação com a vida humana, em sua existência e qualidade.

Desse modo, os comportamentos que não observam a sustentabilidade em todas as suas dimensões, não são mais tão bem aceitos pela sociedade e, menos ainda, em uma concepção internacional, na qual é preciso um olhar mais protetivo para que a vida humana continue a ser viável.

O presente artigo pretende trabalhar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) criados pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 2015, mais especificamente os objetivos 9 e 12 e estabelecer uma relação entre elas e a responsabilidade socioambiental das empresas.

Assim, questiona-se se esses objetivos possuem, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, força normativa para induzirem as empresas a agir com responsabilidade socioambiental, ou seja, pautadas na sustentabilidade em todas as suas dimensões?

O estudo realizado nesse artigo se faz necessário uma vez que as empresas possuem um papel fundamental diante dos problemas enfrentados pela sociedade, assim, estudar a sustentabilidade e suas dimensões, e a responsabilidade socioambiental das empresas faz-se extremamente relevante, bem como entender o impacto normativo causado pelas ODS, de modo a compreender se por si só atingem seus propósitos.

Para isso, foi adotada a metodologia analítica-descritiva, respaldada primordialmente em documentos, normas e doutrinas reconhecidas, tomando como base central do texto a análise das normas internacionais que versam sobre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com base nas normas brasileiras e na doutrina base que explanam sobre o tema. Utilizou-se como marco teórico as ideias e artigos científicos de Federici Gomes e Ferreira<sup>4</sup>, que inspiraram e embasaram a criação deste trabalho.

Dessa forma, no primeiro capítulo desse estudo será trabalhada a responsabilidade socioambiental das empresas, abordando as questões ambientais e sociais que se interligam ao tema sustentabilidade, perpassando pelo exame da função social das empresas.

No segundo capítulo do artigo analisará o plexo de sustentabilidade, tema necessário para a discussão, visto que aborda toda as dimensões da sustentabilidade, partindo de uma visão de sustentabilidade ligada ao meio ambiente, para uma concepção ampla, abarcando os problemas sociais.

Ao passar ao terceiro capítulo, ele adentrará ao estudo dos ODS, abordando a intenção geral da ONU na criação dos 17 objetivos e posteriormente adentrando nos ODS nº 9 e 12, estabelecendo seus objetivos e metas. Ainda nesse capítulo, será tratado acerca da força normativa dos objetivos na responsabilização socioambiental das empresas.

## **1 RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS EMPRESAS**

A responsabilidade social e ambiental das empresas teve seu surgimento no início do século XX, nos Estados Unidos da América (EUA), quando os consumidores passaram a tomar uma consciência voltada a proteção do meio ambiente e de outros valores, debruçando uma preocupação com as questões ambientais e sociais.

Conforme aduz Fand-Mei Tai e Shu-Hao Chung<sup>5</sup> essa questão começou a ser debatida pelos consumidores, como forma de medida para impor o compromisso social. Dessa forma, gerou-se uma implicação aos gestores de marketing, tornando-se um

---

<sup>4</sup> 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; y 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.

<sup>5</sup> TAI, F.; CHUANG, S. "Corporate Social Responsibility". iBusiness, Taiwan, n.6, jan. 2014, p. 121.



planejamento social estratégico, de forma a alcançar uma valorização da empresa na sociedade.

A sociedade e suas concepções impactam o mercado, seja na produção, no produto veiculado, no marketing que será utilizado para determinada campanha, como consumidores finais, são o público alvo dos produtos, ao mesmo tempo em que são ditadores das "regras" de produção e fabricação dos produtos, assim, é de interesse das empresas analisar as concepções pessoais de seus consumidores de modo a produzir produtos coerentes com esses valores, ensejando o lucro.

O aumento da importância das questões socioambientais é capaz de inferir no processo de criação e aumento do número de produtos que sejam ecológicos, ou que, exigem uma fabricação mais respeitosa ao meio ambiente. Nesse sentido, afirma Tai e Chung que "também muitos consumidores estão atentos à proteção ambiental, e mais dispostos a comprar produtos mais ecológicos no processo de fabricação".

Dessa forma, empresas que se mostrem preocupadas com as problemáticas sociais e ambientais tendem a atrair um maior público, além de serem mais bem vistas pelo mercado atual, gerando assim uma vantagem, tanto a estas quanto ao meio ambiente, que vêm sofrendo cada vez mais os impactos negativos do capitalismo.

Nesse sentido, têm-se o posicionamento dos autores Júnior e Martins:

Assim, no atual Estado capitalista moderno, é imprescindível pensar a efetiva proteção do meio ambiente como um fim em si e, também, como necessário à realização da ordem econômica. Hoje, a realização dos negócios jurídicos, através da atuação das empresas, deve se pautar por princípios de sustentabilidade social e ambiental.<sup>6</sup>

Extraí-se desse pensamento que a ordem econômica, o bem estar social e o meio ambiente ecologicamente equilibrado estão interligados e são dependentes. As empresas fazem parte disso, uma vez que devem exercer o seu papel social, próprio da função social que será posteriormente analisada. Essas empresas devem, assim, manter um olhar aclarado para a sociedade e a sustentabilidade.

No que se refere às questões sociais, nos anos de 1960 e 1970, vislumbrava-se nos EUA diversos problemas como a pobreza, problemas urbanos, desemprego, e um aumento grande na poluição. Nesse cenário, houve o aumento de vários grupos, de forma a exigir mudanças no setor empresarial, para que essas empresas tomassem seu lugar na responsabilidade social perante a sociedade.<sup>7</sup>

Começava a ser cobrado dos empresários uma postura ecológica e que coadune com a função social da empresa, consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Abandonou-se a ideia do dever exclusivo do Estado de promoção do bem-estar social, em uma visão tradicionalista, e passou-se a promoção da ideia de gestão compartilhada entre os sujeitos. Em decorrência disso, as empresas começaram a exercer algumas atribuições que eram antes incumbidas, exclusivamente, ao Estado. Dessa forma, as soluções para os problemas ambientais e sociais passam a ser também das empresas, visto seu poder político e sua capacidade de mover recursos financeiros e tecnológicos para o desenvolvimento de ações que possibilitem que a sociedade efetue um papel socioambiental positivo.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> ARAUJO JUNIOR, M. E.; MARTINS, L. G. C. *"Indivíduo, sociedade e direitos humanos: a sustentabilidade integrada à ideia de bem viver e sua relação com os negócios jurídicos no mundo globalizado"*. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, jan./abr. 2020, p. 172.

<sup>7</sup> ERICA BUSCH, S.; RIBEIRO, H. *"Responsabilidade socioambiental empresarial: revisão da literatura sobre conceitos"*. INTERFACEHS - Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, São Paulo, v. 4, n. 2, 2009, p. 04.

<sup>8</sup> YOUNG, R. *"Dilemmas and advances in corporate social responsibility in Brazil: the work of the Ethos institute"*. Natural Resources Forum, online, v. 28, 2004, p. 298.

Entretanto, questiona-se: qual é o significado de responsabilidade social empresarial? Ainda não há consenso. Conforme assinala Federici Gomes e Gasperini<sup>9</sup>:

Cabe ressaltar que não existe um entendimento acerca do conceito de responsabilidade social, por ser um tema multifatorial no qual aspectos como, a ética na relação com os consumidores, acionistas, funcionários, meio ambiente, comunidade local e mundial, são essenciais ao instituto.

Assim, cabe realizar um juízo de valores para estabelecer o significado de responsabilidade social, que seja capaz de abarcar todos esses aspectos multifatoriais.

### **1.1 Função social das empresas**

Não se pode negar o aspecto econômico ao se falar das empresas. Entretanto, esse não deve ser o único objetivo dessas, muito menos deve ser o único quesito a ser considerado nas atividades exercidas por essas. A contribuição social deve também ser um objetivo empresarial, conforme a função social preceituada pela CF/88.

Essa função social surgiu no mundo, conforme afirma Bragato<sup>10</sup>, na "[...] constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Alemã de 1919. Foi no contexto pós-guerra que essas constituições determinaram direitos sociais e limitaram o poder do Estado".

Há, assim, uma ligação entre constitucionalismo social e a função social das empresas, pois o Estado, a partir dessas Constituições, assumiram agir proativamente, por meio de programas governamentais e imposição de políticas públicas referentes aos direitos sociais, como educação, trabalho, previdência, saúde, meio ambiente, e outros.

Segundo Lopes, o Estado social conciliou a visão capitalista com o compromisso de bem-estar social, e iniciou o processo de superação entre o direito público e direito privado, interpretando ambos em uma relação de complementaridade e dependência, fazendo com que o direito privado se tornasse um instrumento de justiça social <sup>11</sup>.

Nota-se que o contexto é parte importante na colocação da função social nos ordenamentos jurídicos, onde é possível inferir o papel dos direitos sociais, bem como o aumento da proteção desses, que passa a ser conferida pelo Estado.

No Brasil, em um contexto de passagem entre o Estado Liberal para adentrar ao Estado Social, a função social surgiu na Constituição Federal de 1934<sup>12</sup>, no capítulo denominado "Da ordem Econômica e Social". As constituições seguintes também trouxeram o conceito, mas foi a CR/88 que trouxe, como um todo, uma visão mais social.

Entretanto, somente passou a ser considerada como um princípio da ordem econômica na Constituição Federal de 1967<sup>13</sup>, que o preceituava como um instrumento para alcançar a justiça social. A Lei 6.404 de 1976, que trata das sociedades por ações, traz a função social da empresa, em seu artigo 64 e 154<sup>14</sup>.

Portanto, existe a presença normativa desse conceito, tanto em âmbito constitucional, como também na norma infraconstitucional supramencionada. Resta assim estabelecer uma relação entre a função social e a responsabilidade social das empresas.

<sup>9</sup> FEDERICI GOMES, M.; MENDES GASPERINI, M. *"Agronegócio, bovinocultura de corte, responsabilidade social e corrupção"*. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 6, n. 5, maio 2020, p. 28431.

<sup>10</sup> BECHELANI BRAGATO, A. A.P. *O compliance no Brasil: a empresa entre ética e o lucro*. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2017, p. 28.

<sup>11</sup> FRAZÃO LOPES, A. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 99.

<sup>12</sup> BRASIL. *"Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934"*. Rio de Janeiro, 1934.

<sup>13</sup> BRASIL. *"Constituição da República Federativa do Brasil de 1967"*. Brasília, 1967.

<sup>14</sup> BRASIL. *"Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976"*. Dispõe sobre a sociedade por ações. Diário Oficial da União. Brasília, 1976.

Conforme o entendimento de Comparato<sup>15</sup>, o conceito de função social nas empresas seria limitado, e até mesmo nulo, não significando nada no ambiente corporativo. Ainda segundo o autor, somente empresas de grande porte seriam capazes de sustentar os valores repassados a título de atendimento à função social, e que não cabe as empresas agirem como realizadores da justiça social, e sim visarem à obtenção de lucros, tendo a atividade econômica como mera consequência desse objetivo.

Outra explanação, segundo ele, seria de que as empresas não são responsáveis por atividades que primordialmente seriam atribuídas ao Estado, configurando para ele um: "disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda Política Social" (COMPARATO, 1996, p. 44), atribuindo ao Estado à obrigatoriedade exclusiva de busca da justiça social e do bem-estar da sociedade (COMPARATO, 1996, p. 44).

O posicionamento apontado por Comparato ignora completamente o papel das empresas na sociedade atual, de forma a preceituar apenas os bônus esquecendo-se do ônus decorrente da atividade. Entretanto, não se pode afastar essa responsabilidade derivada da função social da propriedade, que vem imposta pela CR/88<sup>16</sup>. Por isso, cabe às empresas se desenvolverem economicamente ao passo em que observam o impacto de suas atividades na sociedade, observando as questões sociais e ambientais que podem surgir diante de suas ações.

Cabe salientar a conceituação de Tomasevicius Filho<sup>17</sup>: "a função social da empresa constitui o poder-dever de o empresário e os administradores da empresa harmonizarem as atividades da empresa, segundo o interesse da sociedade, mediante a obediência de deveres positivos e negativos".

Nesse diapasão, através da harmonia entre interesses sociais e interesses empresariais, se origina a responsabilidade social das empresas, servindo como base para relações empresariais e para as atividades exercidas por essas, passando então a tratar com mais enfoque a questão da sustentabilidade e o respeito ao meio ambiente.

Diante disso, têm-se o conceito de responsabilidade social do Instituto Ethos:

A forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa, com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, reservando recursos ambientais e culturais para as gerações, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades sociais<sup>18</sup>.

Dessa forma, a responsabilidade social deve ser entendida como a relação entre as atividades empresariais, a sociedade, o meio ambiente, e os demais direitos sociais garantidos pelo ordenamento jurídico. Cumpre observar qual será o papel que as empresas devem desenvolver no quesito da sustentabilidade ambiental de suas atividades, como forma de exercer a função social.

## 2 PLEXO DE SUSTENTABILIDADE

As discussões acerca do desenvolvimento econômico em observância à proteção do meio ambiente se tornaram maiores com a conferência de Estocolmo, no ano de

---

<sup>15</sup> KONDER COMPARATO, F. "Função social de propriedade dos bens de produção". In: Tratado de direito comercial. São Paulo: Editora Saraiva. 2015, p. 44.

<sup>16</sup> BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil". Diário Oficial da União, Brasília: em 5 de outubro de 1988.

<sup>17</sup> TOMASEVICIUS FILHO, E. "A função social da empresa". Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 92, abr. 2003, p. 35.

<sup>18</sup> INSTITUTO ETHOS. *Práticas Empresariais de Responsabilidade Social: relações entre os princípios do global compact e os indicadores ethos de responsabilidade social*. São Paulo: Instituto Ethos, 2006, p. 05.

1972. Isso fez com que se amadurecessem conceitos e políticas, além de gerar no mundo uma consciência ambiental coletiva.

O desenvolvimento sustentável cunhou o conceito de sustentabilidade e foi originado através do relatório *Brundtland*, no ano de 1987, que representa um marco histórico no mundo. Outro marco foi a criação do *Triple Bottom Line*, que foi um instrumento criado para medir os resultados sustentáveis de uma empresa, em diretrizes sociais, ambientais e econômicas.

Há que se estabelecer a distinção entre sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, pois, embora sejam distintos, ainda existe certa confusão na utilização dos termos. O desenvolvimento sustentável visa garantir um desenvolvimento econômico e social que atenda às necessidades da atual sociedade, sem que com isso comprometa a qualidade do meio ambiente para as futuras gerações.

Assim, o intuito do desenvolvimento sustentável é o de garantir as mínimas condições de vida digna aos seres humanos, observando para isso os limites do meio ambiente. Esse desenvolvimento sustentável é relacionado a uma economia limpa, o que se torna um desafio dado o crescimento global exponencial e a tentativa de erradicar os problemas vividos hoje, e ainda, garantir condições ao futuro, para que as futuras gerações tenham condições de se desenvolver e se manterem com os recursos naturais existentes, resguardando o uso desses a todas as futuras gerações.

Já o termo sustentabilidade se refere à aptidão de autossustentação. Quando uma empresa exerce uma atividade sustentável, significa dizer que essa atividade pode ser mantida por tempo indeterminado, de modo que essa ação não se esgote e se finde por falta de recursos. Em uma concepção ambiental, significaria uma atividade que não exponha os recursos naturais ao risco de extinção.

Estabelecendo uma dissociação entre termos, para que não haja dúvidas conceituais, Dovers<sup>19</sup> afirma que:

Sustentabilidade é a capacidade de um sistema natural, humano ou misto de suportar ou adaptar-se, em uma escala de tempo indefinida, a mudanças endógenas ou exógenas percebidas como ameaçadoras. O desenvolvimento sustentável é um caminho de mudança endógena deliberada (melhoria) que mantém ou aumenta esse atributo até certo ponto, enquanto responde às necessidades da população atual (tradução nossa).

O plexo de sustentabilidade, ou seja, a interligação na sustentabilidade seria, segundo Federici Gomes e Ferreira (2018) “[...] a união e a resolução indissolúvel das dimensões social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, no objetivo de consolidar o direito ao futuro, visando consubstanciar o direito ao bem-estar duradouro para as presentes e futuras gerações”<sup>20</sup>.

Ainda na concepção Federici Gomes e Ferreira (2017): “[...] observou-se que a sustentabilidade possui um conceito e um caráter multidimensional, e propõe o avanço das dimensões, social, econômica, ética, ambiental e jurídico-política, onde elas possam ser efetivadas mutuamente, de forma a alcançar o plexo da sustentabilidade”<sup>21</sup>.

As dimensões pontuadas por esses autores se referem a multidisciplinaridade da sustentabilidade que ultrapassa o aspecto ambiental e atinge também a dimensão social, econômica, política, jurídica, e ética, objetivando solucionar diversos problemas que são interligados e que juntos definiriam uma sociedade pautada na sustentabilidade. Dessa forma estaria consolidado o plexo de sustentabilidade.

<sup>19</sup> DOVERS, S. R. *"Sustainability: demands on policy"*. Journal of Public Policy, v. 16, n. 3, 1996, p. 304.

<sup>20</sup> 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. 172.

<sup>21</sup> 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. 109.

Restando aclarados os conceitos de desenvolvimento sustentável e as dimensões que compõe o plexo de sustentabilidade, importa ao presente trabalho estabelecer a conexão entre esses conceitos e as empresas. O termo "sustentabilidade empresarial" têm tomado grande importância e significa, nas palavras de Bragato<sup>22</sup>: "(...) um conjunto de ações que uma empresa toma, visando o respeito ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável da sociedade".

Pauta-se, a fim de concluir se uma empresa observa ou não a sustentabilidade, nas ações éticas e práticas que visem à obtenção de proveitos econômicos sem, contudo, agredir o meio ambiente, e ainda, colaborando para que ocorra o desenvolvimento social.

Os consumidores são o parâmetro para as atividades empresárias, e seus interesses devem ser objeto de análise para que a empresa tenha sucesso em seu empreendimento. Com o aumento das reflexões da sociedade e de um repensar cada vez mais ambientalmente correto, é imprescindível que as empresas passem a refletir em seu papel no mundo e na ecologia.

Os problemas sociais e ambientais, através do acesso à informação, se tornam cada vez mais difundidos pelo mundo, o que aumenta a expectativa de se obter um desenvolvimento socioeconômico exponencial, desde que as empresas entendam o seu impacto positivo e negativo em uma sociedade primordialmente capitalista, uma vez que pensar apenas os aspectos econômicos não é mais viável.

Nas empresas faz-se necessário a utilização de novos métodos de produção, que sejam ecologicamente corretos e que tragam os menores impactos ambientais possíveis para o meio ambiente e para a sociedade.

Conforme o entendimento acerca do termo *triple-bottom line*, nota-se que a sustentabilidade no âmbito empresarial deve observar três variáveis, sendo elas, o crescimento econômico, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a equidade social. Assim, aduz Bragato<sup>23</sup>:

Uma empresa poderá ser considerada sustentável se atender os critérios de ser economicamente viável, ocupar uma posição competitiva no mercado, produzir de forma que não agrida o meio ambiente e contribuir para o desenvolvimento social da região e do país onde atua, isso é nada mais que, o conceito de sustentabilidade na forma ampla que existe no escopo empresarial.

O respeito às questões sociais, ambientais e econômicas pode influenciar no aspecto da visibilidade da empresa perante a sociedade. Isso significa que as empresas que pautam-se na sustentabilidade adquiram a admiração de grande parcela dos consumidores, o que conseqüentemente aumenta sua reputação.

Resta-se claro que as empresas devem observar o plexo de sustentabilidade e suas dimensões, além de colaborarem para que os problemas de cada dimensão sejam solucionados, resultando em uma sustentabilidade plena.

### **3 FORÇA NORMATIVA DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ONU**

Se faz importante, antes de adentrar na criação dos ODS, entender seu surgimento através do tempo. Como já observado pelo presente trabalho, o termo desenvolvimento sustentável surgiu através do relatório de *Brundtland* em 1983 na

---

<sup>22</sup> BECHELANI BRAGATO, A. A.P. *O compliance no Brasil: a empresa entre ética e o lucro*. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2017, p. 63.

<sup>23</sup> BECHELANI BRAGATO, A. A.P. *O compliance no Brasil: a empresa entre ética e o lucro*. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2017, p. 67.

Assembléia das Nações Unidas. Esse termo cumpria o que preceituava a Conferência de Estocolmo em 1972.

Com essa nova figura em cena, sua importância foi se tornando cada vez maior e atingiu seu ponto alto na Conferência Internacional das Nações Unidas de 1992, que tratou sobre meio ambiente e desenvolvimento, na qual teve como objetivo reafirmar o conceito de desenvolvimento sustentável.

No ano de 2002, a ONU realizou novamente um encontro conhecido como Rio+10, na África do Sul, onde contou com a presença de 191 autoridades mundiais. Possuía como finalidade promover a discussão a respeito do desenvolvimento sustentável.

No ano de 2012, aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, também denominada como Rio+20, onde foi discutido acerca da economia verde, com o intuito de provocar discussões sociais que agora se entrelaçavam com as discussões acerca da sustentabilidade.

Passou-se a notar que a sustentabilidade não se debruçava somente sobre questões ambientais, mas também nos aspectos sociais, econômicos, políticos, jurídicos e éticos. Isso fez com o conceito de sustentabilidade se expandisse, criando as dimensões da sustentabilidade já tratadas em tópico anterior.

Com vistas a assegurar o desenvolvimento sustentável foram elaborados pela ONU os ODS, com a premissa de cumprir a Agenda 2030, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Esse programa teria por objetivo efetivar a busca pela sustentabilidade, através da criação de programas indispensáveis ao desenvolvimento sustentável. Assim, os ODS, em geral, objetivam acabar com diversos problemas impeditivos ao desenvolvimento sustentável.

Os ODS compõem um acordo internacional, ao qual o Brasil é signatário e além dele, outros 194 Países-membros fazem parte das Nações Unidas na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, que fora realizada em Nova York em setembro de 2015.

Têm-se assim que, a Agenda 2030 e os 17 Objetivos e 169 metas estipuladas são parte de uma declaração internacional, e, conforme afirma Denny, Paulo e Castro<sup>24</sup>, “um acordo político assinado por todos os membros das Nações Unidas, defendendo, entretanto, que, não possuiria poder coercitivo”.

Os ODS possuem inferência nos direitos humanos, uma vez que também buscam a defesa da dignidade da pessoa humana, conforme diz Do Amaral Júnior: “Interesses e carências essenciais aos seres humanos. Os interesse e carências são fundamentais quando a sua violação ou não-satisfação provocarem a morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetarem o núcleo essencial da autonomia”<sup>25</sup>.

Esses direitos foram positivados no Brasil, em uma percepção global e regional. Husek<sup>26</sup> diz que: “tratado é o acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional”.

No ordenamento pátrio, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos são recebidos, após o país se tornar signatário, como normas supralegais, ou normas com hierarquia constitucional quando passarem pelo trâmite adequado. É importante notar que esses acordos são recebidos, independente de processo específico, como normas hierarquicamente superiores as infraconstitucionais, conforme aduz a CR/88, no art. 5º:

Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

<sup>24</sup> DENNY, D.M.T.; PAULO, R.F.; CASTRO, D. “Blockchain e agenda 2030”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, dez. 2017, p. 123.

<sup>25</sup> DO AMARAL JÚNIOR, A. *Introdução ao direito internacional público*. Atlas, São Paulo, 2008.

<sup>26</sup> ROBERTO HUSEK, C. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Gráfica Editora, 2010, p. 82.

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>27</sup>.

Dessa forma, entende-se que os tratados internacionais terão aplicabilidade imediata pela sua incorporação automática ao direito nacional através da ratificação. Diante disso, a regra internacional começa a vigorar imediatamente no ordenamento jurídico.

Dessa maneira, os 17 objetivos da ONU, dos quais o Brasil optou por ser signatário, integram o ordenamento jurídico pátrio como normas de hierarquia superior às normas infralegais. Por isso, não restam dúvidas a respeito de sua força normativa.

No que se refere a coercitividade da norma, pode-se intentar que os ODS são fazem parte da *Soft Law*, ou seja, seriam normas que não são dotadas de coerção, não impondo uma sanção previamente estabelecida, servindo como parâmetro aos Estados que a utilizam, como uma espécie de obrigação moral, ao contrário do que ocorre nas normas que compõe a *Hard Law*, que possuem capacidade coercitiva e sancionatória.

É imperioso estabelecer esses conceitos, para que, ao analisar a responsabilidade socioambiental das empresas essas diretrizes sirvam para explicar a força normativa real das ODS, bem como a eficácia dessas normas para preconizar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3.1 Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9

O Objetivo 9, que faz parte dos 17 ODS, traz questões relacionada aos avanços, estimulando a inovação, a melhoria da infraestrutura e as atividades econômicas desenvolvidas, pautando-se na sustentabilidade. Esse objetivo estabelece diversas diretrizes<sup>28</sup>:

Objetivo 9. Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação: visa desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável,

---

<sup>27</sup> BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil". Diário Oficial da União, Brasília: em 5 de outubro de 1988.

<sup>28</sup> "9.1 Desenvolver infraestrutura de qualidade, confiável, sustentável e resiliente, incluindo infraestrutura regional e transfronteiriça, para apoiar o desenvolvimento econômico e o bem-estar humano, com foco no acesso equitativo e a preços acessíveis para todos. 9.2 Promover a industrialização inclusiva e sustentável e, até 2030, aumentar significativamente a participação da indústria no setor de emprego e no PIB, de acordo com as circunstâncias nacionais, e dobrar sua participação nos países menos desenvolvidos. 9.3 Aumentar o acesso das pequenas indústrias e outras empresas, particularmente em países em desenvolvimento, aos serviços financeiros, incluindo crédito acessível e sua integração em cadeias de valor e mercados. 9.4 Até 2030, modernizar a infraestrutura e reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis, com eficiência aumentada no uso de recursos e maior adoção de tecnologias e processos industriais limpos e ambientalmente corretos; com todos os países atuando de acordo com suas respectivas capacidades. 9.5 Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento, inclusive, até 2030, incentivando a inovação e aumentando substancialmente o número de trabalhadores de pesquisa e desenvolvimento por milhão de pessoas e os gastos público e privado em pesquisa e desenvolvimento. 9.a Facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e resiliente em países em desenvolvimento, por meio de maior apoio financeiro, tecnológico e técnico aos países africanos, aos países menos desenvolvidos, aos países em desenvolvimento sem litoral e aos pequenos Estados insulares em desenvolvimento. 9.b Apoiar o desenvolvimento tecnológico, a pesquisa e a inovação nacionais nos países em desenvolvimento, inclusive garantindo um ambiente político propício para, entre outras coisas, a diversificação industrial e a agregação de valor às commodities. 9.c Aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para oferecer acesso universal e a preços acessíveis à internet nos países menos desenvolvidos, até 2020" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável*: dos ODM aos ODS, 2015).

sustentável e resiliente, de modo a promover a industrialização inclusiva e sustentável aumentando o acesso das pequenas indústrias e outras empresas; busca modernizar a infraestrutura e reabilitar as indústrias para torná-las sustentáveis fortalecendo a pesquisa científica, melhorando as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente os países em desenvolvimento; Facilitar o desenvolvimento de infraestrutura sustentável e resiliente em países em desenvolvimento<sup>29</sup>.

Impõe também a igualdade no acesso e acessibilidade através de preços condizentes com o possível de ser pago por todos.

Espera aumentar, principalmente em países em desenvolvimento, a acessibilidade das pequenas indústrias e outras empresas a serviços financeiros, por meio da inclusão de crédito acessível e sua inserção em cadeias de valor e mercados, além de viabilizar aos setores melhores condições financeiras.

Dispõe ainda que deve haver a promoção da industrialização de modo inclusivo e observando a sustentabilidade, estabelecendo novamente, no prazo de 2030, que haja um aumento significativo no PIB brasileiro, havendo também a participação da indústria na geração de empregos, objetivando dobrar a participação nos países menos desenvolvidos.

Além disso, pretende fortificar o campo científico, por meio da pesquisa, através da melhoria da capacidade tecnológica de setores das indústrias em todos os países signatários, principalmente os países em desenvolvimento, utilizando o incentivo à inovação e o aumento de trabalhadores na área de pesquisa e desenvolvimento.

"Visa ensinar o desenvolvimento de infraestruturas sustentáveis e resilientes nos países em desenvolvimento, estimulando, através de apoio financeiro, tecnológico e técnico aos países africanos, os menos desenvolvidos, os em desenvolvimento, e pequenos Estados insulares em desenvolvimento"<sup>30</sup>.

Prevê também o apoio ao desenvolvimento de tecnologia, através do estímulo a pesquisa e inovações nacionais realizadas nos países em desenvolvimento. Além disso, visa garantir um ambiente político favorável para promover a diversificação industrial e agregar valor às *commodities*.

Por fim, o ODS nº 9 pretende alcançar o aumento do acesso às tecnologias de informação e comunicação, de modo a fomentar o acesso universal e com preços praticáveis, à internet em países menos desenvolvidos.

### **3.2 Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12**

Tratando do ODS nº 12, este tem o intuito de proteger os consumidores e fortalecer a produção sustentável e com respeito ao meio ambiente. Esse objetivo traz as seguintes diretrizes<sup>31</sup>:

---

<sup>29</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável*: dos ODM aos ODS, 2015.

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável*: dos ODM aos ODS, 2015.

<sup>31</sup> "12.1 Implementar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento. 12.2 Até 2030, alcançar a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais. 12.3 Até 2030, reduzir pela metade o desperdício de alimentos per capita mundial, nos níveis de varejo e do consumidor, e reduzir as perdas de alimentos ao longo das cadeias de produção e abastecimento, incluindo as perdas pós-colheita. 12.4 Até 2020, alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, de acordo com os marcos internacionais acordados, e reduzir significativamente a liberação destes para o ar, água e solo, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente. 12.5 Até 2030, reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso. 12.6 Incentivar as empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar



Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis: visa adotar o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis; promover o alcance de uma gestão sustentável mediante o uso eficiente dos recursos naturais; propõe a redução do desperdício de alimentos a nível mundial e nacional; visa o manuseamento ambientalmente saudável de produtos químicos e resíduos por meio da prevenção, redução e reuso mediante práticas de compras públicas e privadas sustentáveis; e assegurar que todos os povos, de todas regiões, tenham acesso adequado a informação sobre a importância da consciencialização sobre o desenvolvimento sustentável e o modelo de vida harmônico com a natureza<sup>32</sup>.

Esse objetivo busca introduzir o Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis. Deste modo, os países desenvolvidos seriam os líderes, em razão de sua capacidade, ao passo que todos devem tomar as medidas necessárias. Prevê que até 2030 deve-se instaurar uma gestão sob uma égide sustentável, além de um uso eficiente dos recursos naturais.

Traz a preocupação com o desperdício de alimentos, em especial em relação aqueles que se perdem no processo de produção, assim como os de perda após a colheita.

Estipulou que até o ano de 2030 deveria ser alcançado uma forma de manejo dos produtos químicos e de todos os resíduos, que fossem ambientalmente saudáveis, envolvendo todo o ciclo de vida do produto, utilizando como base os marcos internacionais acordados. Pretende reduzir a liberação desses produtos químicos para os recursos naturais, como água, solo e o ar, minimizando os impactos negativos que causam à saúde humana e ao meio ambiente.

Ademais, objetiva reduzir a geração de resíduos através da reciclagem, reuso, redução e prevenção. Nesse mesmo marco temporal, pretende garantir o acesso à informação, em todos os lugares, levando a conscientização sobre o desenvolvimento sustentável e estabelecendo estilos de vida que estejam em harmonia com o meio ambiente.

Visa incentivar as empresas, em especial grandes empresas e transnacionais, a agirem por meio de práticas sustentáveis, e incorporar informações de sustentabilidade nos seus relatórios. Além disso, pretende implementar e desenvolver ferramentas que possam monitorar o desenvolvimento sustentável visando um turismo sustentável, que possa gerar empregos, promovendo a cultura e os produtos locais.

---

práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios.12.7 Promover práticas de compras públicas sustentáveis, de acordo com as políticas e prioridades nacionais.12.8 Até 2030, garantir que as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza.12.a Apoiar países em desenvolvimento a fortalecer suas capacidades científicas e tecnológicas para mudar para padrões mais sustentáveis de produção e consumo.12.b Desenvolver e implementar ferramentas para monitorar os impactos do desenvolvimento sustentável para o turismo sustentável, que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais.12.c Racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, eliminando as distorções de mercado, de acordo com as circunstâncias nacionais, inclusive por meio da reestruturação fiscal e a eliminação gradual desses subsídios prejudiciais, caso existam, para refletir os seus impactos ambientais, tendo plenamente em conta as necessidades específicas e condições dos países em desenvolvimento e minimizando os possíveis impactos adversos sobre o seu desenvolvimento de uma forma que proteja os pobres e as comunidades afetadas" (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável*: dos ODM aos ODS, 2015).

<sup>32</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável*: dos ODM aos ODS, 2015.

Esse objetivo quer ainda: (...) apoiar os países em desenvolvimento, para que esses possam fortalecer suas capacidades científicas e tecnológicas para alcançar melhores padrões de sustentabilidade na produção e no consumo”<sup>33</sup>.

Além disso, visa a promoção de práticas de compras públicas que observem a sustentabilidade, baseando-se nas políticas e nas prioridades da nação. Por fim, almeja desencorajar o consumo exagerado, através da racionalização de subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis pois dessa forma poderia eliminar as distorções de mercado.

É clara a preocupação de estabelecer padrões de consumos mais sustentáveis e voltados a nova concepção social de compra consciente, além, de fomentar uma propulsão de crescimento aos países menos desenvolvidos.

### **3.3 Força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas**

Conforme visto, a CR/88 e o entendimento doutrinário acerca da norma, estabelecem a força normativa dos tratados e acordos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, eles integram o sistema jurídico recebendo o *status* de normas supralegais, se estabelecendo hierarquicamente acima das demais normas infralegais.

Com isso em mente, pode-se estabelecer que por ter essa força normativa, esses acordos devem ser tratados como parâmetro, assim como a CR/88 é norma orientadora para as normas infraconstitucionais.

Entretanto, mesmo que estabeleçam, em conjunto com a Carta Magna, a proteção aos direitos fundamentais inescusáveis, somente sua existência não é capaz de impedir comportamentos e atividades negativas do ponto de vista socioambiental.

Assim, apesar de que deveriam ser adotados como referências de comportamento para as empresas, uma vez que tratam de aspectos imprescindíveis à qualidade de vida e até a vida em si mesma, essas normativas não são, em todo, implementadas nas condutas empresariais.

Os ODS nº 9 e 12, são mais facilmente aplicáveis as empresas por tratar de metas que abrangem esse setor e que causam grande impacto na sociedade. Através da função social das empresas e ao levar em conta o plexo de sustentabilidade, ou seja, as múltiplas dimensões da sustentabilidade, deveriam as empresas estarem de acordo com esses objetivos, buscando sua efetivação.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O plexo de sustentabilidade, amplamente discutida no presente trabalho, mostra as dimensões da sustentabilidade, excedendo as associações, que muitas vezes são feitas entre sustentabilidade e apenas a dimensão ambiental. Mostra-se assim que o conceito de sustentabilidade pode ser aplicável a diversas situações, enfrentando cenários como a ética, a política, o campo jurídico, social e ambiental.

Percebe-se hoje que a sustentabilidade vem se tornando ponto alto de discussões na sociedade, uma vez que o consumo, as desigualdades sociais e as demais consequências do mundo moderno e capitalista se tornam um problema de grande proporção.

Resta-se claro que entender os problemas socioambientais, jurídico-político e éticos se faz cada vez mais necessário, uma vez que finalmente foi entendido o papel do homem na sociedade, e a sua dependência social e ambiental.

Sabe-se que se a caminhada do homem na terra continuar a desrespeitar as problemáticas existentes, a vida humana se tornará infrutífera, assim, tratar desses problemas é fundamental para a perpetuação da vida.

Dessa forma, os Direitos Humanos se propõem em estabelecer diversos direitos que devem ser observados para garantia da dignidade da pessoa humana. Dessa forma a

---

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS*, 2015.

CR/88, preceitua diversos direitos fundamentais a serem observados pelas normas infraconstitucionais, dentre elas os direitos sociais.

Os ODS se propuseram a estabelecer as diretrizes para que os problemas atuais fossem sanados ou reduzidos significativamente, estabelecendo objetivos e metas. Por isso, foi feito, no presente trabalho, um paralelo entre os ODS, especificamente o de nº 9 e 12 e a responsabilidade socioambiental das empresas brasileiras, buscando para isso estudar a força normativa das ODS no ordenamento jurídico brasileiro.

Pode-se compreender que a omissão de normas infralegais que executem, coercitivamente, os direitos e as diretrizes defendidas pelos Direitos Humanos, a CR/88 e os ODS, torna ineficaz a aplicação dessas medidas, uma vez que as empresas não o fazem de maneira voluntária, exigindo, das normas, uma imposição legal, vez que se encontra diante de uma *Soft Law*, sendo indispensável a criação de normas ulteriores com força normativa coercitivas e sancionatórias de atos que não busquem a contemplação do plexo de sustentabilidade.

Assim, o mero recebimento desses acordos no ordenamento jurídico, por si só, se vê frustrado pela não aderência das empresas às suas metas e objetivos. Isso faz com que a sociedade continue sem caminhos alternativos à degradação ambiental e social e as empresas seguem sem serem compelidas a acatar a responsabilidade socioambiental como uma obrigação, e não mais como mera voluntariedade, muitas vezes por razões publicitárias e não consubstanciadas no dever social de sua atividade.

A pesquisa teve por problema a seguinte questão: os ODS possuem força normativa dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente para induzir empresas a uma responsabilidade socioambiental? A resposta extraída foi que sim, assim como os demais tratados internacionais que o Brasil é signatário, essa força normativa advém não só do fato de esses acordos serem recebidos com força normativa, mas também derivam do artigo 225 da CF/88 que busca a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A primeira parte da pesquisa tratou da responsabilidade socioambiental das empresas e concluiu que ela se baseia na função social das empresas, e que deveriam ser implementadas em todos os processos produtivos e atividades empresariais, com vista a cumprir seu papel em sociedade e observar os direitos sociais.

Na segunda parte da pesquisa buscou-se estudar o plexo de sustentabilidade e confirmou-se sua importância perante a sociedade e as problemáticas sociais, ambientais e outros, decorrentes das dimensões de sustentabilidade, dando a essa a devida importância no cenário atual.

Na última parte do artigo estudou-se especificamente a força normativa das ODS, concluindo-se pela sua força frente ao ordenamento jurídico, caracterizado pelo acolhimento dos tratados internacionais como normas supralegais ou constitucionais, a depender do processo que passam após a assinatura do acordo.

Restou-se claro que os ODS são capazes de instigar atitudes empresariais que observem os problemas enfrentados pela sociedade e pelo mundo, de forma que essas empresas hajam conforme seu papel social, e pratiquem ações pautadas na sustentabilidade, ainda claro, que não possuam força coercitiva, é inegável sua força normativa.

Dessa forma, é clara a importância de se estudar o plexo de sustentabilidade e a necessidade de se estabelecer normas infralegais que possuam força coercitiva para viabilizar o que preceitua os direitos humanos e as próprias ODS, havendo assim, uma omissão legislativa no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, M. E.; MARTINS, L. G. C. "*Indivíduo, sociedade e direitos humanos: a sustentabilidade integrada à ideia de bem viver e sua relação com os negócios jurídicos no mundo globalizado*". Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, jan./abr. 2020, p. 172. Disponível em:

- <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1566>. Acesso em: 25 maio 2020.
- BECHELANI BRAGATO, A. A.P. *O compliance no Brasil: a empresa entre ética e o lucro*. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2017.
- BRASIL. *"Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934"*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 23 de jun. 2020.
- BRASIL. *"Constituição da República Federativa do Brasil de 1967"*. Brasília, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm). Acesso em: 23 de jun. 2020.
- BRASIL. *"Constituição da República Federativa do Brasil"*. Diário Oficial da União, Brasília: em 5 de outubro de 1988. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 12 maio 2020
- BRASIL. "Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976". Dispõe sobre a sociedade por ações. Diário Oficial da União. Brasília, 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm). Acesso em: 22 de jun. 2020.
- DENNY, D.M.T.; PAULO, R.F; CASTRO, D. *"Blockchain e agenda 2030"*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v.7, n. 3, dez. 2017, p. 123.
- DO AMARAL JÚNIOR, A. *Introdução ao direito internacional público*. Atlas, São Paulo, 2008.
- DOVERS, S. R. *"Sustainability: demands on policy"*. Journal of Public Policy, v. 16, n. 3, 1996, p. 304.
- ERICA BUSCH, S.; RIBEIRO, H. *"Responsabilidade socioambiental empresarial: revisão da literatura sobre conceitos"*. INTERFACEHS - Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, São Paulo, v. 4, n. 2, 2009, p. 04. Disponível em: [http://www.interfacehs.sp.senac.br/images/artigos/200\\_pdf.pdf](http://www.interfacehs.sp.senac.br/images/artigos/200_pdf.pdf). Acesso em: 20 jun. 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: 20 maio 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/direitoeddesenvolvimento.v9i2.667>. Acesso em: 25 maio 2020.
- FEDERICI GOMES, M.; MENDES GASPERINI, M. *"Agronegócio, bovinocultura de corte, responsabilidade social e corrupção"*. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 6, n. 5, maio 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n5-332>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 28428-28443.
- FRAZÃO LOPES, A. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- INSTITUTO ETHOS. *Práticas Empresariais de Responsabilidade Social: relações entre os princípios do global compact e os indicadores ethos de responsabilidade social*. São Paulo: Instituto Ethos, 2006. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/18.pdf>. Acesso: 03 jun. de 2020.
- KONDER COMPARATO, F. *"Função social de propriedade dos bens de produção"*. In: Tratado de direito comercial. São Paulo: Editora Saraiva. 2015, p. 44.
- NONES, N. A. *"Função social da empresa: sentido e alcance"*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, ano VII, n. 7-14, abr. 2020, p. 115-135. Disponível em: <http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/afuncao-social-da-empre-sa.pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Os objetivos de desenvolvimento sustentável: dos ODM aos ODS*, 2015. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/ODS.aspx>. Acesso em: 23 maio. 2020.
- ROBERTO HUSEK, C. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Gráfica Editora, 2010.
- TAI, F.; CHUANG, S. "Corporate Social Responsibility". *iBusiness*, Tawain, n.6, jan. 2014, p. 117-130. Disponível em: [http://csr.moea.gov.tw/articles/articles\\_content.aspx?ID=MjAwMDAyNA==](http://csr.moea.gov.tw/articles/articles_content.aspx?ID=MjAwMDAyNA==). Acesso em: 23 maio. 2020
- TOMASEVICIUS FILHO, E. "A função social da empresa". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 92, abr. 2003, p. 35.
- "TRIPLE bottom line". *The Economist*, 17 nov. 2009. Disponível em: <https://www.economist.com/news/2009/11/17/triple-bottom-line>. Acesso em: 15 maio 2020.
- WHITEHOUSE, L. "Corporate social responsibility, corporate citizenship and the global compact: a new approach to regulating corporate social power?". *Global Social Policy*, Reino Unido, v.3, n.3, 2003, p. 299-318.
- YOUNG, R. "Dilemmas and advances in corporate social responsibility in Brazil: the work of the Ethos institute". *Natural Resources Forum*, online, v. 28, 2004, p. 298.

## **O eventual crime de responsabilidade pelo poder executivo brasileiro com a utilização da hidroxicloroquina no tratamento da covid-19**

The possible responsibility crime by the brazilian government with the hydroxychloroquine treatment in covid-19

**Luiz Osório Moraes Panza<sup>1</sup>**

Centro Universitário Curitiba – Curitiba/PR

**Guilherme Simas do Amaral Catani<sup>2</sup>**

Universidade Federal do Paraná – Curitiba/PR

**Sarah Gonçalves Ribeiro<sup>3</sup>**

Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – Curitiba/PR

**Sumário:** Introdução; 1. A utilização da HCQ no tratamento da COVID-19; 2. A legislação brasileira frente ao tratamento da COVID-19; 3. O crime de responsabilidade e o tratamento à base da hidroxicloroquina da COVID-19 no Brasil; Considerações Finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a estudar a possibilidade de o Poder Executivo ter incorrido em crime de responsabilidade, pela imposição do protocolo de tratamento à base de hidroxicloroquina no Brasil. Esse protocolo implantado pelo Ministério da Saúde ampliou as recomendações no uso da droga para as fases iniciais e profiláticas. As considerações, sobre o possível crime, serão feitas a partir das divergências públicas entre as entidades responsáveis pela saúde, em especial a ANVISA. Nesse intento, resolveu-se analisar de forma detalhada a legislação brasileira e estudos científicos, com a finalidade de identificar possíveis transgressões legais. Para isso, utilizou-se método de abordagem comparativa, histórica e científica, para que fosse possível identificar possíveis irregularidades na atuação do Poder Executivo, através do Ministério da Saúde no Brasil.

**Palavras-chave:** COVID-19; hidroxicloroquina; saúde pública; crime de responsabilidade.

**Abstract:** This article aims to study the possibility of the Brazilian Government having incurred a crime of responsibility, by imposing the treatment by hydroxychloroquine. The new protocol implemented by the Ministry of Health expanded the recommendations with

---

<sup>1</sup>Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular, prestador de serviço da Escola da Magistratura e Professor do ensino superior da Universidade Positivo. Membro do Comitê de Precatórias do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, junto à 5ª Câmara, membro eleito do Órgão Especial (2019/2020) e eleito membro do Conselho da Magistratura para o biênio 2017/2018.

<sup>2</sup>Doutor em Medicina pela Universidade Federal do Paraná. Estudou Tireoplastias na instituição de ensino *University of Manchester*, Laringologia e Voz na instituição de ensino *Harvard Medical School* e Voz na instituição de ensino *Vanderbilt University Medical Center*. Professor adjunto de Otorrinolaringologia da Universidade Federal do Paraná e Professor Titular do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Programa *Fellowship* de Otorrinolaringologia Unidade de Pós-Graduação da Uningá - Centro Universitário Ingá em Curitiba. Médico otorrinolaringologista do Hospital Instituto Paranaense de Otorrinolaringologia.

<sup>3</sup>Cursando pós-graduação e especialização de Direito na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, Direito Médico no Centro Universitário Curitiba e bacharelado em Filosofia na Faculdade Claretiano. Graduada em Direito pela Universidade Positivo.

the drug to initial and prophylactic phases of the disease. The considerations on the possible of crime will be made based on public differences between the Brazilian entities, especially the ANVISA. In this attempt, it was decided to analyze details of Brazilian legislation and scientific studies, in order to identify the legal violation possible. For this, a method of comparative, historical and scientific approach was used, seeking to identify possible of irregularities in the performance of the Government through the Ministry of Health in Brazil.

**Keywords:** COVID-19; hydroxychloroquine; health service; responsibility crime.

## INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária<sup>4 5 6</sup> foi criada em 1999 pela Medida Provisória nº 1.791, que originou a Lei nº 9.782 de 1999. Essa lei redefiniu o Sistema de Vigilância Sanitária e criou a ANVISA, autarquia<sup>7</sup>, ligada ao Ministério da Saúde<sup>8</sup>. Essa entidade administrativa foi constituída sob regime especial e, apesar da sua vinculação ao MS, é "caracterizada pela *independência administrativa*, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira"<sup>9</sup>. Esse é o mesmo entendimento da doutrina, que diz: "são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas"<sup>10</sup>. A sua função é "proteger e promover a *saúde da população* mediante a *intervenção nos riscos* decorrentes da produção e do uso de produtos e serviços sujeitos à vigilância sanitária, em ação coordenada e integrada no âmbito do Sistema Único de Saúde"<sup>11</sup>.

Segundo o artigo 200 da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, a competência para fiscalizar e controlar as substâncias de interesse para a saúde é do Sistema Único de Saúde - SUS. O SUS é regulamentado pela Lei Orgânica nº 8.080 de

<sup>4</sup>BRASIL. *Lei nº 9.782 de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm) acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>5</sup>"É uma autarquia sob regime especial, que tem sede e foro no Distrito Federal, e está presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados". In: BRASIL. *Institucional*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional> acesso em: 27 de maio de 2020.

<sup>6</sup>"No Brasil, a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) é responsável por criar normas e regulamentos e dar suporte para todas as atividades da área no País. A Anvisa também é quem executa as atividades de controle sanitário e fiscalização em portos, aeroportos e fronteiras. No Paraná a Vigilância Sanitária Estadual acompanha o trabalho executado pelas vigilâncias sanitárias municipais e complementa ações e normas quando há necessidade." In: BRASIL. *Vigilância Sanitária*. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2796> acesso em: 27 de maio de 2020.

<sup>7</sup>Autarquia é um tipo de entidade da administração pública indireta criada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.

<sup>8</sup>A ANVISA é subordinada ao Ministério da Saúde, conforme prevê o 1º artigo da Portaria nº 1.161 de 2012 "as ações de inspeção, fiscalização, autuação de infratores e outras relativas ao exercício do poder de polícia, no âmbito da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, obedecerão ao disposto nesta Portaria e na legislação pertinente." In: BRASIL. *Portaria nº 1.161 de 2012*. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/prt1161\\_31\\_07\\_2012.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2012/prt1161_31_07_2012.html) acesso em: 27 de maio de 2020.

<sup>9</sup>BRASIL. *Lei nº 9.782 de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm) acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>10</sup>BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros (2011), p. 165.

<sup>11</sup>BRASIL. *Lei nº 9.782 de 1999*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm) acesso em: 29 de agosto de 2020.

1990, e define a ANVISA no seu artigo 6º, §1º (grifo nosso) como: "um conjunto de ações capaz de *eliminar, diminuir, ou prevenir riscos à saúde* e de *intervir nos problemas sanitários* decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse à saúde".

A ANVISA, como prevê o artigo 2º, IV da Lei nº 13.848 de 2019, é uma das Agências Reguladoras no Brasil, algumas das suas competências são:

"Registro de medicamentos; autorização de funcionamento e inspeção dos laboratórios farmacêuticos e demais empresas da cadeia farmacêutica; análise de pedidos de patentes relacionados a produtos e processos farmacêuticos; e regulação de preços, por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). Outras ações são compartilhadas com estados e municípios, como a inspeção de fabricantes, o controle de qualidade dos medicamentos e a vigilância pós-comercialização, destacando-se a farmacovigilância e a regulação da propaganda de medicamentos"<sup>12 13</sup>.

Nota-se que a ANVISA possui respaldo legal para exercer com exclusividade o critério de *avaliação de medicamentos*, devendo fundamentar toda e qualquer decisão de forma objetiva em critérios técnicos e científicos.

Com a pandemia da COVID-19, no dia 17 de março de 2020, o pesquisador francês Didier Raoult apontou que os medicamentos cloroquina e hidroxicloroquina poderiam ser eficientes no tratamento da doença, testando apenas 24 pacientes. Apesar da pesquisa ter sido amplamente criticada, por ser considerada inconclusiva e parcial devido às amostras numericamente insuficientes, foi bastante divulgada ao redor do mundo<sup>14</sup>.

No dia 19 de março de 2020, a ANVISA emitiu uma nota de esclarecimento sobre o tratamento da COVID-19 à base de cloroquina e hidroxicloroquina, dizendo que:

"Esses medicamentos são registrados pela Agência para o tratamento da *artrite, lúpus eritematoso, doenças fotossensíveis e malária*; apesar de promissores, não existem estudos conclusivos que comprovam o uso desses medicamentos para o tratamento da COVID-19. Portanto, *não há recomendação da Anvisa*, no momento, para a sua utilização em pacientes infectados ou mesmo como forma de prevenção à contaminação pelo novo coronavírus; e a automedicação pode representar um grave risco à sua saúde"<sup>15</sup>.

Na segunda quinzena de março, por iniciativa do Chefe de Estado brasileiro, houve o anúncio da formalização de um protocolo de uso da hidroxicloroquina (HCQ) como medicação para uso em casos leves e assintomáticos, em contraposição às medidas de isolamento social. Esse protocolo foi mantido, mesmo após a suspensão dos testes com a droga pela Organização Mundial da Saúde - OMS, em maio de 2020. A suspensão ocorreu devido ao estudo publicado pela revista Lancet, que demonstrou a ineficácia da droga para

<sup>12</sup>BRASIL. *Lei nº 13. 848 de 2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm) acesso em 27 de maio de 2020.

<sup>13</sup>Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Temas de medicamentos da AR 2017/2020*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/2017-2020/medicamentos> acesso em: 26 de maio de 2020.

<sup>14</sup>RAOULT, D.; et. al. *Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open- label non-randomized clinical trial*. IHU-Méditerranée Infection, Marseille, France. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.16.20037135v1.full.pdf> acesso em: 27 de maio de 2020.

<sup>15</sup>BRASIL. *Esclarecimentos sobre cloroquina e hidroxicloroquina*. (grifo nosso) 19 de março de 2020. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/covid-19-esclarecimentos-sobre-hidroxicloroquina-e-cloroquina/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/covid-19-esclarecimentos-sobre-hidroxicloroquina-e-cloroquina/219201) acesso em: 27 de maio de 2020.



essa finalidade. Esse estudo - revista The Lancet, foi posteriormente revisto e os testes com a droga passaram a ser novamente realizados. Não houve alterações no novo protocolo brasileiro, mesmo após a recomendação negativa da OMS.

Posteriormente, no dia 17 de julho de 2020<sup>16</sup>, a Associação Médica Brasileira informou que foram avaliados pacientes em 40 (quarenta) Estados e o grupo recebeu o medicamento, em comparação aos que receberam placebo, informando que:

"Não teve nenhum benefício clínico: não houve redução na duração dos sintomas, nem de hospitalização, nem impacto na mortalidade. Mais da metade dos pacientes receberam HCQ em 1 dia do início dos sintomas. Em 43% dos pacientes que receberam HCQ, eventos adversos foram observados, destacando-se efeitos gastrointestinais como dor abdominal, diarreia e vômitos"<sup>17</sup>. Além disso o "outro estudo foi conduzido na Espanha e avaliou a eficácia virológica (redução da carga viral na nasofaringe) e clínica (redução da duração dos sintomas e hospitalização). Nenhum benefício virológico, nem clínico foi observado nos pacientes que receberam HCQ, em comparação ao grupo que não recebeu nenhum tratamento farmacológico - grupo placebo"<sup>18 19</sup>.

Ainda, a Associação acentuou que não há eficácia no tratamento para COVID-19 com HCQ, ao dizer que:

"Demonstrando que a HCQ não traz benefício clínico nem na profilaxia (prevenção), nem em pacientes hospitalizados, esses dois estudos completam a avaliação de eficácia e segurança do seu uso nas três fases da doença: profilaxia, tratamento precoce (primeiros dias de sintomas) e pacientes hospitalizados (que geralmente ocorre próximo ao 7º dia de sintomas)"<sup>20</sup>.

O presente artigo busca responder às seguintes perguntas: Qual é a importância da independência do órgão regulamentador (ANVISA) no Brasil? Quais são as controvérsias nas legislações brasileiras sobre o assunto? Quais são os estudos favoráveis e desfavoráveis para o uso do medicamento para tratar a COVID-19? Há indícios suficientes para investigar um possível crime de responsabilidade?

---

<sup>16</sup>BRASIL. Informe nº 16 da Associação Brasileira de Infectologia sobre: *atualização sobre a hidroxicloroquina no tratamento precoce da Covid-19*. Publicado no dia 17 de julho de 2020. Disponível em: <https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/atualizacao-sobre-a-hidroxicloroquina-no-tratamento-precoce-da-covid-19.pdf> acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>17</sup>SKIPPER, C. P; et. al. *Hydroxychloroquine in Nonhospitalized Adults With Early Covid-19*. Publicado em: 16 de julho de 2020. *Annals of Internal Medicine*. Disponível em: <https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M20-4207> acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>18</sup>MITJÁ, O.; et al. *Hydroxychloroquine for Early Treatment of Adults with Mild Covid-19: A Randomized-Controlled Trial*. Oxford University Press. 16 jul. 2020 Disponível em: <https://academic.oup.com/cid/article/doi/10.1093/cid/ciaa1009/5872589> acesso em: 29 de jul. de 2020.

<sup>19</sup>BRASIL. Informe nº 16 da Associação Brasileira de Infectologia sobre: *atualização sobre a hidroxicloroquina no tratamento precoce da Covid-19*. Publicado no dia 17 de julho de 2020. Disponível em: <https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/atualizacao-sobre-a-hidroxicloroquina-no-tratamento-precoce-da-covid-19.pdf> acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>20</sup>BRASIL. Informe nº 16 da Associação Brasileira de Infectologia sobre: *atualização sobre a hidroxicloroquina no tratamento precoce da Covid-19*. Publicado no dia 17 de julho de 2020. Disponível em: <https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/atualizacao-sobre-a-hidroxicloroquina-no-tratamento-precoce-da-covid-19.pdf> acesso em: 29 de agosto de 2020.

## 1. A UTILIZAÇÃO DA HCQ NO TRATAMENTO DA COVID-19

A pandemia atual, da COVID-19, desencadeou inúmeras pesquisas científicas para uma vacina eficaz para as pessoas, essa doença é causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) pode ser assintomática e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória - suporte ventilatório<sup>21</sup>.

Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31 de dezembro de 2019, após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19). Os primeiros coronavírus humanos foram isolados pela primeira vez em 1937. No entanto, foi em 1965 que o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa<sup>22</sup>.

A maioria das pessoas se infecta com os coronavírus comuns ao longo da vida, sendo as crianças pequenas mais propensas a se infectarem com o tipo mais comum do vírus. Os coronavírus mais comuns que infectam humanos são o alpha coronavírus 229E e NL63 e beta coronavírus OC43, HKU1<sup>23</sup>.

Os sintomas mais comuns da COVID-19 são febre, tosse seca e cansaço. Outros sintomas menos comuns e que podem afetar alguns pacientes incluem dores, congestão nasal, dor de cabeça, conjuntivite, dor de garganta, diarreia, perda de paladar ou olfato e erupção cutânea na pele ou descoloração dos dedos das mãos ou dos pés. Esses sintomas geralmente são leves e começam gradualmente. Ainda não existe medicamento específico para o tratamento. Os casos leves são tratados com medicações sintomáticas. Nos casos graves vários tratamentos tem sido usados, como: corticoide, azitromicina, anticorpos monoclonais, cloroquina/hidroxicloroquina, remdesivir, lopinavir, heparina entre outros<sup>24 25 26 27</sup>.

O possível tratamento à base de cloroquina e hidroxicloroquina, acentuou os holofotes ao redor do mundo. O CQ, fosfato de cloroquina, uma 4-amino-quinolina, foi sintetizada em 1934 por Hans Andersag e colaboradores do Bayer Laboratories e foi introduzida em 1945 para prevenir e tratar a malária. Antes da síntese de CQ, o composto natural quinino, da casca de cinchona era usado como agente antimalárico. O sulfato de hidroxicloroquina (HCQ), um derivado do CQ, foi sintetizado pela primeira vez em 1946 pela introdução de um grupo hidroxila na CQ e demonstrou ser muito menos (40%) tóxico do que o CQ<sup>28</sup>.

A hidroxicloroquina e a cloroquina foram recentemente descritas como um possível medicamento antiviral de amplo espectro. Os mecanismos antivirais baseiam-se em sua capacidade de aumentar o pH endossômico. Isso impede que vírus envelopados, como

<sup>21</sup>BRASIL. *O que é COVID-19?* (2020). Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

<sup>22</sup>BRASIL. *Idem*.

<sup>23</sup>BRASIL. *Idem*.

<sup>24</sup>HUANG, X; WEI, F; HU, L; WEN, L; CHEN, K. *Epidemiology and clinical characteristics of COVID-19*. *Arch. Iran. Med.* 23, 268–271 (2020).

<sup>25</sup>BHAGAVATHULA, A. S; ALDHALEEI, W. A; ROVETTA, A; RAHMANI, J. Vaccines and Drug Therapeutics to Lock Down Novel Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): *A Systematic Review of Clinical Trials*. *Cureus* 12, e8342 (2020).

<sup>26</sup>FISCHER, F. COVID-19 - was wir auf der Intensivstation beachten sollten. *Academic.Oup.Com* 1–6 (2020). doi:10.1093/cid/ciaa237/5801998.

<sup>27</sup>WANG, M. et al. Remdesivir and chloroquine effectively inhibit the recently emerged novel coronavirus (2019-nCoV) in vitro. *Cell Res.* 30, 269–271 (2020).

<sup>28</sup>TRIPAYHY, S; DASSARMA, B; ROY, S; CHABALALA, H; MATSABISA, M. G. A review on possible modes of action of chloroquine/hydroxychloroquine: repurposing against SAR-CoV-2 (COVID-19) pandemic. *Int. J. Antimicrob. Agents* 2, (2020).

aqueles pertencentes à família Coronaviridae, por exemplo, SARS-CoV-2, entrem e liberem seu material genético nas células hospedeiras e repliquem seus envelopes. Além disso, em casos graves e complicados da COVID-19, os efeitos anti-inflamatórios da cloroquina/hidroxicloroquina também podem ser importantes, pois ambos os medicamentos podem suprimir a produção e liberação do fator de necrose tumoral (TNF) e da interleucina 6- IL-6<sup>29</sup>.

O uso destas medicações está bem documentado na literatura nas doenças virais como: zika<sup>30 31</sup>, chikungunya<sup>32</sup>, corona vírus causador da SARS<sup>33</sup>, dengue<sup>34 35</sup>, gripe aviária<sup>36</sup>, ebola<sup>37</sup> e filoviridae<sup>38</sup>. Esses medicamentos, por serem utilizados por longo período, possuem maior grau de segurança e também efeitos colaterais delimitados. A segurança de uso é corroborada por vários trabalhos<sup>39 40 41 42 43 44 45</sup>. São medicamentos usados em larga escala na profilaxia da malária, sendo indicados inclusive para gestantes<sup>46</sup>. Em revisão sistemática (95 artigos avaliados) publicada em 2010 sobre o uso de CQ e HCQ em pacientes com Lúpus, foi observado que toxicidade é pouco frequente, leve e geralmente reversível, com o HCQ tendo um perfil mais seguro. Em mulheres grávidas foram encontrados altos níveis de evidência de que CQ e HCQ, diminuem a atividade do lúpus sem prejudicar o bebê. Dado o amplo espectro de efeitos benéficos e o perfil de

<sup>29</sup>WANG, M. *et al.* Remdesivir and chloroquine effectively inhibit the recently emerged novel coronavirus (2019-nCoV) in vitro. *Cell Res.* 30, 269–271 (2020).

<sup>30</sup>SHIRYAEV, S. A. *et al.* Repurposing of the anti-malaria drug chloroquine for Zika Virus treatment and prophylaxis. *Sci. Rep.* 7, 1–9 (2017).

<sup>31</sup>LI, C. *et al.* Chloroquine, a FDA-approved Drug, Prevents Zika Virus Infection and its Associated Congenital Microcephaly in Mice. *EBioMedicine* 24, 189–194 (2017).

<sup>32</sup>ROQUES, P. *et al.* Paradoxical effect of chloroquine treatment in enhancing chikungunya virus infection. *Viruses* 10, 1–18 (2018).

<sup>33</sup>VINCENT, M. J. *et al.* Chloroquine is a potent inhibitor of SARS coronavirus infection and spread. *Viol. J.* 2, 1–10 (2005).

<sup>34</sup>BORGES, M. C; CASTRO, L. A; FONSECA, B. A. L. da. Chloroquine use improves dengue-related symptoms. *Mem. Inst. Oswaldo Cruz* 108, 596–599 (2013).

<sup>35</sup>WANG, L. F. *et al.* Hydroxychloroquine-inhibited dengue virus is associated with host defense machinery. *J. Interf. Cytokine Res.* 35, 143–156 (2015).

<sup>36</sup>YAN, Y. *et al.* Anti-malaria drug chloroquine is highly effective in treating avian influenza A H5N1 virus infection in an animal model. *Cell Res.* 23, 300–302 (2013).

<sup>37</sup>DOWALL, S. D. *et al.* Chloroquine inhibited ebola virus replication in vitro but failed to protect against infection and disease in the in vivo guinea pig model. *J. Gen. Virol.* 96, 3484–3492 (2015).

<sup>38</sup>AKPOVWA, H. Chloroquine could be used for the treatment of filoviral infections and other viral infections that emerge or emerged from viruses requiring an acidic pH for infectivity. *Cell Biochem. Funct.* 34, 191–196 (2016).

<sup>39</sup>WENIGER, H; ORGANIZATION, W. H. *Review of side effects and toxicity of chloroquine / by H. Weniger.* (Geneva : World health Organization, 1979).

<sup>40</sup>RUIZ-IRASTORZA, G; RAMOS-CASALS, M; BRITO-ZERON, P; KHAMASHT, M. A. Clinical efficacy and side effects of antimalarials in systemic lupus erythematosus: a systematic review. *Ann. Rheum. Dis.* 69, 20–28 (2010).

<sup>41</sup>MAZUMDER, A. *et al.* SARS-CoV-2 epidemic in India: epidemiological features and in silico analysis of the effect of interventions. *F1000Research* 9, 315 (2020).

<sup>42</sup>ANDRADE, J. G. de. A randomized clinical trial with high dose of chloroquine for treatment of Plasmodium falciparum malaria in Brazil. *Revista do Instituto de Medicina Tropical de Sao Paulo* 34, 467–473 (1992).

<sup>43</sup>PATON, N. I; ABOULHAB, J. Hydroxychloroquine, hydroxyurea and didanosine as initial therapy for HIV-infected patients with low viral load: Safety, efficacy and resistance profile after 144 weeks. *HIV Med.* 6, 13–20 (2005).

<sup>44</sup>COATNEY, G. R. Pitfalls in a discovery: the chronicle of chloroquine. *Am. J. Trop. Med. Hyg.* 12, 121–128 (1963).

<sup>45</sup>VINCENT, M. J. *et al.* Chloroquine is a potent inhibitor of SARS coronavirus infection and spread. *Viol. J.* 2, 1–10 (2005).

<sup>46</sup>ANDRADE, J. G. de. A randomized clinical trial with high dose of chloroquine for treatment of Plasmodium falciparum malaria in Brazil. *Revista do Instituto de Medicina Tropical de Sao Paulo* 34, 467–473 (1992).

<sup>47</sup>WITTES, R. Adverse reactions to chloroquine and amodiaquine as used for malaria prophylaxis: a review of the literature. *Can. Fam. Physician* 33, 2644–9 (1987).

segurança, a HCQ deve ser administrado à maioria das pacientes com Lúpus durante todo o curso da doença, independentemente de sua gravidade e deve ser continuado durante a gravidez<sup>48</sup>. Em publicação da OMS, o Consultor Weninger relata que os efeitos tóxicos dependem da dosagem e do tempo de uso. Nas doses usadas para o tratamento da malária, os efeitos colaterais são raros e quando ocorrem são geralmente leves. Geralmente consistem em distúrbios gastrointestinais (náusea, vômito, dor abdominal e anorexia), tontura, cefaléia e prurido<sup>49</sup>. Os efeitos colaterais mais graves também foram descritos, como: alterações da atividade elétrica do coração/arritmias. Pacientes com doença cardíaca devem ter monitoramento constante<sup>50 51 52 53</sup>. As complicações oftalmológicas também podem ser observadas, sendo a retinopatia a mais grave delas<sup>54</sup>. É grande a polêmica sobre o uso destes medicamentos no tratamento da Covid-19. Deriva de um enorme número de trabalhos com resultados contraditórios. Existem publicações com resultados promissores<sup>55 56 57 58 59 60 61</sup> e outras que demonstram não haver

<sup>48</sup>RUIZ-IRASTORZA, G; RAMOS-CASALS, M; BRITO-ZERON, P; KHAMASHT, M. A. Clinical efficacy and side effects of antimalarials in systemic lupus erythematosus: a systematic review. *Ann. Rheum. Dis.* 69, 20–28 (2010).

<sup>49</sup>WENIGER, H; ORGANIZATION, W. H. *Review of side effects and toxicity of chloroquine / by H. Weniger.* (Geneva : World health Organization, 1979).

<sup>50</sup>JANKELSON, L; KARAM, G; BECKER, M. L; Chinitz, L. A; TSAI, M.C. QT prolongation, torsades de pointes, and sudden death with short courses of chloroquine or hydroxychloroquine as used in COVID-19: A systematic review. *Hear. Rhythm* (2020). doi:10.1016/j.hrthm.2020.05.008.

<sup>51</sup>NAKSUK, N; LAZAR, S; PEERAPHATDIT, T. B. Cardiac safety of off-label COVID-19 drug therapy: a review and proposed monitoring protocol. *Eur. Hear. journal. Acute Cardiovasc. care* 1–7 (2020). doi:10.1177/2048872620922784.

<sup>52</sup>CARPENTER, A. *et al.* COVID-19 Management and Arrhythmia: Risks and Challenges for Clinicians Treating Patients Affected by SARS-CoV-2. *Front. Cardiovasc. Med.* 7, 1–5 (2020).

<sup>53</sup>GÉRARD, A. *et al.* “Off-label” use of hydroxychloroquine, azithromycin, lopinavir-ritonavir and chloroquine in COVID-19: A survey of cardiac adverse drug reactions by the French Network of Pharmacovigilance Centers. *Therapies* (2020). doi:10.1016/j.therap.2020.05.002

<sup>54</sup>WITTES, R. Adverse reactions to chloroquine and amodiaquine as used for malaria prophylaxis: a review of the literature. *Can. Fam. Physician* 33, 2644–9 (1987).

<sup>55</sup>CORTEGIANI, A; INGOGLIA, G; IPPOLITO, M; GIARRATANO, A; EINAV, S. A systematic review on the efficacy and safety of chloroquine for the treatment of COVID-19. *J. Crit. Care* 57, 279–283 (2020).

<sup>56</sup>KANG, J. E; RHIE, S. J. Practice considerations on the use of investigational anti-COVID-19 medications: Dosage, administration and monitoring. *J. Clin. Pharm. Ther.* n/a, 1–7 (2020).

<sup>57</sup>WANG, M. *et al.* Remdesivir and chloroquine effectively inhibit the recently emerged novel coronavirus (2019-nCoV) in vitro. *Cell Res.* 30, 269–271 (2020).

<sup>58</sup>YAO, X. *et al.* In Vitro Antiviral Activity and Projection of Optimized Dosing Design of Hydroxychloroquine for the Treatment of Severe Acute Respiratory Syndrome Main point: Hydroxychloroquine was found to be more potent than chloroquine at inhibiting SARS-CoV-2 in vit. *Clin. Infect. Dis.* 2, 1–25 (2020).

<sup>59</sup>MEO, S. A; KLONOFF, D. C; AKRAM, J. Efficacy of chloroquine and hydroxychloroquine in the treatment of COVID-19. *Eur. Rev. Med. Pharmacol. Sci.* 24, 4539–4547 (2020).

<sup>60</sup>GAO, J; TIAN, Z; YANG, X. Breakthrough: Chloroquine phosphate has shown apparent efficacy in treatment of COVID-19 associated pneumonia in clinical studies. *Biosci. Trends* 14, 72–73 (2020).

<sup>61</sup>SHUKLA, A. M; ARCHIBALD, L. K; WAGLE SHUKLA, A; MEHTA, H. J; CHERABUDDI K. Chloroquine and hydroxychloroquine in the context of COVID-19. *Drugs Context* 9, 1–8 (2020).

evidências para o uso<sup>62 63 64 65 66 67</sup>. Entre as revisões sistemáticas, observamos três com evidência no uso, <sup>68 69 70</sup> uma com evidência fraca<sup>71</sup> e dois sem evidência<sup>72 73</sup>. Em relação ao uso profilático, Shah descreve revisão sistemática com quarenta e cinco artigos e não encontra evidência para o uso<sup>74</sup>.

A discrepância dos dados pró e contra o uso deve-se à baixa qualidade dos artigos publicados. Em função da pandemia, as revistas científicas têm publicado pesquisas com falhas metodológicas. O caso mais famoso foi do artigo publicado na Revista Lancet, que foi retirado do ar por apresentar dados suspeitos<sup>75</sup>.

## **2. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO TRATAMENTO DA COVID-19**

O diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus<sup>76</sup>, fez um alerta mundial a respeito da pandemia da Covid-19, no dia 29 de janeiro de 2020. Com o caráter emergencial de saúde pública internacional, a OMS lançou

<sup>62</sup>GBINIGIE, K; FRIE, K. Should chloroquine and hydroxychloroquine be used to treat COVID-19? A rapid review. *BJGP Open* bjgpopen20X101069 (2020). doi:10.3399/bjgpopen20x101069

<sup>63</sup>LIU, W. *et al.* Efficacy and safety of antiviral treatment for COVID-19 from evidence in studies of SARS-CoV-2 and other acute viral infections: a systematic review and meta-analysis. *CMAJ* 1-11 (2020). doi:10.1503/cmaj.200647

<sup>64</sup>MARCO T. MEDINA, C; MONCADA, S. S. Hydroxychloroquine/ chloroquine as a treatment choice or prophylaxis for Covid-19 at the primary care level in developing countries: A Primum non Nocere dilemma. *J. Neurol. Sci.* 415, 116972 (2020).

<sup>65</sup>RODRIGO, C., FERNANDO, S. D; RAJAPAKSER, S. Clinical evidence for repurposing chloroquine and hydroxychloroquine as antiviral agents: a systematic review. *Clin. Microbiol. Infect.* (2020). doi:10.1016/j.cmi.2020.05.016

<sup>66</sup>CHOWDHURY, M. S; RATHOD, J; GERNSHEIMER, J. A Rapid Systematic Review of Clinical Trials Utilizing Chloroquine and Hydroxychloroquine as a Treatment for COVID-19. *Acad. Emerg. Med.* 1-12 (2020). doi:10.1111/acem.14005

<sup>67</sup>HERNANDEZ, A. V; ROMAN, Y. M; PASUPULETI, V; BARBOZA, J. J; WHITE, C. M. Hydroxychloroquine or Chloroquine for Treatment or Prophylaxis of COVID-19: A Living Systematic Review. *Ann. Intern. Med.* M20-2496 (2020). doi:10.7326/M20-2496

<sup>68</sup>CORTEGIANI, A; INGOGLIA, G; IPPOLITO, M; GIARRATANO, A; EINAV, S. A systematic review on the efficacy and safety of chloroquine for the treatment of COVID-19. *J. Crit. Care* 57, 279-283 (2020).

<sup>69</sup>PATIL, V. M; SINGHAL, S; MASAND, N. A systematic review on use of aminoquinolines for the therapeutic management of COVID-19: Efficacy, safety and clinical trials. *Life Sci.* 254, (2020).

<sup>70</sup>KUMAR, A; SINGH, A; SHAIKH, A; SINGH, R. Chloroquine and hydroxychloroquine in the treatment of COVID-19 with or without diabetes: A systematic search and a narrative review with a special reference to India and other developing countries. *Diabetes Metab. Syndr. Clin. Res. Rev.* 14, 241-246 (2020).

<sup>71</sup>HERNANDEZ, A. V; ROMAN, Y. M; PASUPULETI, V; BARBOZA, J. J; WHITE, C. M. Hydroxychloroquine or Chloroquine for Treatment or Prophylaxis of COVID-19: A Living Systematic Review. *Ann. Intern. Med.* M20-2496 (2020). doi:10.7326/M20-2496

<sup>72</sup>CHOWDHURY, M. S; RATHOD, J; GERNSHEIMER, J. A Rapid Systematic Review of Clinical Trials Utilizing Chloroquine and Hydroxychloroquine as a Treatment for COVID-19. *Acad. Emerg. Med.* 1-12 (2020). doi:10.1111/acem.14005

<sup>73</sup>RODRIGO, C., FERNANDO, S. D; RAJAPAKSER, S. Clinical evidence for repurposing chloroquine and hydroxychloroquine as antiviral agents: a systematic review. *Clin. Microbiol. Infect.* (2020). doi:10.1016/j.cmi.2020.05.016

<sup>74</sup>SHAH, S; DAS, S; JAIN, A; MISRA, D. P; NEGI, V. S. A systematic review of the prophylactic role of chloroquine and hydroxychloroquine in coronavirus disease-19 (COVID-19). *Int. J. Rheum. Dis.* 613-619 (2020). doi:10.1111/1756-185X.13842

<sup>75</sup>MEHRA, M. R; DESAI, S. S; RUSCHITZKA, F; PATEL, A. N. Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. *Lancet (London, England)* (2020). doi:10.1016/S0140-6736(20)31180-6

<sup>76</sup>BRASIL. *Folha informativa - Covid19*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 20 de abril de 2020.

o projeto de ensaio clínico solidário (*Solidarity*)<sup>77</sup>, que desafiou países ao redor do mundo para encontrar um tratamento confiável para a doença, listando todos os medicamentos promissores para pesquisa e testes. E foram incluídos a ela os medicamentos à base de cloroquina e HCQ, após o estudo realizado pelo francês Didier Raoult<sup>78</sup>. Poucos dias após esses medicamentos (cloroquina e HCQ) terem sido anunciados mundialmente como favoráveis ao tratamento, no dia 19 de março de 2020, a ANVISA emitiu uma nota pública de esclarecimento, citada na introdução, frisando que a profilaxia à base do medicamento não era recomendada.

Com isso, o Ministério da Saúde, no Brasil, propôs, no dia 25 de março desse mesmo ano, o uso desses medicamentos, dizendo que poderia ser feito: "apenas em pacientes graves hospitalizados devido ao coronavírus". A nota disse ainda que: "por ser uma doença nova, ainda *não há evidências científicas suficientes que comprovem a eficácia do medicamento* para casos de coronavírus. No entanto, há estudos promissores que demonstram o benefício do uso em pacientes graves"<sup>79</sup>.

Pactuando com a recomendação do MS, a ANVISA emitiu nota favorável ao uso dos medicamentos, para casos graves, no dia 31 de março de 2020, dizendo que:

"Devido à emergência em saúde pública causada pela pandemia da COVID-19, o Ministério autorizou o uso desses medicamentos a partir dos dados preliminares disponíveis. Esse é o chamado *uso compassivo (por compaixão)*, já que não há alternativa terapêutica específica para esses pacientes"<sup>80</sup>.

E seguindo o mesmo entendimento, o Conselho Federal de Medicina (CFM) também emitiu uma nota favorável a utilização das drogas em casos graves, através do Parecer nº 4 de 2020, que autorizou o uso da cloroquina e hidroxicloroquina em condições excepcionais, porém frisou que não recomendava o seu uso, apesar de autorizar - sob acompanhamento médico e consentimento do paciente<sup>81</sup>.

Acentuou-se no Brasil uma crise no MS, culminando no pedido de demissão do então Ministro da Saúde, Nelson Teich, que deixou o seu controle com o general Eduardo Pazuello. Logo após a saída de Nelson Teich, o MS emitiu a Nota Informativa nº 9 de 2020<sup>82</sup>, que ampliou o uso dos medicamentos para prevenção - profilaxia - e também para a fase inicial - casos leves - dos contaminados pela COVID-19.

Essa flexibilização preocupou diversos especialistas e a ANVISA se posicionou de forma contrária à Nota Informativa nº 9 (para utilização do medicamento para profilaxia e

---

<sup>77</sup>WHO. "Solidarity" clinical trial for COVID-19 treatments. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-clinical-trial-for-covid-19-treatments> acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>78</sup>RAOULT, D. et al. Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open-label non-randomized clinical trial. IHU-Méditerranée Infection, Marseille, France. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.16.20037135v1.full.pdf> acesso em: 27 de maio de 2020.

<sup>79</sup>BRASIL. Cloroquina poderá ser usada em casos graves do coronavírus. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46601-cloroquina-podera-ser-usada-em-casos-graves-do-coronavirus> acesso em: 29 de maio de 2020.

<sup>80</sup>BRASIL. Entenda a liberação de cloroquina e hidroxicloroquina (grifo nosso). Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/entenda-a-liberacao-de-cloroquina-e-hidroxicloroquina/219201?inheritRedirect=false) acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>81</sup>BRASIL. Tratamento de pacientes portadores da Covid-19 com cloroquina e hidroxicloroquina. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4> acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>82</sup>BRASIL. Nota Informativa nº 9/2020-SE/GAB/SE/MS. Disponível em: <https://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/21/Nota-informativa---Orienta---es-para-manuseio-medicamentoso-precoce-de-pacientes-com-diagn--stico-da-COVID-19.pdf> acesso em: 27 de maio de 2020.

também para casos leves da doença), informando que a competência para incluir substâncias na lista de produtos sujeitos a controle especial é do próprio órgão e que não foi alterada a Resolução Colegiada, RDC, 351/2020 da ANVISA<sup>83</sup>.

O ex-chefe da ANVISA, Professor da USP, Gonzalo Vecina Neto, disse em entrevista a revista Reuters, no dia 20 de maio de 2020, que o novo protocolo do MS é uma "barbaridade", pois, e segundo ele, "a adoção do medicamento pode provocar mais mortes do que evitar, devido aos graves efeitos colaterais"<sup>84</sup>. Além disso, o médico sanitário salientou que não há comprovação científica da eficácia da cloroquina e hidroxiclороquina contra o coronavírus<sup>85</sup>, segundo ele:

"O protocolo, que atende a desejo pessoal do presidente Jair Bolsonaro, é uma tentativa do governo federal em apontar um medicamento que cure a COVID-19, doença respiratória causada pelo novo coronavírus, já que Bolsonaro é contrário ao isolamento social, preconizado por autoridades de saúde de todo o mundo para frear a propagação do vírus [...] a cloroquina *possui efeitos colaterais sérios* e que, assim como a hidroxiclороquina, outro remédio usado no tratamento de malária e doenças autoimunes, já foram testadas para determinar sua eficiência contra a COVID-19 sem que fosse comprovada. *Ela mata cardiopata*. Não existe evidência e nós sabemos os efeitos colaterais"<sup>86</sup>.

Pactuando com o entendimento do Professor da USP, Vacine Neto, o possível tratamento a base de HCQ, incluído na lista de testes da OMS, foi interrompido no dia 25 de maio de 2020, pelo diretor geral da OMS<sup>87</sup>, em pronunciamento internacional, que anunciou oficialmente a suspensão temporária dos ensaios clínicos à base destas drogas antimaláricas para o tratamento da COVID-19<sup>88</sup>. Essa interrupção dos testes ocorreu com base na pesquisa publicada pela revista The Lancet, que foi coordenada pela Universidade Harvard, testando 96 mil pessoas e demonstrando os riscos do uso dos medicamentos. Segundo os pesquisadores (EUA, França e China), a hidroxiclороquina não produz efeito no combate à COVID-19 e, além disso, a combinação dos medicamentos aumenta em média 35% o risco de morte em portadores de doenças cardíacas. Logo após, a revista se retratou, afirmando que a pesquisa não era confiável. As dúvidas acerca da eficácia da HCQ foram sanadas no dia 17 de junho de 2020, através dos ensaios clínicos (*Solidarity*) da OMS, que suspendeu, pela segunda vez, os testes à base de HCQ, afirmando que a droga, de fato, não reduz a mortalidade no tratamento da COVID-19<sup>89</sup>.

Sabe-se que a Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, regulamenta a Vigilância Sanitária, no Brasil, e, dispõe no seu artigo 16, II, que:

"O registro de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dadas as suas características sanitárias, medicamentosas ou profiláticas, curativas, paliativas, ou mesmo para fins de diagnóstico, fica sujeito, além do atendimento das

<sup>83</sup>BRASIL. *Resolução de diretoria colegiada – RDC nº 351 de 20 de março de 2020*. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33868/3233591/72+-+RDC+Nº+351-2020-DOU.pdf/bf7b1b3d-951a-4037-8fb8-38225319f8f9> acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>84</sup>SIMÕES, E. *Ex-chefe da Anvisa alerta para riscos de cloroquina contra Covid-19; diz que protocolo é "barbaridade"*. Reuters, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/idBRKBN22W2YS-OBRT> acesso em: 26 de maio de 2020.

<sup>85</sup>SIMÕES, E. *Idem*.

<sup>86</sup>SIMÕES, E. *Idem*.

<sup>87</sup>WHO. *WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19*. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---25-may-2020> acesso em: 29 de maio de 2020.

<sup>88</sup>WHO. *Q&A: Hidroxicloroquine and COVID-19*. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-hydroxychloroquine-and-covid-19> acesso em: 30 de junho de 2020.

<sup>89</sup>WHO. *Idem*.

exigências próprias, aos seguintes requisitos específicos [...] que o produto, através de comprovação científica e de análise, seja reconhecido como *seguro e eficaz para o uso a que se propõe*, e possua a identidade, atividade, qualidade, pureza e inocuidade necessárias"<sup>90</sup>.

Vale salientar que o próprio artigo destaca que a comprovação do produto deve ser "*seguro e eficaz para o uso a que se propõe*", ou seja, apesar de haver pesquisas que comprovam a eficiência da cloroquina e hidroxicloriguina para o tratamento de *artrite; lúpus; eritematoso; doenças fotossensíveis e malária*; v.g., esses medicamentos *não* possuem a mesma comprovação científica em eficiência para o tratamento da COVID-19. Sabe-se ainda que a competência dessa verificação, no Brasil, é da ANVISA. A ampliação do seu uso de forma *generalizada*, feita pelo MS, contradiz a legislação dessa Entidade Administrativa, que prevê, no artigo 13 da Resolução nº 38 de 2013, que "para o uso compassivo, a anuência da ANVISA é *pessoal e intransferível* [...] *o uso compassivo não admite formação de grupos e/ou inclusão de pacientes na mesma solicitação*"<sup>91</sup>. Ou seja, não há previsão legal para uso não compassivo, ou seja, profilático e em casos não graves, sem liberação dos órgãos reguladores, no Brasil.

A Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, prevê no seu artigo 19-Q que:

"A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, *assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC)*"<sup>92</sup>.

E é de conhecimento público, de acordo com a Lei nº 2009 de 2012, que o assessoramento da CONITEC ocorre mediante "*evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento*"<sup>93</sup>.

Caminhando na esteira desse entendimento, o Congresso Nacional aprovou a Lei Federal nº 13.979 de 2020, prevendo no seu artigo 3º, §1º, que:

"As medidas previstas neste artigo *somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas* e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública"<sup>94</sup>.

O direito à saúde está assegurado na CRFB e prevê, no seu artigo 196, que a aquele é um dever do Estado e um direito a todas as pessoas. A Lei Federal nº 8.080 de 1990 (complementar à Lei Maior), que regula o SUS, destaca que é seu objetivo prestar "assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas". O seu artigo 2º prevê que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o

<sup>90</sup>BRASIL *Lei nº 6.360 de 1976*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm) acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>91</sup>BRASIL. *Resolução – RDC nº 38 de 12 de agosto de 2013*. (grifo nosso) Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038\\_12\\_08\\_2013.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2013/rdc0038_12_08_2013.html) acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>92</sup>BRASIL *Lei nº 8.080 de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>93</sup>BRASIL. *Relatório de Recomendação da Conitec*. Disponível em: <http://conitec.gov.br/relatorios-de-recomendacao-da-conitec> acesso em: 29 de maio de 2020.

<sup>94</sup>BRASIL. *Lei nº 13.979 de 2020*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm) acesso em: 28 de maio de 2020.



Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício"<sup>95</sup>. Além disso, o artigo 1º dispõe que ela "regula em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou Privado"<sup>96</sup>, e no seu artigo 15, inciso XIII, que:

"Para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização"<sup>97</sup>.

Com isso, percebe-se que o Estado é competente e deve fornecer uma saúde digna a todos, sem impor preconceito, tampouco preferência no seu atendimento. Isso inclui a *não utilização de tratamentos comprovadamente ineficazes*, com riscos à população atingida, visando vantagens em outros setores sob responsabilidade da administração pública, no caso a economia, reconhecidamente afetada pelo isolamento social que o uso destas drogas pretende reduzir.

### **3. O EVENTUAL CRIME DE RESPONSABILIDADE E O TRATAMENTO À BASE DE HIDROXICLOROQUINA DA COVID-19 NO BRASIL**

O tratamento para a COVID-19 de forma preventiva (profilaxia), à base de cloroquina e hidroxicloroquina, trouxe uma enorme preocupação aos especialistas devido aos seus efeitos colaterais. A partir disso, será realizada uma análise das implicações penais da ampliação e insistência do Ministério da Saúde, com anuência do Chefe de Estado, que ampliou o uso das drogas antimaláricas, mesmo após os estudos contrários e comprovações dos graves efeitos colaterais.

A CRFB de 1988 assegurou, no seu artigo 2º (cláusula pétrea), a separação dos poderes pelo Sistema de Freios e Contrapesos (*Check and Balance*) de Montesquieu, ou seja, nas atribuições do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário as funções são típicas e autônomas, porém existe a possibilidade de controle mútuo para que se evite excesso de poder e autoritarismo. Como previu o filósofo iluminista:

"Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares"<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup>BRASIL. *Lei nº 8.080 de 1990*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm) acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>96</sup>BRASIL. *Idem*.

<sup>97</sup>BRASIL. *Idem*.

<sup>98</sup>MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 168.

A Lei nº 1.079 de 1950 "define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento"<sup>99</sup>. Essa lei trata, em dois de seus artigos, de possíveis violações no exercício da função administrativa no trato medicamentoso da hidroxiclороquina. No seu artigo 7º, item 9, diz que: "violiar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141 e bem assim os direitos sociais assegurados no artigo 157 da Constituição", leia-se artigo arts. 5º e 7º da Constituição de 1988.

O *caput* do artigo 5º da CRFB versa que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Apesar do conceito sobre o que é vida ser ainda muito debatido, compreende-se como vida humana o processo natural entre o nascimento e a morte. A possível intervenção do Poder Executivo, induzindo o povo brasileiro a um tratamento medicamentoso inadequado, sem base científica e, também, sem respaldo dos órgãos regulamentadores sanitários, pode estar ferindo a dignidade da pessoa humana, cláusula pétrea da CRFB.

Sabe-se que tais crimes são formais, sendo as: "infrações penais que preveem um resultado naturalístico, mas não exigem sua ocorrência para efeitos de reconhecimento da consumação. (...) o legislador antecipa a punição, não exigindo a produção naturalística do resultado previsto pelo tipo penal"<sup>100</sup>. Assim, compreende-se que os crimes de responsabilidades elencados acima não necessitam o resultado danoso e lesivo saúde da população para que se consume, basta apenas o induzimento ao seu consumo, em outras palavras, basta disponibilizar o medicamento e colocar a população em risco.

Ainda, o artigo 9, item 7, da Lei nº 1.079 de 1950, prevê que é crime de responsabilidade "proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo". Fica evidente nas ações do Presidente da República um descompasso com a postura esperada. Não se trata da falta de empatia demonstrada com a tragédia, mas de induzir a população a negligenciar cuidados básicos para evitar contágio e, através do MS, estimular o uso de medicações profiláticas e curativas de eficácia não comprovada, ou, como no caso da hidroxiclороquina, de ineficácia demonstrada. Fica bastante sugestivo, no discurso do chefe do executivo nacional, a priorização do viés econômico no conjunto das ações e o descaso com a pandemia, ou seja, uma relativização negativa no valor da vida humana. Com isso, vale a pena ressaltar, que a CRFB, no seu artigo 85, dispõe sobre os crimes de responsabilidade que podem ser cometidos pelo Presidente da República ao dizer que: "são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] *o cumprimento das leis* [...]; Parágrafo único: Esses crimes serão *definidos em lei especial*, que estabelecerá as normas de processo e julgamento".

O direito à saúde do povo brasileiro está previsto na CRFB, no artigo 196 que prevê: "*é direito de todos e dever do Estado*, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à *redução do risco de doença e de outros agravos* e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação", ou seja, ao dizer que é dever do Estado "reduzir o risco de doença", significa dizer que a introdução de medicamentos para o tratamento da COVID-19 deve ser feita de forma *responsável* e amparada pelas pesquisas científicas.

Para melhor tipificar o crime de responsabilidade previsto no inciso VII do artigo 85 da CRFB ("o cumprimento das leis"), o artigo 200 prevê a competência do SUS, ao dizer que: "ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como

<sup>99</sup>BRASIL. Lei nº 1.979 de 1950. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm) acesso em: 29 de agosto de 2020.

<sup>100</sup> GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 20º ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2018, p.114.

as de saúde do trabalhador [...]", ou seja, segundo a norma constitucional a competência para tratar do uso da hidroxicloroquina no combate a COVID-19 é do SUS<sup>101</sup>.

Ainda, ressalta-se que a Recomendação nº 42 de 2020 do CNS, de 22 de maio de 2020, recomendou a suspensão imediata do medicamento e acionou o Ministério Público Federal para que tome as medidas necessárias para a suspensão do protocolo do Ministério da Saúde, dizendo que:

"considerando a divulgação das Orientações do Ministério da Saúde para manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da COVID-19, orientando o uso de cloroquina e hidroxicloroquina associados a outros medicamentos para pacientes em sintomas leves de COVID-19, e que até o momento não existem evidências científicas robustas que possibilitem a indicação de terapia farmacológica específica, conforme afirmado nas próprias orientações do Ministério da Saúde".

Apesar do CFM autorizar o uso da hidroxicloroquina, em casos graves e apenas com rigoroso acompanhamento médico, o próprio Conselho também informou que não há tratamento seguro à base dessas drogas ao dizer que: "até o momento, não existem evidências robustas de alta qualidade que possibilitem a indicação de uma terapia farmacológica específica para a COVID"<sup>102</sup>, o Código de Ética do CFM prevê que no Capítulo I sobre os Princípios Fundamentais, item XXIV, que "A medicina será exercida com a utilização dos *meios técnicos e científicos* disponíveis que *visem aos melhores resultados*". Ou seja, por mais que houvesse expectativa promissora de que a hidroxicloroquina poderia resultar na cura da doença, as pesquisas científicas descartaram o medicamento e ainda demonstraram que há robustas evidências de risco de morte a cardiopatas, devido aos efeitos colaterais do medicamento.

Dessa forma ficou evidenciado que pode ter havido crime de responsabilidade com o novo Protocolo do dia 20 de maio de 2020, que ampliou as recomendações do uso da hidroxicloroquina para casos leves e de forma preventiva. O protocolo feriu normas da ANVISA, do CNS e da CONITEC. É pública a intervenção do Chefe de Estado brasileiro nesta política de protocolar o uso destes medicamentos de forma preventiva e ampla, mesmo após a comprovação científica de sua ineficácia e de seus riscos. Como prevê a CRFB, esta atitude, que contrariou as recomendações dos órgãos acima citados, por ferir a legislação vigente, é passiva de processo. Ao contrário do dito pelo próprio Chefe do Executivo, "eu sou a Constituição"<sup>103</sup>, as normas que esta determina não são moldáveis à vontade de um dos Poderes da República. Como ilustra o Ministro do STF, Gilmar Mendes: "o fato de o Presidente ter tido quase sessenta milhões de votos, não o autoriza a descumprir a Constituição"<sup>104</sup>.

<sup>101</sup>O Sistema Único de Saúde (SUS) é composto pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios. In: BRASIL. Sistema Único de Saúde (SUS): *estrutura, princípios e como funciona*. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude> acesso em 30 de maio de 2020.

<sup>102</sup>BRASIL. *Tratamento de pacientes portadores da Covid-19 com cloroquina e hidroxicloroquina*. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4> acesso em: 28 de maio de 2020.

<sup>103</sup>Folha de S. Paulo. *Eu sou a Constituição, diz Bolsonaro ao defender a democracia e liberdade um dia após ato pró-golpe militar*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/democracia-e-liberdade-acima-de-tudo-diz-bolsonaro-apos-participar-de-ato-pro-golpe.shtml> acesso em: 04 de julho de 2020.

<sup>104</sup>Estado de Minas Política. *Gilmar Mendes diz que 60 milhões de votos não autorizam Bolsonaro a descumprir a Constituição*. Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna\\_politica,1152513/gilmar-stf-60-mi-votos-nao-autorizam-bolsonaro-descumprir-constituicao.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/05/31/interna_politica,1152513/gilmar-stf-60-mi-votos-nao-autorizam-bolsonaro-descumprir-constituicao.shtml) acesso em: 04 de julho de 2020.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, conclui-se que a hidroxiclорокина, apesar de ser droga eletiva no tratamento de diversas doenças, não apresenta resultados comprovadamente seguros no tratamento da COVID-19, sendo indicada nos protocolos internacionais mais confiáveis apenas em casos graves. Mesmo nesses casos, é utilizada por ausência de drogas específicas reconhecidamente ativas na doença. Nenhum desses protocolos recomenda o uso em casos leves, assintomáticos ou em profilaxia.

A ANVISA, cuja estrutura seguiu o modelo da *U.S.FDA Registration* dos Estados Unidos da América, principalmente no que tange à sua independência administrativa e financeira, ou seja, não possui dependência decisória ao Poder Executivo, não teve seu parecer acatado pelo MS. Cabe a esta autarquia a autorização para o uso de medicamentos e de suas finalidades; a decisão do MS, não amparada no parecer da ANVISA e contrária às sugestões do CNS e outros conselhos da área médica, além de colocar em risco a população, fere a legislação vigente sobre o tema.

Identificou-se que não há controvérsias, na legislação brasileira, sobre a importância da independência do órgão sanitário regulamentador. Esse entendimento é pacificado, tanto na doutrina quanto na legislação. Com isso, conclui-se como adequada a Recomendação nº 42 de 2020, do CNS, que recomendou a suspensão do medicamento e acionou o Ministério Público Federal, para que tome as medidas necessárias e adequadas, quanto a possível tentativa de intervenção do Chefe de Estado nas instituições de saúde no Brasil.

Estudo científico publicado em 16 de julho de 2020 pela Universidade de Oxford, realizado em 40 estados americanos e canadenses, dentro de normas técnicas aceitas internacionalmente, e corroborado por vários trabalhos em todo o mundo, demonstra a ineficácia do tratamento da Covid-19 com a hidroxiclорокина. Na esteira desse entendimento, no dia 17 de julho de 2020, a Sociedade Brasileira de Infectologia publicou nota instruindo a imediata interrupção de tratamentos à base de hidroxiclорокина para essa doença, pela ineficácia e aumento de riscos inerentes aos efeitos colaterais da droga. Esses resultados demonstram que há risco de ingerência inadequada do Governo Federal em ações que são prerrogativas da ANVISA e de entidades médicas. É preciso que a ciência seja ouvida como forma de preservação à vida, não bastando que se tomem medidas baseadas em “achismos”, pois saúde pública é um dos maiores bens que uma sociedade pode ter e preservar.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, P. E. *et al.* COVID-19 coronavirus research has overall low methodological quality thus far: case in point for chloroquine/hydroxychloroquine. *J. Clin. Epidemiol.* 123, 120–126 (2020).
- AKPOVWA, H. *Chloroquine could be used for the treatment of filoviral infections and other viral infections that emerge or emerged from viruses requiring an acidic pH for infectivity.* *Cell Biochem. Funct.* 34, (2016).
- ANDRADE, J. G. de. *A randomized clinical trial with high dose of chloroquine for treatment of Plasmodium falciparum malaria in Brazil.* *Revista do Instituto de Medicina Tropical de São Paulo* 34, 467–473 (1992).
- ASSAD, L. *Controvérsias, debates, disputas e farsas: a ciência não é feita por deuses.* (2013). Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/index.php?section=8&edicao=92&id=1136>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo.* 29º ed. São Paulo: Editora Malheiros (2011).

- BENTO, L. *Crítica ao "consenso" científico*. (2008). Disponível em: <<https://www.blogs.unicamp.br/discutindoecologia/2008/10/critica-ao-consenso-cientifico/>> acesso em: 15 de jun. de 2020.
- BHAGAVATHULA, A. S; ALDHALEEI, W. A; ROVETTA, A; RAHMANI, J. Vaccines and Drug Therapeutics to Lock Down Novel Coronavirus Disease 2019 (COVID-19): A Systematic Review of Clinical Trials. *Cureus* 12, e8342 (2020).
- BORGES, M. C; CASTRO, L. A; FONSECA, B. A. L. da. *Chloroquine use improves dengue-related symptoms*. Mem. Inst. Oswaldo Cruz 108, (2013).
- CARPENTER, A. et al. *COVID-19 Management and Arrhythmia: Risks and Challenges for Clinicians Treating Patients Affected by SARS-CoV-2*. Front. Cardiovasc. Med. 7, 1–5 (2020).
- CHOWDHURY, M. S; RATHOD, J; GERNSEIMER, J. A *Rapid Systematic Review of Clinical Trials Utilizing Chloroquine and Hydroxychloroquine as a Treatment for COVID-19*. Acad. Emerg. Med. 1–12 (2020). doi:10.1111/acem.14005.
- COATNEY, G. R. *Pitfalls in a discovery: the chronicle of chloroquine*. Am. J. Trop. Med. Hyg. 12, 121–128 (1963).
- CONANT, J. B. What Is Science? *Bull. Natl. Assoc. Second. Sch.* Princ. 34, 1950.
- CORTEGIANI, A; INGOGLIA, G; IPPOLITO, M; GIARRATANO, A; EINAV, S. A systematic review on the efficacy and safety of chloroquine for the treatment of COVID-19. *J. Crit. Care* 57, 279–283, 2020.
- COVEN, E. M.; MARINHOS, A. M. C. P. *Curso básico em vigilância sanitária*. Anvisa - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015, p.08.
- DIB, Regina Paolucci El. *Fonoaudiologia baseada em evidências e o Centro Cochrane do Brasil*. Diagn Trat. 11, (2005).
- DOWALL, S. D. et al. *Chloroquine inhibited ebola virus replication in vitro but failed to protect against infection and disease in the in vivo guinea pig model*. J. Gen. Virol. 96, 3484–3492 (2015).
- FISCHER, F. *COVID-19 - was wir auf der Intensivstation beachten sollten*. Academic.Oup.Com 1–6 (2020). doi:10.1093/cid/ciaa237/5801998.
- GAO, J; TIAN, Z; YANG, X. Breakthrough: *Chloroquine phosphate has shown apparent efficacy in treatment of COVID-19 associated pneumonia in clinical studies*. Biosci. Trends 14, 72–73 (2020).
- RAOULT, D. et al. *Hydroxychloroquine and azithromycin as a treatment of COVID-19: results of an open- label non-randomized clinical trial*. IHU-Méditerranée Infection, Marseille, France. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.03.16.20037135v1.full.pdf> acesso em: 27 de maio de 2020.
- GBINIGIE, K; FRIE, K. *Should chloroquine and hydroxychloroquine be used to treat COVID-19? A rapid review*. BJGP Open bjgpopen20X101069 (2020). doi:10.3399/bjgpopen20x101069
- GÉRARD, A. et al. "Off-label" use of hydroxychloroquine, azithromycin, lopinavir-ritonavir and chloroquine in COVID-19: A survey of cardiac adverse drug reactions by the French Network of Pharmacovigilance Centers. *Therapies* (2020). doi:10.1016/j.therap.2020.05.002.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 20º ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2018, p.114.
- HERNANDEZ, A. V; ROMAN, Y. M; PASUPULETI, V; BARBOZA, J. J; WHITE, C. M. Hydroxychloroquine or Chloroquine for Treatment or Prophylaxis of COVID-19: A Living Systematic Review. *Ann. Intern. Med.* M20-2496 (2020). doi:10.7326/M20-2496.
- HORBY, P; et al. Effect of Hydroxychloroquine in Hospitalized Patients with COVID-19: Preliminary results from a multi-centre, randomized, controlled trial. *Yale. MedRxiv*, 15 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.07.15.20151852v1.full.pdf+html> acesso em: 29 de julho de 2020.
- HUANG, X; WEI, F; HU, L; WEN, L; CHEN, K. *Epidemiology and clinical characteristics of COVID-19*. Arch. Iran. Med. 23, (2020).

- JANKELSON, L; KARAM, G; BECKER, M. L; Chinitz, L. A; TSAI, M.C. QT prolongation, torsades de pointes, and sudden death with short courses of chloroquine or hydroxychloroquine as used in COVID-19: A systematic review. *Hear. Rhythm* (2020). doi:10.1016/j.hrthm.2020.05.008
- KANG, J. E; RHIE, S. J. Practice considerations on the use of investigational anti-COVID-19 medications: *Dosage, administration and monitoring*. *J. Clin. Pharm. Ther.* n/a, 1–7 (2020).
- KELLAND, K; SMOUT, A. *UK halts trial of hydroxychloroquine as 'useless' for COVID-19 patients*. Thomas Reuters, 5 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-hydroxychloroquine-idUSKBN23C1YM> acesso em: 29 de julho de 2020.
- KUMAR, A; SINGH, A; SHAIKH, A; SINGH, R. Chloroquine and hydroxychloroquine in the treatment of COVID-19 with or without diabetes: *A systematic search and a narrative review with a special reference to India and other developing countries*. *Diabetes Metab. Syndr. Clin. Res. Rev.* 14, 241–246 (2020).
- LI, C. et al. *Chloroquine, a FDA-approved Drug, Prevents Zika Virus Infection and its Associated Congenital Microcephaly in Mice*. *EBioMedicine* 24, 189–194 (2017).
- LIU, W. et al. Efficacy and safety of antiviral treatment for COVID-19 from evidence in studies of SARSCoV-2 and other acute viral infections: *a systematic review and meta-analysis*. *CMAJ* 1–11 (2020). doi:10.1503/cmaj.200647
- LOPES, A. A. *Medicina Baseada em Evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica*. *Rev. Assoc. Med. Bras.* 46, (2000).
- MARCO T. MEDINA, C; MONCADA, S. S. Hydroxychloroquine/ chloroquine as a treatment choice or prophylaxis for Covid-19 at the primary care level in developing countries: *A Primum non Nocere dilemma*. *J. Neurol. Sci.* 415, 116972 (2020).
- MAZUMDER, A. et al. *SARS-CoV-2 epidemic in India: epidemiological features and in silico analysis of the effect of interventions*. *F1000Research* 9, 315 (2020).
- MEHRA, M. R; DESAI, S. S; RUSCHITZKA, F; PATEL, A. N. *Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis*. *The Lancet*, 22 de maio de 2020. Disponível em: [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(20\)31180-6.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(20)31180-6.pdf) acesso em: 27 de maio de 2020.
- MEHRA, M. R; DESAI, S. S; RUSCHITZKA, F; PATEL, A. N. *Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis*. *Lancet (London, England)* (2020). doi:10.1016/S0140-6736(20)31180-6
- MEO, S. A; KLONOFF, D. C; AKRAM, J. *Efficacy of chloroquine and hydroxychloroquine in the treatment of COVID-19*. *Eur. Rev. Med. Pharmacol. Sci.* 24, 4539–4547 (2020).
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- MITJÀ, Oriol et al. *Hydroxychloroquine for Early Treatment of Adults with Mild Covid-19: A Randomized-Controlled Trial*. Oxford University Press. 16 jul. 2020 Disponível em: <https://academic.oup.com/cid/article/doi/10.1093/cid/ciaa1009/5872589> acesso em: 29 de jul. de 2020.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19". *Revista Justiça do Direito*. V. 34, n.2, p. 148-172, Mai./Ago. 2020.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "La dignidad de la persona humana: *breve estudio comparado desde el derecho público*", en *A dignidade da pessoa humana. Entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência*, Curitiba: Editora Brazil Publishing, 2019.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Covid-19: Ambiente e Tecnología*, Ed. Univali, 2020, pp. 467-485

- NAKSUK, N; LAZAR, S; PEERAPHATDIT, T. B. Cardiac safety of off-label COVID-19 drug therapy: *a review and proposed monitoring protocol*. Eur. Hear. journal. Acute Cardiovasc. care 1–7 (2020). doi:10.1177/2048872620922784.
- PATIL, V. M; SINGHAL, S; MASAND, N. A systematic review on use of aminoquinolines for the therapeutic management of COVID-19: *Efficacy, safety and clinical trials*. Life Sci. 254, (2020).
- PATON, N. I; ABOULHAB, J. Hydroxychloroquine, hydroxyurea and didanosine as initial therapy for HIV-infected patients with low viral load: *Safety, efficacy and resistance profile after 144 weeks*. HIV Med. 6, 13–20 (2005).
- RODRIGO, C., FERNANDO, S. D; RAJAPAKSER, S. *Clinical evidence for repurposing chloroquine and hydroxychloroquine as antiviral agents: a systematic review*. Clin. Microbiol. Infect. (2020). doi:10.1016/j.cmi.2020.05.016
- ROQUES, P. *et al.* *Paradoxical effect of chloroquine treatment in enhancing chikungunya virus infection*. Viruses 10, 1–18 (2018).
- RUIZ-IRASTORZA, G; RAMOS-CASALS, M; BRITO-ZERON, P; KHAMASHT, M. A. *Clinical efficacy and side effects of antimalarials in systemic lupus erythematosus: a systematic review*. Ann. Rheum. Dis. 69, 20–28 (2010).
- SHAH, S; DAS, S; JAIN, A; MISRA, D. P; NEGI, V. S. A systematic review of the prophylactic role of chloroquine and hydroxychloroquine in coronavirus disease-19 (COVID-19). *Int. J. Rheum. Dis.* 613–619 (2020). doi:10.1111/1756-185X.13842
- SHIRYAEV, S. A. *et al.* Repurposing of the anti-malaria drug chloroquine for Zika Virus treatment and prophylaxis. *Sci. Rep.* 7, 1–9 (2017).
- SHUKLA, A. M; ARCHIBALD, L. K; WAGLE SHUKLA, A; MEHTA, H. J; CHERABUDDI K. Chloroquine and hydroxychloroquine in the context of COVID-19. *Drugs Context* 9, 1–8 (2020).
- SIMÕES, E. *Ex-chefe da Anvisa alerta para riscos de cloroquina contra Covid-19; diz que protocolo é "barbaridade"*. Reuters, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/idBRKBN22W2YS-OBRTTP> acesso em: 26 de maio de 2020.
- SKIPPER, MD *et al.* *Hydroxychloroquine in Nonhospitalized Adults With Early COVID-19*. 16 jun. 2020. Disponível em: <https://www.acpjournals.org/doi/10.7326/M20-4207> acesso em 28 de julho de 2020.
- TRIPAYHY, S; DASSARMA, B; ROY, S; CHABALALA, H; MATSABISA, M. G. A review on possible modes of action of chloroquine/hydroxychloroquine: *repurposing against SAR-CoV-2 (COVID-19) pandemic*. *Int. J. Antimicrob. Agents* 2, (2020).
- VINCENT, M. J. *et al.* *Chloroquine is a potent inhibitor of SARS coronavirus infection and spread*. Virol. J. 2, 1–10 (2005).
- WANG, M. *et al.* Remdesivir and chloroquine effectively inhibit the recently emerged novel coronavirus (2019-nCoV) in vitro. *Cell Res.* 30, (2020).
- WANG, L. F. *et al.* Hydroxychloroquine-inhibited dengue virus is associated with host defense machinery. *J. Interf. Cytokine Res.* 35, (2015).
- WENIGER, H; ORGANIZATION, W. H. *Review of side effects and toxicity of chloroquine / by H. Weniger*. (Geneva: World health Organization, 1979).
- WITTES, R. Adverse reactions to chloroquine and amodiaquine as used for malaria prophylaxis: *a review of the literature*. Can. Fam. Physician 33, (1987).
- YAN, Y. *et al.* *Anti-malaria drug chloroquine is highly effective in treating avian influenza A H5N1 virus infection in an animal model*. Cell Res. 23, 300–302 (2013).
- YAO, X. *et al.* In Vitro Antiviral Activity and Projection of Optimized Dosing Design of Hydroxychloroquine for the Treatment of Severe Acute Respiratory Syndrome Main point: *Hydroxychloroquine was found to be more potent than chloroquine at inhibiting SARS-CoV-2 in vit.* Clin. Infect. Dis. 2, 1–25 (2020).

## **Trabalho Escravo Contemporâneo e a Pandemia SARS-COV-2: Reflexões sobre o Biopoder, a Biopolítica e a Necropolítica**

Contemporary Slave Labour and the SARS-COV-2 Pandemic: Reflections on Biopower, Biopolitics and Necropolitics

**Marcelo Silva**<sup>1</sup>

**Elaine Cristina Francisco Volpato**<sup>2</sup>

Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE)

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A Chegada do Vírus e seus Impactos no Brasil. 3. A Comorbidade Política Negacionista Frente à Pandemia no Brasil. 4. Biopoder, Biopolítica, Necropolítica: as Decisões que influem na Vida. 5. A Negação Normativa do Trabalho Escravo Contemporâneo na Pandemia COVID-19: Omissão ou Exclusão? 6. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica e reflexiva sobre a omissão discursiva e, conseqüentemente prática, na negação do trabalho escravo contemporâneo (TEC), ao não retratar objetivamente a existência dessa população de vulneráveis - trabalhadores escravizados em seus diferentes modos típicos, durante a elaboração do arcabouço legislativo brasileiro publicado para o combate à pandemia da Covid-19. A metodologia utilizada neste artigo é composta pela pesquisa documental, bibliográfica, cartográfica e dados estatísticos do Brasil fornecidos pelo Ministério da Saúde e IBGE. Fundamentado nesta realidade, constata-se que a população de trabalhadores que são reduzidos à condição análoga à de escravo faz parte do conjunto de vulneráveis, no entanto, com o vitupério de estarem segregados das garantias de liberdade e dignidade da pessoa humana. Os trabalhadores escravizados contemporâneos mais uma vez encontram-se à margem da sociedade, a partir da ciberpolítica implementada que resulta em barreiras ao acesso e exclusão de muitos que necessitariam deste aporte de sobrevivência em tempos de pandemia.

**Palavras-chave:** Biopolítica. Biopoder. Necropolítica. Trabalho escravo contemporâneo. Comorbidade política.

**Abstract:** The purpose of this article is to conduct a critical and reflective analysis on the discursive omission and, consequently, on the negation of contemporary slave labor (CSL), by not objectively portraying the existence of this population of vulnerable people - enslaved workers in their different ways during the elaboration of the Brazilian legislative framework published to combat the Covid-19 pandemic. The methodology used in this article is composed of documentary, bibliographic, cartographic and statistical data from Brazil provided by the Ministry of Health and IBGE. Based on this reality, it appears that the population of workers who are reduced to the condition analogous to slavery is part of the group of vulnerable, however, with the reproach of being segregated from the guarantees of freedom and dignity of the human person. Contemporary enslaved workers

---

<sup>1</sup> Economista. Servidor do Departamento de Planejamento Estratégico da UNILA. Licenciado para dedicação exclusiva ao doutoramento. Mestre em Administração pela UFPR. Doutorando em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE.

<sup>2</sup> Professora do Mestrado e Doutorado em Sociedade, Cultura e Fronteira e do Curso de Direito na Universidade do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Tutora. Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Mestre em Teoria do Estado e Especialista em Direito Tributário pelo Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP (UNIVEM), graduada em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) de Bauru-SP.



once again find themselves on the margins of society, based on the implemented cyberpolitics that results in barriers to access and exclusion for many who would need this contribution of survival in times of pandemic.

**Keywords:** Biopolitics. Biopower. Necropolitics. Contemporary slave labour. Political comorbidity.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica e reflexiva sobre a omissão discursiva e, consequentemente prática, na negação do trabalho escravo contemporâneo (TEC), ao não retratar objetivamente a existência dessa população de vulneráveis - trabalhadores escravizados em seus diferentes modos típicos, durante a elaboração do arcabouço legislativo brasileiro publicado para o combate à pandemia da Covid-19.

Pretende-se partindo do cenário epidemiológico da Covid-19 pensar o conceito de biopoder e biopolítica<sup>3</sup>, e da Necropolítica<sup>4</sup>, contrastando-os com a política de negacionismo da existência dos trabalhadores escravizados contemporâneos no Brasil.

A postura negacionista da realidade da pandemia e seus impactos indiretamente nos trabalhadores escravizados, abarca os campos político-legal-econômico-social-cultural e explicita-se pelo negacionismo omissivo de maneira indireta do ponto de vista social, mas bem direta do ponto de vista jurídico-normativo e econômico frente ao problema social do (TEC).

Tendo em vista a política negacionista da Covid-19, no caso brasileiro, esta transparece pela permanente contradição por parte do Poder Executivo Federal, de ideologia neoliberal, de extrema direita, por meio da priorização da manutenção de um discurso e prática fortalecedora da perspectiva reducionista deste evento sanitário.

As escolhas políticas do Governo brasileiro refletem esse negacionismo quanto à extensão dos efeitos sanitários da pandemia, e ao mesmo tempo, a opção por priorizar a economia em detrimento à realidade pandêmica, sanitária, epidemiológica, banalizando os efeitos nefastos da Covid-19.

Esta conjuntura pandêmica explicita um agravamento da crise já existente no sistema capitalista, onde Santos afirma que "desde a década de 1980 – à medida que o neoliberalismo se foi impondo como a versão dominante do capitalismo e este se foi sujeitando mais e mais à lógica do sector financeiro –, o mundo tem vivido em permanente estado de crise<sup>5</sup>".

Diferentes fatos decorreram do fenômeno epidemiológico da pandemia SARS-CoV2, pois seus impactos marcados pela história natural desse vírus vêm se mostrando multifacetados, uma vez que gera consequências em diferentes setores da vida humana.

Pretende-se realizar um recorte de alguns desses fatos para apresentar uma breve cronologia da Pandemia SARS-CoV-2, os dados referentes à conjuntura brasileira, os atos jurídicos propostos para o enfrentamento da pandemia no Brasil, no lapso temporal de 06/02/2020 a 24/04/2020, evidenciando a ausência da menção da população de trabalhadores vulneráveis escravizados contemporâneos.

---

<sup>3</sup> FOUCAULT, M. História da sexualidade: a vontade de saber. Edições Graal, Rio de Janeiro, 1988.

<sup>4</sup> MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, N-1, São Paulo, 2018.

<sup>5</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 5.

A metodologia utilizada neste artigo é composta pela pesquisa documental, bibliográfica, cartográfica e dados estatísticos do Brasil fornecidos pelo Ministério da Saúde<sup>6</sup>, Secretaria de Inspeção do Trabalho<sup>7</sup> e pelo IBGE<sup>8</sup>.

Parte-se da base teórica do Biopoder, da biopolítica e da Necropolítica para abordar a hipótese de que esse evento epidemiológico, a pandemia SARS-CoV2, expõe que o sistema brasileiro de combate à Covid-19 acaba por negar o TEC, ao mesmo tempo que expõe a fragilidade da aparente fortaleza da estrutura social, econômica, política e cultural, muitas vezes chamada de sistema robusto<sup>9</sup>, mas que, na verdade, é extremamente frágil.

Outros aportes teóricos além dos já citados acima são as contribuições de Santos<sup>10</sup> com A pedagogia do vírus, as críticas iniciais feitas na publicação A SOPA de Whuan com Pensamentos contemporâneos em tempo de pandemia<sup>11</sup>, Löwy<sup>12</sup> com o Neofascista Bolsonaro diante da pandemia e Menezes<sup>13</sup>.

A fonte fática empírica em análise que destacamos como evidente expressão da omissão e negação do trabalho escravo contemporâneo (TEC) no Brasil, nesse período pandêmico do SARS-CoV2, é a ausência de referência a essa população nos discursos oficiais que abordam as decisões sobre as ações de proteções sociais e de direitos que são endereçadas aos mais vulneráveis no país.

O artigo está dividido em 6 partes, a primeira uma breve introdução ao tema, na qual se apresenta a metodologia, as fontes teóricas e empírica em análise, bem como, a subdivisão do artigo.

Na segunda parte é apresentado um breve histórico da chegada do coronavírus no Brasil, algumas discussões suscitadas sobre esse fenômeno pandêmico e seus impactos no país.

A terceira parte analisa a curva de contágio, assim como, a tendência de o país tornar-se um dos epicentros da pandemia do mundo, frente à comorbidade política negacionista e anticientífica.

Também aborda a problemática do trabalho escravo contemporâneo no país, apontando as regiões onde ocorrem os maiores índices de prevalência desta patologia social no território nacional, para confrontar com as regiões mais afetadas pela covid-19 e com isso evidenciar a sobreposição de algumas dessas regiões, o que abre espaço para pensar: como estão passando os trabalhadores escravizados contemporâneos durante a pandemia?

Na quarta parte apresento alguns dados que refletem o biopoder, a biopolítica e a necropolítica decorrente das decisões tomadas no Brasil frente ao fenômeno epidemiológico da pandemia do coronavírus e os impactos desiguais nos grupos sociais.

Na quinta parte é feita a análise, a partir do *Vade Mecum* Covid-19: leis e portarias, dos normativos brasileiros publicados no período de 06/02/2020 a 24/04/2020 para enfrentar a pandemia, possibilitando constatar a ausência de normativo voltado à

<sup>6</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico Especial: doença pelo coronavírus COVID-19*, 2020. Disponível em: <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 24 jul. 2020

<sup>8</sup> BRASIL. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho*, 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>9</sup> ARAUJO, C.; BRESSER-PEREIRA, L. C. "Para Além do Capitalismo Neoliberal: as alternativas políticas". *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, vol. 61, nº 3, 2018, pp. 551-580. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/001152582018167>. Acessado em Jul. 2020.

<sup>10</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020.

<sup>11</sup> ZIZEK, S. "El coronavirus es un golpe al capitalismo el estilo de "Kill Bill" y podría conducir a la reinvencción del comunismo", in (AGAMBEN, G. "et al.", orgs.), *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporâneo en tiempos de pandemias*, ASPO, 2020.

<sup>12</sup> LÖWY, M. *O neofascista Bolsonaro diante da pandemia*, 2020. Disponível em: <https://aterraerredonda.com.br/isto-se-chama-genocidio/>. Acesso em: 15 mai. 2020.

<sup>13</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020.

população de trabalhadores escravizados no país ou mesmo menção a esse grupo de vulneráveis<sup>14</sup>.

A sexta parte é composta pelas considerações finais sobre o tema, indicando a necessidade de ações que considerem essa população, no Brasil e, possivelmente, a nível mundial. E por último, estão dispostas as referências bibliográficas de suporte nesta discussão, tão relevante em tempos de pandemia e, portanto, em tempos de exceção.

## 1. A CHEGADA DO VÍRUS E SEUS IMPACTOS NO BRASIL

A pandemia do Covid-19 tem seu início na China, na cidade Wuhan com o primeiro caso no dia 31 de dezembro de 2019 como uma suposta “pneumonia”. Em janeiro de 2020, a China declara que o agente era uma nova espécie de Coronavírus.

Os surtos espalharam-se pela China e atravessaram as fronteiras da Itália, França, Espanha, Reino Unido, Holanda, Alemanha, Bélgica, no mundo ocidental, entre outros países na comunidade europeia. Em março de 2020, a OMS declarou que a COVID-19 era uma emergência de saúde, e que ações globais conjuntas deveriam ser tomadas para o enfrentamento da doença.

Inicialmente, admitia-se que o primeiro caso do novo coronavírus registrado no Brasil teria ocorrido em 26/02/2020, no entanto, conforme dados da Fiocruz (Instituto Oswaldo Cruz), pesquisadores apontaram que o novo coronavírus já se encontrava no Brasil em janeiro de 2020<sup>15</sup>.

De acordo com Menezes “o estudo, que utiliza uma metodologia estatística de inferência a partir dos registros de óbitos, indica que, enquanto os países monitoravam os viajantes e confirmavam os primeiros casos importados da Covid-19, a transmissão comunitária da doença já estava em curso<sup>16</sup>”.

Segundo o coordenador da pesquisa, Gonzalo Bello, a primeira morte pela covid-19 se deu no Rio de Janeiro, na quarta semana epidemiológica, ou seja, entre os dias 19 a 25 de janeiro de 2020. Essa pesquisa utilizou uma metodologia multicêntrica, pois foi aplicada por pesquisadores da Fiocruz-Bahia, da UFES (Universidade Federal do Espírito Santo) e da Udelar (Universidade da República) – no Uruguai<sup>17</sup>.

Os pesquisadores revisaram os registros de óbitos em conjunto com as análises dos dados sobre os casos de SRAG (Síndrome Respiratória Aguda Grave) que foram realizados por exames moleculares, com os dados que são disponibilizados nos portais InfoGripe e Monitora Covid-19, que são bases de dados da Fiocruz<sup>18</sup>.

Segundo Menezes, a relevância desta investigação está em que,

A pesquisa é a primeira a apontar o período de início da transmissão comunitária no Brasil e reforça evidências preliminares de pesquisas conduzidas na Europa a partir de análises genéticas. Corrobora ainda achados de estudos realizados nos Estados Unidos, que indicaram começo da propagação viral na cidade de Nova Iorque entre 29 de janeiro e 26 de fevereiro. Assim como no Brasil, na Itália, Holanda e Estados Unidos, a disseminação comunitária já estava ocorrendo havia duas a quatro semanas quando os

<sup>14</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*. 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>15</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>16</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 1.

<sup>17</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>18</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020.

primeiros casos importados do Sars-CoV-2 foram identificados pela confirmação de testes laboratoriais entre viajantes. Nos demais países, os primeiros registros oficiais da infecção em viajantes ocorreram poucos dias antes ou depois do início da transmissão local estimada na pesquisa<sup>19</sup>.

Refletindo a dinâmica das pesquisas neste estado de exceção, de pandemia, mais recentemente uma pesquisa<sup>20</sup> realizada pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) revela ter encontrado vestígios da SARS-coV2 em amostra de esgoto coletadas em novembro de 2019, em testes realizados no Estado de Santa Catarina. De toda forma, a pandemia do novo coronavírus instou a comunidade acadêmica na busca por soluções para combatê-la e, desta maneira, a comunidade científica global se apresenta como centro produtor de conhecimento.

O conhecimento científico assume seu papel como caminho possível para se alcançar a maior aproximação da "verdade", ainda que pese, os erros e acertos naturais das investigações pela compreensão desse novo coronavírus e as bordas crescentes da "ilha de conhecimento" sobre esse novo vírus.

A maior latência na tomada de medidas para conter a progressão exponencial de transmissão desse novo coronavírus e, neste caso, referimo-nos ao distanciamento, isolamento social e/ou a quarentena, que funcionam fundamentalmente para retardar a sobrecarga dos sistemas de saúde, pode comprometer esse objetivo.

Estas medidas de achatamento da curva de contágio visam garantir um atendimento minimamente digno, logicamente, nos países que os possuem, uma vez que esse novo coronavírus vêm promovendo verdadeiras tragédias humanitárias na grande maioria dos países afetados.

No caso brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem por princípio a universalização, a equidade e a integralidade na assistência à saúde dos indivíduos, segundo o Ministério da Saúde<sup>21</sup>, se apresenta em vantagem frente aos países vizinhos, por estar mais bem estruturado e capilarizado pelo território nacional, ainda que pese contra ele seus problemas estruturais de sucateamento de muitos hospitais, falta de médicos, equipamentos, leitos de UTI e leitos de enfermagem para suportar as demandas cotidianas e, logicamente, de uma pandemia como a da Covid-19.

O agravamento, para além das questões estruturais citadas, mesmo que acrescidas de hospitais de campanha em grandes centros, aumento de leitos, antecipação da formatura de acadêmicos de medicina para ingressarem no mercado, chamadas de programas especiais para contratar médicos a regiões mais retiradas do Norte brasileiro, dentre outras, foi a falta de uma política integracionista e com o recrudescimento da oposição negacionista por parte do chefe maior do Poder Executivo Federal à realidade da pandemia.

## **2. A COMORBIDADE POLÍTICA NEGACIONISTA FRENTE À PANDEMIA NO BRASIL**

Todos os países atingidos pela Covid-19 tiveram suas estruturas testadas, colocando à prova nosso modelo civilizatório, no qual somos cidadãos de direitos e deveres,

---

<sup>19</sup> MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 1.

<sup>20</sup> A pesquisa intitulada de "SARS-CoV-2 in human sewage in Santa Catarina, Brazil, November 2019", contou com a participação de pesquisadores da UFSC, da Universidade de Burgos, da Espanha, e da start-up Neoprospecta/BiomeHub, de Florianópolis, porém ainda não fora publicado. Cf. MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020.

<sup>21</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da Covid-19*, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/20/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

contudo, tão centrado no produzir, distribuir e consumir, sistema que inclui alguns e excluem muitos na pirâmide de atendimento de suas necessidades.

Esse novo coronavírus, que vem construindo sua história natural, não teve impacto diferente do que se passou na Europa, quando chegou ao continente americano, pois o mesmo derrubou os sistemas de saúde dos EUA e os sistemas econômicos de diversos países.

Além das questões de estruturas do sistema de saúde brasileiro e a necessidade de médicos e equipes treinadas, cooptou-se a essa conjuntura a grande concorrência desencadeada mundialmente pelos insumos, remédios e equipamentos médico-hospitalares ligados à cadeia produtiva de atendimento à Covid-19, bem como a sobrecarga dos sistemas produtivos dos mesmos, que também enfrentavam os impactos da pandemia em seus territórios e, no caso brasileiro, tivemos comorbidamente, um fator coadjuvante que foi a disputa político-ideológico por parte do Poder Executivo brasileiro e outros setores da sociedade.

Proponho chamar essa situação de "comorbidade política", pois considera uma política negacionista implementada e contraditória à saúde pública, em conjunto com todos os problemas já decorrentes da Covid-19, que nas palavras do chefe do Estado brasileiro, o novo coronavírus era chamado de "uma ficção", uma "paranoia" e "se ele pegasse pelo histórico de atleta não precisaria de se preocupar, pois no máximo sentiria uma 'gripezinha' ou um 'resfriadinho'", dito em pronunciamento oficial<sup>22</sup>.

Esses discursos foram realizados com objetivo de construir uma narrativa do Poder Executivo Federal, que fosse forte o suficiente para impelir seus cidadãos para condições de exposição ao risco do contágio e às possíveis complicações orgânicas, em prol do econômico.

Todos esses discursos políticos e politizadores de uma questão de saúde pública, foram na contramão das orientações sanitárias da Organização Mundial da Saúde (OMS) e de grandes centros de pesquisas no mundo, incluindo os brasileiros, ou seja, divergindo com os maiores especialistas mundiais da saúde e líderes políticos, soando como uma voz irracional no deserto, negando a gravidade do momento e pressionando para que os cidadãos não fiquem em casa.

Esta é uma parte da Necropolítica<sup>23</sup> propalada pelas narrativas discursivas do centro do poder brasileiro que contrariava às próprias orientações do Ministério da Saúde brasileiro, chegando ao ponto de em menos de 2 meses ter a troca de dois ministros da saúde, por discordâncias quanto à política de saúde exigida pelo presidente.

Frente aos conflitos existentes neste ministério de inegável responsabilidade, em um contexto de pandemia, o chefe do Poder Executivo Federal, tomou como saída nomear o General Eduardo Pazuello na condição de Ministro interino da Saúde<sup>24</sup> em meio a uma pandemia, que inicia sua gestão liberando o protocolo para uso de fármacos que se tornam fonte de grandes controvérsias no país.

Outra perspectiva importante deste conflito obscurantista no Brasil é o discurso da pandecomonia que decorrerá com o impacto inevitável, em maior ou menor intensidade, em todos os países do globo terrestre.

Com a pandemia da Covid-19 advêm impactos nos sistemas mundiais em todos os seus âmbitos, econômicos, logísticos, sanitários, culturais, sociais, políticos, éticos, legais e ambientais.

No Brasil com o isolamento social decretado pelos governadores, o mercado já soma aos 12 milhões de desempregados que já existiam no país, cerca de outros 2 milhões a

<sup>22</sup> VANNUCHI, C. *A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da "gripezinha" ao e "e daí",* Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/columnas/camilo-vannuchi/2020/04/30/a-pandemia-de-covid-19-segundo-bolsonaro-da-gripezinha-ao-e-dai.htm>. Acesso em: 08 agos. 2020.

<sup>23</sup> A necropolítica é um conceito proposto por Mbembe que discute a partir do conceito de biopoder (Foucault), do estado de exceção, a política da morte e suas implicações sociais. Cf. MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, N-1, São Paulo, 2018.

<sup>24</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Atos do Poder Executivo. *Decreto de 02 de junho de 2020*. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=03/06/2020&jornal=529&pagina=1>. Acesso em: 08 de agos. 2020.



mais de desempregados, sem contar os desalentados, aqueles que nem buscam mais empregos e vivem de trabalhos precários e eventuais.

De acordo com os dados da Pesquisa Nacional Por Amonstragem de Domicílios (PNAD-covid-19), a taxa de desocupados no Brasil atingiu seu maior intervalo de 15,8% a 12,3% nos Estados do Amapá (AP), Bahia (BA), Acre (AC), Alagoas (AL), Goiás (GO) e Rio Grande do Norte (RN), sendo grande parte dos Estados da região norte, nordeste e um do Centro-Oeste<sup>25</sup>.

As regiões onde a taxa de desemprego está entre as maiores, coincidem com as taxas de maiores incidência da Covid-19 e com as regiões que, historicamente, já são conhecidas com as maiores incidência de trabalhadores em condições análogas à de escravo libertados, conforme registros da Secretaria de Inspeção do trabalho<sup>26</sup>.

A maior quantidade de trabalhadores resgatados do trabalho escravo contemporâneo, se concentra em 8 Estados das regiões brasileiras em análise no período de (1998-2016), sendo eles: 1º. Pará; 2º Mato Grosso; 3º Minas Gerais; 4º Goiás; 5º Maranhão; 6º Bahia; 7º Tocantins; 8º Mato Grosso do Sul; 9º Rio de Janeiro<sup>27</sup>.

Essa sobreposição das regiões Norte, Nordeste e alguns estados do Sudeste explicita a relação existente entre desigualdade social, incidência da Covid-19 e os bolsões de persistência da prática de redução de pessoas ao trabalho escravo contemporâneo, de acordo com os dados históricos do Ministério do Trabalho brasileiro, atual, Ministério da Economia. Além disso, de acordo com dados do Boletim Focus<sup>28</sup>, o país deve ter uma queda no PIB em torno de (-6,5%) a.a, o que só agrava a perspectiva sobre desempregos para o período pós-pandemia.

A civilização moderna, consequentemente, contemporânea se dá com a condição das pessoas em cidadãos de direitos e deveres, ao longo de um processo histórico de Revoluções. É diante deste cenário pandêmico que estamos observando nosso modelo civilizatório sendo colocado à prova em sua capacidade de atender e proteger o bem jurídico tutelado mais precioso, a vida e a dignidade humana, em equilíbrio com os anseios dos sistemas políticos e econômicos do neoliberalismo em sua maioria.

É neste quadro que os vulneráveis e invisíveis viram pauta de atenção das ações de proteção social, a partir do Programa de Auxílio Emergencial, no caso brasileiro, e é preciso considerar que "a exploração do trabalho é um produto e manifestação de desequilíbrios de poder. Sabemos que aqueles que são marginalizados, discriminados e empobrecidos correm maior risco de exploração [...]"<sup>29</sup>, desta forma, o Programa de Auxílio Emergencial visa atenuar o sofrimento decorrente das restrições vividas com a pandemia.

No entanto, nada se ouve falar sobre os trabalhadores escravizados, que no país os últimos dados estimavam alcançar cerca de 161 mil trabalhadores em escravidão moderna, o que nos colocava em 51º no *ranking*, entre os países com a presença de trabalho em condições análogas à de escravo, dentre 167 nações<sup>30</sup>.

A escravidão contemporânea é uma prática que mantém um fio condutor com o passado, mas que se transforma em novas práticas para explorar as desigualdades e as

<sup>25</sup> BRASIL. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *PNAD-COVID-19*, 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>26</sup> BRASIL. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 24 jul. 2020.

<sup>28</sup> O Relatório de Mercado Focus, Relatório Focus ou Boletim Focus é uma publicação online, divulgada todas as segundas-feiras pelo Banco Central do Brasil com os principais indicadores econômicos do país. Cf. BANCO CENTRAL DO BRASIL. Focus: Relatório de Mercado. 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R20200731.pdf>. Acesso em jul. 2020.

<sup>29</sup> COCKAYNE, J.; SMITH, A. *O impacto do COVID-19 na escravidão moderna*, 2020. Disponível em: <https://ourworld.unu.edu/en/the-impact-of-covid-19-on-modern-slavery>. Acesso em: 15 jul.2020, 1.

<sup>30</sup> WALK FREE FOUNDATION. *The global slavery index 2018*, 2018. Disponível em: <https://www.globalslaveryindex.org/>. Acesso em: 12 nov. 2018.

vulnerabilidades sociais e, portanto, impor a submissão de trabalhadores às condições de trabalho degradante, jornadas exaustivas, privação da mobilidade, superexploração e ao agravante da violação da dignidade humana.

Os fatos demonstram que o trabalho escravo contemporâneo ainda é uma mazela que assola o Brasil por meio das transformações internas da reprodução do capital com a apropriação da força de trabalho e expropriação dos recursos produtivos nas mais distintas regiões do território nacional.

De acordo com dados sobre as solicitações do Auxílio Emergencial, oriundos do cruzamento do Portal da Transparência do Governo Federal com as informações do IBGE sobre estimativa populacional por município em 2019, observa-se que:

A metade desses municípios com taxas mais altas de beneficiários está localizada no Nordeste (1.780 de 3.547). Ainda nessa região, em sete estados pelo menos 1/3 dos habitantes recebeu o benefício: Piauí (35%), Bahia (34%), Maranhão (34%), Ceará (34%), Paraíba (33%), Sergipe (33%) e Pernambuco (33%). Já os estados com os menores índices de beneficiários por habitantes são Santa Catarina (16%), Rio Grande do Sul (18%), São Paulo (21%) e Paraná (21%). O Distrito Federal também teve um percentual menor: 19%<sup>31</sup>.

Nestas regiões que foram muito afetadas com a pandemia, que são onde também se encontram grandes bolsões de pobreza, desigualdades sociais e trabalhadores escravizados, a cobertura do Programa de Auxílio Emergencial, atingiu apenas cerca de 1/3 da população.

Sabe-se que as pessoas que são escravizadas contemporaneamente ficam privadas de contato externo ao local onde se encontram, ficam privados da liberdade de ir e vir, privados de recursos básicos para sobrevivência e recursos sanitários e continuam invisibilizados para o sistema civilizatório contemporâneo.

É neste contexto, de grande desigualdade socioeconômica que caracteriza o Brasil – este território de proporções continentais, que a pandemia com todos esses conflitos e disputas vem se alastrando e indicando que o país possa vir a se tornar o epicentro mundial de casos, óbitos e propagação, que hoje se encontra com os Estados Unidos (EUA), outro país cuja política de extrema direita também é negacionista à pandemia da Covid-19.

Se pudermos fazer uma analogia com um organismo vivo, o Brasil com esse ambiente conflitivo de disputa política e ideológica, em meio à pandemia da Covid-19, se assemelha a um paciente em estado grave, cuja medicação ministrada de maneira inadequada e, além disso, não seguida em seus preceitos básicos, passa a prolongar a doença e a fortalecê-la ao ponto de criar um super vírus e, portanto, ampliar seus efeitos deletérios na sociedade.

De acordo com os dados do Ministério da Saúde<sup>32</sup>, a pandemia da Covid-19 até o momento já registrou números na casa dos milhões de brasileiros infectados. Diante dessas contradições conflituosas, entre o econômico, a ideologia e a saúde, o país vê a escalada das mortes de pessoas humanas, o estrangulamento do sistema de saúde de diversos Estados, em tempos distintos uns dos outros.

Essa comorbidade política contribui para que a curva do país caminhe para uma ascendência trágica e muito intensa, visto que o Brasil vem se mantendo em estabilidade de aproximadamente mais de 1000 mortes em 24 horas pela média móvel semanal, o que já dizimou mais de 100 mil vidas, histórias, memórias, cidadãos de direitos e deveres, seres humanos, e se encaminha para ultrapassar uma trágica marca inestimável frente ao descontrole que a pandemia ainda se encontra.

<sup>31</sup> CAESAR, G. *Em 3.547 municípios do Brasil, pelo menos 1/4 dos habitantes recebeu o Auxílio Emergencial*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/06/em-3547-municipios-do-brasil-pelo-menos-14-dos-habitantes-recebeu-o-auxilio-emergencial.ghtml>. Acesso em: 16 jul. 2020, p. 2.

<sup>32</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 16 jul. 2020.

Os efeitos do negacionismo político brasileiro, da comorbidade política pela qual passa o país com as condutas adotadas pelo Governo Federal, em seus discursos contrários à realidade da pandemia, mostrando que a “gripezinha” e o “resfriadinho”<sup>33</sup> são realidades concretas desvinculadas da ideologização dada ao fenômeno pandêmico e, sobretudo, pela necropolítica praticada com essas posturas, posicionamentos políticos e desrespeitos às normas do próprio Ministério da Saúde do país, por exemplo, quanto ao uso de máscara em locais públicos e não realização de aglomeração de pessoas.

Como aponta Löwy, no caso do Brasil:

o autoritarismo de Bolsonaro se manifesta no seu “tratamento” da pandemia, tentando impor, contra o Congresso, os governos estaduais e seus próprios ministros uma política cega de recusa das medidas sanitárias mínimas, indispensáveis para tentar limitar as dramáticas consequências da crise (confinamento, etc). Sua atitude tem também traços de social-darwinismo (típico do fascismo): a sobrevivência dos mais fortes. Se milhares de pessoas vulneráveis – idosos, pessoas de saúde frágil – virem a falecer, é o preço a pagar, afinal, “o Brasil não pode parar!”<sup>34</sup>.

Essa característica negacionista tem sido predominante em governantes de extrema direita, autoritários e reacionários e segue como uma faceta da necropolítica que esses aplicam ao subestimarem ou negarem os efeitos desse evento pandêmico.

### **3. BIOPODER, BIOPOLÍTICA, NECROPOLÍTICA: AS DECISÕES QUE INFLUEM NA VIDA**

A biopolítica entra em prática com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) que indicam o distanciamento/isolamento social como forma de reduzir a exposição ao contágio, visando a desaceleração exponencial da infecção, o achatamento da curva de infectados, diante deste cenário de grande desconhecimento, falta de imunização por meio de uma vacina eficaz, eficiente e efetiva, bem como fármacos comprovadamente eficazes no combate ao Covid-19, sendo o distanciamento a maneira indicada para se evitar a falência dos sistemas de saúde nos países.

A biopolítica está relacionada diretamente com o poder que regula a vida social, a partir de estratégias que buscam problematizar a vida humana coletiva, as formas de conhecimento sobre a vitalidade humana e os regimes de autoridade que legitimam a intervenção que seja eficaz no controle do corpo, sendo essa característica marcada em suas primeiras estratégias aplicadas no século XVIII para o controle da doença pelas políticas de saúde<sup>35</sup>.

Foucault coloca que no tocante à biopolítica “[...] o princípio: poder matar para poder viver, que sustentava a tática dos combates, tornou-se princípio de estratégia entre Estados; [...]”, neste caso, aqui entrosado no contemporâneo com as políticas aplicadas ao combate da pandemia da Covid-19<sup>36</sup>.

Rabinow e Rose afirmam que a “economia da biopolítica contemporânea opera de acordo com a lógica da vitalidade, não da mortalidade: apesar de seus circuitos de exclusão, *deixar morrer não é fazer morrer*”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> VANNUCHI, C. *A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da “gripezinha” ao e “e daí”*, Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/camilo-vannuchi/2020/04/30/a-pandemia-de-covid-19-segundo-bolsonaro-da-gripezinha-ao-e-dai.htm>. Acesso em: 08 ago. 2020.

<sup>34</sup> LÖWY, M. *O neofascista Bolsonaro diante da pandemia*, 2020. Disponível em: <https://aterraerredonda.com.br/isto-se-chama-genocidio/>. Acesso em: 15 mai. 2020, p. 2.

<sup>35</sup> RABINOW e ROSE. O Conceito de Biopoder Hoje, *Revista de Ciências Sociais*, 24, 2006, p. 32.

<sup>36</sup> FOUCAULT, M. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Edições Graal, Rio de Janeiro, 1988, 129.

<sup>37</sup> RABINOW e ROSE. O Conceito de Biopoder Hoje, *Revista de Ciências Sociais*, 24, 2006, p. 47.



Para Pelbart a biopolítica se dá também “quando o biológico incide sobre o político, o poder já não se exerce sobre sujeitos de direito, cujo limite é a morte, mas sobre seres vivos, de cuja vida ele deve encarregar-se”<sup>38</sup>.

Portanto, a partir da gestão sobre a vida, o biopoder destina-se à garantia da sobrevivência de uma população, de modo, a gerir a vida por meio da otimização de suas forças<sup>39</sup>.

Os pesquisadores Rabinow e Rose propõem que o conceito de biopoder deve abarcar pelo menos, os seguintes elementos: discursos de verdade sobre a vitalidade da vida, pois são consideradas instâncias competentes para proferir esses discursos; apresentar uma estratégia intervencionista sobre a existência da coletividade em nome da vida e da morte; e por fim, a constituição de modos de subjetivação que levem os sujeitos a atuarem sobre si mesmos para garantir a vida, o que altera a biossocialidade<sup>40</sup>.

Com o controle sobre o corpo decorrente da pandemia da Covid-19, o biopoder e a biopolítica, se aplicam de modo intenso, uma vez que o isolamento social praticado em diversas partes do globo passa a exercer o poder sobre os corpos que precisam ficar em suas casas e outros saírem para trabalharem em atividades essenciais.

Além disso, a disputa de poder em torno de uma possível imunização desses corpos, diferentemente da década de 1960, quando a corrida era pela chegada à lua, neste contexto atual de pandemia, os países correm na busca de uma vacina que possa imunizar a humanidade. De acordo com Bocayuva:

A batalha das vacinas e remédios se interligam com as formas de exposição e controle sanitário das populações, colocando na ordem do dia o risco da soma da epidemia da COVID-19 com a pandemia de ódios, com as cruzadas e guerras religiosas e coloniais travadas nas dimensões virtuais das redes e nas espaciais dos territórios, que recolocam em questão o aumento atual da força do negacionismo dos crimes das ditaduras e do saber científico, como critério da verdade e como negação da função crítica da memória nas construção dos saberes<sup>41</sup>.

Esse evento sanitário de ordem mundial testa diferentes frentes do nosso modelo civilizatório, como já apresentado anteriormente e expõe sua fragilidade diante de um ser “invisível”, porém microscópico, mas que apesar de diminuto foi capaz de derrubar distintas áreas da vida humana, cujos efeitos hoje são traduzidos em mais de 709.511 vidas perdidas mundialmente com o Covid-19<sup>42</sup>, fora outras transformações na sociedade que estão em processamento.

Os dados sobre a Covid-19 indicam que apesar da história natural desse novo coronavírus não ser discriminatória, as condições materiais dadas a cada segmento social, sim, promovem a discriminação entre os mais afetados e os que terão mais chances de se prevenirem.

Esse momento de crise sanitária mundial, causada pelo coronavírus, expõe também outras patologias sociais da civilização contemporânea, pois exige o enfrentamento, para além da pandemia, de outros efervescentes fenômenos sociais de comunicação em massa no contemporâneo, como destaca Žižek de que existe uma epidemia interna “la propagación continua de la epidemia de coronavirus también ha desencadenado grandes epidemias de virus ideológicos que estaban latentes en nuestras sociedades: noticias

<sup>38</sup> PELBART, P. P. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. Iluminuras, São Paulo, 2016, pp. 287-288.

<sup>39</sup> PELBART, P. P. *Vida capital: ensaios de biopolítica*. Iluminuras, São Paulo, 2016.

<sup>40</sup> RABINOW e ROSE. *O Conceito de Biopoder Hoje*, *Revista de Ciências Sociais*, 24, 2006, p. 29.

<sup>41</sup> BOCAYUVA, P. C. C. Globalização e Pandemia: o fim da hegemonia e a necropolítica neoliberal. In: *Para Além da Quarentena: reflexões sobre crise e pandemia*. (LOLE, et al, org.). Módulo Editorial, Rio de Janeiro, 2020, 141.

<sup>42</sup> OMS (Organização Mundial da Saúde), “Painel da Doença de Coronavírus da OMS (COVID-19)”. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 08 de agos. 2020.

falsas, teorias de conspiração paranoicas, explosões de racismo<sup>43</sup>”, e também a xenofobia, as guerras políticas e a desatenção para os grupos menos favorecidos e desprivilegiados, esquecidos e negados na sociedade.

Esse evento pandêmico coloca de maneira muito explícita a realidade da soberania, que para Mbembe é compreendida a partir de que “ser soberano é exercer controle sobre viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem limites da soberania, seus atributos fundamentais<sup>44</sup>”. Neste sentido, são as decisões, ações e discursos políticos desencadeados para tratar essa pandemia, que expõem o contraditório de colocar a ótica centrada no capital, na economia, acima da vida dos seres humanos.

Os sistemas de saúde das grandes potências mundiais sucumbiram, denunciando o quanto que o foco produtivo, que privilegia quem tem poder financeiro, dando possibilidades a estes para acessarem uma saúde de melhor qualidade, neste estado de exceção causado pela pandemia, acaba por horizontalizar a necessidade de cuidados de saúde, paliativos, leitos, equipamentos médicos-hospitalares e até compassivos, fazendo com que os estabelecimentos de assistência de saúde, por decretos, passem a atender também aqueles pacientes do SUS.

De acordo com o Boletim Epidemiológico Covid-19 de 02 de junho/2020 os dados apontam que em relação à raça, a distribuição dos óbitos se dá “para os casos de SRAG por COVID-19 a raça/cor mais prevalente é a parda (32.182), seguida da branca (29.243), preta (4.780), amarela (1.002) e indígena (286)<sup>45</sup>”, porém é importante destacar que no Brasil é comum observar negros com certidões de nascimento registradas como pardos, devido à cultura de branqueamento<sup>46</sup>, que fora praticada por longo período no país.

Esse fenômeno sanitário, étnico e sociodemográfico da pandemia já é possível de ser visualizado em países como os EUA também, cuja taxa de mortalidade vem sendo alta na comunidade afrodescendente, a exemplo do que ocorreu no Estado de Illinois, onde os afro-americanos representaram 43% das pessoas que foram a óbito pela Covid-19 e 28% dos que tiveram seus testes positivos com esse novo coronavírus, contudo, esse agrupamento étnico representa apenas 15% da população daquele distrito<sup>47</sup>.

As condições materiais vinculadas aos grandes níveis de desigualdades socioeconômicas estruturais, consequências históricas geradoras de contrastes entre as classes privilegiadas que possuem condições residenciais, econômicas, alimentares, de lazer e sanitárias para a prática do distanciamento social em relação à desprovida de condições mínimas para a garantia da vida digna são gritantes no Brasil.

Somada à desigualdade social que desprivilegia uma grande camada da sociedade, no caso brasileiro, há o grande déficit habitacional e sanitário do país, tendo como efeito deste, que parte da população se vê à sorte, principalmente, nas periferias onde ter sabão para lavar o corpo todos os dias, já é um privilégio, imagine ter álcool em gel ou ambientes separados para o isolamento social.

---

<sup>43</sup> ŽIZEK, S. *Coronavirus es um golpe al capitalismo el estilo de “Kill Bill” y podría conducir a la reinvención del comunismo*, In: *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. (AGAMBEN, G. “et. al”, orgs). ASPO, 2020, p. 21.

<sup>44</sup> MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, N-1, São Paulo, 2018, p. 5.

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico Especial: doença pelo coronavírus COVID-19*, 2020. Disponível em: <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 27.

<sup>46</sup> Convém recordar que as políticas higienistas do final do século XIX e início do século XX, que defendia o embranquecimento pelo pressuposto de uma pretensa superioridade da raça branca em relação à negra e amarela, de modo que, a mistura de sangue das raças puras com as inferiores poderiam elevar intelectualmente as raças inferiores, contudo, rebaixar as etnias superiores. Desta forma, uma política de embranquecimento fora defendida no país. Cf. PAULO, C. A. S. *As Respostas do Estado às Demandas Sociais e Étnico-Raciais: particularidades no Brasil entre 2003-2013*, 166 f. Tese (Política Social) – Universidade de Brasília. Distrito Federal, 2015.

<sup>47</sup> VEJA. *Coronavírus: Taxa de Contaminação é maior em negros nos EUA*, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-taxa-de-contaminacao-e-maior-em-negros-nos-eua/>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Do ponto de vista do biopoder e da biopolítica, a restrição mais aguda proposta pelos agentes de saúde para combater a pandemia, é o chamado *lockdown* ou em português a quarentena.

No país, através dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, foi editada a Portaria interministerial nº 5 com efeitos na Lei nº 13.979/2020 de 06/02/2020 na qual se dispõe que:

Art. 1. Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Art. 2. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus<sup>48</sup>.

O combate à proliferação do novo coronavírus pode ser adotado a partir dos modos típicos descritos na Lei 13.979/2020<sup>49</sup>, conforme a seguir:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

b) locomoção interestadual e intermunicipal; (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

<sup>48</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020*. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>. Acesso em 16 jul. 2020, p. 1.

<sup>49</sup> § 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública. § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II - o direito de receberem tratamento gratuito; III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do [Anexo ao Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020](#). § 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo. § 4º As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *"Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020"*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>. Acesso em 16 jul. 2020, pp. 2-3.

VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e

VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que: a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e b) previstos em ato do Ministério da Saúde<sup>50</sup>.

As medidas decretadas pelo Governo Federal brasileiro para fazer frente ao cenário pandêmico, concernente à lei 13.979/2020, geram impactos em diferentes grupos sociais, pois “qualquer quarentena é sempre discriminatória, mais difícil para uns grupos sociais do que para outros e impossível para um vasto grupo de cuidadores, cuja missão é tornar possível a quarentena ao conjunto da população”<sup>51</sup>.

Tendo em vista essa discriminação social e funcional, sintetizei alguns desses coletivos selecionados por Santos<sup>52</sup> para fazer breve avaliação dos impactos sociais decorrentes deste estado de exceção em tempos excepcionais, que a pandemia da Covid-19 representa para a sociedade contemporânea, a questionar nosso modelo civilizatório e os impactos aos coletivos mais vulneráveis: mulheres, trabalhadores informais ou autônomos, trabalhadores de rua, populações de rua, moradores em comunidades ou periferias, migrantes e/ou refugiados, pessoas com deficiência e idosos:

a) Mulheres<sup>53</sup>: Neste período de quarentena particularmente as mulheres podem sentir mais dificuldades chegando a ser perigoso em vários sentidos, pois muitas são nesta análise aquelas que se dedicam à prestação de cuidados, dentro e fora das famílias, pois é comum encontrá-las em maior quantidade nas áreas de saúde, da enfermagem e assistência social. Desta forma, atuarão no *front* desses serviços de assistência, aos doentes e idosos que se encontram em instituições totais. A outra frente problemática a afetar as mulheres é que com a maior permanência em casa, junto muitas vezes com companheiros que têm comportamentos abusivos e até de agressão física, deve ocorrer o aumento desses casos e até feminicídio<sup>54</sup>.

b) Trabalhadores precários, informais, vulnerabilizados como autônomos: Esses trabalhadores estão a sofrer por longas décadas, ataques a seus direitos fundamentais adquiridos, que agora se encontram em risco com o crescimento das políticas neoliberais. Este grupo de trabalhadores é globalmente dominante, mesmo considerando as diferenças de país para país, mas em tempos de pandemia a questão que surge é: quais são os impactos da quarentena para estes trabalhadores, que notadamente, são mais rapidamente afetados em qualquer crise econômica? Esse grupo chama atenção, pois como alerta a OMS, através de suas orientações que: trabalhar em casa, em distanciamento social é impraticável para muitos, por falta de estruturas, recursos alimentícios e financeiros. A crítica que se faz, neste caso, é que as recomendações da OMS, de certa forma, são elaboradas pensando numa classe média, que é uma pequeníssima parcela da população mundial<sup>55</sup>.

c) Os trabalhadores de rua: Esses trabalhadores de rua acabam por serem como que um subgrupo dos trabalhadores vulnerabilizados e precários, pois são “os vendedores ambulantes, para quem o “negócio”, isto é, a subsistência, depende exclusivamente da

---

<sup>50</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020*. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>. Acesso em 16 jul. 2020, pp. 1-2.

<sup>51</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 15,

<sup>52</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020.

<sup>53</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 15.

<sup>54</sup> Há cinco anos, no dia nove de março de 2015, entrava em vigor a lei do feminicídio (Lei 13.104/15), o assassinato de mulheres por serem mulheres. A lei considera feminicídio quando o assassinato envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. Cf. BITTAR, P. “Lei do feminicídio faz cinco anos”, In: *Direitos humanos*, Câmara dos Deputados, 09. mar. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/643729-lei-do-feminicidio-faz-cinco-anos/>. Acesso em: 10 de ago. 2020.

<sup>55</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 16-17.

rua, de quem nela passa e da sua decisão, sempre imprevisível para o vendedor, de parar e comprar alguma coisa<sup>56</sup>”.

d) Os sem-abrigo ou populações de rua<sup>57</sup>: Levanta-se aqui uma reflexão a respeito de como que esses sujeitos farão o distanciamento social, a considerar as condições de não terem casas. Os chamados sem-abrigo, que no Brasil são chamados de população em situação de rua, forçados pela penúria e falta de condições materiais para a vida digna, passam as noites nos viadutos, nas estações de metrô, nos túneis de águas pluviais ou túneis de esgoto em tantas cidades do mundo. Para esses a Covid-19 será mais dramática, pois há de se pesar as comorbidades orgânicas que estes são portadores, devido às condições em que vivem, o que os colocam em grupo de risco para o novo coronavírus.

e) Os moradores nas periferias pobres das cidades, favelas, barriadas, *slums*, caniço, etc: Santos afirmar com base nos dados da ONU Habitat, que essa população pode chegar a 1,6 milhões de pessoas sem teto, sem habitação adequada, e cerca de “25% da população mundial vive em bairros informais sem infraestruturas de saneamento básico, de serviços públicos, com escassez de água e de eletricidade [...]”<sup>58</sup>. Esses habitam pequenos espaços, contudo, com grande número de pessoas na mesma residência. Em síntese, essas condições explicitam que esses sujeitos são habitantes da cidade sem, no entanto, terem direito à cidade, uma vez que, ao viverem em espaços desumanizados, mesmo em grandes centros não possuem os suportes pressupostos pelo direito à cidade dessas zonas urbanas.

f) Os internados em campos de internamento para refugiados, imigrantes indocumentados ou populações deslocadas internamente: Santos aponta “[...] segundo da ONU, essa população alcança a 70 milhões. São populações que, em sua grande parte, vivem em permanente quarentena [...]”<sup>59</sup>. Somente, essa condição de quarentena permanente, invoca a redução dos significados da atual quarentena imposta aos que não são pelas condições materiais de vida, obrigados a ficarem em quarentena permanente, mas ficarão devido à Covid-19. Essa população pelo nível vulnerabilidade em que vivem, são potencialmente grupos de risco para a Covid-19. Pelo fato de estarem em agrupamentos, uma propagação entre eles poderá ser de impactos fatais e ainda mais dramáticos do que os que enfrentam, as populações das periferias pobres.

g) Pessoas com deficiência<sup>60</sup>: Essa população tem sofrido diferentes formas de dominação, que vão para além do sistema capitalista, sofrem a discriminação do capacitismo, pode ser tão letal a esses sujeitos do que as formas institucionalizadas de dominação. Esse sistema de dominação baseado na discriminação, que não reconhece as capacidades e as necessidades especiais desses sujeitos, lhes impõem dificuldades à mobilidade e a outras condições, que lhes possibilitariam usufruir dos recursos da sociedade igual a outros cidadãos. A quarentena para esse grupo é bastante drástica, dado que um percentual apresenta dependência de quem tem de romper a quarentena para lhes prestar algum auxílio. Assim, o confinamento lhes impõe novas dificuldades, porém devido às limitações naturais, talvez para eles, essa situação de confinamento, seja menos penosa que aos “desconfinados”.

h) Os idosos<sup>61</sup>: Este grupo de pessoas é tratado na pandemia do novo coronavírus como parte do grupo de risco e, particularmente, os países do Norte têm populações idosas em maiores quantidades. Em geral, esses ficam mais vulneráveis, porém a vulnerabilidade não é indiscriminada, pois aqueles que apresentam piores condições de vida, também apresentam menores expectativas de vida em comparação com idosos de classes sociais altas, ou seja, aqueles que têm mais fragilidades correm mais riscos pelas comorbidades que possuem, de desenvolverem a Covid-19 em sua forma mais drástica que pode levar a óbito.

<sup>56</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 17

<sup>57</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 17.

<sup>58</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 18

<sup>59</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 19

<sup>60</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 20.

<sup>61</sup> SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, p. 20.

i) Acrescento a categoria dos trabalhadores escravizados: este grupo pode ser definido pelo termo composto, trabalho escravo contemporâneo, pois explicita uma prática atual de dominação violenta, que se diferencia das práticas do passado, como a escravidão antiga (Egito antigo), a clássica (período greco-romano) ou a colonial (africana decorrente da expansão mercantil e as grandes navegações colonizadoras no Brasil). Apesar de já serem vulnerabilizados, estes têm o agravante de estarem sob um sistema de superexploração e violação de direitos fundamentais, visto que a escravidão contemporânea ou suas condições análogas à de escravo, podem se dar também a partir do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, trabalho forçado, trabalho infantil, casamento forçado e a servidão por dívida.

Conclui-se que esse grupo que já se encontra vulnerabilizado antes do período da pandemia, possa sofrer de maneira mais drástica a exploração, o trabalho degradante, o cerceamento da liberdade, a violação da dignidade humana, devido principalmente, aos problemas econômico-financeiros e a escassez de emprego que já se apresenta e deve se agravar para o pós-pandemia, além da invisibilidade histórica e estrutural, que esses sujeitos postos à margem da sociedade e das proteções de direitos se encontram.

A pandemia SARS-CoV2 expõe a fragilidade desse modelo civilizatório que construímos, focado no hiperconsumo e na exclusão estrutural pelas desigualdades sociais, notadamente graves nos países latino-americanos.

De acordo com Cockayne e Smith a pandemia da Covid-19 ampliará os espaços para a submissão de pessoas à escravidão contemporâneo e condições análogas, pois:

A crise ampliará alguns dos principais motores da escravidão moderna, como pobreza e crise financeira. O Relator Especial da ONU sobre Formas Contemporâneas de Escravidão alertou recentemente que o aumento da informalização e da casualização da força de trabalho aumentaria os riscos modernos da escravidão. Esse risco foi agora ampliado enormemente. A Organização Internacional do Trabalho relata que a crise econômica e trabalhista, criada pelo COVID-19, pode ver o desemprego global aumentar em quase 25 milhões. As taxas de pobreza no trabalho aumentarão significativamente, com uma previsão de que haverá entre 20,1 e 25 milhões a mais de pessoas na pobreza do que na estimativa anterior ao COVID-19 [...] <sup>62</sup>

Tal situação traz à tona os invisíveis, os excluídos, os vulneráveis e ao mesmo tempo suscita debates de diversas ordens na sociedade, em especial as orientações da OMS para que os países deem maior atenção aos vulneráveis. Outro aspecto relevante é a escassez de recursos sejam financeiros ou pessoas para as fiscalizações de combate ao trabalho escravo contemporâneo, o que impacta diretamente às ONG's que atuam nestas ações anti-escravidão, o que representa um prejuízo para essa população de vulneráveis.

#### **4. A NEGAÇÃO NORMATIVA DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA PANDEMIA COVID-19: OMISSÃO OU EXCLUSÃO?**

Considerando que no cenário em análise há um previsível agravamento da pobreza e da desigualdade social, que são categorias que levam trabalhadores a se submeterem às condições de redução ao trabalho escravo contemporâneo, importa averiguar se as portarias, decretos ou normativos que visam atender aos vulneráveis, se reportam a esse coletivo de trabalhadores.

Para tanto, é necessário compreender que a categoria trabalho é considerada fundamentalmente a via de superação da pobreza, da desigualdade, bem como da exclusão social; ou seja, o trabalho deve ser compreendido como a via mais direta, através do qual pode ocorrer o desenvolvimento e, por último, ele se configura como caminho para a

---

<sup>62</sup> COCKAYNE, J., SMITH, A. *O impacto do COVID-19 na escravidão moderna*, 2020. Disponível em: <https://ourworld.unu.edu/en/the-impact-of-covid-19-on-modern-slavery>. Acesso em: 15 jul.2020, p. 2.



inclusão social e o estabelecimento de uma vida digna no exercício da democracia através da cidadania<sup>63</sup>.

É certo dizer que existem populações mais vulneráveis que compõem em maior quantidade as estatísticas da Covid-19, conforme já discutido anteriormente, visto que essas são historicamente populações em condições sociais de vulnerabilidade e que ficam mais expostas a essa tragédia sanitária.

Fundamentado nesta realidade, também é certo afirmar que a população de trabalhadores que são reduzidos à condição análoga à de escravo faz parte deste conjunto de vulneráveis, no entanto, com o vitupério de estarem segregados das garantias de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Uma parte das medidas tomadas para combater os efeitos da pandemia da Covid-19 é voltada para os mais vulneráveis na sociedade brasileira, contudo, vale ressaltar que dada a ordem epidemiológica grande parte dessas medidas são de ordem econômico-sanitárias.

Dentre elas temos Leis Federais, Portarias e Decretos que foram publicados para atender as demandas de enfrentamento da Covid-19 no Brasil, sendo que esse conjunto de instrumentos jurídicos compõe um documento denominado de *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, que se inicia no período de 06/02 a 24/04/2020<sup>64</sup>. O documento foi realizado pelo esforço em compilar a legislação que está sendo aplicada na forma de instrumentalização jurídica das ações que visam combater a pandemia da Covid-19.

Nele a habilitação de leitos, que representa a maior quantidade das portarias, teve sua maior quantidade realizada pelo Ex-Ministro Nelson Teich, com 18 portarias para habilitar leitos de UTI e 12 portarias para habilitar leitos de UTI na gestão do Ex-Ministro Luiz Henrique Mandetta. Considerando o período coberto pelo *Vade Mecum*, o conjunto das portarias (30) voltadas para a habilitar leitos de UTI representa um total de 66,7% da legislação implementada no período em análise<sup>65</sup>.

Esse dado explicita o *deficit* de leitos de Unidades de Terapia Intensiva (UTI's) que existe na rede de assistência à saúde no Brasil, especificamente no SUS, além de indicar o crescimento da curva de contágio no país e o estresse e colapso da rede de assistência em algumas unidades da federação brasileira.

A categoria "definir serviços públicos e atividades essenciais" <sup>66</sup> fora promulgada diretamente pelo presidente Jair Messias Bolsonaro em conjunto com o Ministro Walter Braga Netto, sendo esta categoria alvo de disputa sobre que tipos de atividades comerciais deveriam abrir durante a pandemia, por se tratar de essenciais e também sobre o público liberado para atividades essenciais.

Nela encontramos no inciso "XXXVI - fiscalização do trabalho; (Incluído pelo Decreto nº 10.292, de 2020)", atividade que fiscaliza o cumprimento dos marcos normativos vigentes durante a pandemia e as demais atividades que já fazem parte de seu escopo de obrigações legais, logicamente que respeitando o estado de pandemia<sup>67</sup>.

É neste inciso, XXXVI, que se encaixariam as fiscalizações sobre trabalho escravo contemporâneo, que em condições sociais normais já é um grande desafio de ser realizada e em condições de pandemia se torna um feito épico a se realizar. Esta é a única menção

<sup>63</sup> ABRAMO, L. *Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social*. Relatório OIT - Organização Internacional Do Trabalho. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS\\_467352/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_467352/lang-pt/index.htm). Acesso em: 7 out. 2018.

<sup>64</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>65</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020.

<sup>66</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 3.

<sup>67</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 Jul. 2020, p. 14.

realizada nas 48 normas regulatórias, entre as 3 leis e 45 portarias ministeriais editadas para o enfrentamento ao Covid-19, de acordo com o *Vade Mecum* e o lapso temporal que este abrange<sup>68</sup>.

Essa omissão em dar atenção mais explícita aos trabalhadores escravizados contemporâneos, em alguma medida, não é apenas um esquecimento natural entre tantos assuntos a serem tratados e que são mais diretamente atrelados às questões de saúde pública prementes do momento de pandemia, mas ocorre pela negação da existência do trabalho escravo contemporâneo, patologia social, cuja existência notadamente vai de encontro com a ideologia do Governo Federal e, portanto, ao encontro dos discursos negacionistas ampliados com a pandemia da Covid-19 no Brasil.

Vale destacar que dos recursos aprovados e previstos (R\$ 38,9 bilhões) para serem aplicados para o combate à pandemia, no conjunto destas portarias, leis e medidas provisórias, até 25 de junho, somente R\$ 11,9 bilhões haviam sido liberados, ou seja, cerca de (29,56%) de fato fora liberado pelo Governo Federal para os Estados e Municípios brasileiros.

Consoante a essa baixa execução, o TCU pediu explicações para o Ministério da Saúde com “o objetivo de avaliar a estrutura de governança montada pelo Ministério da Saúde para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus, bem como os atos referentes à execução de despesas públicas”<sup>69</sup>.

Independentemente das explicações dadas pelo Ministério da Saúde, essa pode ser mais uma possível ação atrelada à necropolítica no contexto epidemiológico no Brasil, visto a falta de recursos nos entes federativos terem sido motivadoras do desenvolvimento de protocolos como o Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19<sup>70</sup>.

Visando salvar o maior número de vidas frente à falta de recursos e para evitar a desassistência em momentos críticos, o protocolo previu critérios para que os médicos pudessem escolher por meio de pontuação, a quem destinariam os recursos escassos, por exemplo, como leitos de UTI’s e respiradores em situação crítica.<sup>71</sup>

O outro grande flanco de atuação do Governo Federal fora o “Programa de Auxílio Emergencial” estabelecido pela Lei Nº 13.982, de 2 de abril de 2020<sup>72</sup>,

[...] Para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 14.

<sup>69</sup> JUSBRASIL. *Acórdão Nº 1335/2020 – TCU – Plenário*, Diário Oficial da União, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/300712157/dou-secao-1-05-06-2020-pg-53>. Acesso em: 08 ago. 2020, p. 53.

<sup>70</sup> AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira). *Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19*, 2020. Disponível em: [https://www.amib.org.br/fileadmin/user\\_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo\\_AMIB\\_de\\_alocacao\\_de\\_recursos\\_em\\_esgotamento\\_durante\\_a\\_pandemia\\_por\\_COVID-19.pdf](https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>71</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>72</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>73</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *“Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020”*. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 jul. 2020, p. 1.



Com a implementação deste Auxílio Emergencial, o Governo Federal descobriu a existência de mais de 40 milhões de brasileiros vulneráveis, que se encontravam fora dos programas de assistência sociais já existentes, ou seja, invisibilizados ao sistema. De acordo com a Caixa Econômica Federal, o Programa:

O Auxílio Emergencial é um benefício financeiro destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID 19”

<sup>74</sup>.

Esse Programa apresenta inicialmente um problema endógeno para os mais vulneráveis que é a acessibilidade digital, pois em tempos de pandemia, quando a indicação do distanciamento social e a não aglomeração se fazem necessários, os candidatos que pleitearem o auxílio precisam fazê-lo a partir de um App da Caixa Econômica Federal.

Desconsidera-se a discriminação digital com tal atitude e ao mesmo tempo a exclusão automática de parcela da sociedade de vulneráveis que não possuem acesso digital e conhecimentos para empreender o complexo e congestionado cadastro a ser vencido para poder ter direito a receber o auxílio emergencial.

Os trabalhadores escravizados contemporâneos em longínquas fazendas no interior do Pará e/ou Amazônia, por exemplo, não possuem condições básicas para o labor, a subsistência e manutenção da vida digna, quiçá ter acesso à internet e estrutura para fazerem seus cadastros no App para receberem o Auxílio, ironicamente “Emergencial”, do Governo Federal.

Os trabalhadores escravizados contemporâneos mais uma vez encontram-se à margem da sociedade, a partir da ciberpolítica implementada que resulta em barreiras ao acesso e exclusão de muitos que necessitariam deste aporte de sobrevivência em tempos de pandemia.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condição de pandemia instalada pela Covid-19, estabelece uma interferência intensa na realidade do mundo do trabalho, a nível regional e global, sendo o primeiro efeito sentido a paralisação de milhões de trabalhadores e a imposição do chamado *home office*, em função da estratégia de isolamento social, forma de combate ao alto nível de contágio que esse vírus apresenta e letalidade.

Para evitar o colapso dos precários sistemas mundiais de saúde, visto não existir uma vacina eficiente para esse novo vírus, em alguns locais fora necessário a prática da estratégia mais radical de isolamento social, nominada de *lockdown*, ou seja, a parada total sob força da lei e da violência legalizada do Estado.

Consequentemente, essa realidade concreta gera impactos nas diferentes políticas econômicas de cada nação, no sentido de minorar os efeitos nefastos nas economias mundiais, a partir de ações político-econômicas, neste caso, expansionistas do Estado, o que gera uma contradição para as mentalidades neoliberais que se encontram em expansão em diversos países atualmente.

Os trabalhadores escravizados não são citados durante esse processo de crise mundial, talvez se encaixem na denominação de vulneráveis, e essa falta de explicitação objetiva dessa população de sujeitos, demonstra o quanto que a sociedade ainda se nega a enxergar essa cruel realidade.

Se há dificuldade de atender aos vulnerabilizados, mas que estão mais visíveis a

---

<sup>74</sup> CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Auxílio Emergencial do Governo Federal, 2020. Disponível em: <https://auxilio.caixa.gov.br/#/inicio>. Acesso em 16 de jul. 2020, p. 1.

partir dos cadastros nacionais de assistência, quem está pensando naqueles que estão sobre servidão por dívida, trabalho forçado em fazendas longínquas ou mesmo em outras formas de trabalho escravo contemporâneo?

Para além dessas implicações, também existem aqueles marginalizados que ficarão na vulnerabilidade da informalidade, sem renda para a manutenção de suas necessidades de sobrevivência, na invisibilidade das bordas legais da economia e com isso em condições de precarização da vida, a exemplo da população em situação de rua, que se torna um grande desafio a ser atendido.

Diante deste complexo contexto social pandêmico e pandeconômico, o país ainda se depara com uma “comorbidade política” posta em marcha pelos discursos contrários aos paliativos existentes para salvar vidas, o isolamento social, que além de implicar nos problemas sociais já discutidos, representa um controle sobre o corpo, a biopolítica e o biopoder.

Esse controle exercido sobre os corpos sociais, expressam a prática da biopolítica e do biopoder, representam uma tentativa de se evitar o aumento da devastação que o novo coronavírus vem gerando nas sociedades globais, que no caso brasileiro, já chega a mais de 100 mil vidas dizimadas e quase 3 milhões de infectados.

A política contrária ao isolamento social, a banalização da seriedade da pandemia da Covid-19, as controversas campanhas sobre fármacos para salvarem a economia, representam parte da cruel necropolítica empreendida através da “comorbidade política” brasileira.

Não obstante ao contexto apresentado, os números da Covid-19 continuam a subir no sentido de colocar o Brasil entre os epicentros da doença em âmbito mundial, o país enfrenta a falta de recursos para atender às demandas estruturais do Sistema Único de Saúde (SUS), cujos recursos orçamentários aprovados em Congresso e liberados pelas portarias dos Ministérios brasileiros, apenas 29,56% dos 38 bilhões foram disponibilizados.

Esse contrassenso econômico levou ao TCU pedir explicações sobre essa baixa liberação do orçamento aprovado e disponível para o Governo Federal liberar aos Estados e Municípios. Enquanto faltam recursos, os entes federativos, no enfrentamento à pandemia, passam por situações de calamidade pública, chegando ao ponto de ser necessário criar o Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.<sup>75</sup>

Frente a esse cenário apresentado não existe nenhuma expressão clara de preocupação ou ação efetiva para com a população de pessoas que se encontram reduzidas ao trabalho escravo contemporâneo e considerando que a desigualdade social e pobreza extrema são fatores que levam esses sujeitos a se submeterem a essa patologia social, há de se pensar na possibilidade do trabalho escravo aumentar na sociedade nestes tempos de exceção e pandemia.

Na avaliação das leis, portarias e Medidas Provisórias emitidas e compiladas no *Vade Mecum*: leis e portarias<sup>76</sup>, observa-se a ausência de qualquer menção à população de trabalhadores escravizados contemporâneos no Brasil.

Os esforços realizados foram em torno da habilitação de leitos (66,67%), definir serviços públicos/atividades essenciais (2%) e distribuição de Recursos (2%), sendo que habilitar leitos reflete a carência de estrutura de saúde nos estados e municípios, considerando a pandemia em crescente expansão nacional.

Já a definição de serviços e atividades essenciais foi pano de fundo da disputa política-ideológica explicitada pela Covid-19 pelo atual governo de extrema direita, assim como as controversas disputas sobre fármacos.

---

<sup>75</sup> AMIB – Associação de Medicina Intensiva Brasileira. *Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19*. 2020. Disponível em: [https://www.amib.org.br/fileadmin/user\\_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo\\_AMIB\\_de\\_alocacao\\_de\\_recursos\\_em\\_esgotamento\\_durante\\_a\\_pandemia\\_por\\_COVID-19.pdf](https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_AMIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.

<sup>76</sup> AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*. 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Perante, o terceiro elemento de maior esforço do Governo Federal, a distribuição de recursos, dentro do período avaliado, atualmente, observa-se que o discurso fora realizado, os instrumentos assinados, mas na prática foram liberados apenas 29,56%, quer dizer, 69,44% dos recursos que deveriam ser aplicados no combate à Covid-19 não saíram dos cofres públicos.

É diante desta discussão posta em foco, que a pandemia deflagra a atuação intensa do biopoder, da biopolítica e da necropolítica, sobretudo, quando se pensa a população de trabalhadores reduzidos às condições análogas à de escravo.

O estudo descata a necessidade de que a vertente política colime esforços com os órgãos de combate a essa patologia social, sejam as ONG's, organizações civis, entidades de classe, núcleos de estudos acadêmicos, entre outros, para que se volte atenção, nesta e para além desta pandemia, a esse grupo de vulneráveis que são, historicamente, invisibilizados.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMO, L. "Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social". In: *Relatório OIT*, Genebra: OIT, 2015, Disponível em: [https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS\\_467352/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_467352/lang-pt/index.htm). Acesso em: 7 out. 2018.
- AJURIS. *Vade Mecum Covid-19: leis e portarias*, 2020. Disponível em: <http://www.escoladaajuris.org.br/observatorio/textos/304-vade-mecum-covid-19-leis-e-portarias>. Acesso em: 15 jul. 2020, pp. 3 e 14.
- AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira). *Protocolo AMIB de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19*, 2020. Disponível em: [https://www.amib.org.br/fileadmin/user\\_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo\\_A\\_MIB\\_de\\_alocacao\\_de\\_recursos\\_em\\_esgotamento\\_durante\\_a\\_pandemia\\_por\\_COVID-19.pdf](https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/Protocolo_A_MIB_de_alocacao_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID-19.pdf). Acesso em: 16 jul. 2020.
- ARAÚJO, C.; BRESSER-PEREIRA CARLOS, L. "Para Além do Capitalismo Neoliberal: as alternativas políticas", *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 61(3), 2018, pp. 551-580. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/001152582018167>. Acesso em: jul. 2020.
- BITTAR, P. "Lei do feminicídio faz cinco anos", In: *Direitos humanos, Câmara dos Deputados*, 09. mar. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/643729-lei-do-feminicidio-faz-cinco-anos/>. Acesso em: 10 de agos. 2020.
- BOCAYUVA, P. C. C. "Globalização e Pandemia: o fim da hegemonia e a necropolítica neoliberal", In (LOLE, "et al.", Orgs.), *Para Além da Quarentena: reflexões sobre crise e pandemia*, Módulo Editorial, Rio de Janeiro, 2020, p. 141.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020*. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-13979-6-fevereiro-2020-789744-norma-pl.html>. Acesso em: 16 jul. 2020, pp. 1-3.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 16 jul. 2020, p. 1.
- BRASIL. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho*, 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- BRASIL. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). *PNAD-COVID-19*, 2020. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Atos do Poder Executivo. *Decreto de 02 de junho de 2020*. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=03/06/2020&jornal=529&pagina=1>. Acesso em: 08 de agos. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico Especial: doença pelo coronavírus COVID-19*, 2020. Disponível em:

- <http://saude.gov.br/images/pdf/2020/June/18/Boletim-epidemiologico-COVID-2.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020, p. 27.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Orientações do Ministério da Saúde para Manuseio medicamentoso precoce de pacientes com diagnóstico da Covid-19*, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/May/20/orientacoes-manuseio-medicamentoso-covid19.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel Coronavírus*, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- BRASIL. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil*, 2020. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- CAESAR, G. *Em 3.547 municípios do Brasil, pelo menos 1/4 dos habitantes recebeu o Auxílio Emergencial*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/06/em-3547-municipios-do-brasil-pelo-menos-14-dos-habitantes-recebeu-o-auxilio-emergencial.ghtml>. Acesso em: 16 jul. 2020, p. 2.
- COCKAYNE, J.; SMITH, A. *O impacto do COVID-19 na escravidão moderna*, 2020. Disponível em: <https://ourworld.unu.edu/en/the-impact-of-covid-19-on-modern-slavery>. Acesso em: 15 jul. 2020, pp. 1-2.
- FOUCAULT, M. *História da sexualidade: a vontade de saber*, Edições Graal, Rio de Janeiro, 1988, p. 129.
- JUSBRASIL. *Acórdão Nº 1335/2020 – TCU – Plenário*, Diário Oficial da União, 05 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/300712157/dou-secao-1-05-06-2020-pg-53>. Acesso em: 08 ago. 2020, p. 53.
- LÖWY, M. *O neofascista Bolsonaro diante da pandemia*, 2020. Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/isto-se-chama-genocidio/>. Acesso em: 15 mai. 2020, p. 2.
- MBEMBE, A. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*, N-1, São Paulo, 2018, p. 5.
- MENEZES, M. *Estudo aponta que novo coronavírus circulou sem ser detectado na Europa e Américas*, 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-aponta-que-novo-coronavirus-circulou-sem-ser-detectado-na-europa-e-americas>. Acesso em: 20 mai. 2020, p. 1.
- OMS (Organização Mundial da Saúde), *Painel da Doença de Coronavírus da OMS (COVID-19)*, 2020. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 08 de ago. 2020.
- PAULO, C. A. S. *As Respostas do Estado às Demandas Sociais e Étnico-Raciais: particularidades no Brasil entre 2003-2013*, 166 f. Tese (Política Social) – Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2015.
- PELBART, P. P. *Vida capital: ensaios de biopolítica*, Iluminuras, São Paulo, 2016, pp. 287-288.
- SANTOS, B.S. *A Cruel pedagogia do vírus*. Almeida, Coimbra, 2020, pp. 5, 15-20.
- VANNUCHI, C. *A pandemia de Covid-19 segundo Bolsonaro: da "gripezinha" ao e "e daí"*. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/camilo-vannuchi/2020/04/30/a-pandemia-de-covid-19-segundo-bolsonaro-da-gripezinha-ao-e-dai.htm>. Acesso em: ago. 2020.
- VEJA. *Coronavírus: Taxa de Contaminação é maior em negros nos EUA*, 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/coronavirus-taxa-de-contaminacao-e-maior-em-negros-nos-eua/>. Acesso em: jul. 2020.
- WALK FREE FOUNDATION. *The global slavery index 2018*, Disponível em: <https://www.globallslaveryindex.org/>. Acesso em: 12 nov. 2018.
- ZIZEK, S. "Coronavirus es um golpe al capitalismo el estilo de "Kill Bill" y podría conducir a la reinvencción del comunismo", in (AGAMBEN, G. "et al.", orgs.), *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*, ASPO, 2020, p. 21.

## **Análise dos atos de concentração no setor bancário brasileiro no final da década passada: aspectos jurídicos e contábeis**

Analysis of mergers in the Brazilian banking sector at the end of the past decade: legal and accounting aspects

**Marco Aurélio Gumieri Valério\***

Universidade de São Paulo

**Sumário:** Resumo; Abstract; 1. Introdução; 1.1 Problema de pesquisa; 1.2 Objetivos; 1.3 Justificativa; 1.4 Metodologia; 2. Fusões e aquisições no setor bancário; 2.1 Conceitos; 2.2 Diferenças entre fusões, aquisições e incorporações; 2.3 Tipos de fusões e aquisições; 2.4 Fusões e aquisições no setor bancário; 2.4.1 Santander e Banco ABN Amro Real; 2.4.2 Itaú e Unibanco; 2.4.3 Banco do Brasil e Nossa Caixa; 2.4.4 Banco do Brasil e Banco Votorantim; 3. Normas contábeis para instituições financeiras; 3.1 Aspectos gerais; 3.2 Alterações na lei das sociedades por ações; 3.2.1 Pontos principais da Lei n. 11.638/2007; 3.2.1.1 Adequação do Bacen à Lei n. 11.638/2007; 3.2.1.2 Aspectos relacionados à fusão, cisão e incorporação; 3.2.1.3 Combinação de negócios; 4 Conclusão; 5. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo objetiva analisar os aspectos importantes do controle institucional das fusões e das aquisições no setor bancário brasileiro, por meio de uma abordagem jurídico-econômica, considerando também os aspectos contábeis. Além disso, o trabalho tem como escopo avaliar como se desenvolve o processo e o controle das fusões e das aquisições no setor bancário. Tem ainda o intuito de analisar as normas que tratam do tema a fim de esclarecer qual ou quais os órgãos que têm competência para regulamentar tal setor. Os últimos casos de fusões e de aquisições ocorridos no setor serão avaliados, com a finalidade de traçar um panorama de tais atos de concentração no direito antitruste brasileiro. As mudanças sofridas pela Lei de Sociedades Por Ações e a normatização do BACEN para o setor bancário também serão assuntos estudados.

**Palavras-chave:** Direito antitruste; fusões e aquisições; sistema financeiro; sociedade por ações; normas contábeis.

**Abstract:** This article aims to analyze the important aspects of institutional control of mergers and acquisitions in the Brazilian banking sector, through a legal-economic approach, also considering the accounting aspects. In addition, the work aims to assess how the process and control of mergers and acquisitions in the banking sector develops. It also intends to analyze the rules that deal with the topic in order to clarify which or which bodies are competent to regulate such sector. The latest cases of mergers and acquisitions in the sector will be evaluated, in order to provide an overview of such mergers under Brazilian antitrust law. The changes undergone by the Brazilian Corporate Law and the BACEN regulation for the banking sector will also be studied.

---

\* Professor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo (FEA-RP/USP); Professor do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (Prolam/USP); Advogado Membro do Comitê de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo (OAB/SP).

**Keywords:** Antitrust Law; Fusions and acquisitions; financial system; stock company; accounting standards

## 1. Introdução

A economia do século XXI exige um sistema financeiro que apresente solidez e estabilidade, em que as instituições financeiras sejam agentes essenciais para o sistema econômico; uma vez que o capitalismo é predominante, se este não for amparado por fortes bancos tende a perder um dos principais componentes para sua manutenção. Se para o sistema jurídico temos os tribunais como peça fundamental, os partidos estão para o sistema político, os bancos estão para o sistema econômico.

Fica clara a necessidade de todos os pontos acerca do sistema financeiro de um país serem tratados com seu devido grau de importância, apresentando racionalidade técnica e objetividade econômica, com o intuito de amparar as instituições financeiras de modo que estas possam exercer plenamente suas funções, colaborando para o desenvolvimento econômico do país.

Nesse contexto, a solidez econômica de um país é apoiada por um sistema que deve apresentar como principais características a estabilidade política e a segurança jurídica. A discussão em relação ao direito concorrencial e suas aplicações têm seus pilares no direito, na economia e na política de um país.

Na década de 90 do século passado, o Brasil era caracterizado por sua economia fechada, composta por barreiras alfandegárias, além de cartéis, oligopólios e monopólios estimulados pelo próprio governo. Essa situação foi alterada, na medida em que o mercado foi apresentando características de uma economia aberta, com maior variabilidade de produtos e de serviços, crescimento do mercado interno e privatizações, o que atraiu empresas estrangeiras para o país.

Nesse período, com a abertura da economia, a valorização cambial, a reestruturação da tecnologia e a produção internacional, bem como o alto custo de crédito trouxe dificuldades para as empresas nacionais, o que provocou para estas perdas de poder competitivo, incentivando o surgimento da onda de fusões, aquisições e incorporações.

Assim, as empresas que antes atuavam em mercados restritos a determinados países ou regiões passaram a atender mercados globais, de amplitude transcontinental, concorrendo com empresas de abrangência mundial, o que acarretou a necessidade de aumentar a participação de mercado, na capacidade de realização de maiores investimentos e de geração de retorno, com o intuito por parte das empresas de sobreviver e crescer, diante de um mercado cada vez mais competitivo.

O atual ambiente de negócios globalizado e caracterizado por uma economia aberta se pauta pela imposição de desafios intensos com relação ao gerenciamento das organizações. É nesse palco que se intensifica a necessidade da presença de organismos competentes de regulamentação, de forma a garantir a plena ordem econômica de um país, por meio da supervisão da adoção às práticas de livre concorrência, com o intuito de reduzir os abusos de poder, que possam afetar o bem-estar da economia. Sendo assim, é de vital importância garantir a abertura de mercado, a manutenção do sistema da concorrência e seu entendimento, a adoção às práticas de livre concorrência, bem como a repressão a qualquer atitude que venha a ferir a ordem econômica de um Estado.

Com relação às instituições financeiras, as mesmas não fazem exceção a essas preocupações, sendo fortemente regulamentadas devido à sua importância dentro de uma economia. A partir de 1995, com a crise no setor bancário brasileiro, ocorreu a desvalorização dos bancos nacionais colocando um número expressivo de bancos

em poder do Banco Central, o que culminou com a abertura para a entrada de bancos estrangeiros no país.<sup>1</sup>

Nesse ambiente, as mudanças com relação à estrutura regulatória dos bancos estrangeiros, o programa de privatização de bancos estaduais, a estabilização de preços a partir de 1994 com o Plano Real, com o potencial crescente do mercado varejista do Brasil e a integração cada vez maior da economia brasileira no fluxo comercial e financeiro, foram fatores decisivos para atrair para o setor bancário brasileiro o capital estrangeiro.

Ainda segundo a autora, a onda de fusões e de aquisições no setor bancário brasileiro foi comandada pelos bancos europeus. As maiores instituições bancárias nacionais privadas, Bradesco, Itaú e Unibanco reagiram à entrada dos bancos estrangeiros, participando ativamente do processo de fusão e de aquisição, realizando a compra de instituições importantes e com isso, se destacando no mercado.

Esse contexto mostra a transformação radical do sistema bancário brasileiro com as pequenas e médias instituições familiares sendo incorporadas pelas grandes. Diante desse cenário de importantes mudanças, a preocupação com os atos de concentração no setor se acentua, de forma a identificar qualquer ato que coloque em risco o mercado bancário brasileiro, principalmente prejuízos aos consumidores.

Nesse cenário de mudanças constantes, encontra-se ainda motivação para alteração na legislação que rege as sociedades por ações, uma vez que a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 é bem anterior a todas essas alterações de cenário. Diversos fatores demandaram a maior convergência da norma brasileira para a internacional, principalmente pela presença de capital estrangeiro no país.

Devido à sua importância, atrelada à criação de moeda, sistema de crédito, oferecimento de meios de pagamento e de poupança, além de ser extremamente vulnerável a corrida dos depositantes caso haja a insegurança por parte desses quanto à saúde de uma instituição, o sistema bancário sofre forte regulação. A concorrência e a concentração são de interesse do Estado para obter os fins da sua política econômica, por meio da expansão ou concentração dos meios de pagamento.

No Sistema Financeiro Nacional, há uma grande discussão acerca do responsável pela análise dos atos de concentração no referido setor, se é de competência do Banco Central ou do CADE, ou ainda, se deve ser compartilhada entre ambos.

O CADE foi criado em 1962 com a finalidade de analisar atos de concentração e condutas dos agentes econômicos, pela Lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1962, a chamada Lei Antitruste. Atualmente a lei que rege tais assuntos é a Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que atribui ao CADE a responsabilidade por analisar todos os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante em seu setor de atuação.

Já a Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, investe ao Banco Central do Brasil total competência para fiscalizar e regulamentar o setor bancário, o que fica evidente no art. 18.

No tocante ao que se refere à discussão entre BACEN e CADE, estudos mostram tal divergência entre os órgãos e as competências de ambos, e a opinião que predomina é a da colaboração de ambos os órgãos, com o intuito de melhor analisar os processos de fusão no setor, bem como seus efeitos quanto à concorrência.

Quanto à alteração da Lei n. 6.404/1976 esta é positiva já que está presente na realidade das empresas brasileiras, o mercado internacional; a comparabilidade

---

<sup>1</sup> RODRIGUES DE PAULA, L. F. "Bancos Europeus no Brasil: razões e resultados da onda recente". *Revista de Economia Política*. Disponível em: <[http://www.ie.ifrrj.br/moeda/pdfs/bancos\\_europeus\\_no\\_brasil](http://www.ie.ifrrj.br/moeda/pdfs/bancos_europeus_no_brasil)>. Acesso em: 09 de agosto, 2020.

das demonstrações contábeis trará maior clareza, beneficiando a tomada de decisões pelos *stakeholders* e de certa forma padronizando as demonstrações contábeis.

### **1.1 PROBLEMA DE PESQUISA**

Diante do cenário exposto acima, e dada a importância do setor em discussão, levanta-se o seguinte problema de pesquisa: é possível a harmonização dos aspectos jurídicos, econômicos e contábeis na análise de fusões, aquisições e incorporações no setor bancário?

Por meio do presente trabalho e das contribuições já realizadas na área por diversos especialistas, espera-se verificar a possível harmonização dos aspectos, com a finalidade de contribuir para um sistema financeiro sólido.

### **1.2 OBJETIVOS**

O presente artigo objetiva analisar os aspectos importantes do controle institucional das fusões e das aquisições no setor bancário, por meio de uma abordagem jurídico-econômica, considerando também os aspectos contábeis. Além disso, o trabalho tem como escopo avaliar como se desenvolve o processo e o controle das fusões e das aquisições no setor bancário.

Tem ainda o intuito de analisar as normas que tratam do tema a fim de esclarecer qual ou quais os órgãos que têm competência para regulamentar tal setor. Os recentes casos de fusões e de aquisições ocorridos no setor serão avaliados, com a finalidade de traçar um panorama de tais atos de concentração no direito antitruste brasileiro.

As mudanças sofridas pela Lei n. 6.404/1976, e a normatização do BACEN para o setor bancário também serão assuntos estudados.

Os objetivos específicos do presente trabalho são:

- Revisão bibliográfica sobre os aspectos competitivos, bem como de regulamentação e características do setor bancário;
- Revisão bibliográfica dos aspectos das fusões, aquisições e incorporações;
- Análise das alterações da Lei das Sociedades por Ações e normatização de tais alterações para as instituições financeiras.

### **1.3 JUSTIFICATIVA**

O processo de globalização que têm como características a ausência de fronteiras, realçado pela competitividade global, trouxe consigo um novo ambiente, este de constantes mudanças, reformas governamentais e mudanças também no âmbito da tecnologia. Diante de tal cenário, as empresas se viram frente a instabilidades e incertezas, o que as obrigou a buscar estratégias inovadoras, de modo a obter economia de escala, novas tecnologias e aumento de participação em um mercado cada vez mais competitivo. É nesse contexto que as empresas optam por fusões e aquisições, em busca de vantagens competitivas, garantindo seu crescimento e sobrevivência no novo cenário mundial.

Com a tendência global de internacionalização torna-se claro, também, a necessidade de convergência das normas nacionais de contabilidade para as internacionais (IFRS), uma vez que a harmonização contábil tende a melhorar o desempenho das empresas, por meio da redução de custos ligados à análise das demonstrações contábeis e ganho de eficiência.

No histórico do país alguns casos já foram enfrentados pelas autoridades responsáveis pela defesa da concorrência, tais como o caso de 1996, a concentração entre o Grupo Itaú e o Banco Francês e Brasileira S.A.; no ano de 2001, o CADE julgou a concentração do Banco Finasa de Investimento S.A, Brasmatel Indústria S.A. e a Zurich Participações e Representações; para o ano de 2002, nesse mesmo



contexto, tivemos a aquisição de direitos e obrigações das carteiras do Banco Inter American Express S.A pelo Banco BNP Paribas S.A. Foi a partir de 2006 que tais operações tornaram-se mais expressivas, com duas grandes fusões sendo notificadas ao CADE, a aquisição do Banco Pactual pelo USB e a aquisição do BankBoston Capital do Brasil S.A Ltda., Boston Comercial e Participações Ltda., BankBoston Asset Management Ltda., BankBoston Corretora de Seguros Ltda. e Libero Trading, pelo Banco Itaú Holding Financeira S.A.

No final do ano de 2008, pode-se citar a aquisição dos bancos Nossa Caixa que foi comprada pelo Banco do Brasil pelo montante de R\$ 5,38 bilhões e a fusão do Itaú com o Unibanco, onde o total de ativos combinados gira em torno de R\$ 575 bilhões. Além das citadas, no ano de 2009 ocorreu ainda a compra do Banco Votorantim no valor de R\$ 4,2 bilhões pelo Banco do Brasil.

Diante do atual cenário referente ao setor bancário, por seu histórico e por se tratar de um mercado diferenciado, fica evidente a importância da pesquisa acerca da onda de fusões e aquisições bem como de todos os aspectos sobre sua regulamentação, e sobre a Lei das Sociedades por Ações, e sua aplicação ao setor aqui estudado por tratar-se de um tema atual, e de importantes impactos para as empresas.

## 1.4 METODOLOGIA

Dada a importância desempenhada pela Metodologia da Pesquisa no âmbito das Ciências Sociais Aplicadas, o presente trabalho será desenvolvido por meio de um conjunto de procedimentos prático-rationais. No desenvolvimento do tema *Análise dos atos de concentração no setor bancário*, serão utilizados: método sistemático para a organização das ideias; método dedutivo para a análise do acervo dogmático; método dialético para o confronto de posições e bases legislativas; e por último, método indutivo para estabelecer regras gerais de aplicação.

Conforme mencionado o presente trabalho irá analisar os aspectos referentes ao processo de fusão e aquisição no setor bancário, bem como sua regulação e práticas contábeis adotadas no setor. Esse tipo de pesquisa busca conhecer acerca de um tema e suas contribuições científicas.<sup>2</sup>

Por utilizar regulamentações que abordam o assunto tema do trabalho, este tem caráter de pesquisa documental. Uma vez que tal pesquisa tem como característica a obtenção de dados primários, ou seja, arquivos públicos.

## 2. FUSÕES E AQUISIÇÕES NO SETOR BANCÁRIO

### 2.1 CONCEITOS

De acordo com o art. 228 da Lei n. 6.404/1976, chamada de Lei das Sociedades por Ações, a fusão é uma operação onde duas sociedades ou mais se unem para formar uma nova sociedade que a assumirá todos os direitos e obrigações. Assim sendo, fusão é o processo de união de uma ou mais empresas, com dissolução de algumas ou de todas, fundindo seus patrimônios e formando através de seus sócios, uma única sociedade. Seu oposto é a cisão, definida no art. 229 da referida lei como a transferência de parte do patrimônio de uma empresa para uma ou mais sociedades.

Assim como a fusão e a cisão, a incorporação também é prevista pela Lei n. 6.404/1976. Seu art. 227 a define como a operação onde uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, de modo que a nova sociedade se compromete com os mesmos direitos e obrigações.

---

<sup>2</sup> ANDRADE MARTINS, G. "Manual para elaboração de monografias e dissertações". 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994, p.15.

O processo de fusões e aquisições tem sua origem na Revolução Industrial, final do Século XVIII, com o processo de concentração de capitais dando origem a ondas que introduziam o sistema capitalista na economia.<sup>3</sup>

Várias foram as ondas de fusões e aquisições que varreram a economia desde então. No período compreendido entre 1887 e 1904, caracterizado por grandes transformações em diversos setores da economia, tais como, transporte, comunicação, tecnologia de manufatura, competição nas indústrias de aço, petróleo, tabaco e outras áreas, além de surgimento de monopólios. Para os anos que compreendem o período de 1916 até 1929, as fusões e as aquisições tinham a finalidade de obter poder de oligopólio, época em que começaram a ser barradas pela lei antitruste, além do período ser marcado pelo surgimento do mercado de capitais. Já para a década de 1960, houve o predomínio das fusões com a finalidade de diversificação, onde empresas de setores distintos se uniam.

Boa parte dessas fusões fracassou por deixar de lado o princípio da especialização como forma de obter eficiência e ganho de produtividade. Para a década de 1980 o período é caracterizado pela onda de aquisições de empresas de mesmo setor, com o intuito de se especializar e ganhar mercado. Já a década de 1990 é marcada pela adequação ao ambiente de negócios, que passava por transformações e reformas governamentais.

Por ocorrerem em períodos de intensa atividade econômica, os processos de fusões e aquisições são caracterizados por inconstâncias.

## **2.2 DIFERENÇAS ENTRE FUSÕES, AQUISIÇÕES E INCORPORAÇÕES**

Conforme já mencionado, uma fusão é caracterizada pela união de duas ou mais empresas, criando uma nova. A aquisição ocorre quando da compra de um número suficiente de ações por parte de uma empresa, sendo a empresa adquirida tratada como um investimento. Já em uma incorporação, uma sociedade é absorvida por outra, seus balanços são combinados por meio da adição dos ativos e passivos, e a empresa que foi incorporada é extinta.

Para adquirir outra organização, alguns procedimentos devem ser adotados, de acordo com Ross, Westerfiel e Jaffe, os procedimentos legais são descritos a seguir<sup>4</sup>:

*Fusão*: a absorção de uma empresa por outra apresenta como vantagem o fato de ser legalmente simples e não ter custos altos, se comparado às outras formas de aquisição, além de eliminar a necessidade de transferência da propriedade de cada ativo individual para a nova empresa. Outro ponto é com relação à necessidade de aprovação por parte da assembleia dos acionistas das empresas envolvidas, sendo necessário dois terços dos votos a favor para garantir aprovação da operação.

*Aquisição*: quando ações com direito a voto são adquiridas, em dinheiro, com ações ou outros títulos. Para escolher entre uma fusão e aquisição são levados em conta os seguintes aspectos: na aquisição de ações não é necessária a realização de uma assembleia de aprovação entre os acionistas; na aquisição não é necessária a participação da administração da empresa, uma vez que, quem faz a oferta de compra pode negociar diretamente com o acionista, sendo assim uma operação hostil, com o intuito de evitar a negociação com a administração; outro ponto é o fato de uma minoria de acionistas se negar a aceitar a oferta, o que impede a fusão e, por último, uma fusão é considerada uma absorção completa de uma empresa por outra, sendo que uma aquisição pode, no futuro, tornar-se uma fusão normal.

*Incorporação*: caracterizado pela aquisição de ativos, onde uma empresa compra os ativos de outra, mediante aprovação em assembleia com os acionistas.

---

<sup>3</sup> VIDAL BARBOSA, F.; ANTONIO CAMARGO, M. "Fusões, aquisições e take overs: um levantamento teórico dos motivos, hipóteses testáveis e evidências empíricas". *Cadernos de pesquisa em Administração*. São Paulo, v. 10, n. 2, p. 17-38, abr./jun. 2003, p.18.

<sup>4</sup> ROSS, S.; WESTERFIELD, R.; JAFFE, J. "Administração financeira". São Paulo: Editora Atlas, 1995, p.587.

## 2.3 TIPOS DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Os tipos de fusões e aquisições são determinados com base nas características das empresas envolvidas no processo. As formas consideradas mais importantes que o processo de fusão e aquisição pode assumir são: (a) *fusão horizontal*: dá-se quando a operação é realizada entre empresas de um mesmo setor, atuantes na mesma linha de negócios, ou seja, são competidoras. Esse tipo de processo é realizado com a finalidade de redução de custos e ganho de economia de escala, ou seja, aumento de eficiência operacional e economia de escopo, além de ganhar mercado em regiões diferentes. Exemplos, fusão da Brahma e da Antártica, em 1999, criando a AMBEV, fusão Itaú e Unibanco, 2008, Varig e Gol, Sadia e Perdigão, 2009 e recentemente anunciada a compra do Bertin pelo JBS-Friboi; (b) *fusão vertical*: é caracterizada pela fusão entre empresas que estão em diferentes etapas do seu processo de operação. Tal fusão tem a finalidade de redução de custos de transação e maior controle sobre as atividades. Exemplo, nas décadas de 70 e 80, do século passado, empresas envolvidas na extração e exploração de petróleo se fundiram com refinarias ou redes de distribuição, caso da Shell; e (c) *fusão por conglomerado*: caracterizado pela fusão de empresas que operam em negócios não relacionados. Tem a finalidade de diversificar os possíveis riscos e aproveitar oportunidades de investimento.

No âmbito do presente artigo, entende-se que as fusões e aquisições no setor bancário têm características de fusão horizontal, sendo realizada entre empresas semelhantes, com o intuito de aumentar seu mercado de atuação.

## 2.4 FUSÕES E AQUISIÇÕES NO SETOR BANCÁRIO

Serão apresentados a seguir, os principais casos envolvendo fusões e aquisições de instituições financeiras no Brasil, bem como uma conclusão acerca das operações no setor aqui analisado.

### 2.4.1 SANTANDER E BANCO ABN AMRO REAL

A compra do banco Real pelo espanhol Santander teve início em 2007, quando da compra de ações ordinárias do ABN Amro por meio da RFS Holding B.V, sediada na Holanda e constituída com a finalidade de adquirir o Grupo Amro, a RFS é composta pelo Banco Santander Central Hispano S.A, Fortis N.V., Fortis S.A./N.V. e The Royal Bank of Scotland (RBS).

Após a compra de 86% as ações do Grupo Amro, que corresponde a 181 bilhões de reais, o Santander ficaria com a parte das ações referentes à unidade de negócios da América Latina, Brasil e Mercosul. A SEAE, SDE e Pro-CADE à época era essa a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, foram favoráveis à compra, sem restrições.

No ano de 2008, foi aprovada pelo BACEN a venda do controle do ABN Amro Real para o espanhol Santander, aproximadamente um ano após a compra do holandês ABN pelo RFS, composto por Santander, Fortis e RBS. No final de 2007 o CADE já havia aprovado a fusão, por considerar que não haveria prejuízos para o mercado nem para os consumidores.

Como responsável pelo processo de integração dos dois bancos, foi nomeado Fábio Barbosa, até então chefe executivo do Real. Foi decidido que os bancos atuariam de forma separada até a total integração, que será realizada de forma gradual.

Santander e Real juntos serão responsáveis por mais de 55 mil funcionários, por volta de 8 milhões de correntistas e 500 mil clientes pessoa jurídica no Brasil.

De acordo com Carlos Alberto López Galán, diretor de relações com investidores do Santander, em abril de 2009 foi anunciado a incorporação do ABN Amro Real, com o objetivo de consolidar os investimentos do conglomerado econômico e financeiro Santander no país, o que fortalece sua estrutura operacional e organizacional, além de unificar as atividades dos dois bancos.

Ainda segundo o diretor, a incorporação permitiria a junção dos negócios e atividades bancárias em uma única instituição financeira, no caso o Banco Santander, tanto para fins comerciais, financeiros quanto jurídicos. Permitiria ainda a redução de custos administrativos e a simplificação da estrutura societária do Banco Santander.

O Banco Santander recebeu, em decorrência da incorporação, os bens, direitos e obrigações do Banco Real, referente ao valor contábil desses que foi apurado em laudo de avaliação elaborado por especialistas com base no balanço patrimonial do Real em 31 de março de 2009.

Após a incorporação total apenas o Banco Santander passou a existir. O Real foi extinto em meados de 2010.

#### **2.4.2 ITAÚ E UNIBANCO**

Diante de um cenário de crise internacional e após a compra do ABN Amro Real pelo Santander criando um competidor global forte no mercado local, o país via a fusão entre os até então terceiro e quinto maiores bancos do país, Itaú e Unibanco. Os bancos juntos se tornam o maior banco da América Latina. O anúncio da fusão se deu com um comunicado por parte de cada um dos bancos, informando a associação, visando à unificação das operações financeiras dos dois envolvidos.

A fusão foi anunciada em novembro de 2008, após mais de um ano de negociação, e juntos os bancos passaram a fazer parte de um conglomerado cujo valor de mercado é um dos 20 maiores do mundo, e a nova instituição é capaz de competir com grandes bancos mundiais. A nova instituição, Itaú Unibanco Holding S.A., passou a ter em torno de 575 bilhões de reais de ativos e um patrimônio líquido de, aproximadamente, 52 bilhões de reais. Contou com uma cartela composta por 14,5 milhões de clientes e cerca de 100 mil funcionários.

De acordo com a revista Época, o conglomerado formado por Itaú e Unibanco ocupou a 14ª posição, com relação ao valor de mercado, conforme já citado. O montante é de US\$ 51,1 bilhões e foi calculado com base nas cotações das ações dos dois bancos em 03 de novembro de 2008.

Com relação a holding, o Conselho Administrativo foi determinado que a presidência fosse de Roberto Setubal (presidente executivo), por parte do Itaú e por Pedro Moreira Salles, por parte do Unibanco; o que caracteriza um modelo de governança compartilhada. O Conselho seria composto por 14 membros, dos quais seis deles serão indicados pelos dois bancos.

O processo de unificação total dos dois bancos foi concluído em 2010, conforme previsto anteriormente no Relatório da Administração do Itaú Unibanco Holding S.A. ainda de junho de 2009.

O BACEN aprovou a união do Itaú com o Unibanco no início de 2009, de acordo com nota enviada a imprensa, a Diretoria Colegiada do Banco Central aprovou a associação considerando que as instituições eram de grande porte, com um ambiente de atuação amplo no território brasileiro estando presente em todos os mercados de produtos financeiros no atacado e no varejo, o que contribui para a solidez do SFN.

A análise do BACEN se deu sob os aspectos societário e de concentração do SFN. Quanto ao primeiro aspecto, o BACEN considerou uma estratégia importante no longo prazo pela vasta experiência das empresas no SFN e pela projeção internacional. Quanto ao segundo ponto, considerou que a operação não acarreta prejuízos para a concorrência, porém a aprovação foi vinculada a algumas restrições.

O novo conglomerado assumiu o compromisso de manter as tarifas, relativas aos serviços prioritários, a menor praticada entre os bancos por um prazo inicial de um ano; outro ponto é com relação ao ajuste das referidas taxas, durante os cinco anos posteriores poderia se dar apenas se tais tarifas se encontrarem abaixo da média praticada pelos cinco maiores bancos, não podendo superar a média.

O último ponto de compromisso fez referência às pessoas jurídicas do novo conglomerado, que também deveriam ser beneficiadas com a adoção das menores tarifas praticadas por um dos dois bancos.

A fusão do Itaú com o Unibanco fortaleceu o Sistema Financeiro Nacional e colocou o Brasil, na época, entre um dos vinte maiores conglomerados bancários do mundo.

#### **2.4.3 BANCO DO BRASIL E NOSSA CAIXA**

O Banco do Brasil S.A., considerado o maior banco público realizou a compra do banco Nossa Caixa S.A., banco estadual de São Paulo, no ano de 2008, negociação esta que começou em maio do referido ano, e teve a negociação concluída em novembro do mesmo ano.

Antes da aquisição da Nossa Caixa os ativos do Banco do Brasil giravam em torno de 460 bilhões de reais, sendo o primeiro banco em número de ativos no Brasil. Perdeu essa posição apenas no início no mês de novembro de 2008, quando da fusão do Itaú com o Unibanco.

Com a fusão Itaú – Unibanco as pressões para a conclusão a aquisição do BB e Nossa Caixa aumentaram, que só foi possível a partir da Medida Provisória n.443, que foi convertida na Lei n. 11.908 de 3 de março de 2009, que autoriza o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a adquirirem instituições bancárias, conforme artigo 1:

*"Art. 1º: O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social".*

Com a fusão concretizada os ativos do BB e da Nossa Caixa somaram 512 bilhões de reais, o que levou o BB à retomada da primeira posição entre os bancos no Brasil, que se concretizaria com outras compras pelo BB em negociação à época, como o Banco Votorantim.

A compra foi efetivada pelo montante de 5,38 bilhões de reais, que será pago em 18 parcelas de 299 milhões de reais, com pagamentos a partir de março de 2009. O valor da compra foi levantado em cima de uma avaliação de especialistas, contratados pelo BB, que levou em consideração as perspectivas de rentabilidade futura e o fluxo de caixa descontado da Nossa Caixa.

As ações da Nossa Caixa foram avaliadas em, aproximadamente, 70 reais. A negociação envolveu cerca de 71% do capital social da Nossa Caixa, o que dá o controle ao Banco do Brasil.

Aspectos motivacionais da aquisição foram: expansão no mercado de São Paulo e expansão orgânica, esta última será realizada pelo crescimento dos próprios negócios.

O BACEN aprovou a compra da Nossa Caixa pelo BB em março de 2009, em nota divulgada a imprensa, informou que a Diretoria Colegiada do Banco Central aprovou a transferência do controle acionário da Nossa Caixa para o BB e que para tal foram analisados os aspectos societários, de concentração do SFN e sob o prisma da concorrência no setor bancário.

O órgão regulador opinou favoravelmente à aquisição, uma vez que considerou que a operação não traria prejuízos à concorrência. Porém, devido aos ganhos de eficiência em decorrência da operação, o parecer do BACEN foi favorável, mas com restrições já que decidiu aprovar a fusão com o comprometimento por parte do BB em cumprir com alguns compromissos como a adoção das menores taxas, entre os dois bancos, para os clientes da Nossa Caixa com relação aos serviços prioritários. Manter por um período de cinco anos as menores taxas quanto aos serviços prioritários, que não deve exceder a média das tarifas cobradas pelos cinco maiores bancos, para os mesmos serviços.

Os serviços prioritários correspondem a 28 tarifas, dentre elas saque, transferência, consulta de saldo e extrato bancário. Como último ponto, fica o BB comprometido a disponibilizar isenção de tarifa, para os clientes da Nossa Caixa, pela

utilização de terminais eletrônicos de autoatendimento. A venda foi aprovada também pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, no início de 2009, além da aprovação prévia dos acionistas do Banco do Brasil.

#### **2.4.4 BANCO DO BRASIL E BANCO VOTORANTIM**

A aquisição do Banco Votorantim pelo Banco do Brasil (BB) foi mais uma atitude desse último para retomar a liderança no setor à época, com relação ao número de ativos, uma vez que BB e Nossa Caixa, juntos somaram, aproximadamente, 512 bilhões de reais. Os ativos do Banco Votorantim (BV), giravam em torno de 73 bilhões de reais. O negócio entre os bancos foi fechado em torno de 5,5 bilhões de reais, sendo que o BB comprou 49% do BV.

A Diretoria Colegiada do Banco Central aprovou a entrada do Banco do Brasil no grupo de controle do Banco Votorantim, em janeiro de 2009. A aprovação do BACEN se deu com restrições impondo a redução de tarifas por parte do BB.

Além das importantes fusões citadas anteriormente, o Brasil apresenta um histórico relevante de operações desse tipo. Anteriormente à fusão do Itaú com o Unibanco, BB e Nossa Caixa e Santander com ABN Amro Real, não há registro de operações tão significantes. A motivação para a ocorrência de fusões no setor se dá pelo fortalecimento das novas instituições frente à concorrência.

O marco para a mudança no setor bancário, devido à onda de fusões e aquisições no setor bancário, foi o ano de 1995, quando o Unibanco adquiriu o Banco Nacional. Em 1996, o Banco Excel comprou a maior parte do Econômico. Já o ano de 1997, foi marcado pela compra pelo Itaú do BANERJ, adquirido em um leilão; no mesmo ano o Bradesco adquiriu o Banco de Crédito Nacional, HSBC comprou o Bamerindus e o Santander adquiriu 100% das ações do Banco Geral do Comércio.

Para 1998 o banco português Caixa Geral de Negócios comprou o Bandeirantes, o espanhol BBVA adquiriu o Excel Econômico, ABN Amro comprou 40% do banco Real, uns dos maiores bancos brasileiros da época.

O ano de 2000 foi marcado por diversas operações no setor, o banco Meridional passou a ser controlado pelo Santander, Unibanco comprou banco Bandeirantes, banco Boavista foi vendido ao Bradesco, Itaú comprou o Banestado e, sendo a principal operação do ano, o banco do estado de São Paulo, Banespa foi privatizado com a compra pelo Santander.

Em 2002 o Bradesco comprou o Banco Mercantil e em 2003 o Itaú vendeu o Sudameris, para o ABN Amro.

Diante desse cenário, as fusões e aquisições são vistas como benéficas uma vez que tornam o mercado mais forte, segundo especialistas do setor financeiro. Os possíveis prejudicados são os funcionários, já que tais operações buscam sinergia com maior eficiência sendo, portanto, um processo natural o enxugamento do quadro de funcionários, a fim de evitar a duplicação de estruturas.

Como estratégia de longo prazo, visando ganhos na disputa de parcela do mercado as instituições bancárias têm devem dar prioridade à diversificação e a obtenção de ganhos de escala.

### **3. NORMAS CONTÁBEIS PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

#### **3.1 ASPECTOS GERAIS**

Conforme já mencionado, os bancos são sociedades anônimas, que de acordo com a Lei n. 6.404/1976 são sociedades em que o capital é dividido em ações, onde a responsabilidade do sócio se dá devido ao número de ações adquiridas por este.

As práticas adotadas pelas sociedades anônimas são definidas pela lei n. 6.404/1976 que sofreu alterações da Lei n. 11.638/2007. Estas mudanças visavam a adequação das normas brasileiras às normas internacionais de contabilidade. Porém, devido à complexidade das instituições financeiras, suas características e importância, estas são regulamentadas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), que

é responsável por expedir diretrizes gerais que visam o funcionamento pleno do Sistema Financeiro Nacional (SFN). Por meio do Banco Central do Brasil (BACEN) as diretrizes emitidas pelo CMN são colocadas em prática.

O BACEN disponibiliza por meio do Plano Contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional (COSIF) as informações referentes aos critérios e procedimentos que devem ser adotados por todas as instituições autorizadas a funcionar.

O COSIF foi criado em 1987, por meio da Circular n. 1.273, com o intuito de unificar os diversos planos de contas existentes na época além de unificar o processo de elaboração das demonstrações contábeis.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por sua vez, define as regras que devem ser seguidas pelas companhias abertas e agências reguladoras, como é o caso do BACEN, que dita as regras contábeis a serem seguidas pelas instituições por ele fiscalizadas. Sendo assim, as alterações referentes à Lei n. 11.638/2007 entrarão em vigor a partir da adequação de tais normas pelo BACEN para as instituições financeiras.

### **3.2 ALTERAÇÕES NA LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES**

O processo de globalização trouxe consigo a necessidade de harmonização das normas contábeis em todo o mundo, dado que com a maior concorrência no mercado os agentes econômicos tendem a buscar alternativas para se tornarem mais competitivas. Dentre as alternativas usadas estão a busca por menores custos e a exploração de mercados com potencial destacado.

Tal processo permite também que as empresas façam uso de mercados de capitais de outros países, com a finalidade de se capitalizarem de forma a aumentar sua competitividade e seus negócios. Portanto, tem-se como justificativa para a modificação da Lei n. 6.404/1976, o surgimento de uma nova realidade no país, diferente da situação vivida nos anos 70, quando a lei foi elaborada e o aumento do fluxo de capitais estrangeiros no país, devido à abertura econômica, e ao fato de que as empresas brasileiras estarem cada vez mais captando recursos no exterior.

Nesse ambiente de evolução do comércio internacional, a demanda por práticas contábeis uniformes aumentou, sendo de vital importância que as demonstrações de diferentes países reflitam uma mesma posição.

O *International Accounting Standards Board* (IASB), o Conselho Internacional de Normas de Contabilidade, tem a autoridade de emitir as normas internacionais e aprovar as consequentes interpretações de tais normas. Desse modo, o IFRS deve ser aplicado às instituições com fins lucrativos, com o intuito das demonstrações de tais entidades fornecerem as informações adequadas acerca do desempenho, posição financeira e fluxo de caixa. Tais informações se divulgadas claramente colaboram na tomada de decisões pelos *stakeholders*.

Assim, a Lei n. 11.638/2007 veio para adequar as normas contábeis brasileiras às normas internacionais advindas do *International Financial Reporting Standards* (IFRS). A referida norma tem sua origem no Projeto de Lei n. 3.741/2000 e aprovado em 2007 pela Câmara dos Deputados e sancionado ao final do mesmo ano pelo Presidente da República.

Essa norma revogou parte da Lei n. 6.404/1976, a Lei das Sociedades por Ações e introduziu dispositivos novos, quanto às demonstrações financeiras, que dizem respeito à elaboração e divulgação destas, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 2008. As normas precisam ser emitidas pelos órgãos responsáveis, como o Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), que precisam ser aprovados pela CVM, BACEN e Conselho Federal de Contabilidade (CFC), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e demais órgão reguladores, com a finalidade de se obter regras contábeis homogêneas para diversos setores da economia.

As alterações na norma têm como principal objetivo a adequação das regras contábeis, com a finalidade de garantir maior transparência e qualidade nas informações, além de adequá-las as melhores práticas contábeis internacionais e

diminuir possíveis dificuldades de interpretação, de forma a reduzir o risco advindo dessas dificuldades.

De acordo com o art. 3º da Lei n. 11.638/2007, com relação às demonstrações financeiras de grande porte, tais sociedades, ainda que não constituída na forma de sociedades por ações, ficam obrigadas a adotar as medidas da Lei n. 6.404/1976, no que diz respeito à escrituração e elaboração das demonstrações financeiras.

Tais empresas devem também passar por auditorias independentes, cujo auditor deve ser registrado na CVM. A norma considera sociedade de grande porte, as empresas que tiverem em seu exercício social ativo total maior que 240 milhões de reais ou receita bruta anual superior a 300 milhões de reais. Portanto, independente do tipo de sociedade, as empresas de grande porte deverão adotar a nova lei, conforme descrito no art. 3º.

Outro ponto, previsto no art. 5º, diz respeito ao CMN, BACEN e outros órgãos reguladores manterem convênio com entidades que tenham o intuito de divulgar os princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria.

De acordo com estudo realizado pelo PricewaterhouseCoopers Auditores Independentes, o processo de convergência às normas internacionais pelos bancos, têm como foco principal a governança corporativa, a transparência e a maior comparabilidade com seus pares internacionais. Portanto, ficam os órgãos competentes responsáveis para realizarem as adequações necessárias nos padrões contábeis de acordo com a necessidade de seu setor.

Para as sociedades de grande porte, as regras passaram a valer a partir de 2010, quando suas demonstrações contábeis deveriam estar de acordo com o padrão IFRS. Já para as instituições financeiras, o BACEN definiu o ano de 2009 como marco de adoção de tais práticas.

### **3.2.1 PONTOS PRINCIPAIS DA LEI N. 11.638/2007**

As mudanças promovidas pela Lei n. 11.638/2007 dizem respeito a alterações nas demonstrações financeiras, dando nova redação a vários pontos existentes na Lei n. 6.404/1976, tais como a obrigatoriedade da Demonstração dos Fluxos de Caixa (DFC) no lugar da Demonstração das Origens e Aplicações de Recursos (DOAR), conforme art. 176. Fica as empresas fechadas, com patrimônio líquido (PL) inferior a 2 milhões de reais, isentas de publicar DFC. Os requisitos para a elaboração da DFC estão presentes no CPC 03 – Demonstração de Fluxo de Caixa.

Outro aspecto do artigo citado acima aborda a criação da Demonstração de Valor Adicionado (DVA), obrigatória apenas para companhias abertas. Tais aspectos estão dispostos no CPC 09 – Demonstração do Valor Adicionado.

O art. 178 aborda a extinção da conta de Lucros e Prejuízos Acumulados, adotando agora a conta Prejuízos Acumulados, ficando a Demonstração de Patrimônio Líquido (DMPL) com a finalidade de contemplar as movimentações do PL.

O art. 179, por sua vez, faz menção à criação do grupo intangível, de forma a segregar os bens materiais dos imateriais, abordado pelo CPC 04. Diz respeito também ao imobilizado, classificando em tal conta os bens corpóreos que são destinados à manutenção da atividade principal da empresa ou bens decorrentes de operações que venham a transferir para a companhia benefícios, riscos e controles dos mesmos. Para o imobilizado o pronunciamento à que se refere é o CPC 27.

A lei aborda ainda o grupo diferido, que deixa de existir; e seu saldo deve ser reavaliado e alocado em outra conta, quando possível; ou ainda, deve ser mantido até seu total desaparecimento.

Outro ponto abordado pela norma é a extinção da reserva de reavaliação, não podendo mais haver a reavaliação dos bens classificados como imobilizado, uma vez que esse artifício pode ser usado para maquiar o PL da entidade. Os saldos de reserva de reavaliação deverão ser mantidos até sua completa realização, conforme o art. 6º.

Também foi criado o subgrupo de Ajuste de Avaliação Patrimonial (AVP), descrito no art. 182, com a finalidade de contabilizar a contrapartida de aumento ou



diminuição de valor de ativos ou passivos, avaliados a valor de mercado. Tais abordagens estão presentes no CPC 12.

O art. 183 diz respeito ao critério de avaliação do ativo, que inclui as operações com instrumentos financeiros, como derivativos, e com direitos e títulos de crédito, classificados no ativo circulante ou no realizável em longo prazo, que devem ser avaliadas pelo valor de mercado, quando se tratar de disponíveis para venda ou mantidos para negociação.

Ainda segundo o art. 183, os títulos de crédito e as demais operações com instrumentos financeiros devem ser avaliados pelo valor de custo de aquisição, o que torna o valor do patrimônio mais condizente com a realidade.

Outra possibilidade de contabilização pelo valor de mercado é para os casos de fusão, aquisição e incorporação, mencionado no § 3º do art. 226 da referida lei, com efetiva transferência de controle.

Pelo art. 188, torna-se obrigatório na DFC a divulgação dos fluxos das operações, dos investimentos e dos financiamentos. Por sua vez, o art. 197 diz respeito à inclusão do resultado que não foi realizado da contabilização de ativo ou passivo avaliado a valor de mercado, na parcela realizada do lucro líquido.

No que tange à avaliação do investimento em coligadas e controladas, com a redação dada pela nova lei, passa a ser definida como coligada as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa, ou participação superior a 20% do capital votante. Ainda com referência ao assunto, em seu art. 248, a lei dispõe acerca da aplicação da equivalência patrimonial para investimentos tanto em coligadas, quanto em controladas.

Já no art. 2º, discorre sobre a criação da conta reservas de incentivos fiscais, em reservas de lucros, com o intuito de destinar para esta conta a parcela de lucro líquido das doações ou subvenções governamentais para investimentos.

Essas são, portanto, as principais alterações na Lei n. 6.404/1976 e tem o intuito de adequar as normas brasileiras às normas contábeis internacionais, a fim proporcionar maior comparabilidade das informações, ajudando no processo de tomada de recursos externos pelas empresas e na redução de custos de migração de sistema contábil, além da divulgação de informações de melhor qualidade o que influencia na tomada de decisões dos *stakeholders*.

O aspecto de maior relevância, no âmbito do presente trabalho, é a possibilidade de órgãos reguladores adaptarem para seus setores de responsabilidade as normas, pronunciamentos e instruções por meio de órgãos administrativos, o que torna o sistema mais ágil.

### **3.2.1.1 ADEQUAÇÃO DO BACEN À LEI N. 11.638/2007**

De acordo com o Comunicado n. 16.669, emitido pelo BACEN em março de 2008, visando à adequação das normas de contabilidade e auditoria, referentes às instituições financeiras, decidiu por realizar um projeto de ação específica com conclusão até o final de 2008, com a finalidade de adequar as novas normas às instituições financeiras e demais instituições regulamentadas.

Isso foi realizado por meio da publicação de normativos objetivando a adoção, por parte das instituições financeiras, de procedimentos para elaboração e divulgação das demonstrações contábeis, ficando tais instituições isentas de publicar tais demonstrações, decorrentes da Lei n. 11.638, no exercício de 2008.

Os pontos que foram adaptados pelo BACEN para as demonstrações das instituições financeiras abordam: (a) inclusão da DFC; (b) criação do Ativo Permanente, para a consequente criação do subgrupo Intangível; (c) adequação do conceito de reserva de capital; (d) adequação da conta Reserva de Lucros; (e) avaliação e registro do valor recuperável dos ativos; (f) adequação das contas que compõem o Ativo Diferido, bem como do Ativo Imobilizado; (g) aspectos da operação de fusão, cisão e aquisição; (h) avaliação de investimentos em coligadas e controladas; (i) aspectos relacionados ao ajuste de avaliação patrimonial; (j)

contabilização das operações de arrendamento mercantil financeiro; e, por fim, (k) atualização dos ativos e passivos de longo prazo.

### **3.2.1.2 ASPECTOS RELACIONADOS À FUSÃO, CISÃO E INCORPORAÇÃO**

Como já mencionado, o CMN e BACEN são responsáveis pela regulamentação do setor financeiro, sendo assim, o BACEN emite resoluções e circulares abordando os aspectos que devem ser adotados por tal setor.

A Circular n. 3.017 de 06 de dezembro de 2000, alterou e consolidou procedimentos contábeis a serem adotados nos processos de fusão, cisão e incorporação, pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN.

Fica as empresas envolvidas obrigadas a divulgarem balanços patrimoniais, na data-base, devendo ser acompanhado de parecer de auditoria externa contemplando a realização de inventário, conciliação do ativo e passivo, com os devidos ajustes; deve conter também ajuste pró-rata, até a data-base, de operações ativas e passivas e das receitas e despesas, mesmo nos casos de liquidação após a data-base; provisão para contingências em que é possível estimar o valor e a realização seja provável; contabilização de depreciação e amortização; avaliação dos investimentos relevantes pelo Método de Equivalência Patrimonial (MEP) e provisão para pagamento de impostos e distribuição e de lucros.

Aborda também procedimentos acerca da extinção de ações. Expõe ainda que a data-base que deve ser a mesma para as empresas envolvidas no levantamento da posição patrimonial e para fins de estabelecimento de relação de substituição de ações, aumento de capital ou integralização do mesmo.

Para os casos em que a data-base coincide com o encerramento do mês ou do semestre, os procedimentos para divulgação das demonstrações são os normais; as empresas devem divulgar suas informações, separadamente, até a aprovação do processo em Assembleia Geral Extraordinária (AGE).

Dispõe ainda sobre os ajustes a serem realizados baseados em laudos de peritos; da variação patrimonial nas sociedades envolvidas; e dos pontos que devem estar presentes na divulgação das demonstrações financeiras. Além disso, o BACEN determina que as demonstrações devem estar disponíveis para o mesmo durante um prazo de 5 anos. As demonstrações anteriores ao processo de fusão, o livro Diário, documentação de inventário e de ajuste de ativos e passivos, em consequência da fusão, e os laudos dos peritos que serviram de base para avaliação patrimonial também.

Deixa claro, ainda, a necessidade de sua aprovação para os casos de fusão, cisão e incorporação de instituições financeiras, conforme definido em Resolução n. 2723, anterior a esta.

Para tais operações, a Lei n. 11.638 trouxe aspectos novos, como o levantado em seu art. 1º, com relação à nova redação do art. 226, § 3º:

*"Art. 226. [...]*

*§3º Nas operações referidas no caput desse artigo, realizadas entre partes independentes e vinculadas à efetiva transferência de controle, os ativos e passivos da sociedade a ser incorporada ou decorrente de fusão ou cisão serão contabilizados pelo seu valor de mercado".*

A legislação anterior permitia que tais operações fossem registradas de acordo com seu valor contábil, publicado nos balanços que eram utilizados para um processo de fusão, ou então que fossem utilizados os valores de mercado de ativos e passivos que eram objetos dessas operações.

O registro a valor de mercado era evitado devido às implicações tributárias, uma vez que o fisco é beneficiado com os ganhos advindos dessa alteração de valor.<sup>5</sup>

Para a combinação de negócios, as regras internacionais são claras quanto a esse aspecto, uma vez que tais transações devem ser registradas a valor de mercado, não podendo utilizar valores contábeis para os balanços das empresas adquiridas nesses processos. Sendo assim, os valores ajustados a valor de mercado é que compõe o balanço da empresa que está adquirindo o controle de outra. Isso é válido na ocorrência de transferência de controle.

Em um processo de aquisição, a diferença entre o valor pago pela empresa e o saldo líquido dos ativos e passivos a valor de mercado é chamado de *goodwill*, podendo este ser considerado o resultado da operação. Daí vem a criação desse novo artigo, indicando nos casos de fusão, cisão e incorporação, com efetiva transferência de controle, os valores da empresa adquirida devem ser registrados a seu valor justo no balanço da empresa adquirente.

Porém, tal obrigação foi eliminada pela MP n. 449/2008, que foi convertida na Lei n. 11.941, que dá ao § 3º do art. 226, a seguinte redação:

*"§3º A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta".*

Diante do exposto, foi emitido o CPC n. 15, referente à Combinação de Negócios, que remete ao IFRS n. 3.

### **3.2.1.3 COMBINAÇÃO DE NEGÓCIOS**

O CPC n. 15 foi emitido pelo Comitê de Pronunciamento Contábil, devido às necessidades de convergência das normas contábeis nacionais, centralização das normas contábeis e representação no processo de produção e divulgação de tais informações.

Entidade autônoma, onde o CFC suporta sua estrutura; além de seus membros atuais são convidados para as reuniões integrantes do BACEN, CVM, Secretaria da Receita Federal e SUSEP. Sua principal finalidade é a emissão de pronunciamentos, orientações e interpretações.

A Combinação de Negócios foi abordada pelo CPC n. 15, que foi aprovado em 26 de junho de 2009, com o objetivo de aumentar a relevância, a confiabilidade e a comparabilidade das informações fornecidas pela empresa por meio de suas demonstrações contábeis nos casos de combinação de negócios e seus efeitos.

Para o entendimento do CPC é necessário definir o conceito de negócio, como sendo o conjunto integrado de atividades, composto por entradas e saídas como resultados, que podem vir a gerar receita no futuro. Nos casos de transações que caracterizem um negócio, para a aplicabilidade do referido CPC deve haver transferência de controle.

Podemos definir controle como o poder de administrar as políticas operacionais e financeiras de uma empresa, com a finalidade de obtenção de benefícios com as suas atividades. O controle é muitas vezes influenciado pelo direito a voto, contratos que estabelecem o controle e a capacidade para nomeação de membros para compor o conselho de administração.

O processo de combinação de empresas envolve custos, que são considerados, para a data das transações, os valores justos dos ativos, das obrigações e das ações emitidos como forma de obtenção de controle.

O referido CPC faz exigências, que devem ser cumpridas pelas empresas adquirentes, tais como: (a) mensuração e reconhecimento dos ativos adquiridos,

---

<sup>5</sup> IUDÍCIBUS; S. MARTINS, E.; RUBENS GELBCKE, E. "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações". Suplemento. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p.57.

passivos assumidos e participações societárias de não controladores na empresa adquirida; (b) reconhecimento e mensuração do ágio, por expectativa de rentabilidade futura decorrente da combinação de negócios ou ganho de uma possível compra vantajosa; (c) as informações a serem divulgadas de forma a garantir aos usuários maior transparência para avaliarem a natureza e os efeitos da combinação de negócios.

A empresa adquirente deverá contabilizar cada combinação com outra empresa pelo método de aquisição, levando em conta os aspectos citados acima bem como a data de aquisição.

A validade deste CPC se dá apenas para operações que se caracterizarem como combinação de negócios, ou seja, onde a adquirente assume o controle dos negócios da empresa adquirida, de forma que os ativos adquiridos e os passivos assumidos constituam um negócio.

O BACEN emitiu resoluções e circulares que abordam a adequação à Lei n. 11.638/2007, como é o caso da Resolução n. 3.620 que dispõe acerca dos critérios a serem seguidas pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN.

A resolução em questão afirma que em operações de fusão, incorporação e cisão, vinculadas a transferência de controle efetiva, os ativos e passivos da empresa incorporada devem ser registrados a valor de mercado, tendo que ser cumprida a partir de janeiro de 2009.

Outro aspecto adaptado pelo BACEN diz respeito à divulgação em nota explicativa das partes relacionadas, em consonância com a Lei n. 11.941/2009, Resolução n. 3.750, que dispõe que para tal assunto as instituições financeiras devem seguir o CPC n. 5 – Divulgação de Partes Relacionadas.

Portanto, de acordo com a Lei das Sociedades por Ações, órgão como BACEN têm a autonomia de para determinar os procedimentos a serem adotados pelas instituições que controla. Conforme exposto, fica claro que o BACEN tem tomado as medidas cabíveis para adequar a Lei n. 11.638/2007 para as instituições financeiras.

#### **4. CONCLUSÃO**

A questão abordada versa a respeito da harmonização dos aspectos jurídicos, econômicos e contábeis no âmbito das instituições financeiras. No Brasil, a lei que rege as sociedades de capital aberto é a Lei das Sociedades por Ações, n. 6.404/1976 que foi alterada pela Lei n. 11.638/2007 e n. 11.941/2009 que visam a convergência das normas brasileiras de contabilidade para as normas internacionais, IFRS.

A adoção das normas internacionais foi bem-vinda, uma vez que é de vital importância para o país a convergência das normas contábeis. Diante do cenário de uma economia de forte presença do mercado externo, tais mudanças tendem a favorecer os diversos usuários das demonstrações contábeis, bem como reduzir custos inerentes à sua interpretação e garantir às empresas ganhos de eficiência.

O fato de que as instituições financeiras apresentam características singulares e ainda serem de extrema importância na economia de um país, o setor bancário sofre forte regulamentação. E essa é a função do BACEN, a quem caberá, agora, a obrigação de normatizar as alterações ocorridas na Lei das Sociedades por Ações.

É nesse contexto de regulamentação que a discussão acerca do órgão competente para julgar os casos de fusão, aquisição e incorporação no setor bancário se firma. Tal debate se origina da divergência na legislação que coloca o BACEN como responsável pela regulamentação das instituições financeiras, por meio da Lei n. 4.595/1964 contrariando a responsabilidade do CADE em analisar todos os atos de concentração que possam prejudicar a livre concorrência, ou resultar em dominação de mercado.

Em meio a essa discussão, há no país um efetivo histórico de operações relevantes desse tipo, que seriam mais bem analisados caso BACEN e CADE juntos, se pronunciassem a respeito dos pontos positivos e negativos de tais combinações de negócios. Uma vez que o CADE tem todo o arcabouço de conhecimento a respeito

do assunto aqui tratado e, por outro lado, O BACEN é o órgão que apresenta maior entendimento acerca das instituições financeiras, suas peculiaridades e características.

Concluindo, no cenário econômico atual a questão de fusões, aquisições e incorporações no setor estudado é de grande importância, dada sua relevância para a economia e o histórico efetivo de transações desse tipo no Brasil. Fica, portanto, clara a necessidade de análise de tais casos de combinação de negócios, em conjunto pelo CADE e BACEN a fim de garantir maior grau de satisfação na análise quanto a um possível prejuízo da livre concorrência.

A conversão das normas contábeis brasileiras ao IFRS, inserida nesse ambiente de constantes mudanças, é ponto positivo, uma vez que a harmonização das práticas contábeis é de extrema necessidade para o maior desenvolvimento das empresas, ganho de eficiência e melhor qualidade nas demonstrações contábeis, atendendo plenamente aos diversos *stakeholders*.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES FILHO, M. "Economista investiga fusões e aquisições de empresas". *Jornal da Unicamp*, Campinas, 12 maio 2003. Disponível em: <[http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/maio2003/ju212pg4b.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/maio2003/ju212pg4b.html)>. Acesso em 09 de agosto, 2020.
- ANDRADE MARTINS, G. "Manual para elaboração de monografias e dissertações". 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1994.
- ASSAF NETO, A. *Estrutura e Análise de Balanços*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- GUMIERI VALÉRIO, M. A. "Reforma regulatória e sistema financeiro nacional". In: GUIMARÃES DA SILVA, J. G.; CUNHA GUIMARÃES, A. M. *Direito Bancário e temas afins*. São Paulo: Lex Editora, 2003, p. 407-41.
- GUMIERI VALÉRIO, M. A. *Antitruste em Setores Regulados*. 1ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.
- IUDÍCIBUS, S. MARTINS, E.; RUBENS GELBCKE, E. "Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações". Suplemento. 2ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
- RODRIGUES DE PAULA, L. F. "Bancos Europeus no Brasil: razões e resultados da onda recente". *Revista de Economia Política*. Disponível em: <[http://www.ie.ifrj.br/moeda/pdfs/bancos\\_europeus\\_no\\_brasil](http://www.ie.ifrj.br/moeda/pdfs/bancos_europeus_no_brasil)>. Acesso em: 09 de agosto, 2020.
- ROSS, S.; WESTERFIELD, R.; JAFFE, J. "Administração financeira". São Paulo: Editora Atlas, 1995.
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SAUNDERS, A. *Administração de Instituições Financeiras*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- VIDAL BARBOSA, F.; ANTONIO CAMARGO, M. "Fusões, aquisições e take overs: um levantamento teórico dos motivos, hipóteses testáveis e evidências empíricas". *Cadernos de pesquisa em Administração*. São Paulo, v. 10, n. 2, p. 17-38, abr./jun. 2003.

## **A Constituição escrita dinâmica, o Poder Judiciário e a emancipação cidadã nos países periféricos**

The dynamic written Constitution, the Judiciary and citizen emancipation in peripheral countries

**Hilbert Maximiliano Akihito Obara<sup>1</sup>**

**Bárbara Caroline Vignochi Obara<sup>2</sup>**

Universidade La Salle

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Enfoque críticos das Constituições escritas. 3. A ultrapassagem da Constituição escrita estática para a dinâmica. 4. Constituição, jurisdição e autonomia cidadã. 5. Considerações finais. 6. Referências.

**Resumo:** O jurídico comumente permanece refém da perspectiva positivista guiada pela relação sujeito-objeto. As constituições, desse modo, como texto escrito, acabam tendo limitada a sua potencialidade democrática. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica da Constituição impõe extração de sentidos de conformidade com o contexto histórico, agregando o desejável contorno democrático ao jurídico. Os poderes do Estado de Direito, mormente o Judiciário, têm importante papel no despertar e no sentir constitucional e democrático, principalmente nos países periféricos. Não que a democracia possa e deva ser implementada em sentido descendente pela via judicial, dada pelo Judiciário, mas que o Judiciário possa contribuir para a ascensão e protagonismo do cidadão, para a construção da verdadeira democracia, sob o teto constitucional. O procedimento metodológico utilizado consistiu na pesquisa e revisão bibliográfica acerca das temáticas constitucionais e filosóficas com racionalidade crítica. O artigo reforça a necessidade de superação do positivismo socialmente inócuo, preocupado exclusivamente em obter interpretações de textos legais, propondo um pragmatismo no sentir e pensar constitucional. Consequentemente, no favorecimento eficaz, da interação entre direito e sociedade, é aberta uma janela para que a transformação social, ambicionando o progresso humano, individual e coletivo, seja possível também através do direito.

**Palavras-chave:** Constituição; Jurisdição; Cidadania.

**Abstract:** The juridical usually remains hostage to the positivist perspective guided by the subject-object relationship. Thus, constitutions, as a written text, end up having limited democratic potential. The condition of hermeneutic-philosophical possibility of the Constitution imposes extraction of meanings in accordance with the historical context, adding the desirable democratic to the legal outline. The powers of the rule of law, especially the judiciary, have an important role in awakening and constitutional and democratic feeling, especially in peripheral countries. Not that democracy can and should be implemented in a downward direction through the judicial route, given by the Judiciary, but that the Judiciary can contribute to the rise and protagonism of the citizen, to the construction of true democracy, under the constitutional ceiling. The methodological

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em direito pela Universidade do Rio dos Sinos. Professor da graduação, mestrado e doutorado da Universidade La Salle. Professor da pós-graduação da Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul e Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da 5ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. E-mail: [hilbert.obara@unilasalle.edu.br](mailto:hilbert.obara@unilasalle.edu.br).

<sup>2</sup> Mestranda pela Universidade La Salle. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3868111351771812>. E-mail: [barbaravignochi@gmail.com](mailto:barbaravignochi@gmail.com).

procedure used consisted of researching and reviewing the literature on constitutional and philosophical themes with critical rationality. The article reinforces the need to overcome socially innocuous positivism, concerned exclusively with obtaining interpretations of legal texts, proposing a pragmatism in constitutional feeling and thinking. Consequently, in the effective favoring of the interaction between law and society, a window is opened so that social transformation, aiming at human, individual and collective progress, is also possible through law.

**Key words:** Constitution; Jurisdiction; Citizenship.

## 1. INTRODUÇÃO

No mundo ocidental há duas grandes tradições jurídicas. Uma é a da *Common Law* e a outra é a da *Civil Law*. Os países de colonização espanhola e portuguesa tiveram comumente uma filiação à tradição da civil law onde o texto escrito da lei sempre ocupou função preponderante. Não foi diferente em relação à Constituição, que de texto escrito ineficaz, de função dispensável na “aplicação” da lei, passou a ter perseguida a sua carga eficaz máxima e ser concebida como fundamento de validade de todas as regras infraconstitucionais. Nessa perspectiva, a Constituição move o direito, e estabelece promessas individuais, sociais e democráticas que norteiam o Estado de direito. Todavia, ainda são costumeiramente apresentados óbices de paradigmas jurídicos e filosóficos ultrapassados limitativos da plena potencialidade das Constituições democráticas contemporâneas. O estudo tem a pretensão de diagnosticar algumas das importantes barreiras que são levantadas à eficácia constitucional democrática, vinculadas ao paradigma filosófico objetificante e sugerir a ultrapassagem por meio de *standards* de racionalidade hermenêutico-filosóficos, a começar pela viragem-linguística que ainda passa despercebida pela visão criticada.

No contexto referido, pode ser levantada a possibilidade da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica proporcionarem a crítica ao direito da perspectiva positivista legalista. A Constituição na ótica criticada é mero texto escrito, preso a sentidos engessados que a torna incapaz de acompanhar as mudanças sociais e atender a um objetivo democrático. Nessa perspectiva, é inevitável concordar com aqueles que afirmam que a Constituição não escrita leva vantagem sobre a Constituição escrita. Porém, é de ser verificado se os vetores de racionalidade filosóficos podem inaugurar um novo paradigma, tornando a Constituição capaz de agregar no ser o contexto histórico, afastando as limitações pré-ordenadas de sentidos, com o que o texto escrito constitucional poderia ser admitido como um *plus* e não como um elemento limitador das possibilidades eficaciais e transformadoras das vidas dos indivíduos e de toda a coletividade. Assim, na admissão do paradigma diverso sugerido pode haver a contribuição para a consolidação do Estado democrático de Direito.

Há pretensão de identificação dos atores que podem contribuir para a consecução da ultrapassagem da Constituição escrita estática para a dinâmica. Em relação ao Judiciário haverá a preocupação com o palco de vulnerabilidade social em que estão inseridos, como regra, os países em desenvolvimento para desvelar um agir mais ou menos ativo, sobretudo na implementação de políticas públicas, diante da omissão da função executiva e legislativa. Nas dívidas históricas desses países em desenvolvimento será buscado o limite da atuação jurisdicional para legitimar ou não o papel do juiz no necessário resgate, mitigando a falta de condições para o pleno desenvolvimento da cidadania e da democracia. Será, então, perquirida a possibilidade censura ao papel do juiz boca da lei e de outras possibilidades de minimização da atuação judicial no cenário dos países periféricos. A investigação analisa a viabilidade de, nos países com maiores desigualdades, onde as consequências nefastas do capitalismo são mais gritantes, criando situações de maior fragilização dos cidadãos, de se abrir mão da atuação judicial que busca o reforço das condições para a emancipação cidadã, ou se nenhuma possibilidade de luta, como através da jurisdição, pode ser descartada, para ser buscada, ao menos, a diminuição da condição de fragilidade, na comparação com os cidadãos dos países desenvolvidos. Enfim, o artigo trabalha a viabilidade de uma Constituição com ampliação

eficaz que, por meio do direito, pode instituir mudanças progressivas muito além da sua perspectiva instrumental, que comumente tem servido apenas para fazer prevalecer o poder político-econômico dominante.

No reconhecimento da perspectiva transformadora da sociedade, por meio da Constituição e do direito, surge a necessidade de estabelecer limites para a atuação judicial, uma vez que a democracia acontece preservando direitos mas também através do atendimento dos interesses majoritários provenientes de cidadãos autossuficientes. O estudo almeja favorecer o protagonismo do cidadão, em sociedades com condições básicas precárias, onde a luta pela sobrevivência esgota o indivíduo, onde parece difícil, improvável, quão impossível, o atingimento da autocrítica política democrática, é essencial florescer novas alternativas para que o povo deixe de ser iludido, enganado e utilizado como massa de manobra para a perpetração de objetivos que passam longe do democrático. Então, o repensar e a discussão do papel da Constituição e da Jurisdição parece ser fundamental para o atingimento do Estado democrático de direito, mormente nos países de modernidade tardia, forjando, aprimorando e moldando contextualmente, as desejáveis características e modo de atuação judicial.

O procedimento metodológico é baseado na pesquisa qualitativa e revisão documental bibliográfica. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica traz a reflexão e racionalidade crítica de temáticas constitucionais e sociais.

## 2. ENFOQUES CRÍTICOS DAS CONSTITUIÇÕES ESCRITAS

O modelo escrito de Constituição filia-se sobretudo à tradição da *Civil Law*, fortemente presente nas Américas, em que pese a tendência global de aproximação<sup>3</sup>, que Taruffo denomina de *interferenze orizzontali*<sup>4</sup>. Reconhecendo essa tendência é formulada a hipótese de que as Constituições escritas vão além de mero texto para agregar o contexto histórico, tal como sói acontecer na tradição da *Common Law*. Desse modo, é abraçada a tese de que as Constituições escritas possam ser concebidas não apenas como documentos que preservam direitos e garantias adquiridas, mas que componham igualmente um *plus*, permitindo os avanços democráticos, mormente nos países periféricos, como os sul-americanos.

A especial atenção que é dada às Constituições escritas não possui finalidade crítica ao prisma constitucional do *Common Law*. Pelo contrário, é desejada a aquisição da mobilidade desse modelo. Na Grã-Bretanha, por exemplo, a ausência de uma Constituição escrita e sancionada em um único documento, não prejudica o reconhecimento de um núcleo fundamental de direitos de liberdade e uma generalização de decisões jurisprudenciais com papel equivalente, mas que além disso é moldado à sociedade a qual pertence<sup>5</sup>. Buscando dinâmica análoga, que parte da *linguistic turn* e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, a aposta do artigo está sendo feita no sentido de que, na tradição continental, o modelo escrito de Constituição possa ser concebido como importante ponto de partida para a afirmação de direitos contemporâneos, em âmbito progressivo, seguindo a sua lógica histórica<sup>6</sup>.

A defendida perspectiva constitucional dinâmica pressupõe a eficácia normativa das Constituições escritas, sendo a base jurídica impeditiva de retrocessos, onde todas as demais regras devem possuir conformidade constitucional, seguindo principalmente a orientação das constituições escritas do segundo pós guerra<sup>7</sup>, e não deixa de atender os objetivos democráticos, em face de novas conquistas sociais. A constituição escrita, nesse

<sup>3</sup> MITIDIERO, D. Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória, 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo, 2014, p. 59.

<sup>4</sup> TARUFFO, M. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2002, p. 89.

<sup>5</sup> SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 225.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 27-28.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 15.



prisma, é capaz de responder as críticas que asseveram o seu enfraquecimento substancial decorrente do estabelecimento de um teto normativo decorrente do texto escrito, visto como algo diferente do próprio direito, que pode, portanto, ser dispensada na prática jurídica<sup>8</sup>. Essa resposta, sobretudo no que tange ao limite normativo, é iniciada com a percepção de que os sentidos decorrem do *dasein*, da anterioridade linguística em relação à instância proposicional<sup>9</sup>.

A Constituição, mesmo na *civil law*, não é só texto, mas sempre é contexto, na linguagem e no ser. Em sendo desse modo, os sentidos são sempre passíveis de conexão com a sociedade. Se os sentidos fossem acontextuais, como já se acreditou, seria inevitável que a interpretação "literal"<sup>10</sup> causasse o efeito paralisante da Constituição escrita, impedindo-a de acompanhar os avanços sociais. A correspondência da Constituição com o seu texto, implicaria em uma entificação metafísica de sentidos, tornando-a prisioneira de sentidos pré-dados ao texto, provocando uma insuficiência significativa, uma incapacidade de acompanhamento do traçado móvel das mudanças sociais e impulsionador de conquistas democráticas. Essa premissa censurada inclusive podia fundamentar a percepção de que a Constituição, por estar consubstanciada em um texto escrito, poderia ser modificada ou simplesmente eliminada como qualquer lei, característica que sustentaria a afirmação da superioridade dos irrevogáveis princípios constitucionais não escritos da *commons law*<sup>11</sup>. Todavia, desde a viragem linguística não é mais concebível que a linguagem esteja dissociada do homem e, por conseguinte, fora do limite temporal e local da sociedade no qual está inserido. Há inevitavelmente um sentido decorrente da consensualidade, do viver comunitário. Está aí, portanto, na comunidade, a base para a apuração significativa, não mecânica e condicionada, mas reflexiva e decisória<sup>12</sup>, de onde a Constituição não só garante os direitos conquistados, apontando para o passado, mas também permite um programa futuro<sup>13</sup>. Dessa maneira, o direito deixa de ser mero instrumento formal de manutenção de poder para adquirir um caráter transformador da sociedade. O jurídico passa a ser constitucional, o acontecer do intérprete é jurídico-constitucional, promovedor de mudanças da realidade<sup>14</sup>, objetivando a concreção do perseguido Estado democrático de direito.

O constitucionalismo contemporâneo, outrossim, está muito distante da visão constitucional pré-moderna. A Constituição não é mais concebida como algo dissociado do direito, onde as práticas jurídicas independem da Constituição. Ela não pode ter mero caráter ornamental. Muito pelo contrário, a eficácia do direito está sempre atrelada à Constituição, que passa a ser filtro imprescindível de todas as regras jurídicas. A validade de todas as leis não estão condicionadas apenas a regras formais, mas também a um conteúdo substancial constitucional<sup>15</sup>. Na evolução constitucional, que passou pelo reconhecimento da eficácia e importância da Constituição, houve a (re)configuração do próprio Estado de Direito. Os Estados de direito contemporâneos, de regra, foram classificados como Estados constitucionais, diversos dos ultrapassados Estados legalistas, do velho e criticado positivismo jurídico, exigindo novas estruturas funcionais e um

---

<sup>8</sup> SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 228.

<sup>9</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 122.

<sup>10</sup> DWORKIN, R. *O império do Direito*, 1ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 23.

<sup>11</sup> SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 228.

<sup>12</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 144.

<sup>13</sup> FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 26.

<sup>14</sup> HOMMERDING, A. N. Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 77-78.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo más allá del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 15.

repensar do direito e do Estado<sup>16</sup>. Por isso que, diferentemente do que prega o pensar positivista legalista, o jurídico e o constitucional, não são insensíveis às mudanças sociais. A constitucionalização é sempre um projeto, está em incessante processo de construção, cujas mutações adaptativas buscam a forma melhor de agregar o conteúdo democrático ao Estado de Direito<sup>17</sup>.

O enfoque crítico permite trabalhar com algumas experiências constitucionais importantes que servem de parâmetro para a efetividade social da Constituição projetada no estudo. A primeira eleita é a Constituição dos Estados Unidos, por forjar um paradigma histórico importante vigente até os dias de hoje. Próximo do final do século XVIII a Constituição norte-americana foi concebida com eficácia. Essa Constituição não tinha caráter meramente descritivo, mas possuía normatividade, inclusive com dimensão hierárquica superior ao das leis ordinárias. Ou seja, advém daí a consciência da diferença de lei constitucional e infraconstitucional que ultrapassou suas fronteiras territoriais<sup>18</sup>. Ao referido exemplo histórico vale ser somada a Constituição da experiência alemã, do segundo pós-guerra, onde a preocupação com o *plus* humanístico, permitiu a diferenciação das regras constitucionais e infraconstitucionais, tendo para as primeiras a designação de tribunal autônomo constitucional, “guardião da constituição”, com a superação do formalismo da Constituição rumo ao Estado de Direito democrático<sup>19</sup>. O desencadeamento exposto é revelador de que o aprimoramento do conteúdo humanístico constitucional teve início com a proteção dos direitos individuais do denominado Estado liberal, que se estabeleceu como pressuposto para que, em um segundo momento, fossem instalados os direitos constitucionais sociais. A observância desse desdobramento é indicativa de que não foi por acaso que boa parte dos países sul-americanos, acabaram por consagrar primeiramente os direitos da personalidade humana, para em seguida tratar dos direitos sociais<sup>20</sup>. A incorporação dos direitos sociais à Constituição, a propósito, merece menção à parte.

A partir do século XX, além da tutela dos direitos individuais, as Constituições ganharam nova dimensão ao agregarem encargos sociais ao Estado de direito em favor do cidadão. O Estado de direito nasceu como direito de proteção contra os próprios governantes do Estado, assegurando a liberdade contra o arbítrio governamental. Nesse paradigma podem ser destacadas duas Cartas Magnas. A Lei Maior Mexicana de 1917 tem seu destaque por inovar com a responsabilização do Estado pela educação pública e pela reforma agrária, com previsão de um sistema de previdência social e uma série de direitos trabalhistas. Outra Constituição historicamente relevante a respeito foi a Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, que inseriu direitos sociais e prestacionais do Estado, servindo de modelo para outras constituições posteriores<sup>21</sup>. A preocupação com as questões sociais, encampadas nas Constituições referidas, seguidas por diversos outros Estados, permitiu uma nova noção de liberdade, diversa daquela projetada sob o manto burguês, vinculada a um conceito de igualdade em prol de uma justiça social<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> PINO, G. *Il positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Roma, 1999, p. 203.

<sup>17</sup> BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007, p. 194.

<sup>18</sup> CASALINI, B. “Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América”, em VV.AA (Costa, Pietro e coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 264-265.

<sup>19</sup> GOZZI, G. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”, em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 335.

<sup>20</sup> FIX-ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil em Latinoamérica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 1974, p. 25.

<sup>21</sup> GOZZI, G. “Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã”, em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 334-335.

<sup>22</sup> VERDÚ, P. L. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 153.

O paradigma social encampado pelas Constituições contemporâneas exigem que o Estado de Direito ultrapasse o aspecto exclusivamente individualista e garantista de direitos. Apesar da configuração liberal de Estado, baseado na liberdade burguesa e de incremento capitalista, ter sido condição de enriquecimento dos Estados desenvolvidos, sem o qual não teria havido Estado social, na medida em que a abundância de recursos foi autorizativa do acréscimo de atividades prestacionais. Nos dias atuais, dessa perspectiva prestacional teve origem uma nova dimensão de busca da justiça social, onde para além da liberdade econômica toma vulto a questão da isonomia. Possível perceber nitidamente, a partir disso, a cisão do desenvolvimento econômico exploratório capitalista com a justiça social, onde o último não pode ser ignorado quando o Estado de Direito tem por meta o progresso democrático. De maneira que, enquanto o Estado de direito democrático é guiado pela imprescindibilidade da defesa de uma justiça social, o Estado de Direito com preocupações estritamente liberais acaba sendo conduzido por um capitalismo excludente. O prisma puramente liberal foi, dessa maneira, responsável pelo gradativo distanciamento entre ricos e pobres, atentando contra o predicado isonômico ao estabelecer um fosso social cada vez mais profundo<sup>23</sup>. Então, quando a capacidade de implementação de políticas sociais pelo poder econômico está cada vez mais diminuída nos países centrais e, acima de tudo, onde o crescimento econômico jamais foi capaz de atender plenamente os interesses sociais, nos países periféricos, parece necessária a construção de alternativas para a ultrapassagem do Estado social financiado pelo capitalismo para o Estado democrático guiado por uma agenda de tarefas capazes de contribuir para a implementação da igualdade caracterizadora da justiça social<sup>24</sup>.

A Constituição escrita além de assegurar as conquistas jurídicas de um determinado Estado de Direito deve permanecer aberta para a transformação social<sup>25</sup>, para a produção ininterrupta de novos direitos<sup>26</sup> e concretização das promessas sociais que lhe foram inseridas<sup>27</sup>. Situação que exige uma nova roupagem da Constituição escrita, que vá além da imobilidade positivista, ao mesmo tempo em que não se torna refém de sentidos impostos subjetivamente, desconsiderando o entorno do ser. O estudo tem na perseguição desse intuito a viragem linguística e a hermenêutica-filosófica como condicionantes da mobilidade inauguradora da nova perspectiva jurídica e constitucional capaz de ultrapassar as possibilidades ancoradas na perspectiva filosófica ancoradas na relação sujeito-objeto.

### 3. A ULTRAPASSAGEM DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA ESTÁTICA PARA A DINÂMICA

A Constituição escrita estática, na concepção assumida, está vinculada ao viés liberal clássico do Estado de Direito, reconhecendo direitos, mas sem a possibilidade de acompanhar a dinâmica social. O modelo ultrapassado pela ontologia hermenêutica, dos sentidos indissociáveis da experiência histórica, estava preso à filosofia objetificante, justificadora de sentidos totalizantes de mundo, advindos metafisicamente ao intérprete. A experiência ôntica que, no direito, foi permissora da suposição de resultados unívocos do texto legal, é substituída pela experiência do ser histórico e temporal, sem sentidos pré-dados mas determinados contextualmente pelo intérprete.<sup>28</sup> A premissa linguística e dialética do intérprete torna-o sempre produtor de sentidos, em uma perspectiva imprevisível do que está por vir, inevitavelmente não estático, mas que pode ser guiado

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L. "Constitucionalismo más allá del Estado", Editorial Trotta, Madrid, 2018, p. 33.

<sup>24</sup> LUCAS VERDÚ, P. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 91.

<sup>25</sup> HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 87.

<sup>26</sup> CASTORIADIS, C. *Socialismo ou barbárie. O Conteúdo do socialismo*. Ed. Brasiliense, São Paulo, 1983, p. 288.

<sup>27</sup> LUIS STRECK, L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 85.

<sup>28</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 232.

progressivamente, rumo a novas conquistas<sup>29</sup>, como ínsito na essencialidade democrática. Intolerável, portanto, o assentimento e a criação de sentidos pelo ser com a ruptura da relação com o mundo. A possibilidade criticada está vinculada tanto com a metafísica extração de sentidos do objeto, da crença metodológica moderna, quanto com o indevido agigantamento do *cogito ergo sum* da perspectiva cartesiana, caracterizador do que é denominado por alguns de pós-modernidade<sup>30</sup>. De qualquer modo, ambas perspectivas continuam fiéis ao esquema sujeito-objeto.

No momento em que a filosofia objetificante cede seu lugar para a filosofia da subjetividade assujeitadora, exemplificável na revelação de Nietzsche da vontade do poder, que atravessou o século passado e chega ainda mais forte no século atual<sup>31</sup>, acabam sendo arquitetados no jurídico modelos que desprezam as construções racionais do sistema jurídico, desapegados a qualquer epistemologia de conhecimento do direito, gerando incertezas e inseguranças nas respostas do sistema jurídico, na medida em que o sujeito está além do jurídico. O referido prisma que é tão censurável quanto o do encarceramento a um suposto sentido unívoco legal, pode ser classificado como movimento irracionalista ou relativista, correspondendo à escola do direito livre, respaldado ou não por um jusnaturalismo moderno, de todo modo, o elemento central desses posicionamentos está na aprovação do agir do jurista que vai além do jurídico na busca por respostas<sup>32</sup>. Em outras palavras, na perspectiva das soluções do direito, a filosofia objetificante supunha um juiz boca da lei, enquanto que a da subjetividade apontava para a consciência do juiz na busca do resultado justo para o problema jurídico. Em ambas não há escapatória para a autonomização contextual de sentidos, produzindo um direito com decifrações objetivas do texto legal, inevitavelmente produtoras de um teto semântico que inevitavelmente acaba distanciado dos interesses sociais ou com desfecho arbitrário, do jurista superando o próprio direito. Essas situações são reveladoras da crise dos paradigmas filosóficos refratários à *linguistic turn*<sup>33</sup>.

A ultrapassagem da problemática no direito passa pela superação filosófica tanto do modelo da objetivação da verdade com pretensão universal<sup>34</sup> quanto do relativismo da verdade<sup>35</sup> por meio da admissão da viragem linguística, com os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos, no ser produtor de sentidos, no *dasein*, menos como ação da subjetividade e mais como penetração no acontecer da tradição<sup>36</sup>. Ou seja, no ser, no círculo hermenêutico virtuoso, mediando o passado e o futuro, na historicidade de um passado que gestou os conceitos prévios, nas experiências de sentido que guiam e condicionam o ser e originam-se de uma tradição específica, imprescindível para a compreensão do presente e do futuro que se abre<sup>37</sup>. No direito, na leitura da Constituição escrita, na condição de possibilidade hermenêutica filosófica, guardiã do empírico, de um paradigma de direito mais filosófico<sup>38</sup>, haverá sempre a produção de sentidos, com o que o texto terá sempre um sentido inédito, na tradição e história efetual<sup>39</sup>, permitindo que

---

<sup>29</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 220-221.

<sup>30</sup> GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 19.

<sup>31</sup> STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009, p. 136.

<sup>32</sup> ALVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofía del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998, p. 181-182.

<sup>33</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 87.

<sup>34</sup> GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 173.

<sup>35</sup> GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003, p. 176.

<sup>36</sup> GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópoli, 1999, p. 436.

<sup>37</sup> ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996, p. 227-228.

<sup>38</sup> HABERMAS, J. "Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro", *Revista Tempo Brasileiro*, 5, 21, 1989, p.18.

<sup>39</sup> STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009, p. 215.

essa Constituição possua a dinâmica necessária para acompanhar os progressos sociais, ao mesmo tempo em que impede as respostas baseadas na vontade do jurista.

Na perspectiva defendida, dinâmica da Constituição, é imprescindível qualificá-la com a efetiva adesão dos cidadãos. O escrito constitucional legislativo, além de adjudicar sempre um novo sentido, ganha vida, introjeta-se socialmente por meio do ser-cidadão. Sem desprezar as conceitualizações, sistematizações, classificações, pesquisas, postulados epistemológicos e demais elementos componentes da ciência jurídica, cuja fundamentalidade é indiscutível, o escrito tenta deixar para trás apenas a noção cartesiana metodológica que permite respostas obtidas de modo análogo ao das ciências da natureza, que convertida para o direito reproduz uma abstração legal textual aplicável através de uma interpretação lógica jurídica. Enfim, a viragem linguística e a aceitação social são pressupostos para que o ordenamento jurídico passe a ser algo sentido e vivo, nem reduzido à objetividade do texto e tampouco ao subjetivismo, defensável pela tese de uma Constituição natural não escrita<sup>40</sup>. Importante, a propósito, reafirmar a incessante persecução do postulado racional progressista do jurídico<sup>41</sup>. A Constituição como texto escrito traz sempre uma fala, uma intenção não objetivamente pré-dada mas constituída historicamente, onde a conversão dos conceitos, das palavras, não são fixados no passado ou no dizer do intérprete de outrora. Muito antes disso, o pensar historicamente é a mediação entre aqueles sentidos pretéritos e o próprio pensar presente<sup>42</sup>, orientado para o futuro<sup>43</sup>. Impossível abrir mão disso, impossível dispensar o *dasein*, concebendo o ser como tábula rasa, como um ser *in albis*, diante da inevitabilidade temporal<sup>44</sup>, do reconhecimento de que o ser é tempo, na medida em que este se constitui no horizonte de todo sentido do ser, de toda interpretação do ser<sup>45</sup>.

A aglutinação constitucional e social originam-se no ser. A imbricação geradora da desejada progressividade racional anda junto com o desenvolvimento da autossuficiência cidadã, que passa por um dar-se-conta, do desenvolvimento de uma potência não só positiva, de hiperinformações, hiperestimulações e hiperexigências, imposta por uma sociedade do desempenho<sup>46</sup>, mas também negativa, de estabelecer um “vazio” condicionador do pensar e do desenvolvimento de possibilidades críticas<sup>47</sup>. A sociedade da transparência, que se movimenta na superficialidade, encontra na autoiluminação o sentimento de liberdade capaz de impor limites ao domínio externo e à autoexploração<sup>48</sup>. Então, resguardando a potência negativa, contra a paradoxal autoexigência hiperativa, que é extremamente passiva, ou seja, não confundindo a defendida potência negativa com impotência ou passividade<sup>49</sup>, há o incentivo, com a sensibilidade referida, à participação efetiva do cidadão, escancarando o prejuízo do desinteresse e da passividade<sup>50</sup>. Todo o referido contexto condiciona o ser da contemporaneidade, pois o homem é na sociedade, nas suas vivências artísticas, científicas, morais, religiosas, políticas e econômicas e com essa precedência componente da subjetividade é almejado o alcance constitucional<sup>51</sup>.

A Constituição escrita, com mobilidade e inserção social, adquire pragmatismo e efetividade. É abandonada a concepção de direito como uma ciência que tem início e se

<sup>40</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 4-7.

<sup>41</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 52.

<sup>42</sup> GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópolis, 1999, p. 578.

<sup>43</sup> HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus Ediciones, Madrid, 1993, p. 25.

<sup>44</sup> HEIDEGGER, M. *Introdução à Filosofia*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 128.

<sup>45</sup> HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2009, p. 75.

<sup>46</sup> HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 18-20.

<sup>47</sup> HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 37-41.

<sup>48</sup> HAN, B. *Sociedade da transparência*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2017, p. 45.

<sup>49</sup> HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 30-31.

<sup>50</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 64.

<sup>51</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 148-149.

encerra em si mesma, nos moldes da dualidade de mundo platônica (mundo sensível e das ideias), presente no direito na teoria kelseniana (ser e dever-ser), manifesto também no reconhecimento do mundo do direito e do mundo da vida. A compreensão criticada do paradigma iluminista, diferentemente do papel constitucional admitido, tinha o jurista e o cidadão como meros expectadores do protagonismo legislativo, pressuposto pelo caráter objetivo universalizante do texto legal. Talvez o melhor exemplo desse panorama metafísico criticado esteja configurado no papel limitado do juiz, tido como mero boca da lei<sup>52</sup>. A metafísica da objetividade do texto legal foi superada pelas opções interpretativas, pelas possibilidades de escolha da opção, atrelando a abertura aos sistemas positivistas<sup>53</sup>. Ambas as possibilidades esbarram na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, na compreensão não metodológica interpretativa, mas no ser, que por sua vez tem os sentidos mergulhados na história efetual e na tradição, imprimindo um viver constitucional, em uma integração de direito e sociedade<sup>54</sup>.

A Constituição escrita é segura e sólida, na acepção de garantia contra retrocessos sociais, mas ao mesmo tempo, com efetividade progressiva, no espírito da maleabilidade crucial para acompanhamento dos avanços jurídicos e sociais. Nesse ponta de vista é possível dispensar tecnicismos jurídicos pragmaticamente inúteis, que são retidos nos filtros hermenêutico-filosóficos. A Constituição, desse modo, indo além de consubstanciar um símbolo documental grafado, vai permitir, ao mesmo tempo, um *locus* acessível e comum a todos, como norma fundamental de toda sociedade, que agrega sentidos de forma ascendente, do povo para os ocupantes do poder político, em direção democrática<sup>55</sup>. Não que a Constituição possa fazer com que o jurídico ignore e ultrapasse os outros sistemas sociais, mas sim que possa contribuir para o aprimoramento da sociedade, que passa pela (re)organização política, afinando-a com os interesses sociais e individuais, com respeito às escolhas majoritárias legítimas, onde novamente deve ser lembrada a imprescindibilidade da verdadeira autonomia e emancipação cidadã<sup>56</sup>, a amparar um autogoverno democrático, efetivamente do povo<sup>57</sup>.

A perspectiva da Constituição (re)vitalizada, na observância da antecendência hermenêutica-filosófica, como guardiã do saber produzido nos sistemas, inclusive do jurídico, exige ainda a integração social para alcançar a performance sustentada no estudo. A integração social pressupõe a admissão e vivência do cidadão. Contudo, a participação do cidadão deve ser guiada do auto de sua emancipação política, o que exige a busca dessa autossuficiência cidadã através de todos os caminhos colocados à disposição, sobretudo nos países em que a distância do perfil real e do perfil desejável, ou nas palavras de Bauman, do sujeito de direito e do sujeito de fato, é ainda mais distanciada, recrudescendo a apatia e acomodação<sup>58</sup>, como acontece nos países em desenvolvimento. No espaço comum, dos Estados periféricos, de agravamento da possibilidade de atingimento da maioria cidadã, o Judiciário deve desempenhar relevante função para auxiliar no implemento das condições fundamentais para o florescimento do sujeito de fato. Não que o Judiciário, em sua prática descendente, panópticamente<sup>59</sup> imponha a democracia, mas que possa trazer preciosa contribuição na ampliação eficaz da defendida Constituição dinâmica, coadjuvando para o alcance da

<sup>52</sup> SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 263.

<sup>53</sup> BONGIOVANNI, G. "Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 413.

<sup>54</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 7.

<sup>55</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 155.

<sup>56</sup> HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122-123

<sup>57</sup> ALVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofía del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998, p. 101.

<sup>58</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p.33.

<sup>59</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p. 6-14.

cidadania democrática, para com o protagonismo cidadão, para com amalgamento entre o jurídico e o social.

#### 4. CONSTITUIÇÃO, JURISDIÇÃO E AUTONOMIA CIDADÃ

A separação de poderes surgiu como teoria limitadora do poder despótico dos monarcas. Na tradição da *civil law*, o poder revolucionário conduziu a uma supremacia do Poder Legislativo que tudo podia, na medida em que era a representação da vontade popular<sup>60</sup>. Em seguida, com o incremento de atividades intervencionistas do Estado, caracterizado como social<sup>61</sup>, é possível afirmar uma proeminência do Poder Executivo. No escrito, de conformidade com a precedência hermenêutica-filosófica trabalhada, com a dinâmica fundada no ser, é afirmada a construção da norma no caso concreto, porém sem o temido risco de resvalar para um realismo decisionista<sup>62</sup>. De modo que passa a ser democraticamente bem-vindo o deslocamento das relações de poder para o Judiciário, em um incremento de caráter fundamental e perspectiva firme e prolongada, proporcional à diminuição do Executivo e do Legislativo<sup>63</sup>, até que sua contribuição seja dispensável na consecução da autonomia cidadã. No pragmatismo jurídico destacado, sem colocar de lado as produções científicas imprescindíveis para a solução das complexidades a cargo do direito, pressupondo a dialética discursiva, de tom democrático, concorrência e interação com outros elementos sociais, como a mídia<sup>64</sup>, mas essencialmente como revelação da integração comunitária, da comum-unidade<sup>65</sup>, há a aposta de que o Poder Judiciário é capaz de impulsionar a constante renovação do sentido textual, impeditivas da paralisia, da obsolência da norma jurídica perante a dinâmica da vida, da Constituição (do constituir-ação).

O direito, por meio do juiz, nessa nova dimensão de atuação, deve ter ainda mais acentuada a sua capacidade de transformação social. Além da limitação do agir político arbitrário e ilegal, na defesa de direitos negativos, deve ter confirmada a sua legitimidade para atuar onde falham os demais poderes de forma positiva, implementando políticas públicas. A omissão injustificável dos órgãos políticos, em relação a qualquer direito constitucionalmente previsto, inclusive em relação aos direitos sociais, deve ser sanada pelo juiz constitucional, mormente em países de modernidade tardia, para que as promessas constitucionais tenham viabilidade de concretização. O descompasso da atuação constitucionalmente esperada do Poder Judiciário daquela que geralmente acaba ocorrendo, no mais das vezes pelo aprisionamento a algum dos paradigmas ultrapassados criticados, acaba por fragilizar a Constituição e conseqüentemente o direito como um todo<sup>66</sup>. Não é sem razão que são afirmadas crises do direito e do judiciário em face do descontentamento do povo. A percepção de que todo o poder do Estado, com destaque para o Judiciário, mormente no novo paradigma trazido, deve ser exercido "em nome do povo" e "em prol do povo", permitirá minimizar ou quiçá estancar o problema, contribuindo para o estabelecimento de uma democracia fundamental<sup>67</sup>.

O entendimento da atuação judicial, no contexto dos países periféricos, não dispensa outros elementos sociais para a incessante busca democrática. Porém, tem a

<sup>60</sup> MERRYMAN, J. H., PÉREZ-PERDOMO, R. "A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina", Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 2009, p. 49.

<sup>61</sup> BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007, p. 203-204.

<sup>62</sup> NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013, p. 8.

<sup>63</sup> HÖFFE, O. *O que é Justiça?* Edipucrs, Porto Alegre, 2003, p. 69-70.

<sup>64</sup> GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 2ª ed, Revan, Rio de Janeiro, 1999, p. 95-96.

<sup>65</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 106.

<sup>66</sup> HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 40.

<sup>67</sup> HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122.

atuação judicial, na ótica defendida, como fator importante para os resgates dos déficits sociais e acréscimo do plus democrático. Parece indispensável exigir do poder público, inclusive e excepcionalmente de forma jurisdicional, a realização dos valores substanciais constitucionais, onde o democrático tem implícito o social, com o que a Constituição será capaz de atender ao seu caráter compromissário, dirigente e vinculativo<sup>68</sup>. De modo que, o artigo caminha em direção oposta ao vaticínio de um esvaziamento constitucional levado pela globalização e pela aposta capitalista<sup>69</sup>.

É perceptível a presença, nos dias de hoje, de interesses antidemocráticos que acabam sendo levados a efeito tanto em nível constitucional quanto em nível infraconstitucional. Por isso, cabe o alerta para maiorias deliberativas ocasionais, que possam até buscar o epíteto de democráticas, mas que acabam depondo contra o progresso constitucional humano e social. As conquistas progressivas, construídas racionalmente em prol dos direitos humanos inadmitte qualquer retrocesso, alcançando inclusive uma possibilidade democrática contramajoritária<sup>70</sup>. O judiciário exerce o encargo fundamental de declarar e afastar os ímpetus retrógrados dessas maiorias eventuais, muitas vezes movidas por lógicas simplistas apartadas da construção histórica humanística, encabeçados, não raro, por movimentos populistas, patrocinando o afastamento definitivo de alternativas democraticamente despropositadas do leque de opções possíveis, condenando-as ao banimento, na retomada do espinhoso percurso democrático<sup>71</sup>.

As imposições e restrições fomentadas pelo capitalismo globalizado adquirem especial destaque no dificultosa marcha democrática. Necessário que o direito e a Constituição não sejam utilizados como instrumentos da elite política dominante, formada no mais das vezes pela força econômica globalizante. Sem negar o jogo político, as tensões que envolvem a criação e a modificação do texto constitucional, onde a lógica econômica tenta esvaziar muitos dos conteúdos substanciais constitucionais, a atividade jurisdicional, na perspectiva defendida, é capaz de relativizar a objetividade textual ou a sua ausência para permitir a manutenção das garantias historicamente conquistadas<sup>72</sup>. A atividade jurídica, portanto, exige um exercício com atenção, com capacidade crítica, com racionalidade jurídica de pretensão humanística e social, para não acabar cancelando uma falsificação ideológica do texto constitucional<sup>73</sup>.

Nos países economicamente mais frágeis é que o capitalismo sem fronteira costuma produzir os maiores danos à democracia. Nesses Estados o fosso social costuma ter maior profundidade, porquanto o capitalismo mostra a sua face mais obscura, produzindo pobreza extrema e misérias humanas estarrecedoras. A “mão invisível do mercado” oprime o Estado de fora para dentro sem lhe permitir qualquer reação, em um colonialismo do império do capital<sup>74</sup>. O combate, para configurações de Estados enfraquecidos, facilmente sujeitáveis a essa força econômica, não pode passar pela agudização da anemia das instituições estatais. A lógica é oposta, só um Estado forte será capaz de mitigar esses efeitos humanamente e socialmente nefastos, até freá-los completamente. A expressão do Estado forte exige a união dos poderes estatais, mas principalmente impõe a maturidade cidadã. A perspectiva de uma nova e relevante postura do judiciário é permissora do exercício da maioria cidadã, permitindo o despertar para a atenção a ser dada aos direitos humanos, com a expansão eficaz das dimensões de

---

<sup>68</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 3-4.

<sup>69</sup> FARIA, E. *O direito na economia globalizada*, 1ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2002, p. 269-280.

<sup>70</sup> HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 121.

<sup>71</sup> PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 268.

<sup>72</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 67.

<sup>73</sup> BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382.

<sup>74</sup> HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 26.



direito, especialmente da tutela dos direitos negativos e da exigência de prestações positivas<sup>75</sup>. A atuação judicial moldada na formatação defendida traz uma roupagem diversa da liberal para a especificidade do direito, na sua contenção de ameaças e perigos, hoje cada vez mais presentes no político e econômico. Desse modo, o direito deve ser, mais do que nunca, nos países periféricos, palco para frutificar lutas visando o asseguramento e implementação de conquistas sociais<sup>76</sup>.

O estudo trazido não comunga da percepção de que a democracia seja fácil de ser alcançada, desimportando a maciça ignorância e apatia do povo, bastando apenas impedir a anarquia e a tirania para que as coisas funcionem<sup>77</sup>. Máxime nos países em desenvolvimento, a via democrática passa pelo robustecimento do Estado e do Judiciário na responsabilidade pelas condições formativas de autossuficiência, de emancipação, em que os cidadãos são capazes de expressar os melhores interesses para si e para sociedade. Então, a concepção minimalista de Estado e de jurisdição, que pode ser até adequada em contextos sociais, políticos e econômicos diversos, não pode ganhar fôlego nas conjunturas trazidas de vulnerabilidade. Nas realidades trabalhadas, a Constituição deve ser ponto seguro para a preservação de conquistas, além de apontar para o futuro, para uma construção histórica de direitos e evolução das dimensões de Estado, tendo como ponto de partida a emancipação cidadã. A consolidação do aspecto social do Estado, ainda distante de ser alcançado, é pressuposto para a genuína independência e liberdade do povo<sup>78</sup>, para cogitar a concreção de interesses democráticos, em uma sempre presente imbricação do racional com o humanístico<sup>79</sup>.

O pressuposto da Constituição com mobilidade constitucional e da jurisdição que lhe traga a eficácia está na construção de uma autossuficiência cidadã. A cidadania emancipada exercida diretamente abre muitas portas, pois espelha a verdadeira participação democrática<sup>80</sup>. Nesse enredo ganha fôlego a busca da concretização constitucional através do exercício jurisdicional, na medida em que as partes podem participar ativamente do diálogo, influenciando ativamente nas soluções. Com isso, é preservada a isonomia e a autossuficiência, superando a crise da representatividade presente tanto no Executivo quanto no Legislativo, em seus palcos de aprovação de interesses distantes da proclamada vontade democrática popular<sup>81</sup>.

A concretização constitucional e democrática parece estar mais presente no espaço de exercício da função jurisdicional, em face da participação direta do que nos supostos espaços de exercício do poder através de representantes eleitos. A transformação social e criação de direitos, não parte necessariamente da democracia representativa, que muitas vezes não tem interesse na defendida maioria cidadã. Os representantes que almejam o poder para fins pessoais ficam muito mais confortáveis quando a opinião pública pode ser mais facilmente manipulada, quando a população possa ser manobrada para atender seus interesses<sup>82</sup>. Desse modo, são afastados óbices maiores para a desconstitucionalização da Constituição<sup>83</sup>. Porém, o artigo corrobora a tese da existência de um remédio capaz de permitir o percurso inverso da constitucionalização da

---

<sup>75</sup> MELO DE MESQUITA, E. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 29.

<sup>76</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 74.

<sup>77</sup> PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 250-251.

<sup>78</sup> STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª Ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 69.

<sup>79</sup> HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122.

<sup>80</sup> BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382.

<sup>81</sup> RIBEIRO, D. G. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p.103-104.

<sup>82</sup> BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. Editora Brasiliense, São Paulo, 1997, p. 63.

<sup>83</sup> BONAVIDES. P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003, p. 382

Constituição, agregando conquistas e não esvaziando-a, estribado na racionalidade histórica e humanística, contrariando o ceticismo contemporâneo de um suposto realismo, de utopia regressiva, onde nada pode ser feito para evitar um futuro destrutivo, em face da inegável falibilidade humana<sup>84</sup>.

A contribuição jurisdicional à efetividade constitucional moldada socialmente com vistas a fins democráticos não é condizente com o entorpecimento, com o conhecimento raso, que leva tanto, como outrora, para a confiança em um guia ou em elites monárquicas, religiosas, econômicas, intelectuais ou de qualquer outra natureza, mais bem preparadas para governar, quanto, em face do contexto atual, na liquidez que lhe caracteriza, à condução por conselheiros que nada ou muito pouco podem agregar<sup>85</sup>. A jurisdição deve facilitar, como elemento funcional do Estado, na ausência do Executivo e do Legislativo, as condições necessárias para que os cidadãos tenham condições para alcançar uma maioria democrática. No favorecimento da autodeterminação individual, que não é inata e nem facilmente alcançável, está o potencial auxílio do Judiciário para o desenvolvimento da capacidade de fala e razão, mormente nos países mais vitimados pela globalização econômica, de modo que possa ser desenvolvida a capacidade de autogoverno, para que possam ser dados passos largos rumo à construção do futuro desejado<sup>86</sup>.

O condutor da construção do futuro democrático é, sem dúvida, o cidadão. Por isso, não está sendo defendida uma ditadura elitista judicial ou de qualquer outra natureza. O artigo prega a atenção para com a sedução do poder, como já alertado desde há muito<sup>87</sup>. O sentimento constitucional, como afeição pela justiça e equidade, impele para a pluralidade política, onde todos trabalham sob o mesmo teto jurídico: a Constituição democrática<sup>88</sup>. O diagnóstico é o de que a apatia e a indiferença não condizem com o perfil de construtor democrático. Pior ainda pode acontecer, quando a indolência dá lugar para o agir inescrupuloso e egoístico, na constatação da ausência de limites jurídicos ou na confiança da ocultação desse agir<sup>89</sup>. Então, o protagonismo cidadão é peça-chave para o sentir constitucionalmente democrático e o juiz, conectado com seu contexto, com percepção crítica e preocupação democrática, pode contribuir muito para a eclosão dessa conquista.

## 5. CONCLUSÃO

Na problemática da efetividade das Constituições escritas e não escritas. Os países herdeiros da tradição da *Civil Law* não têm seus sistemas jurídicos alijados em relação ao sistema da *Common Law*, não só pela *interferenze orizzontali*, mas sobretudo pela recepção da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. No paradigma criticado objetificante a “textualização” do direito tinha o efeito colateral de imprimir uma paralisia, uma incapacidade de acompanhar as constantes modificações da sociedade, nomeadamente de crescer conquistas sociais. No entanto, a viragem-linguística permitiu perceber que os sentidos do texto são ininterruptamente renovados a partir de cada leitura, autorizando que o mesmo texto de lei, inclusive aquele que contém regras e princípios topologicamente elevados, pudesse acompanhar as alterações do mundo da vida, não só isso como também transformá-lo, em uma perspectiva necessariamente progressiva e democrática imposta ao jurídico e constitucional no enredo das sociedades

---

<sup>84</sup> PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018, p. 427-428.

<sup>85</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001, p. 53.

<sup>86</sup> HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 122-123.

<sup>87</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, J. *Filosofia y retórica del iusnaturalismo*, 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 9-10.

<sup>88</sup> VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 70.

<sup>89</sup> OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, p. 116.

hodiernas, destacadamente para aquelas sociedades pertencentes a Estados de direito economicamente mais afetados.

A inescapabilidade da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica é crítica ao padrão de direito refém de paradigmas filosóficos anteriores que desenharam uma Constituição correspondente a um texto escrito, com sentidos pré-dados, metafisicamente contidos. Na percepção jurídica adotada, que passa pelo reconhecimento da antecedência hermenêutica-filosófica ao sistema jurídico, da capacidade do filósofo aperfeiçoar o direito, surge uma concepção diversa de Constituição. Há o fortalecimento do papel democrático da constituição na contemporaneidade. A Constituição tem robustecida a sua precedência em relação a todo o direito, de modo que sua potencialidade progressiva jurídica e social, ainda que sedimentada em um texto escrito, torna-se inesgotável. Desse modo, a Constituição, muito além de operar exclusivamente no plano jurídico, adquire eficácia social e capacidade transformadora.

O contexto histórico na dinâmica da Constituição escrita tem fundamental importância. Nos países periféricos, em desenvolvimento, com suas peculiaridades individuais, devem ser somadas todas as possibilidades para o seu aperfeiçoamento democrático. No âmbito jurídico, a eficácia da Constituição está muito ligada à Jurisdição, com o que os juízes têm delicada e destacada função a desempenhar. Para tanto deve ser enterrada a velha visão do mero “boca da lei”, bem como a insegurança do decisionismo, da arbitrária superação do direito e da Constituição pelo juiz.

A passividade, a ausência de incumbência social, a perspectiva acessória frente aos demais agentes políticos, que um dia caracterizou a atividade jurisdicional, deve ser ultrapassada. O juiz da contemporaneidade dos países periféricos têm a incumbência de assumir o feitiço realizador, que passa pela tomada de consciência de seu papel sempre inovador, iniciando com a quebra do sentido unívoco textual da lei e da Constituição, na medida em que a simples leitura do texto da lei sempre já será uma nova leitura. De modo que a perspectiva limitadora da Constituição e do direito que obnubilavam qualquer possibilidade crítica, que atribuía ao direito um inalterável caráter instrumental, na percepção de que servia ao detentor do poder político, que era beneficiado por uma dimensão estática dada ao direito preservativa dos interesses dominantes, da manutenção do *status quo*, pode ser rejeitada.

A sensibilidade e racionalidade da atuação jurisdicional constitucional, por outro lado, não colocam o juiz em um patamar de protagonista. Ou seja, o juiz não é refém dos sentidos dados pela fala autorizada ao texto legal e constitucional, mas também não pode ignorar o direito, a sua construção humanística individual e coletiva no decorrer da histórica, os seus hígidos postulados científicos constitucionalmente orientados ao exercer sua atividade criadora e transformadora do direito e da sociedade. Portanto, no espaço democrático de seu agir, no processo de partes equilibradas e na jurisdição como resultado dialético, o juiz não poderá ser omissor para, dentro de seus limites, contribuir no robustecimento do verdadeiro e único protagonista que é o cidadão.

O artigo é avesso a uma política elitista da sociedade, não confia em herói(s) ou salvador(es) messiânico(s) como guia(s) no tortuoso caminho da democracia. Nessa difícil e incessante tarefa de cunho democrático somente o povo, com a capacidade de governar a si próprio, é que pode ser senhor do seu destino. A busca desse destino, do bem comum, pressupõe o atingimento da emancipação cidadã, a formação de um cidadão autossuficiente, amadurecido politicamente, vivificado constitucionalmente, capaz de tomar as rédeas do seu destino e do Estado de direito ao qual pertence. Inexiste outra opção para que o fim democraticamente desejável não acabe sendo burlado. A autossuficiência da população é um projeto que exige constante dedicação, uma incessante luta para a sua concretização. Por meio dessa difícil condição é que se torna possível a sintonia fina com a Constituição do Estado de Direito, por meio dela é que acontece o sentir e viver constitucional. Nesse desenrolar, nos Estados de maior afetação negativa da globalização econômica, onde comumente há falha de atendimento pelo Estado de questões sociais básicas, é que a atuação vigorosa do juiz adquire relevância para a formação cidadã. Se há omissão das demais instâncias de poder do Estado, o Judiciário não pode abdicar de atuar, não deve lavar as mãos, pois acabaria compactuando

com o problema. De modo diverso, o Judiciário deve atuar para que a Constituição não fique empalidecida, não acabe como letra morta. Cabe a extração judicial da potencialidade constitucional, das condições para o favorecimento da democracia, para o fomento da autossuficiência dos indivíduos componentes do Estado, surgindo, daí, o amalgamento de Constituição, jurisdição e autonomia cidadã.

## 6. REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ GARDIOL, A. *Manual de filosofía del Derecho*, Editorial Juris, Buenos Aires, 1998.
- ARAÚJO DE OLIVEIRA, M. *Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*, Edições Loyola, São Paulo, 1996.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Jorge Zahar Editor Ltda, Rio de Janeiro, 2001.
- BOBBIO, N. *Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. Editora Brasiliense, São Paulo, 1997.
- BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2007.
- BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*, 3ª ed., Malheiros Editora, São Paulo, 2003.
- BONGIOVANNI, G. "Estado de Direito e justiça constitucional. Hans Kelsen e a Constituição austríaca de 1920", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 413.
- CASALINI, B. "Soberania popular, governo da lei e governo dos juízes nos Estados Unidos da América", em VV.AA (Costa, Pietro e coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- CASTORIADIS, C. *Socialismo ou barbárie. O Conteúdo do socialismo*. Ed.Brasiliense, São Paulo, 1983,
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, 1ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- FARIA, E. *O direito na economia globalizada*, 1ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2002.
- FERRAJOLI, L. *Constitucionalismo más allá del Estado*, Editorial Trotta, Madrid, 2018.
- FIX-ZAMUDIO, H. *Constitución y proceso civil em Latinoamérica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 1974.
- GOZZI, G. "Estado de Direito e direitos subjetivos na história constitucional alemã", em VV.AA. (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 308-337.
- GADAMER, H. *Verdade e método*, V. 1, 3ª ed, Ed. Vozes, Petrópolis, 1999.
- GARAPON, A. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, 2ª ed, Revan, Rio de Janeiro, 1999.
- GARCÍA-HUIDOBRO, J. *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, 1ª ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- GRONDIN, J. *Introducción a Gadamer*, Herder Editorial, Spain, 2003.
- HABERMAS, J. *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus Ediciones, Madrid, 1993.
- HABERMAS, J. "Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro", *Revista Tempo Brasileiro*, 5, 21, 1989.
- HAN, B. *Sociedade do cansaço*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2015.
- HAN, B. *Sociedade da transparência*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2017.
- HEIDEGGER, M. *Introdução à Filosofia*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*, Ed. Vozes, Petrópolis, 2009.
- HÖFFE, O. *A democracia no mundo de hoje*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- HÖFFE, O. *O que é Justiça?* Edipucrs, Porto Alegre, 2003.
- HOMMERDING, A. N. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- VERDÚ, P. L. *A Luta pelo Estado de Direito*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- VERDÚ, P. L. *O sentimento constitucional, Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- MELO DE MESQUITA, E. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

- MERRYMAN, J. H., PÉREZ-PERDOMO, R. *A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre 200.
- MITIDIERO, D. *Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*, 2ª ed, Editora Revista dos Tribunais Ltda, São Paulo, 2014.
- NEVES, M. *Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA JUNIOR, J. A. *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.
- PINKER, S. *O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Editora Schwarcz S. A, São Paulo, 2018.
- PINO, G. *Il positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale*, G. Giappichelli Editore, Roma, 1999.
- RIBEIRO, D. G. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
- SANTORO, E. "Rule of law e "liberdade dos ingleses". A interpretação de Albert Venn Dicey", em VV.AA (Costa, P; Zolo, D; coord), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, p. 225.
- SARLET, I. "Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988", *Revista de Direito do Consumidor*, 30, 1999.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 8ª ed, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2009.
- STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- TARUFFO, M. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2002.

## **Implicaciones de la neutralidad en la guerra naval** Implications of neutrality in naval warfare

**Gonzalo De La Haba De Los Rios**<sup>1</sup>

Universidad de Córdoba, España

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Marco normativo y doctrina internacional. 3. Régimen jurídico. Obligaciones y deberes resultantes de la neutralidad marítima. a) El deber de imparcialidad e igual trato a los beligerantes. Ámbito material y territorial de aplicación. b) El derecho de visita como medida frente a actos contrarios a la neutralidad. c) Prohibición de conductas hostiles por los neutrales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

**Resumen:** La adopción de una postura neutral supone la previa existencia de un conflicto. En concreto, la neutralidad en la guerra naval implica una serie de derechos y obligaciones en orden a la defensa del elemento esencial de la neutralidad: la imparcial de los Estados neutrales, cuyo mantenimiento obliga a la adopción de medidas como la visita de buques neutrales o la prohibición de suministro de materiales de guerra o avituallamiento en aguas neutrales. No obstante, en el contexto internacional actual, parece no encontrar encaje jurídico debido entre otros al sistema de seguridad colectiva que inspira muchas de las organizaciones internacionales existentes en la actualidad.

**Palabras clave:** Neutralidad marítima, deber de imparcialidad, derecho de visita, abstención de conducta hostil.

**Abstract:** Adopting a neutral position implies the prior existence of a conflict. In particular, neutrality in naval warfare implies a series of rights and obligations in order to defend the essential element of neutrality: impartiality in neutral states, maintenance which requires the adoption of measures such as visiting neutral ships or the prohibition of supplying war materials in neutral waters. However, in the current international context, it seems that it doesn't fit lawfully, among other things, to the system of collective security that inspires many of the international organizations in existence today.

**Keywords:** Maritime neutrality, duty of impartiality, visiting rights, abstention from hostile conduct.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad de Córdoba (España). Máster en Derecho Militar por la Universidad Católica de Murcia. Teniente Auditor del Cuerpo Jurídico Militar. Doctorando en Derecho de la Universidad de Córdoba (España), del Programa de Ciencias Sociales y Jurídicas en el Departamento de Ciencias Jurídicas internacionales. Diploma en Derecho Humanitario por la Cruz Roja. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. E-mail: d82halog@uco.es.

## 1. INTRODUCCION.

Sin perjuicio de las diversas consideraciones o concepciones sobre la neutralidad con que la Comunidad Internacional ha interpretado su régimen jurídico, en la actualidad, la neutralidad podría definirse sucintamente como "*la situación jurídica de un Estado que no participa en un conflicto armado determinado, y consecuentemente, como el régimen jurídico por el cual se rigen las relaciones entre tal neutral y los Estados beligerantes*"<sup>2</sup>.

Se trata de una definición que también resulta predicable de una especial modalidad de ésta: la neutralidad naval, que difiere, como se infiere del medio en que se desarrolla, de su homóloga terrestre, aunque mantiene con aquella una peculiaridad que opera como presupuesto previo insoslayable para cualquier régimen de neutralidad: la guerra. Debemos precisar además, que la neutralidad, solo existe en relación con la guerra, siendo un requisito *sine que non* para la existencia del régimen de neutralidad. En definitiva, un Estado no puede ser neutral, sino en tiempo de guerra.

## 2. MARCO NORMATIVO Y DOCTRINA INTERNACIONAL.

El actual desenvolvimiento de la política internacional, remisa al uso de la fuerza en el marco de un sistema de seguridad colectiva arbitrado por organizaciones internacionales, así como el inicio de hostilidades sin previa declaración formal de guerra, hacen de la neutralidad un régimen de difícil conciliación con el panorama jurídico internacional vigente, siendo estas, entre otras, las razones de la preterición de este instituto jurídico por la doctrina y la labor legislativa internacionales más recientes.

El marco normativo que configura el instituto de la neutralidad podría clasificarse en dos grandes grupos; el de normas internacionales vinculantes, y el de reglas no vinculantes, que responden más bien a trabajos doctrinales sobre la neutralidad. En este sentido, el marco lo conforman, o bien, legislación internacional vinculante que cuenta con más de un siglo de antigüedad, por tanto, desfasada, o bien, obras doctrinales que, aun siendo más recientes, no cuentan con el necesario valor vinculante que hacen de las normas reglas de obligado cumplimiento.

El actual marco normativo de la neutralidad marina se encuentra recogido en el *V Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907*, relativo a los derechos y deberes de las potencias y personas neutrales en caso de guerra terrestre, el *XIII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907*<sup>3</sup>, relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima, la Declaración relativa al derecho de la guerra marítima (*London Declaration*) de 26 de febrero de 1909<sup>4</sup>, entre otros textos de menor importancia y que, referidos a la neutralidad en términos generales,

---

<sup>2</sup> *Manual De Derecho Del Mar, Volumen II, Parte Especial "El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados en la mar"*, Ministerio de Defensa, 2016, p. 145.

<sup>3</sup> Ambos Convenios, resultantes de la 2ª Conferencia de Paz de La Haya de 1907, contaron con la participación de 44 estados: Alemania, Austria-Hungría, Bulgaria, Bélgica, China, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Montenegro, Imperio otomano, Países Bajos, Persia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Rusia, Serbia, Siam, Suecia, Noruega, Suiza, Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Guatemala, Haití, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela, Uruguay y El Salvador.

<sup>4</sup> La Declaración Naval de Londres de 26 de febrero de 1909 relativa al Derecho de la Guerra Marítima, no ha sido ratificada por España. Sin embargo, sus normas son hoy aplicables en los conflictos armados en la mar como integrantes de la costumbre internacional. En este sentido, véase RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L. "La Gran Guerra en la mar y las violaciones del derecho de la guerra marítima", (Ejemplar dedicado a: Primer centenario del inicio de la Primera Guerra Mundial. Perspectiva naval del conflicto), *Revista General de Marina*, 267, 2014, p. 330. El texto íntegro de la Declaración puede consultarse en: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/255>.

resultan aplicables a las contiendas navales, y a la neutralidad en el mar<sup>5</sup>.

En cuanto a la labor doctrinal desarrollada en tiempos más recientes, cabe destacar ciertos textos como el *Manual de San Remo de 1994 sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar*<sup>6</sup>, elaborado por el *Instituto Internacional de Derecho Humanitario*, que si bien carece de carácter vinculante al tener una finalidad meramente doctrinal y académica, ha marcado el camino a seguir en la exégesis de las normas positivas y consuetudinarias que a día de hoy conforman el panorama normativo sobre la neutralidad. Junto a este Manual, destacan otros como el *"United States Commander's Handbook on the Law of Naval Operations"* (NWP 1-14M)<sup>7</sup> de 2007, manual de los Estados Unidos sobre el derecho relativo a las operaciones navales, así como el manual alemán *"Law of Armed Conflicts, Joint Service Regulation, ZDv 15/2"*<sup>8</sup>. Junto a esta amalgama normativa, y siendo el objeto de este estudio el régimen de neutralidad marítima, parece necesario hacer ciertas precisiones sobre el instrumento a través del cual, en la mayoría de los casos, se manifestará la postura neutral en el mar: el buque de guerra. Sobre la cuestión, la *Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982* (en adelante CNUDM), dedica sus artículos 29 a 32, precisando en el primero de ellos que (...), se entiende por "buques de guerra" todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el 41 correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares".

Junto a la definición de buque, la CNUDM consagra en la inmunidad en Alta mar de los buques de guerra y de los buques utilizados únicamente para un servicio oficial no comercial en los artículos 95 y 96 respectivamente.

Pero este régimen de neutralidad no solo se materializa a través de este tipo de naves. Frente a estos, se encuentran las naves mercantes, que a diferencia de los primeros, no pertenecen a las fuerzas armadas de ningún Estado y son consideradas bienes civiles, salvo que se produzca su transformación en buque de guerra en los términos contemplados en el *VII Convenio de La Haya sobre la transformación de buques mercantes en buques de guerra*<sup>9</sup>. Pues bien, la trascendencia de los buques mercantes en el régimen de neutralidad marítima estriba en la posibilidad de que estos sean sujetos pasivos en las relaciones bilaterales que surgen de derechos inherentes a la neutralidad como la visita, a la que más adelante se hará referencia.

<sup>5</sup> Por ejemplo, la Convención de neutralidad marítima de La Habana, firmada 20 de febrero de 1928.

<sup>6</sup> Durante su redacción, se pretendió que el Manual que resultara contuviera "propuestas innovadoras para un desarrollo progresivo del derecho. Sin embargo, aunque en el Manual se incluyeron disposiciones de esta índole, la mayoría de ellas era expresión de lo que, según los participantes, es el derecho actual. Por ello, en muchos aspectos, el Manual de San Remo está concebido, deliberadamente, para ser un equivalente moderno del "Oxford Manual" de 1913". Vid. DOSWALD-BECK, L. "El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 20, 132, 1995. <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdlgr.htm>.

<sup>7</sup> Dedicar su Capítulo 7 a la neutralidad. Puede consultarse en: [https://www.jag.navy.mil/distrib/instructions/CDRs\\_HB\\_on\\_Law\\_of\\_Naval\\_Operations\\_AUG17.pdf](https://www.jag.navy.mil/distrib/instructions/CDRs_HB_on_Law_of_Naval_Operations_AUG17.pdf).

<sup>8</sup> El Manual alemán dedica el Capítulo XII a la regulación del derecho de la neutralidad en los conflictos armados. <https://www.bmvg.de/resource/blob/93610/ae27428ce99dfa6bbd8897c269e7d214/b-02-02-10-download-manual-law-of-armed-conflict-data.pdf>.

<sup>9</sup> Puede consultarse en:

[http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1865858/Convencion\\_VII\\_de\\_La\\_Haya\\_de\\_1907.pdf/3dc08de2-9358-49c8-9ded-0f4750cc5e76](http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1865858/Convencion_VII_de_La_Haya_de_1907.pdf/3dc08de2-9358-49c8-9ded-0f4750cc5e76).



### 3. RÉGIMEN JURÍDICO. OBLIGACIONES Y DEBERES RESULTANTES DE LA NEUTRALIDAD MARÍTIMA.

El contenido obligacional de la neutralidad, por razón de la conexidad entre neutralidad y guerra, ha ido cambiando y adaptándose a los cambios que ha experimentado el *ius ad bellum* y el *ius in bello* a lo largo de la historia.

Así, de la concepción de la guerra como un instrumento de política internacional de los Estados, como un *ius ad bellum* ilimitado, se ha pasado a la prohibición del recurso a la guerra; también, por la mayor complejidad de los conflictos armados, la beligerancia ha evolucionado de la simple búsqueda de la destrucción material del enemigo, a la focalización del esfuerzo militar y bélico en el plano económico o cultural, con la intención de obtener el colapso económico o la derrota anímica del rival<sup>10</sup>.

A pesar de estos cambios, se percibe no obstante un sustrato obligacional primigenio, inalterable e insoslayable, sin el cual la neutralidad se desnaturalizaría. Un contenido obligacional común a cualquier concepto de neutralidad, independientemente de la modalidad o tiempo de la misma, en el que destaca el deber de imparcialidad en la neutralidad, el derecho de visita y captura de buques o incluso de destrucción de estos.

#### **a) El deber de imparcialidad e igual trato a beligerantes. Ámbito material y territorial de aplicación.**

El deber de **imparcialidad en el marco de la neutralidad marítima**, presente en el artículo 9 de la XIII Convención relativo a los derechos y deberes de las potencias neutrales en caso de guerra marítima (en adelante XIII Convención), impone que *"una potencia neutral debe aplicar imparcialmente a los dos beligerantes las condiciones, restricciones y prohibiciones dictadas por ella sobre admisión en sus puertos, radas o aguas territoriales, de los navíos de guerra beligerantes o de sus presas. Sin embargo, una potencia neutral puede prohibir el acceso a sus puertos o a sus radas al navío beligerante que haya dejado de ajustarse a las órdenes y prescripciones dictadas por ella o violado la neutralidad"*.

Esta obligación de imparcialidad rige en el territorio sometido a la soberanía del Estado neutral, confiriéndole a su territorio una inviolabilidad<sup>11</sup> que no solo se limita al espacio terrestre sino que se extiende al marítimo y aéreo superpuesto a ambos, y no solo constriñe a los Estados neutrales a adoptar actitudes pasivas, de abstenerse, de *"no hacer"*, sino que, supone además, el deber de que en casos concretos se adopten medidas activas, esto es, impone obligaciones de *"hacer"*, como la de evitar el aprovechamiento de su territorio por alguno de los beligerantes.

En este sentido, el artículo 8 de la XIII Convención obliga a *"(...) usar de todos los medios de que disponga para impedir que en su jurisdicción se equipe o se arme cualquier navío del que haya motivos razonables para creerlo destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles contra una potencia con la cual esté en paz. También está obligado a desplegar la misma vigilancia para impedir que parta de su jurisdicción todo navío destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles y que dentro de dicha jurisdicción haya sido adaptado en todo o en parte para los fines de la guerra"* y, a este tenor, el 25 del mismo texto obliga al Estado neutral: *"(...) a ejercer la vigilancia que le permitan los medios de que disponga para*

<sup>10</sup> Más recientemente y como resultado del desarrollo de las tecnologías de la información, la guerra electrónica (EW) ha adquirido especial trascendencia en el desarrollo de los conflictos. Como última modalidad de la misma, podemos hacer mención de la desarrollada a través de las redes sociales. Vid. ESTÉVEZ CARMONA, M.E. "Las redes sociales y los videojuegos como mecanismos de captación del Daesh", *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 1, 2, 2016.

<sup>11</sup> El artículo 1 de la V Convención de 1907 dispone que *"el territorio de las Potencias neutrales es inviolable"*.

*impedir en sus puertos, radas y aguas toda violación de las disposiciones precedentes”.*

En este contexto de adopción de medidas activas para la salvaguarda de la neutralidad, la doctrina ha discutido el contenido y el alcance de la referida obligación, determinándose que este deber de imparcialidad no resulta conculcado en tanto se preste la debida diligencia en su mantenimiento. Plantea Reuter si debería el Estado, en garantía de su neutralidad, *“poner en marcha un aparato militar y policiaco proporcional a los riesgos que la violación de la neutralidad haga correr a los beligerantes”*. A su juicio, la solución se encuentra en el propio articulado de la Convención XIII (artículos 8 y 25), debiéndose entender que no resulta obligado a defender esa neutralidad más que con los medios de que disponga: tan solo se incumpliría dicha obligación cuando, disponiendo de medios suficientes para impedir la violación de su territorio que suponga un quebranto de su neutralidad, no hiciera uso de estos, perdiendo así su consideración de neutral<sup>12</sup>.

Como garantía de los derechos que los neutrales tienen al amparo del citado texto, el artículo 26 determina que *“el ejercicio de los derechos que define la presente Convención por parte de una potencia neutral no puede considerarse jamás como acto poco amistoso por uno u otro beligerante que haya aceptado los artículos respectivos”*. La garantía y protección de la neutralidad del territorio, como se ha señalado *ut supra*, puede llegar al uso de actos de fuerza que en caso alguno, pueden ser considerados actos hostiles según reza el artículo 10 de la V Convención<sup>13</sup>. Más allá de estas genéricas consideraciones sobre la neutralidad, la imparcialidad se materializa, en relación a la guerra naval, en la obligación de dispensar igual trato a los buques de los Estados beligerantes, en concreto en la entrada y admisión de buques de guerra en sus aguas neutrales, puertos y radas. Se asienta esta obligación en el principio consagrado en el artículo 5 de la XIII Convención, que señala que *“se prohíbe a los beligerantes hacer de los puertos o de las aguas neutrales la base de operaciones navales contra sus adversarios, especialmente instalar allí estaciones radiotelegráficas o cualquier aparato destinado a servir de medio de comunicación con fuerzas beligerantes terrestres o marítimas”*.

Como ya se ha dicho, el nuevo concepto de guerra contempla ahora un nuevo *“teatro de operaciones”*: el escenario económico del adversario y sus agentes, por lo que se hace necesario que la neutralidad procure una regulación del comercio en aras de garantizar la verdadera imparcialidad en la contienda.

Frente al primitivo derecho en la guerra absoluto que permitía una plena libertad económica y comercial, una nueva y actual libertad económica, entendida al abrigo del deber de imparcialidad en la neutralidad, no permitirá ya transacciones mercantiles que puedan ser consideradas contrabando de guerra, asistencia hostil o ruptura del bloqueo.

En este sentido, y en relación con el comercio marítimo, este deber de igual trato (imparcialidad) a los beligerantes, si bien confiere a los Estados neutrales la posibilidad de mantener relaciones comerciales con los Estados beligerantes, se encuentra atemperado con ciertas prevenciones o limitaciones que han de adoptarse en orden a evitar unas relaciones comerciales de extensión tal, que entren en conflicto con la propia esencia de la neutralidad, consistente en el no favorecimiento a ninguno de los beligerantes por parte del Estado neutral.

El desarrollo de un comercio marítimo sin restricciones puede poner en riesgo es status neutral de los Estados, mediante el contrabando de guerra<sup>14</sup>, de asistencia

<sup>12</sup> REUTER, P. *Derecho Internacional Público*. Bosch Casa Editorial S.A, 1987, p. 483.

<sup>13</sup> El artículo 10 de la V Convención de 1907 reza: *“No podrá ser considerado como un acto hostil el hecho de que una Potencia neutral rechace, aun por la fuerza, las violaciones de su neutralidad”*.

<sup>14</sup> El contrabando puede presentarse en dos modalidades en función de los objetos que lo constituyan. El *contrabando absoluto* (artículos 22 y 23 de la Declaración Naval de Londres de 1909), que corresponde al de materiales que sirven inequívocamente a los fines de la guerra, como son las armas y municiones, y puede, por esta razón, ser confiscado desde el mismo momento en que tiene como destino un territorio enemigo (artículo 30 de la Declaración Naval

hostil<sup>15</sup> o de ruptura del bloqueo<sup>16</sup>, por ser actos manifiestamente contrarios a la neutralidad, y que por tanto suponen ventajas en el plano económico para el beligerante con el que se mantengan dichas relaciones comerciales.

**b) El derecho de visita como medida frente a actos contrarios a la neutralidad.**

Para impedir o prevenir estas actividades a las que se ha hecho referencia en el apartado anterior (asistencia hostil, ruptura de bloqueo y el contrabando de guerra) la CNUDM establece el derecho de visita que los buques de guerra de los Estados beligerantes tienen sobre los buques mercantes neutrales<sup>17</sup>. Puede llegarse incluso, con motivo del ejercicio de este derecho y en los casos en los que el buque neutral intente evadir la visita por el buque de guerra<sup>18</sup> del Estado beligerante, a la confiscación del buque<sup>19</sup>, debiendo poner en libertad a la tripulación y los pasajeros de la nave mercante salvo que pertenezcan a las fuerzas armadas enemigas, en cuyo caso, serán considerados prisioneros de guerra<sup>20</sup>.

Este **derecho de visita** de buques se encuentra limitado por la regulación que del mismo se hace en la CNUDM<sup>21</sup>, en concreto en su artículo 110, donde

---

de Londres de 1909); y el contrabando *relativo o condicional* (artículos 24, 25 y 26), referido a materiales o bienes, que pueden resultar útiles tanto en tiempo de paz como en guerra (son llamadas *cosas de empleo dudoso*) y que son confiscables cuando se dirigen a territorio enemigo o territorio ocupado por él, o a sus fuerzas armadas o Administración (artículo 35).

<sup>15</sup> La asistencia hostil venía contemplada en la Declaración Naval de Londres de 1909 en sus artículos 45 a 47. Puede definirse como la ayuda prestada por un buque de un Estado neutral a beligerantes, vulnerando así los imperativos del régimen de la neutralidad. Esta asistencia hostil o servicio no neutral (un "neutral service") se diferencia del contrabando en que "se trata del transporte de personas por un buque neutral, la transmisión de información al enemigo y tomar parte directa en las hostilidades, lo que podía conferir el carácter de enemigo a un buque neutral". RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L. *Op. Cit.* p. 338.

<sup>16</sup> El Manual de Derecho del Mar define el bloqueo como "un método de hostilizar consistente en la prohibición efectiva de un beligerante dirigida a impedir que buques o aeronaves de cualquier Estado, enemigo o neutral, puedan acceder a los puertos, aeropuertos o costas pertenecientes, ocupados o bajo el control de un Estado enemigo. El objeto del bloqueo es negar al enemigo el uso de buques o aeronaves enemigos o neutrales para transportar personal y mercancías hacia o desde territorio enemigo". Manual De Derecho Del Mar, Vol. II, *Op. Cit.* p. 83-84.

<sup>17</sup> El Manual de San Remo de 1994 establece la regla general acerca de la visita, señalando en el artículo 118 que "en el ejercicio de sus derechos legales durante un conflicto armado internacional en el mar, los buques de guerra y las aeronaves militares de los beligerantes tienen derecho a visitar y registrar naves mercantes fuera de las aguas neutrales cuando haya motivos razonables para sospechar que pueden ser capturadas."

<sup>18</sup> La CNUDM, define buques de guerra en su artículo 29, como ya ha sido citado arriba. Dispone que "para los efectos de esta Convención, se entiende por "buques de guerra" todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares".

<sup>19</sup> El artículo 63, Capítulo VII de la Declaración naval de Londres de 1909, bajo la rúbrica "Resistencia a la visita" dispone que: "La resistencia opuesta por la fuerza al ejercicio legítimo del derecho de detención, de visita y de captura implica, en todos los casos, la confiscación del barco. El cargamento es pasible del mismo trato que recibiría el cargamento de un barco enemigo; las mercancías pertenecientes al capitán o al propietario del barco serán consideradas como mercancías enemigas".

<sup>20</sup> El artículo 47 de la Declaración Naval de Londres de 1909, señala, que realizada la visita y el registro de la nave mercante neutral: "Todo individuo incorporado a las fuerzas armadas del enemigo y que se encuentre a bordo de una nave mercante neutral, podrá ser hecho prisionero de guerra, aunque no hubiere lugar a la captura de dicha nave".

<sup>21</sup> La CNUDM, de 10 de diciembre de 1982, fue adoptada en la Tercera Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y fue abierta a la firma, así como el Acta final de la

concreta la imposibilidad de visita de buques cuando concurren determinados supuestos y se encuentren en Alta Mar. Dispone: *"salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en ejercicio de facultades conferidas por un tratado, un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero que no goce de completa inmunidad de conformidad con los artículos 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: a) Se dedica a la piratería; b) Se dedica a la trata de esclavos; c) Se utiliza para efectuar transmisiones no autorizadas, siempre que el Estado del pabellón del buque de guerra tenga jurisdicción con arreglo al artículo 109; d) No tiene nacionalidad; o e) Tiene en realidad la misma nacionalidad que el buque de guerra, aunque enarbole un pabellón extranjero o se niegue a izar su pabellón"*.

Por la redacción del artículo 110 de la CNUDM, parece lógico afirmar que la intención del legislador fue la de crear la regla general de que los buques de guerra no tienen derecho a visitar buques extranjeros, salvo que esté ejerciendo una facultad conferida por un tratado, y solo excepcionalmente se autoriza la visita si hay un motivo razonable para sospechar que el buque extranjero realiza alguna de las actividades señaladas en el citado precepto de la CNUDM<sup>22</sup>. Así, cabe pensar, que se consagra a este respecto el principio de libertad de navegación en Alta Mar<sup>23</sup>, en este caso, ejercitada por los buques mercantes, constituyéndose el derecho de visita como una inequívoca excepción a esta libertad siempre que concurra alguno de los supuestos ya citados.

Frente a este derecho de visita y registro de naves mercantes neutrales en los términos señalados anteriormente, y con la finalidad de soslayar esta, ha surgido en la práctica internacional la denominada **"navegación en convoy o en conserva"**, como reacción frente a la ausencia de regulación que la nueva arma submarina tuvo durante la Gran Guerra, e imponiéndose la navegación en conserva como sistema de protección frente a los ataques de submarinos a buques mercantes.

Puede definirse el convoy como *"la agrupación de barcos mercantes que recorren sus rutas habituales bajo la guarda y garantía de un buque de guerra o de una flotilla o flota de su mismo pabellón"*<sup>24</sup>.

Son tres las formas en que se puede navegar en convoy. La primera de ellas, barcos mercantes neutrales navegando en conserva con un buque de guerra de su mismo pabellón, en cuyo caso están exentos de la visita. La segunda, barcos mercantes neutrales convoyados por un buque de guerra neutral de distinto pabellón, supuesto en el que también están exentos del derecho de visita aunque la bandera sea distinta a la de los mercantes neutrales convoyados; y la tercera, barcos mercantes neutrales escoltados por buques de guerra enemigos<sup>25</sup>.

Sobre la sujeción del convoy a la visita o investigación por parte de buques de guerra de Estados beligerantes, la *Declaración Naval de Londres de 1909*, en su artículo 61 dispone que, con carácter general, los barcos neutrales están exentos de visita<sup>26</sup>. Ahora bien, resulta evidente que esta genérica exclusión no puede

---

Conferencia, en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, entrando en vigor el 16 de noviembre de 1994. España la firmó el 4 de diciembre de 1984, y la ratificó el 20 de diciembre de 1996, entrando en vigor el 14 de febrero del mismo año y publicada en el BOE de 14 de febrero de 1997. En el momento de la redacción de este artículo son 168 los Estados firmantes.

<sup>22</sup> SOLER FERNANDEZ, R. "El ejercicio del derecho de visita en Alta Mar por los buques de la Armada: supuestos no contemplados en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Revista Española de Derecho Militar*, 100, 2013, p. 252 a 254.

<sup>23</sup> El artículo 87.1 de la CNUDM, señala, entre las libertades del Alta Mar, la libertad de navegación, definiéndose esta en el artículo 90 bajo la *rúbrica "Derecho de navegación"*. Señala que *"todos los Estados, sean ribereños o sin litoral, tienen el derecho de que los buques que enarbolan su pabellón naveguen en la alta mar"*.

<sup>24</sup> *Manual De Derecho Del Mar, Op. Cit.*, p. 150.

<sup>25</sup> *Manual De Derecho Del Mar, Ibídem.*

<sup>26</sup> Artículo 61 de la Declaración Naval de Londres de 1909: *"Los barcos neutrales en convoy con su pabellón están exentos de visita. El comandante del convoy dará por escrito, a solicitud del comandante de un buque de guerra beligerante, acerca de la índole de los barcos y de su*

extenderse a todos los supuestos de navegación en conserva, muchos de ellos, realizados de forma artera y p rfida con el fin de evadir el control que la visita supone. Con el fin de evitarlo, los *Juristas Internacionalistas y Expertos Navales reunidos bajo los auspicios del Instituto Internacional de Derecho Humanitario*, a la hora de redactar el *Manual de San Remo*, previeron, una lista *numerus clausus* de diversos escenarios en los que la navegación en convoy resultaría exenta de la visita, permitiéndose tan solo la visita y registro cuando no concurrieran los citados supuestos. El artículo 120 señala, respecto de las naves mercantes enemigas que *"una nave mercante neutral goza de inmunidad contra el ejercicio del derecho de visita y registro si cumple las siguientes condiciones: a) se dirige a un puerto neutral; b) navega en convoy acompañada por un buque de guerra neutral de la misma nacionalidad o un buque de guerra neutral de un Estado con el cual el Estado cuyo pabellón enarbola la nave mercante haya suscrito un acuerdo al efecto; c) el Estado cuyo pabellón enarbola el buque de guerra neutral garantiza que la nave mercante neutral no transporta contrabando ni realiza otras actividades incompatibles con su estatuto de neutralidad; y d) el comandante del buque de guerra neutral facilita, a requerimiento del comandante de la aeronave militar o del buque de guerra beligerante interceptor, todas las informaciones sobre el carácter de la nave mercante y de su carga que podrían obtenerse mediante su visita y registro"*.

No obstante, y debido al carácter meramente doctrinal y no vinculante de este Manual, la navegación en conserva, se sujeta al régimen definido sobre el en la Declaración Naval de Londres de 1909.

Pero no solo el derecho de visita se permite en el  mbito de la neutralidad marítima. Debemos hacer referencia, si bien de manera sucinta, a la posibilidad de **destrucción de buques neutrales** en aquellos supuestos en que vulneren por alguno de los medios anteriormente enunciadados (ruptura del bloqueo, asistencia hostil o contrabando de guerra) el régimen de neutralidad.

La cuestión se prev o en el Capítulo IV de la *Declaración de Londres de 1909*, de los artículos 48 a 54, que, aun no siendo ratificados, la obligación contenida en estos artículos, al ser de naturaleza consuetudinaria, conforman una *opinio iuris*, como afirma RODRÍGUEZ – VILLASANTE PRIETO<sup>27</sup>, teniendo así efectos *erga omnes*. Como norma general, el buque neutral no puede ser destruido, debiendo ser inmediatamente conducido a puerto para decidir sobre la validez o no de la captura (artículo 48); si bien, en los casos en que la no destrucción del buque neutral pueda comprometer *"la seguridad del buque de guerra o el éxito de las operaciones que éste lleve entonces a cabo"*, y de manera excepcional, se podrá destruir (art. 49), previa puesta a salvo en un lugar seguro tanto de los documentos que obren a bordo como de su tripulación (art. 50). Finalmente, prevé la necesidad de justificación de la destrucción así como la obligación de indemnización en supuestos como el de destrucción de mercancías neutrales.

Nuestro ordenamiento jurídico interno prevé en su legislación tipos penales conducentes a la punición de conductas contrarias a las prescripciones sobre destrucción de buques contenidas en instrumentos internacionales, en concreto los artículos 611.2  y 613.1 h) del Código Penal<sup>28</sup>.

---

*cargamento, toda la información que la visita serviría para obtener"*. Debemos recordar que la Declaración Naval de Londres, apenas gozó de ratificación, con lo que, los mandatos contenidos en este instrumento sobre la visita de buques, en muchas ocasiones, fueron obviados, sobre todo durante la Primera Guerra Mundial.

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L. *Op. Cit.* p. 330.

<sup>28</sup> La Ley Org nica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, señala en su artículo 611.2  que *"Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado: (...) 2.  Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo."* Y el 613.1.h) dispone: *"Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de*

**c) La prohibición de conductas hostiles por los neutrales.**

Esta imparcialidad analizada en los párrafos anteriores exige la no realización de conductas hostiles por parte del Estado neutral. Estas prohibiciones resultan necesarias para la conservación de su estatus neutral y para la auténtica materialización de éste en sus relaciones con los Estados beligerantes. Se persiguen con estas evitar el favorecimiento de alguno de los beligerantes en detrimento del contrario.

Entre las conductas que vulnerarían este régimen de neutralidad cabe mencionar el suministro de buques y materiales de guerra o la concesión de permiso por el Estado neutral para el aprovechamiento sus aguas, en tanto que, como resulta evidente, favorecen de manera inconcusa a los beligerantes con quienes se realicen estas.

En primer lugar, respecto al **suministro de buques de guerra** por una potencia neutral, se consagra el principio general de que los Estados neutrales no pueden efectuar dicha entrega, ni la de municiones o material de guerra de cualquier género. En este sentido, la Convención XIII, en su artículo 6 plasma esta regla, disponiendo que *"se prohíbe el envío, a cualquier título que sea, hágase directa o indirectamente, por una potencia neutral a una beligerante, de buques de guerra, municiones u otro material cualquiera de guerra"*.

Este precepto no es de aplicación al supuesto de entregas de material de guerra, incluidos buques de guerra completos o por piezas, realizadas por particulares de Estados neutrales<sup>29</sup>. Además, los Estados neutrales responden solo por sus propios actos u omisiones, desligándose de las actuaciones que realizaren sus nacionales como particulares, dentro del amplio margen de actuación concedido por el ordenamiento jurídico internacional<sup>30</sup>, sin perjuicio de los deberes de imparcialidad y abstención ya referidos anteriormente. Solución distinta se adopta para resolver los supuestos de tránsito de material de guerra útil para un ejército por parte de uno de los beligerantes. En estos supuestos, la regla es que el Estado neutral no está obligado a impedir su exportación o tránsito<sup>31</sup>.

No obstante, no debe entenderse que la responsabilidad de los Estados exclusivamente por sus actos y no por la de sus nacionales suponga que estas conductas particulares no exijan reproche penal por el ordenamiento interno<sup>32</sup>. A

---

*un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones: h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar".*

<sup>29</sup> Declaración Naval de Londres de 1909, en su artículo 22.10ª, expone que *"se consideran de pleno derecho como contrabando de guerra los objetos y materiales siguientes, denominados contrabando absoluto, a saber: (...) 10. Los buques y las embarcaciones de guerra, así como las piezas de recambio especialmente caracterizadas como utilizables únicamente en un barco de guerra"*.

<sup>30</sup> LA PRADELLE, A.G. y POLITIS, N. *Recueil des arbitrages internationaux*, Tomo II. Paris. Les Editions internationales, 1957, p. 890, 969 a 972 y 974 citado en JIMENEZ PIERNAS, C. "El hundimiento del superpetrolero *"Barcelona"* durante la Guerra del Golfo pérsico (14 de mayo de 1988): Régimen de la responsabilidad internacional en el Derecho de la Neutralidad", *Revista española de Derecho Internacional*, 41, 2, 1989, p. 681-685

<sup>31</sup> Artículo 7 de la Convención XIII de La Haya relativa a los derechos y deberes de las Potencias neutrales en caso de guerra marítima de 1907: *"Una potencia neutral no está obligada a impedir la exportación o tránsito, por cuenta de uno u otro de los beligerantes, de armas, municiones y, en general, de todo lo que pueda ser útil a un ejército o a una flota."*

<sup>32</sup> La responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos se regula en la A/RES/56/83, redactado sobre la base del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho internacional (CDI), de 12 de diciembre de 2001. En el supuesto de actuaciones de sus súbditos, el Estado responderá internacionalmente tan solo cuando asuma estos hechos., según el artículo 11: *"El comportamiento que no sea atribuible al Estado en virtud de los artículos precedentes se considerará, no obstante, hecho de ese Estado según el derecho internacional en el caso y en la medida en que el Estado reconozca y adopte ese comportamiento como propio"*. Vid. MORENO FERNÁNDEZ, A. G. "La atribución al Estado de

pesar de la no proscripción del comercio de estos materiales de guerra entre particulares de Estados neutrales y Estados beligerantes, en mi opinión, se trata más bien de una exención de la responsabilidad del Estado por las actuaciones de sus súbditos, independientemente de la posibilidad de captura de estos materiales por razón de constituir contrabando de guerra.

En definitiva, el Estado neutral responderá internacionalmente cuando la comisión de tales hechos, sea atribuible a este. Cuando los responsables sean sus súbditos, serán estos y no el Estado, los autores del ilícito penal que se regula en la legislación penal nacional. Así, véase, en tanto que constituye una conducta reprochable, la punición que de ésta se contiene en el la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en sus artículos 590 y 591<sup>33</sup>.

Pues bien, a pesar de esta exención de la responsabilidad de los Estados por los actos de particulares, sí se prevé, como obligación para los Estados neutrales, el deber de vigilancia o control por el Estado de determinadas conductas de sus nacionales. Así, el artículo 8 de la Convención XIII dispone que *"Un Gobierno neutral está obligado a usar de todos los medios de que disponga para impedir que en su jurisdicción se equipe o se arme cualquier navío del que haya motivos razonables para creerlo destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles contra una potencia con la cual esté en paz. También está obligado a desplegar la misma vigilancia para impedir que parta de su jurisdicción todo navío destinado a navegar en corso o a concurrir a operaciones hostiles y que dentro de dicha jurisdicción haya sido adaptado en todo o en parte para los fines de la guerra"*. Se trata pues de una responsabilidad del Estado que surge de una *culpa in vigilando* de determinadas actuaciones de sus nacionales<sup>34</sup>.

En segundo lugar, dimanante de ese deber de abstención de realizar determinadas conductas, se encuentra el deber del Estado neutral de impedir el **aprovechamiento de sus aguas neutrales** por alguno de los beligerantes. Puede adoptar la forma de utilización de los puertos neutrales o bien de la permanencia en aguas neutrales. Frente a estas dos modalidades de aprovechamiento ha de especificarse que el simple paso de buques de guerra por las aguas territoriales de un Estado neutral, no supone, por parte del Estado neutral que lo tolera, un acto hostil que implique un quebranto de su neutralidad. En este sentido, el artículo 10 de Convención XIII aclara que *"la neutralidad de una potencia no queda comprometida por el simple hecho de que por sus aguas territoriales pasen navíos de guerra o presas de los beligerantes"*.

Por tanto, estas dos modalidades, el aprovechamiento de puertos y la estancia en aguas neutrales, concurriendo ciertos condicionantes que a continuación se enumerarán, pueden poner en riesgo el mantenimiento del estatus de neutralidad de un Estado.

Respecto del aprovechamiento de puertos y permanencia en estos y en las aguas neutrales, la prohibición genérica fijada por la Convención XIII tan solo es de

---

responsabilidad internacional por los hechos ilícitos de particulares e intentos de flexibilización", *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), 12, 2006, p. 177 y 178. Cuestión distinta es la responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos de particulares que actúan por cuenta del Estado.

<sup>33</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El artículo 590: 1, señala que *"El que, con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia, o expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes, será castigado con la pena de prisión de ocho a quince años si es autoridad o funcionario, y de cuatro a ocho si no lo es. 2. Si la guerra no llegara a declararse ni a tener efecto las vejaciones o represalias, se impondrá, respectivamente, la pena inmediata inferior"*. El artículo 591: *"Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será castigado, en sus respectivos casos, el que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla"*.

<sup>34</sup> Téngase en cuenta el artículo 94 de la CNUDM, que establece los deberes del Estado del pabellón respecto de los buques que enarbolan su pabellón.

aplicación subsidiaria en defecto de una norma específica sobre el particular de la Potencia neutral<sup>35</sup>. En defecto de norma específica, el tiempo máximo de estancia en las aguas o puertos internacionales se fija en veinticuatro horas<sup>36</sup>, conjugándose con otras normas como la de la prohibición de estancia más de tres buques de guerra de Estados beligerantes en puertos neutrales<sup>37</sup>. Se trata de reglas que tienden, como afirma REUTER, a evitar el abuso de la hospitalidad de los Estados beligerantes<sup>38</sup>.

Respecto de las salidas de puertos neutrales, se recurre de nuevo al plazo de veinticuatro horas para determinar la partida de los buques, en supuestos de estancia de buque de guerra o navíos mercantes de potencias enemigas<sup>39</sup>. Transcurridas estas veinticuatro horas de estancia irregular en puerto neutral, la medida a adoptar es la del desarme del buque en los términos referidos en el artículo 24 de la Convención XIII, donde se prevé el destino que deben sufrir los oficiales, tripulación y buque desarmado<sup>40</sup>.

La presencia de buques de guerra en puertos y radas neutrales puede tener como finalidad un aprovechamiento de estas instalaciones, en forma de aprovisionamiento o reparación. La norma general por la que se prohíbe la reparación y aprovisionamiento de buques en puertos neutrales se mitiga por la necesaria seguridad de la navegación de buques<sup>41</sup>. Consecuentemente, el artículo 17 de la

<sup>35</sup> Artículo 12 de la Convención XIII : *"A falta de otras disposiciones especiales de la legislación de la potencia neutral, es prohibido a los navíos de guerra de los beligerantes permanecer en los puertos, radas o aguas territoriales de ella más de veinticuatro horas, salvo el caso previsto por la presente Convención"*. La regla de las 24 horas ha sido recogida en otros instrumentos internacionales relativos a la neutralidad en el mar, como la Convención de neutralidad marítima de La Habana de 1928, que en su artículo 5 refleja, con distinta redacción, idéntica norma (*"Está prohibido a las naves de guerra de los beligerantes permanecer en los puertos o aguas del Estado neutral más de veinticuatro horas"*).

<sup>36</sup> Vid. YANGUAS MESSÍA, J. "La cuestión de los buques de guerra italianos internados en puertos españoles (1943-1945)", *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 3, 1949, p. 895 a 919.

<sup>37</sup> Artículo 15 de la Convención XIII: *"A falta de otras disposiciones especiales de la legislación de la potencia neutral el máximo de navíos de guerra de un beligerante que pueden encontrarse a un mismo tiempo en uno de sus puertos o radas, será de tres"*.

<sup>38</sup> REUTER, P. *Op. Cit.*, p. 486.

<sup>39</sup> Artículo 16 de la Convención XIII: *"Cuando se encuentren simultáneamente navíos de guerra de las dos partes beligerantes en un puerto o rada neutrales, deben transcurrir por lo menos veinticuatro horas entre la partida del navío de un beligerante y la partida del navío del otro. El orden de las partidas se determinará por el de las llegadas, a menos que el navío llegado antes se halle en el caso en que se admite la prolongación de la duración legal de la permanencia. Un navío de guerra beligerante no puede dejar un puerto o rada neutrales antes de que hayan transcurrido veinticuatro horas por lo menos desde la partida de un navío de comercio que lleve el pabellón de su adversario"*.

<sup>40</sup> Artículo 24 de la Convención XIII: *"Si a pesar de la notificación de la autoridad neutral un navío de guerra beligerante no deja el puerto en que no tiene derecho de permanecer, la potencia neutral podrá tomar las medidas que juzgue necesarias para poner el navío en incapacidad de zarpar durante la guerra, y el Comandante del navío debe facilitar la ejecución de estas medidas. Cuando un navío beligerante es retenido por una potencia neutral son retenidos igualmente sus Oficiales y tripulación. Los Oficiales y tripulación así retenidos pueden ser dejados en el buque o colocados en otro buque o en tierra y se les puede sujetar a las medidas restrictivas que parezca necesario imponerles. Sin embargo, deberán siempre dejarse en el buque las personas necesarias para cuidar de él. Se puede poner en libertad a los Oficiales que se comprometan bajo palabra a no salir del territorio neutral sin autorización"*.

<sup>41</sup> Similar tratamiento reciben las presas, en relación a la posibilidad de conducción hacia y estancia en puertos de Estados neutrales por los buques de guerra captores de Potencias beligerantes. Con carácter general se permite la conducción hacia puerto neutral por razones relacionadas con la seguridad en la navegación. En este sentido, el artículo 21 de la Convención XIII determina que *"una presa no puede ser conducida a un puerto neutral sino a causa de su mal estado para navegar, del mal tiempo o de falta de combustible o de provisiones. Debe partir tan pronto como cese la causa que haya justificado su entrada. Si no lo hace, la potencia neutral debe intimarle la orden de partir inmediatamente; en el caso de que no la cumpla, la potencia debe emplear los medios de que disponga para libertarla con sus Oficiales y*



Convención XIII reza que "en los puertos y radas neutrales no pueden los buques de guerra beligerantes reparar sus averías sino en la medida indispensable para la seguridad de su navegación, y no pueden aumentar de ninguna manera su fuerza militar. La autoridad neutral tomará nota de las reparaciones que hayan de efectuarse, las que se ejecutarán lo más rápidamente posible". Tampoco este avituallamiento puede conducir a un aumento de su nivel de provisiones, tripulación o avituallamientos propios de tiempos de paz (arts. 18 y 19).

Finalmente, respecto del repostaje, la norma impide que, por venir siendo un determinado puerto o rada neutral punto habitual de avituallamiento, pueda este devenir, so pretexto de la seguridad de la navegación, punto de abastecimiento de buques de guerra, por lo que se restringen las posibilidades de repostar en puerto neutral a una vez cada tres meses<sup>42</sup>.

### **i. El derecho de angaria<sup>43</sup>.**

En torno al avituallamiento de los Estados beligerantes en puertos neutrales, surgió un debate sobre la naturaleza de dos institutos jurídicos de similar contenido, pero claramente diferenciados entre sí. En la actualidad, las dudas sobre la naturaleza de ambos conceptos han sido despejadas por la doctrina internacionalista. Son la *requisa* y del *derecho de angaria* (*ius angariae*). El contenido de ambos derechos es muy similar, ambos referidos a la requisición de bienes del enemigo, si bien ciertas peculiaridades relativas a la titularidad del mismo, hacen de uno y otro institutos distintos.

El derecho de angaria ha suscitado controversias en torno a su naturaleza, por su similitud con el régimen de requisas (artículo 19 del Convenio V, aunque este referido a la posibilidad de requisas de ferrocarriles), así como por la titularidad del mismo, ambos caracterizados por una finalidad de avituallamiento. Respecto a la ya superada imprecisión sobre la titularidad de este derecho, pueden señalarse las diversas definiciones que del mismo han dado diversos autores, señalando unos que correspondía al Estado beligerante la titularidad, y otros, que podría ser ejercido indistintamente por Estados neutrales o beligerantes.

Pues bien, OPPENHEIM, L, señalaba que "el moderno derecho de angaria es un derecho de los beligerantes de destruir, o usar, en caso de necesidad para los propósitos del ataque y la defensa, propiedades neutrales en su territorio, o en el territorio enemigo o en Alta mar"<sup>44</sup>. Confería así, la titularidad del derecho a los Estados beligerantes, siendo ejercitable frente a los bienes de los Estados neutrales.

Por el contrario, EUGENE HARLEY, J., por analogía con lo preceptuado sobre la requisa de ferrocarriles en el Convenio V que si incluye a los neutrales como titulares de dicho derecho, señala que un correcto concepto de requisa debería incluir a los neutrales como titulares de este. Definía la angaria como el derecho de un Estado, en tiempo de guerra o de peligro público, a requisar para su propio uso, o incluso a destruir, los buques de otras Potencias que se encuentren bajo su jurisdicción. Sólo podrá ejercerse en caso de necesidad pública urgente, y los

---

*tripulación e internar la tripulación puesta a bordo por el captor*". Podrá además poner en libertad a la presa que no hubiera sido conducida a puerto neutral en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 (art.22), sin perjuicio de permitir la estancia de presas en sus puertos, cuando hubieran sido conducidas para ser dejada en secuestro a la espera de decisión del Tribunal de Presas (art.23).

<sup>42</sup> Artículo 20 de la Convención XIII: "Los navíos de guerra beligerantes que hayan tomado combustible en puerto de una potencia neutral no pueden renovar su provisión sino después de tres meses en un puerto de la misma potencia".

<sup>43</sup> Sobre este particular vid., GHIONDA, F. "Il diritto d'angheria". *Il Diritto Marittimo*. Roma, 1948.

<sup>44</sup> OPPENHEIM, L. *International Law: A Treatise, Vol. I: Peace*. Editorial The Lawbook Exchange. Ltd, New Jersey, 2005, p. 506.

propietarios de las embarcaciones deberán ser plenamente compensados por el uso de sus naves; se deberán tomar las medidas razonables para las tripulaciones<sup>45</sup>.

En la actualidad, la incertidumbre sobre la titularidad del derecho parece haberse resuelto. Así, mención especial merece, por ser a mi juicio, la más reciente y ajustada al actual desenvolvimiento y efectividad de este derecho, la definición del derecho de angaria que hace RODRIGUEZ – VILLASANTE PRIETO, J.L, como "*el derecho de los beligerantes de usar o destruir, en caso de necesidad, la propiedad neutral (buques, otros medios de transporte, armas, municiones o provisiones) situada en su territorio, en territorio enemigo o en alta mar*"<sup>46</sup>. Así, del análisis del actual contenido del derecho, parece más apropiado pensar en un derecho de angaria cuyo ejercicio queda limitado solo a los Estados beligerantes.

A mayor abundamiento, y sobre las similitudes del derecho de angaria con la requisa, AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J. L pone fin a las imprecisiones del concepto de angaria, al definirla como la "*incautación por un beligerante de la propiedad mueble enemiga o neutral para servirse de ella en su lucha contra el adversario (...)*", resolviéndose así la cuestión por este internacionalista y oficial auditor de la Armada al afirmar que es una modalidad de requisa sobre bienes que no se encuentran afectos de manera permanente a un territorio; por tanto, la angaria recae necesariamente sobre bienes muebles, y se ejercita exclusivamente por los Estados beligerantes<sup>47</sup>.

#### **4. CONCLUSIONES.**

Como ya se ha podido comprobar por el estudio realizado hasta este punto, la neutralidad no solo es un instituto jurídico generador de derechos y obligaciones para el Estado neutral sino que su efecto opera en dos direcciones, en el entendido que, para los Estados beligerantes nacen también una serie de obligaciones que han de observar en sus relaciones con el Estado neutral y en la conducción de las hostilidades. El artículo 1 de la XIII Convención, señala el primer y capital deber de los beligerantes, precisando que "*(...) están obligados a respetar los derechos soberanos de las potencias neutrales y a abstenerse, en el territorio o aguas neutrales, de todo acto que constituya, por parte de la potencia que lo tolere, una falta a su neutralidad*".

Se impone, ya desde el propio inicio del instrumento el general deber de respeto a los Estados neutrales, deber que la propia XIII Convención, a lo largo de su articulado especifica en relación a distintas actuaciones que pueden acontecer en la guerra naval en un contexto de neutralidad. Sirvan de ejemplo las prohibiciones de realizar acciones hostiles en aguas neutrales, como capturas, conducción de presas o uso abusivo de puertos y radas neutrales (artículos 2 a 5 de la XIII Convención).

Las normas sobre la neutralidad, responden, como el momento de su redacción nos indica, a otro tiempo, a otra realidad internacional. La gran diferencia del momento presente con el panorama de principio de siglo hace de difícil conciliación el régimen de la neutralidad con el actual desenvolvimiento de las relaciones internacional entre Estados en tiempo de guerra. Así, el análisis del marco normativo de la neutralidad marítima, pone de manifiesto la escasa aplicación y vigencia de la misma en el actual contexto geopolítico internacional.

La falta de declaraciones formales de guerra, unida a la actual amplitud del sistema de seguridad colectiva a través de organizaciones de carácter mundial y regional, hacen que un régimen de neutralidad sea de difícil conciliación con este panorama político y jurídico internacional.

---

<sup>45</sup> EUGENE HARLEY. J. "The Law of angary", *The American Journal of International Law*, 13, 2, 1919, p. 282.

<sup>46</sup> RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO. J.L. *Op. Cit.* p. 336.

<sup>47</sup> AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L. "El derecho de angaria. Ius angariae", *Revista General de Marina*, 137, 1946, p. 199.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ARROYO LARA, E. *La no beligerancia. Análisis jurídico*, Universidad de La Laguna, 1982.
- AZCARRAGA Y BUSTAMANTE, J.L. "El derecho de angaria. Ius angariae", *Revista General de Marina*, 137, 1946.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A. "La neutralización de Suiza y sus relaciones con la Comunidad Económica Europea", *Anuario español de derecho internacional*, 2, 1975.
- DOLLOT, R. "Essai sur la Neutralité Permanent", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* RADI, núm. 67, 1939.
- DOSWALD-BECK, L. "El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional aplicable a los Conflictos Armados en el Mar", *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 20, 132, 1995.
- FRAGA IRIBARNE, M. "Guerra y Paz. Nuevos problemas del concepto de neutralidad", *Revista Española de Derecho Internacional*, 10, 3, 1957.
- GHIONDA, F. *Il diritto d'angheria. Il Diritto Marittimo*. Roma, 1948.
- JESSUP, P.C. "Should International Law recognize an Intermediate status between peace and war?", *The American Journal of International Law*, vol. 48, núm. 1, 1954.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, E. "Derecho Constitucional de las Naciones Unidas: Comentario teórico-práctico de la Carta", *Escuela de Funcionarios Internacionales*, Madrid, 1958., pág. 55.
- Manual De Derecho Del Mar, Volumen II, Parte Especial "El Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados en la mar"*, Ministerio de Defensa, 2016.
- MIELE, A. *L'étraneità ai conflitti armati secondo il Diritto internazionale*, Vol. 2, Editorial Cedam, Padua, 1970.
- MORCILLO ROSILLO, M. "Violación de la neutralidad de España durante la Segunda Guerra Mundial", *Estudios humanísticos. Historia. Revista de la Universidad de León*, 12, 2013.
- PASTOR RIDRUEJO, J.A. *Curso de Derecho internacional público y Organizaciones internacionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014.
- PEREZ MONTERO, J. *La neutralidad en el presente*, Universidad de Zaragoza, 1958.
- POLITIS, N. *La Neutralité et la Paix*, Hachette, París, 1935.
- REUTER, P. *Derecho Internacional Público*. Bosch Casa Editorial S.A, 1987.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE PRIETO, J.L. "La Gran Guerra en la mar y las violaciones del derecho de la guerra marítima", (Ejemplar dedicado a: Primer centenario del inicio de la Primera Guerra Mundial. Perspectiva naval del conflicto), *Revista General de Marina*, 267, 2014.
- ROUSSEAU, C. *Le Droit des Conflits Armés*, Editorial Pedone, París, 1983.
- RUMPF, H. "Zur Frage der Relativität des Kriegsbegriffes", *Archiv des Völkerrechts*, VI Band, 1 Heft, Tübingen, 1956.
- SCHINDLER, D. "Aspects Contemporains de la neutralité", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 121, 1967.
- SOLER FERNANDEZ, R. "El ejercicio del derecho de visita en Alta Mar por los buques de la Armada: supuestos no contemplados en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar", *Revista Española de Derecho Militar*, 100, 2013.
- YANGUAS MESSÍA, J. "La cuestión de los buques de guerra italianos internados en puertos españoles (1943-1945)", *Revista Española de Derecho Internacional* vol. 2, 3, 1949.

**Textos legales y doctrinales.**

Declaración naval de Londres de 1909 relativa al derecho de la guerra marítima.  
Manual de San Remo de 1994 sobre el Derecho Internacional aplicable a los  
Conflictos Armados en el Mar  
XIII Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907, relativo a los derechos y deberes  
de las potencias neutrales en caso de guerra marítima.

## **O conteúdo lógico da lei: conhecimento, linguagem, jurisprudência e o vínculo normativo do direito**

The logical content of the law: knowledge, language, jurisprudence and the juridical commitments

**Rafael Lourenço Navarro**<sup>1</sup>

**Marcus Vinícius Pimenta**<sup>2</sup>

PUC-Minas, Brasil

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A noção de verdade em Tarski; 3. A correção do conteúdo objetivo dos termos metalinguísticos assegura a correção da conduta?; 4. Entre Agostinho e Kant: um exemplo da consequência de se tratar razões normativas por meio da concepção representacionista do conhecimento; 5. A objetividade possível na linguagem; 6. Compreensão inferencial do conteúdo conceitual; 7. A função lógica da jurisprudência; 8. considerações finais; 9. Referências.

**Resumo:** Este artigo aborda a questão da verdade como fundamento do Direito. Para tanto, será confrontada a proposta de Tarski sobre verdade como correspondência (que se vale da metalinguagem, é atomista, representacionista e insuficiente para explicar a formação do conhecimento jurídico) com a proposta de Brandom sobre o inferencialismo (que é holístico, expressivista e explica a formação do conhecimento jurídico para o neopragmatismo). A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica. Como proposta original, será proposto que a jurisprudência tem a função de tornar explícito o jogo processual entre os atores jurídicos de dar e receber razões, ou seja, os compromissos inferenciais; o que tem ligação direta com o vínculo normativo do Direito.

**Palavras-chave:** Verdade. Jurisprudência. Brandom. Lógica. Pragmatismo.

**Abstract:** The question of the truth as a fundamental reason of the Law is the concern of this paper. To discuss this it is confronted the Tarski's approach of the truth as correspondence (metalinguistic, atomic, representacionist and, therefore, unable to explain the sources of juridic knowledge) with the Brandom's approach of the inferentialism (holistic, expressivist and able to explain the source of juridic knowledge in neopragmatistic ground). The methodology adopted is the bibliografical revision. The origiinal idea of the paper reside in to give the jurisprudence the role of make explicit the commitments in the processual game of giving and asking for reasons between juridic agents, and thus, making explicit the normative responsability of the Law.

**Key-words:** Truth. Jurisprudence. Brandom. Logic. Pramatism.

---

1 Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsista da Capes). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra.

## 1. Introdução

Há séculos o Direito sofre com a dogmática analítica. Em Aristóteles, com o silogismo, é possível relacionar premissas vinculadas por um termo médio comum e concluir algo diverso dessas premissas; por exemplo: premissa maior, "todos os homens são mortais"; premissa menor, "Sócrates é homem"; conclusão, "Sócrates é mortal" (aqui, o termo médio é "homem")<sup>3</sup>. No século XIII, o papa Inocêncio III realizou o IV Concílio de Latrão e determinou que todos deveriam confessar-se anualmente a um padre. A partir daí ocorreu uma mistura da dogmática católica com a analítica aristotélica, como mostra Foucault<sup>4</sup>, com a confissão obrigatória a um padre, que seria o único que conheceria as premissas divinas para a salvação, apenas ele poderia realizar a analítica. Neste momento, ao invés da tópica aristotélica, o que regeu a validade das premissas do silogismo foram os dogmas religiosos a que só o padre possuía acesso. Na dogmática analítica católica do século XIII não se esclarecia os fundamentos regentes do discurso analítico e o acesso à ordem desse discurso era restrito aos padres<sup>5</sup>.

Isso possibilitou a justificativa jurídica no direito canônico para os procedimentos do Tribunal da Inquisição que torturou, matou e confiscou os bens de milhares de pessoas. Pela analítica baseada em dogmas que somente o padre/inquisidor tinha acesso, ele conduzia a conclusão para onde quisesse, sem a possibilidade de crítica às suas decisões, vez ser impossível questionar seus fundamentos.

A lógica inquisitória foi secularizada para Estados laicos, principalmente no processo penal. O atual Código de Processo Penal brasileiro, por exemplo, foi editado no Estado Novo e teve inspiração na lógica inquisitória construída pela dogmática analítica que não explicita os seus fundamentos e deixa o sentido da norma e as conclusões serem construídos pela autoridade, que frequentemente utiliza da ambiguidade da lei e de valores extrajurídicos para decidir não com base no sistema jurídico objetivo, mas com base em suas visões pessoais de justiça mascaradas por uma retórica jurídica<sup>6</sup>.

Todavia, no Estado Democrático de Direito o acesso à ordem do discurso é irrestrito, com isso, todos podem compreender os fundamentos lógicos que orientam uma conclusão e criticar essa conclusão.

Isso tudo tem impacto direto no direito processual. É inadmissível que numa democracia exista secularização da dogmática analítica católica e os fundamentos das decisões jurídicas sejam conhecidos apenas por um único sujeito do processo. É com base nessa premissa que este artigo será desenvolvido: ao problema de como existir objetividade na interpretação será formulada a hipótese de que o jogo de dar e receber razões proposto por Brandom<sup>7</sup> acrescenta pontos importantes para a evolução do conhecimento. Como metodologia, será feita revisão bibliográfica

---

3 ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas, Edipro, Bauru, 2005, p. 111-112, 181-184. BITTAR, E. *Curso de filosofia aristotélica*: leitura e interpretação do pensamento aristotélico, Manole, Barueri, 2003, p. 241-289.

4 FOUCAULT, M. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975), Martins Fontes, São Paulo, 2001, p. 222.

5 FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970, Edições Loyola, São Paulo, 2014, p. 35, 39.

6 "Na *inquisitionem* o inquisidor atua de ofício, determina o *thema probandum* e o *thema decidendum*, dirige o procedimento e sentencia; senhor da verdade, ao inquisidor cabe o início do procedimento, a gestão da prova e o resultado do julgamento"; "o atual Código de Processo Penal brasileiro foi editado na ditadura do Estado Novo, possui uma estrutura de ascendência do absolutismo francês e privilegia a investigação moldada pela inquisição católica": PIMENTA, M.V. *Poder-saber inquisitório*: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva, Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2019, p. 79, 109.

7 BRANDON, R.B. *Making it Explicit*: Reasoning, Representing & Discursive Commitment, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

comparando as propostas de Tarski com as de Brandom, os marcos teóricos deste trabalho.

## 2. A noção de verdade em Tarski

Tarski elabora sua proposição de verdade como correspondência valendo-se da metalinguagem e do verificacionismo. O pensador polonês declara que a utilização do termo verdadeiro relativamente a sentenças em uma língua comum só estará de acordo com a concepção clássica de verdade se permitir avaliar toda equivalência da forma ' $p$ ' é verdadeira se e somente se  $p$ , onde ' $p$ ' é uma sentença qualquer de nossa língua. Uma vez satisfeita tal condição, dir-se-á que o termo verdadeiro é adequado. Daí a questão: é possível estabelecer um uso adequado do termo "verdadeiro" para sentenças em língua portuguesa? Em caso positivo, por quais métodos? Busca-se estabelecer uma solução ao mesmo tempo normativa (uso adequado) e descritiva (passível de ser aceita pelos falantes do português) do termo "verdadeiro".

Tarski declara que a utilização do termo verdadeiro relativamente a sentenças em uma língua comum só estará de acordo com a concepção clássica de verdade<sup>8</sup> se permitir avaliar toda equivalência da bicondicional ' $p$ ' é verdadeira se e somente se  $p$ , onde ' $p$ ' é uma sentença qualquer de nossa língua, por exemplo: "a neve é branca se e somente se a neve é branca". Uma vez satisfeita tal condição, dir-se-á que o termo verdadeiro é adequado. Daí a questão: é possível estabelecer um uso adequado do termo "verdadeiro" para sentenças em língua portuguesa? Em caso positivo, por quais métodos? Busca-se estabelecer uma solução ao mesmo tempo normativa (uso adequado) e descritiva (passível de ser aceita pelos falantes do português) do termo "verdadeiro".

Em tal empreendimento busca-se limitar as sentenças válidas na língua comum, ao invés de abarcá-la por completo. Estabelece-se uma metalinguagem, podemos chamar de metalinguagem  $L$ , com regras sintáticas precisas, sem ambiguidades quanto ao significado de suas palavras, um número finito de sentenças e em que o termo verdadeiro não ocorra. O critério de adequação diz respeito, no caso, a uma definição de verdade para uma linguagem  $L$  a partir da qual deduzimos todas as equivalências da forma "' $p$ ' é verdadeira se e somente se  $p$ ", onde ' $p$ ' é substituído em ambos os lados da bicondicional por uma sentença qualquer de  $L$ . Como consequência desse critério, temos que a definição de verdade para  $L$  deve ser uma sentença e uma sentença (no que depender de  $L$ ) com certo grau de complexidade. Contudo, ao invés da verdade ser um enunciado que corresponde aos fatos – como para Aristóteles<sup>9</sup> –, para Tarski a verdade está na satisfação entre enunciados; nas palavras do autor:

De forma bem geral, vamos aceitar como válida toda sentença da forma: *a sentença  $x$  é verdadeira se e somente se  $p$* , na qual ' $p$ ' pode ser substituída por qualquer sentença da linguagem sob investigação e ' $x$ ' por qualquer nome individual dessa sentença, desde que esse nome ocorra na metalinguagem.<sup>10</sup>

Veja-se que a relação não é entre um enunciado e um fato, mas entre uma sentença da linguagem e um nome individual. Ainda:

Se formos bem-sucedidos em introduzir o termo 'verdadeiro' na metalinguagem de modo que todo enunciado da forma

---

8 Uma sentença é verdadeira se ela denota um estado de coisas que corresponda à realidade.

9 ARISTÓTELES. *Metafísica*: volume 2: texto grego com tradução ao lado, Edições Loyola, São Paulo, 2002, p. 179.

10 TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade*: textos clássicos de Tarski, UNESP, São Paulo, 2007, p. 152.

discutida possa ser provado com base nos axiomas e nas regras de inferência da metalinguagem, então, diremos que o modo de utilizar o conceito de verdade que foi estabelecido é materialmente adequado.<sup>11</sup>

A linguagem em que se fala, a metalinguagem, é o “*p*” da proposta de Tarski; e a linguagem de que falamos, a linguagem-objeto, é o “*x*” da proposta de Tarski.

A obtenção de uma definição de verdade efetivamente geral, isto é, que diga respeito a toda e qualquer sentença na língua comum, enfrenta alguns problemas: ambiguidade quanto à forma e conteúdo das expressões, o fato de o conjunto de sentenças na língua comum ser infinito e, por fim, a ocorrência da palavra verdadeiro também impede que adotemos na língua comum o procedimento acima, aplicado à metalinguagem *L*.

Como, então, assegurar que a lei democrática vincule a interpretação do sujeito limitando a ambiguidade na significação? Como não depender do arbítrio do intérprete que se baseia na própria experiência?

### **3. A correção do conteúdo objetivo dos termos metalinguísticos assegura a correção da conduta?**

Na primeira parte de “Sobre verdade e mentira (no sentido extramoral)” Friedrich Nietzsche<sup>12</sup> discorre sobre o valor dado pelo homem racional ao intelecto, considerado pelo autor como demasiado, e propõe investigar o papel deste intelecto na vida do homem racional. O primeiro ponto abordado pelo escritor alemão é a pretensão do homem racional de se considerar algo de suma importância no universo apenas pelo fato de ser dotado de consciência, como se sua inteligência o colocasse num ponto central no compreendido por realidade. Para Nietzsche, o homem racional se vale do intelecto primeiro para arrolar a si um tal lugar central no mundo, pela ilusão de que o poder de sua razão seria capaz de lhe mostrar o mundo “numa iluminada cabine de vidro”.

Todavia, o valor prático do intelecto estaria em sua utilidade como mecanismo de defesa, pois o homem racional configura-se como o tipo mais fraco e menos vigoroso de indivíduo e já que ele não possui garras e presas, deve-se valer da dissimulação própria do intelecto para conseguir sobreviver num mundo de guerra de todos contra todos. Contudo, essa concepção de que o intelecto somente seria um instrumento egoísta para a sobrevivência através do engodo, da mentira, levanta pelo menos uma questão, por que então os homens buscam a verdade?

Nas palavras de Nietzsche, o impulso à verdade se dá pela vontade humana de viver, ao mesmo tempo, em sociedade e em rebanho. Assim, convencionam-se o que será compreendido como verdadeiro e aceita-se tal convenção a fim de evitar conflitos, como um acordo de paz. Entretanto, este impulso à verdade visa somente aquela verdade tida por benéfica, que efetivamente propiciará uma manutenção desta paz almejada, pois em relação a verdades indiferentes a esta finalidade o homem é também indiferente e de maneira semelhante, é hostil à verdade que possa abalar este acordo de cordeiros. Desta maneira, tais convenções caracterizam-se como metáforas com a pretensão de esclarecer o mundo ao homem racional e seu conjunto é compreendido na forma de linguagem. Na posse destas metáforas, o homem racional crê na ilusão de poder chegar à essência das coisas, incutindo em erro a cada vez que toma o falar sobre as árvores, prédios, animais e demais coisas como as coisas em si ignorando o caráter metafórico da linguagem.

Entretanto, interpõe Nietzsche, tanto a forma quanto o significado a ela relacionado são construções humanas e ulteriormente tautológicas já que forma e

---

11 TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski*, UNESP, São Paulo, 2007, p. 152-153.

12 NIETZSCHE, F. *Sobre a verdade e a mentira no sentido extra moral*, Hedra, São Paulo, 2007.



objeto representado só podem se referir um ao outro. Portanto, por não produzirem conhecimento só são capazes de gerar uma “verdade” oca, vazia de sentido ou significado real. Ademais, ressalta ainda o filólogo alemão, as formas ou teorias universais ignoram exatamente o que torna as coisas reais, a saber, sua individualidade, suas diferenças inimitáveis, pois não há na natureza dois homens que sejam exatamente iguais e assim é com todas as coisas existentes. Sendo assim, a principal característica das coisas em si é exatamente aquilo que é ignorado pela proposição representacionista em sua correspondência ao que descreve, as particularidades e inimitável individualidade de cada coisa.

Com este argumento Nietzsche afirma a incapacidade do sujeito alcançar o objeto como ele é, resultado da incapacidade inerente à linguagem que é metafórica e pode somente dizer algo daquilo que é por analogia, numa “tradução balbuciente para uma língua totalmente estranha”. Assim, pela incapacidade em se relacionar com o mundo dado como objeto de maneira precisa através da linguagem ou mesmo de forma empírica, cabe ao sujeito contentar-se com uma experiência estética. Isto é, uma experiência sem precisão mas, por causa desta imprecisão, autêntica e real. Ou agarrar-se às ilusões das proposições lógicas metalinguísticas, meras metáforas, como se elas substituíssem a realidade como ela é vivida efetivamente a cada dia.

#### **4. Entre Agostinho e Kant: um exemplo da consequência de se tratar razões normativas por meio da concepção representacionista do conhecimento**

O exemplo em que o compromisso com a verdade nos obriga a não mentir nem mesmo para um assassino que bata à nossa porta perguntando por um amigo que estamos escondendo é famoso. Muitas vezes ele é usado para expressar o rigor de Kant, seja de forma elogiosa por um suposto compromisso absoluto com a verdade, seja pejorativamente como demonstração de um modo de agir que se prende a abstrações *a priori* sem observar as consequências reais. Quero propor uma análise deste exemplo e da atitude kantiana, começando com o fato de que o exemplo é, originariamente, de Santo Agostinho<sup>13</sup>.

Em um texto finalizado já em sua velhice chamado *Sobre a Mentira (De Mendacio)*, o então Bispo de Hipona retoma uma discussão de sua juventude sobre quais seriam os elementos constitutivos da mentira. Ele destaca que argumentos para não se mentir já foram dados em um texto mais antigo, chamado *Contra a Mentira*, mas que em *Sobre a Mentira* ele propõe uma questão diferente, a saber, o que é mentir?

Em Agostinho, o conhecimento é advindo de Iluminação divina<sup>14</sup>, logo, o ser humano está constantemente sujeito a proferir proposições falsas. Entretanto, proferir uma proposição falsa quando não se sabe que ela é falsa não é mentir, argumenta Agostinho, mas cair em erro. Uma criança que inocentemente declara que seu presente de Natal lhe foi dado pelo Papai Noel não está mentindo, ela está errada, mas não mente. Do mesmo modo, um pesquisador que, analisando dados coletados, não percebe um sinal trocado na tabela, ou uma vírgula escrita erroneamente uma casa decimal à esquerda e tira conclusões falsas dos dados pesquisados não mente, apesar de cometer um erro. Agostinho destaca que em uma mentira há a intenção de enganar. Assim, alguém *conta* uma mentira, realiza uma performance.

Disso decorre que não é possível que um conteúdo locucionário seja mentiroso sem que se lhe sejam atribuído conteúdos ilocucionários ou perlocucionários. Portanto, a distinção entre verdade e mentira se dá por meio das práticas sociais possibilitadas pela locução. A verdade possui uma função inferencial expressiva, ao invés de descritiva. A análise agostiniana sobre a mentira é condizente com esta premissa. Por isso, a resposta sobre se é legítimo mentir aponta para a

---

13 AGOSTINHO, Santo. *De Mendacio líber unus*. Fonte: <http://www.augustinus.it/latino/menzogna/index.htm>, consultado a 26/08/2020.

14 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, Martins Fontes, São Paulo, 2007, p. 995.

perlocução, para as práticas sociais decorrentes da autoridade de um falante com status normativo dependente de atitude. Uma perlocução normativamente consistente deve observar o conteúdo ilocucionário. Um conteúdo ilocucionário pode ser atribuído a uma proposição de pelo menos dois modos: 1- pela vindicação explícita e dependente de atitude, de responsabilidade pelo conteúdo ilocucionário efetuada pelo falante; 2- pela autoridade atribuída ao falante por um interlocutor que confere um status normativo ao autor do ato de fala.

Somente alguém que conheça o conteúdo conceitual pode ter qualquer expectativa da função inferencial que sua expressão irá exercer. Logo, a autoridade social que fundamenta um ato de fala performativo decorre do status normativo de conhecedor reclamado ao se assumir responsabilidade ilocucionária. O status normativo de conhecedor demanda a atitude de tratar o conhecimento declarado como realidade efetiva. Assim, para se contar uma mentira é preciso conhecer o conteúdo conceitual da proposição e reclamar a autoridade decorrente do status de conhecedor, mas sem respeitar a responsabilidade decorrente desta autoridade.<sup>15</sup>

Prestando atenção a esta estrutura podemos agora nos voltar à resposta kantiana. O filósofo prussiano declara como resposta válida que se diga ao assassino “que encontrou com o amigo duas horas antes, no mercado no centro da cidade”, sendo correto que nos encontramos com o amigo que agora escondemos em nossa casa, há duas horas no mercado. O caso kantiano é o exato oposto da criança que acredita no Papai Noel. Enquanto a ingenuidade desta faz de sua declaração um erro, mas não uma mentira, a declaração de Kant, por ele dominar perfeitamente o conteúdo conceitual da proposição e esperar que ela forneça uma premissa oposta à realidade efetiva às inferências materiais do assassino, resulta em patente mentira. Kant se vale da autoridade social decorrente do status normativo de conhecedor do paradeiro de seu amigo conferido pelo assassino e reclamado por Kant quando este dá um paradeiro diferente do real como resposta.

Como fica, então, a questão da contradição performativa se não se adotar o representacionismo e se adotar o expressivismo, saindo do paradigma do sujeito que passivamente é moldado pelos fenômenos para o do sujeito que ativamente atua em cada construção de sentido<sup>16</sup>?

## **5. A objetividade possível na linguagem**

A linguagem jurídica constitui-se principalmente como comunicação. E ela requer que as regras, mesmo as implícitas na retórica, sejam explicitadas em sua normatividade. Nesta comunicação estão presentes pelo menos dois interlocutores e a cada momento do diálogo estes assumirão os papéis de falante e intérprete. A única característica que ambos compartilham, no contexto anterior ao estabelecimento do diálogo, é a posse de uma teoria prévia e particular, sobre o sentido da norma jurídica.

Ao engajarem em uma conversa os interlocutores convertem momentaneamente suas teorias prévias em transitórias. Uma teoria prévia pode ser implícita, mas a transitória demanda expressividade explícita. Isso porque na teoria transitória, se se aceita a racionalidade dos interlocutores<sup>17</sup>, há um esforço por parte

---

15 Sobre a relação entre Autoridade/Responsabilidade, Status Normativo/Dependência-de-atitude ver especialmente Brandom (2009), capítulos 2 e 3, especialmente 2.6.

16 BRANDON, R.B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing & Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994.

17 Endossamos aqui especialmente a apropriação de Robert Brandom da distinção kantiana entre ser obrigado por uma regra e ser obrigado pela concepção de uma regra e a fundamentação pragmática da regra (argumento de *regress-of-rules* atribuído a Wittgenstein), como o significado de “racionalidade dos interlocutores”. Neste argumento, não há um fundamento determinado ou universal para regras, cada regra se fundamenta em alguma outra. Mas para evitar um regresso ao infinito ou circularidade, a regra fundamental é aquela que estabelece os compromissos assumidos pelos agentes racionais e a partir dos quais outros compromissos derivam.

de cada participante para tornar clara sua fala ao ouvinte e para interpretar suas emissões. Uma interpretação correta da fala de alguém não pode ser realizada desconsiderando o conteúdo *de re* que o falante propõe para suas emissões. Aqui reside um problema fundamental.

Donald Davidson declara que o primeiro significado [*first meaning*] atribuído por um intérprete ao conteúdo *de dicto* da fala de alguém é o sentido-literal da expressão (DAVIDSON, 2001). A interpretação parte, então, de uma teoria prévia *possuída pelo intérprete*. No exercício da interpretação, esta teoria prévia converte-se momentaneamente em uma teoria de transição. Nesta teoria transitória ocorre uma significação dos termos *de dicto* compreendidos na teoria prévia, visando uma adequação com o conteúdo proposicional intencional *de re* atribuído pelo falante. Com esta significação o intérprete é capaz de dar sentido à proposição do falante. Entretanto há um perigo aqui, o mesmo “perigo da técnica” que Heidegger nomeia de *Gestell*: “A definição que conduz à ordenação é o perigo extremo. A essência da técnica [*Gestell*], como uma definição da revelação, é o perigo”<sup>18</sup>.

Isto se dá por conta do caráter holístico da linguagem. Não se constrói ou se apropria de uma linguagem aos poucos, mas realiza-se um salto de intraduzibilidade com um interlocutor para o entendimento mútuo entre os comunicantes ao compartilharem de uma mesma linguagem. Deste modo a linguagem seria como uma fotografia que no quarto escuro vai se revelando cada vez mais nítida e determinada, não uma parte de cada vez, mas como um todo até que se torne inteligível. Porém, quando o intérprete possui uma segurança irrestrita em sua teoria prévia, quando ele considera que suas interpretações são as mais corretas possíveis, o processo de significação e ressignificação necessário para a teoria transitória é impossibilitado.

Para Davidson, entre dois sujeitos que não compartilham um mesmo jogo de linguagem há uma intraduzibilidade, que pode ser maligna ou benigna. Em caso benigno esta intraduzibilidade pode ser superada com uma explicação, como quando uma criança pede algo a um adulto que não a entende de imediato e pede para ela repetir o pedido. Este é o caso esperado de um servidor público encarregado de mediar ações judiciais. Pois, quem recebe a função de mediar um evento judicial deve possuir algum grau de conhecimento prévio sobre o assunto que media, ou então será inapto à função que lhe foi atribuída. Entretanto, para a execução correta de sua função, ele deve ser capaz de converter genuinamente sua teoria prévia em uma transitória que abra espaço à ressignificação.

No caso maligno, tal processo explicativo não é suficiente, pois o ouvinte não possui o arcabouço semântico para distinguir o significado das proposições do falante. Por exemplo, uma criança que por acaso estivesse numa palestra sobre Direito Internacional ou Metafísica. Mas também é o caso – e esta é a maior ameaça à segurança jurídica e à democracia – do agente público que, muitas vezes anestesiado pela repetição burocrática de suas funções, enrijece sua teoria prévia de tal modo que se torna incapaz de convertê-la em transitória.

O resultado jurídico-político dessa rigidez em uma democracia é a corrupção do “governo por debate” em “tirania da maioria”, a errônea noção de que um governo majoritariamente eleito – ou alguém que foi aprovado em um concurso público – possui a prerrogativa de exercer sua função ao gosto exclusivo de sua própria vontade.

Assim, é preciso que aquele que se encontra no polo inferior de uma intraduzibilidade maligna realize o salto que permita a ele distinguir os significados dos termos e expressões utilizados pelo falante desta linguagem não possuída. Com este salto é possível converter a intraduzibilidade maligna em benigna e, pelo intermédio de uma explicação, compreender aquilo que o falante diz. “Lá onde nasce o perigo, cresce também o poder de salvação”. E o que um conceito democrático de segurança jurídica demanda é que o vicário estatal se reconheça neste polo inferior.

---

18 HEIDEGGER, M. “Questão sobre a técnica”, em HEIDEGGER, M. *Ensaio e conferências*, Vozes, São Paulo, 2010, p. 29.

Em uma democracia, o Direito possibilita liberdade e dinamismo social. Para tanto, ele deve ser capaz de assimilar os discursos democráticos. A prática jurídica democrática pode se fundamentar nos compromissos assumidos pelo cidadão para, assim, conferir ao sujeito titular do Direito a capacidade de se valer *racionalmente* do Direito. Como então fazer com que o conteúdo *de dicto* seja respeitado em relação ao conteúdo *de re*, já que o Direito limita o espaço de interpretação do intérprete pela linguagem?

## **6. Compreensão inferencial do conteúdo conceitual**

A concepção clássica de verdade por correspondência buscada por Tarski busca o maior grau de correção possível na representação de um dado objeto ou estado de coisas (como objetos linguísticos e não como a coisa em si). Nesta proposta, os resultados obtidos pela pesquisa podem ser entendidos um a um, pois a metalinguagem demarcada trata o que não estiver na metalinguagem como *ceteris paribus*, “todo o resto permanecendo o mesmo”. Contudo, a validação atômica e representacionista de expressões verdadeiras em linguagem normativa propicia a situação de dilemas deonticos.

A fim de ilustrar esse último item, relativo à ocorrência do termo verdadeiro, pode-se remeter à antinomia do mentiroso como proposto por Gödel e endossado por Tarski. Esta antinomia estabelece que uma sentença da metalinguagem L pode ser, ao mesmo tempo, verdadeira e falsa. Segue um exemplo dessa antinomia. Na página 1 de um livro é declarado por uma Sentença “S” que a sentença na página 2 é verdadeira; na página 2 a sentença ali declara que a sentença na página 3 é verdadeira e assim sucessivamente até a última página. Na última página deste livro, porém, a sentença declara que a Sentença “S” da página 1 é falsa. O paradoxo está em que “S” é verdadeira se e somente se “S” for falsa. Ora, não é possível que uma mesma sentença seja, simultaneamente, falsa e verdadeira, posto que isso contraria o princípio lógico do terceiro excluído. Temos, portanto, uma antinomia.

Portanto, às ciências sociais em geral e ao Direito em particular não é suficiente tratar a verdade (ou o verossímil) como um conteúdo descritivo da natureza, pois o Direito não busca *descrever* a sociedade, mas *regulá-la*. E “para se apreciar a importância da estratégia fenomenalista do pragmatismo, deve-se primeiro considerar o desenvolvimento da ideia fundamental de que locuções de verdade são indicadores-de-força, ao invés de especificadores-de-conteúdo”<sup>19</sup>. Assim, a verdade jurídica é de caráter normativo e seu conteúdo possui força normativa inferencial. Esta é a diferença entre reagir à declaração “o sinal está vermelho” afirmando que a luz emitida pelo semáforo possui uma dada frequência de ondas que corresponde ao que metalinguisticamente tenha-se determinado como “vermelho” e reagir à mesma declaração freando e parando o carro que se está conduzindo por saber que “sinal vermelho” implica em “sinal fechado”.

Esta diferença decorre da premissa fundamental da semântica inferencialista, na qual uma reação que tenha conteúdo *conceitual* é uma reação que exerça uma função no jogo *inferencial* de fazer declarações, dar e pedir razões<sup>20</sup>. Isto porque “a semântica inferencialista é resolutamente *holística*. Em uma abordagem inferencial do conteúdo conceitual, alguém não pode possuir *qualquer* conceito a menos que possua *vários* conceitos”<sup>21</sup>. Em um entendimento de verdade como força normativa

---

19 BRANDOM, R.B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing & Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994, p. 296, tradução nossa: “in order to appreciate the significance of the pragmatist’s phenomenalist strategy, one must first consider the development of the basic idea that truth locutions are force-indicating, rather than content-specifying”.

20 BRANDOM, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 48.

21 BRANDOM, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 15, tradução nossa: “inferentialist semantics is resolutely holist.

das razões dadas, um sujeito sabe o que *significa* o sinal estar vermelho em razão de saber a *função* inferencial normativa de ter de reagir parando o carro. À representação descritiva da realidade é somada o indicativo expressivo da força normativa do conteúdo conceitual.

No entanto, o que distingue o inferencialismo de Brandom de uma proposta como a de Tarski é sua fundamentação em inferências *materiais* ao invés de se submeter ao dogma da lógica formalista que trata expressões do tipo “está chovendo, então as ruas estarão molhadas” como entimemas: “o ‘dogma’ expressa um compromisso com uma ordem de explicação que trata todas as inferências como boas ou ruins apenas em virtude de sua forma [sintaxe], com o conteúdo das declarações que elas envolvem importando apenas para a verdade das premissas (implícitas)”<sup>22</sup>. De acordo com este dogma, não há tal coisa como “inferências materiais”, pois inferências corretas são compreendidas apenas como “inferências formalmente válidas”. A proposta formalista parte da sintaxe para delimitar os limites da semântica, o estado de coisas que é a referência para a expressão só é compreendido dentro dos limites de sentido lógico estabelecido pela metalinguagem. Todo o resto da realidade é ignorado por permanecer igual, *ceteris paribus*, e Aquiles jamais ultrapassará a tartaruga.

Porém “a noção de inferências formalmente validas é definida de modo natural a partir daquelas materialmente corretas, enquanto que não há rota inversa”<sup>23</sup>. A função de inferências materiais é propiciar uma racionalidade *expressiva* na qual é tornado *explícito*, de um modo que se possa pensar ou dizer, o que está *implícito* no que é feito. Afinal, com o uso de termos e expressões condicionando o significado destes termos e expressões, tem-se a primazia da pragmática em relação à sintaxe na determinação da semântica. Consequentemente, por meio das inferências materiais da lógica expressiva pode-se ampliar o Direito para que ele se relacione com a sociedade quando esta recorrer a ele para suprimir injustiças. Pois, conteúdos conceituais são determinados por inferências e inferências expressivamente explícitas são aquilo que nos permite expressarmos qualquer conteúdo conceitual que seja. Porque dizer qual é o conteúdo de uma lei significa dizer como este conteúdo será usado como premissa em inferências e nas ações do sujeito.

Assim, compreender o conteúdo conceitual em termos de sua função no raciocínio, ao invés de exclusivamente em termos de representação, se mostra uma necessidade para atender ao exposto no art. 489 §1º do CPC brasileiro. Já o exposto no §2º do mesmo artigo 489 demanda que o raciocínio lógico normativo não pode ser identificado exclusivamente com uma maestria de um cálculo lógico formal, sob o perigo de produzir dilemas deonticos como o dilema do mentiroso.

Do exposto infere-se:

Que além do raciocínio teórico e prático usando conteúdos constituídos por sua função em inferências materiais, há um tipo de racionalidade expressiva que consiste em tornar explícitos compromissos implícitos de atribuição inferencial de conteúdo como o conteúdo de compromissos assertivos. Deste modo, as práticas inferenciais materiais, que governam e tornam possível o jogo de dar e pedir

---

On an inferentialist account of conceptual content, one cannot have any concepts unless one has many concepts.”

22 BRANDOM, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Havard University Press, Cambridge, 2001, p. 53, tradução nossa: “The “dogma” expresses a commitment to an order of explanation that treats all inferences as good or bad solely in virtue of their form, with the contents of the claims they involve mattering only for the truth of the (implicit) premises.”

23 BRANDOM, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Havard University Press, Cambridge, 2001, p. 55, tradução nossa: “the notion of formally valid inferences is definable in a natural way from that of materially correct ones, while there is no converse route.”

razões, são trazidos para este jogo, e assim para a consciência, como tópicos explícitos de discussão e justificação.<sup>24</sup>

Resta-nos, pois, explicitar as condições de conservatismo inferencial nas quais seja mantida uma harmonia do conteúdo conceitual de inferências materiais decorrentes dos dispositivos jurídicos. Ou seja, resta responder qual a função lógica da jurisprudência.

## **7. A função lógica da jurisprudência**

O elemento distintivo da lógica expressiva constitui-se no compromisso que vincula o falante ao conteúdo conceitual tornado explícito em uma expressão. Entretanto, tal compromisso não precisa ser vinculado apenas a emissões efetuadas singularmente por um indivíduo específico, o sujeito é comprometido também a razões objetivas prévias, sendo o Direito o mais demarcado e explícito deste tipo de razões. Razões prévias, como o Direito, consistem em compromissos doxáticos que servem de premissas para os compromissos práticos. Na prática jurídica, as razões prévias que tornam explícitos os compromissos são a jurisprudência e a literatura jurídica.

Para afastar equívocos terminológicos, jurisprudência é um conjunto de julgados e precedente é a decisão anterior que em casos semelhantes tem seus fundamentos determinantes como orientadores de novos julgados. Numa democracia, as razões dos sujeitos do processo formuladas no procedimento são as construtoras do provimento final da sentença, e tanto a jurisprudência como o precedente são construídos pelo debate quanto sua aplicação só é possível como ponto de partida de um novo debate. E tanto é assim que existe a possibilidade de distinção dos casos para que um precedente não seja aplicado numa situação específica e existe a possibilidade de superação dos fundamentos determinantes de um precedente por novas razões formuladas pelos sujeitos do processo num novo procedimento; ou seja, são as razões formuladas no processo que determinam tanto a aplicação (ou não) do precedente quanto a sua superação – a jurisprudência e o precedente são pontos de partida da decisão jurídica e não pontos de chegada, eles impõem respeito a toda a construção realizada racional e democraticamente pelos atores jurídicos que os precederam, mas não encerram a argumentação<sup>25</sup>.

Deste modo, a prática processual se reporta aos compromissos jurisprudenciais ao invés da mera obediência cega ao comando de uma lei geral. Assim, se propõe que os enfoques inferencialistas do conteúdo conceitual podem ser generalizados a partir dos conectivos lógicos (condicional e negação) para fornecer um tratamento uniforme dos significados dos dispositivos jurídicos. Neste enfoque, o conteúdo da lei corresponde à harmonia conceitual entre a circunstância na qual a lei é interpretada (por exemplo, o antecedente) e os compromissos decorrentes da aplicação da lei nestas circunstâncias (por exemplo, a jurisprudência). Pois o uso do Direito consiste na prática de atribuir significado a sentenças linguísticas nas quais o conteúdo conceitual da lei corresponde ao conjunto de condições suficientes para vinculá-lo aos compromissos democráticos do Direito. Além disso, tal conteúdo se vincula a uma regra de eliminação na qual se compromete a um conjunto de

---

24 BRANDON, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 61, tradução nossa: "That besides theoretical and practical reasoning using contents constituted by their role in material inferences, there is a kind of expressive rationality that consists in making implicit content-conferring inferential commitments explicit as the contents of assertible commitments. In this way, the material inferential practices, which govern and make possible the game of giving and asking for reasons, are brought into that game, and so into consciousness, as explicit topics of discussion and justification."

25 VIANA, A.A.S.; NUNES, D. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2018.

consequências necessárias de afirmá-lo, isto é, o que se segue ao atribuir um dado significado ao Direito.

Este modelo especifica duas características fundamentais do uso de expressões linguísticas. A ligação entre significação pragmática e conteúdo inferencial decorre de que uma emissão responsabiliza o falante, pelo menos implicitamente, a um compromisso com a correção da inferência material. Compreender um conteúdo conceitual é o domínio prático de certo tipo de ação inferencial articulada. A compreensão consiste na resposta diferenciada de acordo com as circunstâncias de uma utilização correta de um conceito, distinguindo as devidas consequências inferências de tal aplicação. Nesta explicação inferencialista pensar claramente é uma questão de saber com o que se está comprometendo a alguém com uma afirmação e o que habilita alguém para esse compromisso. A jurisprudência é o elemento jurídico que deixa explícito estes compromissos entre as circunstâncias e as consequências da aplicação da lei. Ignorar esta relação necessária entre circunstâncias e consequências da aplicação de conceitos (o conteúdo da lei) leva a teorias semânticas unilaterais.

Em teorias semânticas unilaterais o significado de sentenças linguísticas é dado ou pela circunstância de seu uso ou pela consequência de seu uso. O problema reside na possibilidade de haver afirmações com as mesmas circunstâncias de aplicação e diferentes consequências da sua aplicação (o que requer a superação jurisprudencial do antecedente [do precedente]). Como contraste, pragmatistas que se reportem apenas ao cálculo lógico formal cometem o erro oposto de identificar os conteúdos conceituais exclusivamente com as consequências de endossar uma afirmação ao considerar o papel da afirmação como uma premissa no raciocínio prático e ignorando seus próprios antecedentes (o que demonstra a necessidade de distinção do antecedente). Em outros termos, em uma teoria semântica unilateral a legitimação do Direito e a simples aplicação da lei não se diferenciam, pois não se observa que "a ação pratica que é valorar não pode ser simplesmente a mesma ação que é valorada. [...] tratar uma ação como correta não pode ser identificada com a própria produção da ação."<sup>26</sup>.

A lógica expressiva, por ser intersubjetiva, supera as limitações das teorias semânticas unilaterais. Pois nela a unidade fundamental da linguagem é o uso de sentenças linguísticas, sendo por meio destas que atos de fala são realizados (enquanto que nas teorias semânticas unilaterais a proposição já basta para a significação). Sentenças constituem-se enquanto arranjos nos quais duas ou mais proposições são ligadas por conectivos lógicos. Proposições compõem termos singulares que, por sua vez, se referem a um objeto determinado. Então temos que termos singulares são elementos subsentenciais (proposições) que se referem a um dispositivo jurídico específico e que quando ligados por conectivos lógicos compõem um arranjo sentencial que explicita os compromissos democráticos do Direito (a jurisprudência sendo o exemplo mais destacado).

Proposições atribuem predicados a sujeitos ou objetos a fim de distinguir o sujeito ou objeto especificando-o e singularizando-o. A atribuição de predicados ao sujeito ou objeto é o que determina o termo singular. Por sua vez, termos singulares possuem uma função dupla na composição do arranjo sentencial, uma sintática e uma semântica. Sintaticamente, eles são elementos que podem ser substituídos por outros elementos do mesmo tipo *assimetricamente*: "Platão é o autor da República" e "Platão é o fundador da Academia" são proposições sintaticamente diferentes. Semanticamente, termos singulares são elementos que possuem significância substitucional *simétrica*: "o fundador da Academia" e "o autor da República" referem-se ao mesmo sujeito, Platão, e os compromissos decorrentes de se referir "ao autor da República" e "ao fundador da Academia" são os mesmos.

---

26 BRANDOM, R.B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing & Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994, p. 33 tradução nossa: "The practical performance that are assessing cannot be just the same performances that are assessed. [...] treating a performance as correct cannot be identified with producing it".

Deste modo, é possível montar arranjos sentenciais sintaticamente diversos, como “o autor da República foi professor de Aristóteles” e “o fundador da Academia foi discípulo de Sócrates” e, por meio dos compromissos inferenciais materiais semanticamente simétricos entre as proposições predicativas, fazer substituições no arranjo sentencial que conservam as inferências ao manter a harmonia conceitual: “o fundador da Academia é o autor da República”. Na estrutura lógica proposta neste artigo, termos singulares jurídicos são compreendidos como um dispositivo, como uma lei ou artigo de lei, específico ou um antecedente determinado e jurisprudência se dá como os arranjos sentenciais que explicitam os compromissos democráticos do Direito.

Deve-se ter em conta que a harmonia conceitual consiste em um conservatismo inferencial *material*, para assim evitar uma teoria semântica unilateral. Pois o conservatismo inferencial, o elemento lógico que possibilita o vínculo jurisprudencial, não é uma característica que exista em si mesma, fazendo do antecedente processual um substituto da lei. Conservatismo inferencial é uma propriedade do conteúdo conceitual que só existe no contexto de outros conteúdos, que possam ser tornados explícitos enquanto compromissos assumidos ou atribuídos. Afinal “para um compromisso se tornar explícito ele tem de ser inserido no jogo de dar e pedir razões como algo cuja justificação, em termos de outros compromissos e autorizações, é sujeita a questionamento”<sup>27</sup>.

Tal questionamento resulta da condição de o conteúdo da lei não se apresentar como uma sentença lógica validada em si e por si mesma, atomicamente. Os conteúdos normativos do Direito são compreensíveis como sentenças formadas usando vocabulário fundamental da lógica, a condicional e a negação. “Vocabulário lógico tem a função expressiva de tornar *explícito*, na forma de conteúdos sentenciais assertivos compostos logicamente, os compromissos materiais *implícitos* em virtude dos quais sentenças logicamente atômicas tem os conteúdos que elas possuem”<sup>28</sup>. Deste modo, a condicional (se..., então...) valida compromissos assertivos ao deixar explícito vínculo entre antecedente e caso concreto atual que se propõe ao se reportar a um dispositivo jurisprudencial. A negativa ( $p$ ,  $\sim p$ ), por sua vez, também possui a função de tornar explícito um compromisso, mas com o objetivo contrário de explicitar a incompatibilidade-material entre o antecedente que fundamenta a jurisprudência e o caso concreto atual ao qual se quer vinculá-la. Esta é a estrutura do argumento chamado *dedução expressiva*.

Temos, então, que um *termo singular* constitui-se com conteúdos *de dicto* e conteúdos *de re*. Sendo o conteúdo *de dicto* do Direito a letra da lei e o *de re* seu conteúdo conceitual materialmente inferencial. Assim, substituindo o conteúdo *de dicto* por um conteúdo *de re*, faz com que cada expressão formulada sirva de premissas para inferências sem perda de significado. Em outras palavras, uma definição sempre pode ser expressa com outras palavras. Um conteúdo *de dicto* apresentado como uma definição da verdade é o início de um debate jurídico, mas aqui os compromissos acerca do conteúdo conceitual da lei ainda estão implícitos. Assim como o inquirir socrático, o direito de defesa por meio do contraditório consiste exatamente em analisar quais são as possibilidades e consequências inferenciais das substituições realizadas em termos singulares. Busca-se ultrapassar o conteúdo *de dicto*, a fim de explicitar os compromissos democráticos do Direito.

---

27 BRANDON, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 76, tradução nossa: “For commitment to become explicit is for it to be thrown into the game of giving and asking for reasons as something whose justification, in terms of other commitments and entitlements, is liable to question.”.

28 BRANDON, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 153, tradução nossa: “Logical vocabulary has the expressive role of making *explicit*, in the form of logically compound assertible sentential contents, the *implicit* material commitments in virtue of which logically atomic sentences have the contents that they do.”



Portanto, o conteúdo da lei é alcançável por via pragmática e focada em locuções *condicionais*. "O pragmatista começa com uma noção de normas implícitas na prática e então é obrigado a desenvolver uma argumentação sobre o que seria para tais coisas se tornarem explícitas proposicionalmente, como vindicações ou regras"<sup>29</sup>. No processo, as partes oferecem suas interpretações da lei como premissa para a efetivação do Direito. O contraditório consiste em seus interlocutores apresentarem conclusões sempre se reportando à premissa. Em um processo democrático busca-se a transição do *de dicto* ao *de re* progredindo da definição oferecida pelo autor (ou pelo réu) aos compromissos compartilhados intersubjetivamente entre as partes.

Desta modo, "porque condicionais tornam explícitos compromissos inferenciais como os conteúdos de compromissos assertivos, enfraquecer inferencialmente o antecedente de uma condicional inferencialmente fortalece a condicional"<sup>30</sup>. O caminho pragmático é um percurso de enfraquecimento do antecedente lógico para que o degrau argumentativo resultante da sentença condicional se torne mais firme e seguro. Pode-se assumir que quanto mais *geral* for o antecedente (a letra da lei) e mais *específico* o conseqüente (a interpretação de uma das partes), mais *fraca* será a condicional. Mas, de modo inverso, quanto mais *específico* o antecedente e mais *geral* o conseqüente, mais *forte* será a inferência material condicional.

Eis então uma questão fundamental ao Direito Moderno: o Direito Positivo, com sua redação de descrição de condutas, determina uma abordagem condicional na leitura da lei. "Se realizar a conduta aqui descrita, então sofrerá a sanção aqui determinada". Em sua pretensão de universalidade e de uma redação exata e inequívoca, o texto legal busca a máxima generalização do antecedente e a determinação com maior exatidão possível para o conseqüente. Logo, o Direito, em seu conteúdo locucionário, *inerentemente* propicia as inferências *mais fracas* possíveis. E quanto mais frágil for a inferência mais espaço há para a arbitrariedade do judicial e menor será a Segurança Jurídica. Mas se o perigo está na definição locucionária *de dicto*, o poder de cura se apresenta por meio de ilocução e perlocução. Estas, observando o conteúdo *de re* da norma jurídica, conectam o Direito ao meio social que lhe é condição necessária. Assim, são capazes de produzir efeitos perlocucionários que *melhorem* as condições de vida das partes de um processo.

Em suma, *a letra da lei não serve como fundamentação exclusiva para a ação jurídica*, pois dela não se é possível realizar inferências materiais fortes. Antes, é o conteúdo *de re* apropriado intencionalmente pelas partes, sua ilocução, que serve como premissa apropriada para a efetivação da norma. Pois o conteúdo *de re* atribuído ao Direito por uma das partes que se compromete com esta atribuição se apresenta como o modo mais específico de determinar o conteúdo conceitual do antecedente da condicional. E o conseqüente da condicional, se se deseja a promoção da liberdade e da democracia, deve possuir a maior amplitude perlocucionária possível, ou seja, a lei se aplica de acordo com as condições fáticas que regem a vida social. E isto é um compromisso implícito na lei, tornado explícito na jurisprudência.

## 8. Considerações finais

Começamos apresentando a questão tradicional da verdade por meio da busca pela maior correção possível em uma determinação do significado da lei. Em seguida

---

29 BRANDON, R.B. *Making it Explicit: Reasoning, Representing & Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994, p. 26, tradução nossa: "The pragmatist starts rather with a notion of norms implicit in practice and is obliged then to develop an account of what it would be for such things to become propositionally explicit, as claims or rules."

30 BRANDON, R.B. *Articulating Reasons: an introduction to inferentialism*, Harvard University Press, Cambridge, 2001, p. 145, tradução nossa: "Because conditionals make inferential commitments explicit as the contents of assertional commitments, inferentially weakening the antecedent of a conditional inferentially strengthens the conditional."

argumentamos como a compreensão de um saber representacionista é insuficiente para questões normativas. Em seguida oferecemos uma racionalidade pragmatista fundamentada na semântica inferencialista da lógica expressiva.

A semântica inferencialista da lógica expressiva apresenta a jurisprudência como o elemento que torna explícito os compromissos democráticos do Direito. E, portanto a *autoridade* decorrente da lei consiste nela inferencialmente licenciar ou garantir outros compromissos, sendo isto uma questão de *herança* de intitulação. Pois uma assertiva, e a lei é escrita como assertivas, expressando um compromisso ao qual não é assumido que o interlocutor esteja intitulado também será assumido como desprovido de autoridade. A autoridade do Direito, então, se fundamenta na responsabilidade daquele exercendo a autoridade, ao invés de se basear na obediência servil daquele sobre quem a autoridade é exercida. Logo, o conteúdo da lei é determinado pelo comportamento que se faz inteligível ao se estabelecer qual compromisso constitui sua premissa e de como a jurisprudência vincula o agente a certas condutas apropriadas.

Afinal, comportamentos são inteligíveis ao exibí-los como racionais conferindo-lhes convicções e pro-attitudes. Fazer isso é exhibir uma parte do raciocínio prático que é assumido como, de algum modo, como implícito ao comportamento. O raciocínio imputado demonstra porque um sujeito com os estados ou atitudes que proporcionam as premissas, devem, racionalmente, se comportar do modo especificado pela conclusão. Mas o que pode servir como uma premissa em raciocínios deve ter um conteúdo proposicional. Logo, conteúdos proposicionais possuem uma prioridade pragmática, não apenas no estabelecimento de assertivas de significados de atos de fala, mas também no estabelecimento de atribuições de estados intencionais que não dependem obviamente de práticas linguísticas.

A prática jurídica se faz inteligível pela conservatismo inferencial da jurisprudência e de como o Direito pode se estabelece como o fundamento da ação. Pois nossos conceitos são aprimorados pelos recursos expressivos do vocabulário lógico que nos permite controlar, criticar e melhorar nossa comunicação e compreensão mútua do conteúdo normativo do Direito e dos compromissos do Estado Democrático.

## 9. Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- AGOSTINHO, Santo. *De Mendacio líber unus*. Fonte: <http://www.augustinus.it/latino/menzogna/index.htm>, consultado a 26/08/2020.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*: volume 2: texto grego com tradução ao lado, Edições Loyola, São Paulo, 2002.
- ARISTÓTELES. *Órganon*: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas, Edipro, Bauru, 2005.
- BITTAR, E. *Curso de filosofia aristotélica*: leitura e interpretação do pensamento aristotélico, Manole, Barueri, 2003.
- BRANDON, R.B. *Articulating Reasons*: an introduction to inferentialism, Havard University Press, Cambridge, 2001.
- BRANDON, R.B. *Making it Explicit*: Reasoning, Representing & Discursive Commitment, Havard University Press, Cambridge, 1994.
- BRANDON, R.B. *Reason in Philosophy*: Animating Ideas, Havard University Press, Cambridge, 2009.
- DAVIDSON, D. *Inquires into Truth and Interpretation*, Clarendon Press, Oxford, 2001.
- FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970, Edições Loyola, São Paulo, 2014.
- FOUCAULT, M. *Os anormais*: curso no Collège de France (1974-1975), Martins Fontes, São Paulo, 2001.

- HEIDEGGER, M. "Questão sobre a técnica", en HEIDEGGER, M. *Ensaio e conferências*, Vozes, São Paulo, 2010, p. 11-53.
- NIETZSCHE, F. *Sobre a verdade e a mentira no sentido extra moral*, Hedra, São Paulo, 2007.
- PIMENTA, M.V. *Poder-saber inquisitório: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva*, Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2019.
- TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade: textos clássicos de Tarski*, UNESP, São Paulo, 2007.
- VIANA, A.A.S; NUNES, D. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2018.

## **O protagonismo do judiciário e a necessidade do aperfeiçoamento da *accountability* no Brasil**

The protagonism of the judiciary and the improvement of accountability in Brazil

**Patricia Almeida de Moraes\***

**Amanda Marcondes Caldas\*\***

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

**Sumário:** Introdução. 1. Protagonismo do poder judiciário: judicialização e ativismo judicial. 1.1. Judicialização e ativismo judicial: conceitos e contornos fundamentais. 1.2 Fatores que levaram ao protagonismo judicial. 2. Consequências antidemocráticas do protagonismo do judiciário. 3. *Accountability* judicial no Brasil. 3.1 *Accountability* judicial horizontal no Brasil: a atuação do Conselho Nacional de Justiça. 3.2 *Accountability* social como solução?. Conclusão

**Resumo:** A pesquisa tem como escopo analisar quais os riscos que a judicialização excessiva o e o ativismo social trazem a democracia, no sentido de apontar a *accountability* social como uma forma de controle do Poder Judiciário e proteção da democracia. Na primeira parte da pesquisa analisa-se os contornos relativos à judicialização e ativismo judicial, a fim de compreender o conceito de cada um e suas diferenças. Após, compreender quais os resultados que ambas podem causar à democracia. Por fim, o estudo analisa as formas de *accountability*, e qual ou quais as modalidades podem ser identificadas no sistema brasileiro, no que se refere às formas de controle e responsabilização do Poder Judiciário, a fim constatar se a *accountability* social seria uma forma de controle viável e possível no fortalecimento da sociedade e proteção da democracia. Utiliza-se na pesquisa a metodologia explicativa, e material bibliográfico.

**Palavras-chave:** protagonismo judicial; judicialização; ativismo judicial; *accountability* social.

**Abstract:** The research aims to analyze the risks that excessive judicialization and social activism bring to democracy, in the sense of pointing to social accountability as a form of control of the Judiciary and protection of democracy. The first part of the research analyzes the contours related to judicialization and judicial activism, in order to understand the concept of each one and their differences. After that, understand the results that both can cause to democracy. Finally, the study analyzes the forms of accountability, and what modalities can be identified in the Brazilian system, regarding the forms of control and accountability of the Judiciary, in order to verify if social accountability would be a form of control feasible and possible in

---

\* Doutoranda e Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro do Global Business and Human Rights Scholars Association e da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Advogada.

\*\* Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Pós-graduada na Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR. Advogada. Juíza Leiga no 1º Juizado Especial Cível da Comarca de Guarapuava/PR.

strengthening society and protecting democracy. Bibliographic material is used in the explanatory research.

**Key Words:** judicial protagonism; judicialization; judicial activism; social accountability.

## Introdução

No panorama atual é possível observar um comportamento mais ativo do Poder Judiciário na solução de diversas controvérsias sociais, desde relações entre particulares, destes para com o Estado e relações que compõem o próprio Estado. Isso, muitas vezes, não é benéfico à democracia, pois em determinadas situações o Judiciário acaba por invadir a competência política de outro Poder, ou ainda, toma decisões as quais não lhe é de competência típica, o que faz surgir a análise da necessidade de controle e responsabilização em relação aos atos deste Poder. Em razão disto, o artigo analisa a partir do método hipotético-dedutivo, as possíveis causas do protagonismo judicial e de quais formas esse comportamento afeta à democracia, trazendo a *accountability* social e sua possibilidade de aplicação no contexto brasileiro, como uma das formas de controle e fortalecimento da democracia.

A primeira parte da pesquisa compreende os contornos e conceitos relativos à judicialização e ao ativismo judicial, suas diferenças, quais aos possíveis fatores que levaram à ocorrência de ambos no Brasil, tanto no que se refere ao comportamento social, como a partir de uma análise constitucional.

Na segunda parte, verificam-se quais os riscos à democracia que podem surgir da judicialização e do ativismo judicial, pretende-se compreender quais os efeitos negativos que surgem da mudança de papel do Poder Judiciário com relação à democracia, quando atuação deste vai ir além da interpretação realizada no próprio texto legal, ou ainda, além de sua própria competência genuína, prevista no sistema de freios e contrapesos.

Por fim, realiza-se um estudo, em linhas gerais acerca das formas de *accountability*, qual ou quais as modalidades que são aplicadas e identificadas no sistema brasileiro de controle e responsabilização das atuações relativas ao Poder Judiciário. Para após, compreender de forma específica a construção da *accountability* social de maneira específica, analisando a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e sua possibilidade com a finalidade de proteção da democracia.

## 1. Protagonismo do poder judiciário: judicialização e ativismo judicial

A partir da promulgação da Constituição de 1988, juntamente com a redemocratização do país, constata-se uma mudança de atuação do Poder Judiciário, principalmente em relação a uma intensificação da judicialização de diversas matérias, não apenas as relativas às relações privadas, mas essencialmente naquelas relativas entre particulares para com o Estado e nas relações traçadas dentro da própria organização estatal. A primeira etapa do estudo, busca apresentar as duas modalidades relativas à intensificação da e do protagonismo atividade judicial, qual seja a judicialização e o ativismo judicial, a partir da compreensão de seus conceitos e diferenças, bem como identificando as suas possíveis causas, para após analisar quais foram os possíveis fatores que levaram ao contexto atual.

### **1.1 Judicialização e ativismo judicial: conceitos e contornos fundamentais**

No que se refere ao termo “judicialização”, este surgiu a partir de um estudo de Tate e Vallinder<sup>1</sup>, no qual foram traçadas as características de um fenômeno global de exacerbação da interação entre direito e política.

Segundo os autores, a judicialização significa expansão da jurisdição dos tribunais ou dos juízes a expensas dos políticos e dos administradores, isto é, a transferência de direitos de tomada de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública para os tribunais e a propagação dos métodos de decisão judiciais fora da jurisdição propriamente dita. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em processo judicial.<sup>2</sup>

Assim, identifica-se em verdade, uma expansão da atuação do Poder Judiciário, para áreas distintas das típicas dos tribunais, e uma transferência de decisões da esfera política para a judicial, que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais, o Poder Executivo e o Congresso Nacional.

No que se refere ao ativismo judicial apesar de muitas vezes encontrar-se entrelaçado ao conceito de judicialização, não deve ser confundido com esta, pois a judicialização refere-se ao aumento excessivo da participação do Poder Judiciário nos conflitos sociais, sejam eles de quaisquer espécie enquanto o ativismo judicial possui correlação com o comportamento mais criativo adotado pelo próprio Poder ao proferir suas decisões<sup>3</sup>.

Ainda com relação ao ativismo é fundamental explicar que, segundo Mauro Cappelletti<sup>4</sup> a interpretação e criação do direito não são conceitos opostos, uma vez que, ao se realizar a interpretação da lei, é normal que o interprete realize esclarecimentos acerca das lacunas e ambiguidades do texto legal, sendo o problema principal seria o grau de criatividade e aceitabilidade da criação do direito por parte de Tribunais Judiciários.

A partir de tal entendimento, verifica-se que a atividade do interprete não se restringe a aplicação direta das normas jurídicas editadas pelo Poder Legislativo, mas que a interpretação carrega um pouco de criatividade, a depender do caso concreto, se mostrando inevitável um mínimo de discricionariedade, principalmente quando, mais imprecisos os objetos de análise<sup>5</sup>. Tal análise leva a compreender que o conceito de ativismo judicial encontra-se conectado ao nível de criatividade, ao perfil adotado pelo Poder Judiciário. Desta forma, o ativismo judicial encontra-se relacionado ao nível elevado de criatividade na solução de determinado caso por parte do Poder Judiciário, ou quando a solução aplicada a um caso concreto, invade a competência típica de outro Poder.

Ressalta-se ainda que, o ativismo judicial seria a aplicação de determinado entendimento desenvolvido pelo próprio Judiciário, a partir de novas interpretações, ultrapassando as previsões predispostas pela própria lei na própria lei, ou ainda, de forma a criar uma nova norma jurídica, alterando-se o sistema.

### **1.2 Fatores que levaram ao protagonismo judicial**

O texto da Constituição de 1988 apresenta normas programáticas e cláusulas de conteúdo indeterminado e aberto, as quais conciliadas ao rol de direitos

---

<sup>1</sup> TATE, N.; VALLINDER, T. (org.). *The global expansion of judicial power*. New York, NY: New York Univ. Press, 1995, p. 13. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=5PagBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_atb#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=5PagBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false)> Acesso em 04 de dez. de 2019.

<sup>2</sup>Idem.

<sup>3</sup> BARROSO, LR. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> Acesso em: 24 de nov. 2018.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. PortoAlegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 23-27.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. PortoAlegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 42

fundamentais e a universalização do acesso à justiça apresenta a possibilidade de aplicações diretas do texto constitucional, para situações ainda não contempladas na própria lei ou Constituição, promovendo inclusive a “imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público”, principalmente no que se refere às políticas públicas<sup>6</sup>. Oscar Vilhena Vieira<sup>7</sup>, argumenta que o processo de expansão da autoridade judicial, em todo o mundo, torna-se mais agudo com a adoção de constituições mais ambiciosas. Ao citar Canotilho, afirma que as constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por decidir tudo e deixando para o legislativo e o executivo apenas a função de implementação da vontade do constituinte. Ainda, segundo Vieira, “A hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa”.

O que se pretende promover com um constitucionalismo abrangente seria um modelo de magistrado interprete e também protetor de direitos fundamentais, o qual passa a ter uma discricionariedade, interpretando textos legislativos e suprindo lacunas deixadas pelo mesmo, para tornar possível a questão social. O papel do juiz tornou-se de um construtor de uma estrutura político-social, que só é totalmente formada a partir da atividade jurisdicional intensa nestes novos tempos.<sup>8</sup>

Um segundo aspecto, identificado tanto pela autora Loiane Verbicaro, como Luiz Roberto Barroso é de que houve também uma ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal no controle concentrado e jurídico de constitucionalidade, juntamente com a ampliação do rol dos legitimados ativos para proporem as respectivas ações de constitucionalidade<sup>9</sup>.

Além do modelo misto adotado no ordenamento jurídico brasileiro, que mistura o incidental difuso e o controle europeu concentrado, que ocorre por meio de ação direta levada ao Supremo Tribunal Federal, que possibilita que qualquer questão considerada relevante possa ser levada ao STF<sup>10</sup>, houve uma diminuição na rigidez dos critérios para a análise da constitucionalidade dos atos normativos por parte do Poder Judiciário, podendo este declarar acerca da constitucionalidade de determinado dispositivo ou norma.

Um terceiro aspecto seria a crença na inefetividade dos Poderes Executivo e Legislativo. Dentro do contexto social brasileiro, muito se reafirma que os direitos e garantias constitucionais não são vistos na prática, o que viabiliza a incitação do Poder Judiciário na concessão dos mesmos. Observa-se que a “incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça”<sup>11</sup> faz com que haja a enorme demanda de ações judiciais e a consequente preponderância do judiciário.

Identifica-se no que se refere ao Poder Legislativo a chamada ineficiência em razão de leis mal escritas que necessitam de uma interpretação pelo judiciário, ou devido a sua inércia, como no caso da necessidade de normas regulamentadoras. Assim, seja pela ausência de regulação, que produz demandas por efetivação, ou pela existência de regulação, que gera atritos, os interesses e os conflitos sociais não

<sup>6</sup> BARROSO, LR. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). > Acesso em: 24 de nov. 2019.

<sup>7</sup> VIEIRA, OV. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*. São Paulo. 4(2). Jul/dez 2008, p. 441-464. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> > Acesso em -7 de nov. 2019.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, M. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 23.

<sup>9</sup> VERBICARO, LP. “Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil”. *Revista Direito GV*. Vol. 4. Nº. 2. São Paulo (SP). Jul/Dez 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2019.

<sup>10</sup> COSTA, JR. “Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade”. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 225: 45-56, jul/set. 2001. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47564/44778> > Acesso em 05 de dez. de 2019.

<sup>11</sup> VIANNA, LW. “A judicialização das relações sociais”, em (Werneck Vianna, L et all), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.

são satisfeitos nem dirimidos pelas instituições majoritárias e tendem a desaguar no judiciário em busca de solução.<sup>12</sup>

Ainda, identifica-se como uma dos fatores relevantes à viabilização do protagonismo judicial as diversas garantias ao Poder Judiciário, entre elas autonomia orgânico-administrativa (art. 96 CF), independência financeira (art. 99 CF), e aos magistrados, como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídio (art. 95 CF).

Em relação às garantias que apesar das mesmas serem identificadas como o problema relativo ao protagonismo judicial, são do mesmo modo essenciais à democracia liberal<sup>13</sup>. De acordo com Peter Russel, a independência judicial pode ter dois conceitos, a autonomia dos juízes ou o comportamento judicial que indica que os juízes têm uma autonomia elevada, sendo que ambos os conceitos estão relacionados, já que um é um meio para o outro. O que se pretende é que os juízes tenham autonomia para pensar por si mesmos, sem ser controlado por uma instituição ou por outras pessoas, porém a independência judicial não pode resultar em um alto grau de autonomia a ponto de ultrapassarem sua competência.<sup>14</sup>

O problema não são as garantias ao judiciário, mas sim estas não serem acompanhadas da devida responsabilidade, Mauro Cappelletti<sup>15</sup> destaca a importância de se estabelecer proteções e limitações aos juízes, inclusive como condição de existência da independência judicial.

Neste sentido, a partir da análise de diversos fatores, é possível identificar um protagonismo judicial caracterizado essencialmente pela presença expansiva de direitos fundamentais, e muitas vezes não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado, submetidos a apreciação do Poder Judiciário, enquanto resultado de um atributo constitucional e ferramenta de um próprio sistema de controle.

## **2. Consequências antidemocráticas do protagonismo do judiciário**

A partir da intensificação da atividade judicial e ineficiência da própria estratégia de políticas públicas dos demais poderes, tem-se tanto a judicialização excessiva na tentativa de garantia e defesa máxima de direitos fundamentais e o ativismo judicial, enquanto intensificação de uma postura ativa do Judiciário em direção ao criacionismo excessivo em relação à promoção de direitos fundamentais e realização de políticas públicas ou ao próprio controle da atividade dos demais Poderes e garantia da Constituição.

Dessa forma, ao identificar que uma das causas do protagonismo judicial é a de que os indivíduos ou determinada coletividade pleiteiam a tutela de seus direitos junto ao Poder Judiciário, na tentativa de obter a garantia de determinada política pública em face à Administração ou a determinado direito fundamental que considera exigível, é possível inferir que muitas das vezes tem-se a confusão entre o direito de ação com o próprio exercício da democracia.

É possível denotar da leitura do texto constitucional que existem variadas formas de representação cidadã, isto é, com a democracia direta (sufrágio) e indireta (referendo, plebiscito e iniciativa popular), há uma ampliação desta representação

---

<sup>12</sup> VIANNA, LW. "A judicialização das relações sociais", em (Werneck Vianna, Luiz et al), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 149.

<sup>13</sup> RUSSEL, PH. "Toward a General Theory of Judicial Independence", em (Peter H. Russel and David M. O'Brien), *Judicial Independence in the age of Democracy – Critical perspectives from around the World*. University Press of Virginia. 2001. p.2

<sup>14</sup> RUSSEL, PH. "Toward a General Theory of Judicial Independence", em (Peter H. Russel and David M. O'Brien), *Judicial Independence in the age of Democracy – Critical perspectives from around the World*. University Press of Virginia. 2001. p.6

<sup>15</sup> CAPPELLETI, M. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre, Sérgio Fábris Editor. 1989.



quando passam a existir indivíduos que decidem em nome de determinado cidadão ou coletividade (magistratura ou instâncias autorizadas por lei)<sup>16</sup>.

A partir do momento em que, em razão das prerrogativas atribuídas ao Judiciário pelo texto constitucional, de controle de constitucionalidade das leis e garantia da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, os indivíduos passam a buscar na via judicial a realização de praticamente a totalidade de seus direitos, deixando de lado o exercício democrático direto e indireto, muitas vezes confundindo seu direito de ação, com o próprio exercício da democracia.

O problema reside em si na busca da efetividade dos direitos fundamentais pela via do direito de ação, deixando-se de lado a participação no processo de criação de leis e políticas públicas em prol da própria sociedade, bem como o papel contramajoritário do Judiciário na garantia de direitos fundamentais de grupos minoritários.

A via do direito de ação passa a ser estabelecido como via "de exigibilidade da democrática, levando a um desaparecimento do coletivo político"<sup>17</sup>, levando a uma desnaturação do próprio direito de ação e do exercício da democracia. Ainda, "(...) o excesso de direito pode desnaturar a democracia; o excesso de defesa pode bloquear qualquer tomada de decisão; o excesso de garantias pode mergulhar a justiça numa espécie de indecisão ilimitada"<sup>18</sup>.

Neste sentido, observa-se que os papéis do Poder Judiciário e da própria democracia acabam por se desvirtuar, uma vez que este poder passa a garantir e efetivar o direito de todos aqueles que pleiteiam determinada política, perdendo a função de sua atuação contramajoritária, e os indivíduos e coletividades deixam de buscar na via tradicional o exercício da própria democracia, nas suas escolhas políticas.

Ainda, outro problema relativo à democracia seria o sistema de freios e contrapesos, na medida que se identifica uma sobreposição de um Poder sobre o outro. O sistema de freios e contrapesos encontra-se estabelecido como cláusula pétrea no artigo 2º da CRFB, que prevê que os poderes da União são "independentes e harmônicos entre si". Ainda, para cada um dos Poderes são estabelecidas funções típicas e funções atípicas, na qual um Poder exerce uma pequena parte da função que seria de outro, permitindo o controle de uns sobre outros, a fim de promover o equilíbrio e harmonia do sistema de freios e contrapesos. No entanto, quando um dos poderes extrapola os limites de sua função, chegando a interferir, de certa forma, na independência dos outros poderes, acaba por colocar em risco a própria democracia, pois fere o princípio o seu princípio basilar, que é a separação de poderes.

Quando o Poder Judiciário exerce função atípica relativa a mudanças legislativas é possível observar uma diminuição e uma invasão na competência do Poder Legislativo, fazendo com que se questione qual a legitimidade democrática de tal atuação, uma vez que o Poder Judiciário é órgão composto por membros não

<sup>16</sup> VIANNA, LW; BURGOS, M. "Revolução processual do direito e democracia progressiva", em (VIANNA, Luiz Werneck Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2002. p.370/371.

<sup>17</sup> GARAPON, A. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.46

<sup>18</sup> GARAPON, A. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.51.

eleitos diretamente pelo povo.<sup>19</sup> De modo que o papel do juiz mistura-se com o papel legislador, uma vez que ambos passa a serem vistos como criadores do Direito.<sup>20</sup>

Por fim, identifica-se um terceiro fato diretamente correlacionado à democracia que seria a politização do Poder Judiciário. A partir de uma nova conjuntura institucional da democracia política houve a inclusão do Poder Judiciário no terreno da política.<sup>21</sup> Apesar disso, os membros do Poder judiciário são os únicos não eleitos pelo povo, por isso, o objetivo é que apresentem uma atuação apenas técnica com relação à aplicação e interpretação de leis, estruturada de modo a atender às exigências de imparcialidade e independência, de forma que não possam fazer com que suas decisões apresentem um grande viés político, ou influência política maior do que a atuação dos demais poderes.

A Constituição de 1988 faz uma interface entre o universo político e o jurídico, em um esforço para submeter o poder às categorias que mobilizam o Direito, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.<sup>22</sup>

No entanto, é possível verificar uma atuação política mais intensa por parte do Judiciário, principalmente nas hipóteses do controle de constitucionalidade, quando fazem as vezes de legislador negativo, ou ainda no caso da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão e do Mandado de Injunção que atuam como um legislador ativo. Apesar de tais ocorrências serem permitidas e previstas pelo texto constitucional isso pode tornar-se uma problema frente à democracia.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o problema da politização está no fato de que há magistrados que guiam seus votos pela “opinião pública”, ou seja, pelos meios de comunicação de massa, analisando posições jurídicas como se fossem opções ideológicas ou partidárias<sup>23</sup>. Assim considerar a opinião pública nas decisões judiciais, não seria agir de modo democrático “fazendo a vontade do povo”, mas o contrário, pois ao exercer sua função, o judiciário deve levar em conta apenas as leis e questões técnicas do direito.

A dimensão da politização da justiça não depende do desejo ou da vontade do Poder Judiciário. Ela deriva de uma gama excessiva de fatores originariamente alheios à jurisdição, que possuem seu marco inicial em um amplo reconhecimento de direitos, passando pela ineficiência do Estado em concretizá-los e transbordam no aumento da litigiosidade.

---

<sup>19</sup> GARGARELLA, R. “Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois”. Em *publicacion: Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006, p. 183-184. ISBN: 978-987-1183-47-0. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/35172878.pdf> > Acesso em 25 de nov. 2019.

<sup>20</sup> APOLINÁRIO, MN. “A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política”. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, septiembre 2013, p. 34. Disponível em: < <http://caribeña.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/> > Acesso em 05 de dez. 2019.

<sup>21</sup> APOLINÁRIO, MN. “A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política”. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, septiembre 2013, p. 34. Disponível em: < <http://caribeña.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/> > Acesso em 05 de dez. 2019.

<sup>22</sup> BARROSO, LR. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: < [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf) > Acesso em: 04 de dez. 2019.

<sup>23</sup> FERREIRA FILHO, MG. “A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.12, p. 182-188, 1996, p. 195. Disponível em: < <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69181/39070> > Acesso em 26 de nov. de 2019.

Portanto, a minimização da judicialização não depende apenas de medidas tomadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma série de atitudes que envolvem um comprometimento sólido e conciso dos poderes estatais.<sup>24</sup>

### 3. *Accountability* judicial no Brasil

Muito se discutiu a respeito da tradução do termo *accountability*, de forma que até hoje existem algumas divergências quanto a isso. Anna Maria Campos<sup>25</sup>, referência no tema, buscou uma tradução para o termo, considerando que seria sinônimo de responsabilidade objetiva ou obrigação de responder por algo, ensejando a responsabilidade de uma pessoa ou instituição ante outro agente.

Historicamente e semanticamente a palavra *accountability* está relacionada com contabilidade, prestar contas. Pode ser abordada como uma relação ou mecanismo social específico, que envolve uma obrigação de explicar e justificar uma conduta. Isso envolve a possibilidade de debate, perguntas do fórum e resposta do ator, e um julgamento do ator feito pelo fórum, com imposições de sanções.<sup>26</sup> Assim *accountability* pode ser entendida como o dever de pessoas ou instituições detentoras de poder, de fornecer informações e justificativas de seus atos, omissões ou resultados, podendo haver sanção.

A *accountability* possui duas formas: a *accountability* horizontal, conhecida como institucional, ocorre quando os próprios agentes estatais podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais<sup>27</sup>. De acordo com O'Donnell<sup>28</sup>, a *accountability* horizontal ocorre quando há agências estatais com direito e poder e capacitadas para realizar supervisão de rotina e sanções legais contra agentes do Estado que cometeram ações ou omissões delituosas.

Já a *accountability* vertical, é aquela em que a sociedade pode sancionar os agentes estatais. A *accountability* vertical típica é a eleitora, em que, por meio da eleição, os cidadãos sancionam os agentes a partir da avaliação de seus atos e dos resultados obtidos pelos representantes eleitos, por meio do voto. A *accountability* social é uma variação da vertical, em que as organizações da sociedade e a imprensa sancionam os agentes estatais por meio de fiscalização, denúncias e exposição pública<sup>29</sup>. Assim, a *accountability* judicial vertical, apenas pode ser a social, vez que os membros do judiciário não são eleitos.

No Brasil existem alguns mecanismos de *accountability* horizontal com relação ao judiciário, que se firmaram principalmente a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça, no entanto, apesar da existência deste mecanismo, cada vez

<sup>24</sup> APOLINÁRIO, MN. "A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, septiembre 2013, p. 34. Disponível em: < <http://caribeña.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/> > Acesso em 25 de nov. de 2019.

<sup>25</sup> CAMPOS, Anna Maria. "Accountability: quando podemos traduzi-la para o português?". *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182> > Acesso em 01 de dez. de 2019.

<sup>26</sup> BOVENS, Mark. *Two concepts of Accountability Judicial*. Utrecht School of Governance. Bijlhouwerstraat 6, 3511 ZC Utrecht, The Netherlands.

<sup>27</sup> TOMIO, FRL; ROBL FILHO, IN. "Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)." *Revista de Sociologia e Política*, V. 12, Nº 45: p. 29-46 mar. 2013. p. 30. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf> > Acesso em 01 de dez. 2019.

<sup>28</sup> O'DONNELL, G. "Accountability Horizontal e novas poliarquias". *Lua nova*, São Paulo, n.44, p. 25-54. 1998. Disponível: < <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf> > Acesso em 01 de dez. 2019.

<sup>29</sup> TOMIO, FRL; ROBL FILHO, IN. "Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". *Revista de Sociologia e Política*, V. 12, Nº 45: p. 29-46 mar. 2013. p. 30. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf> > Acesso em 01 de dez. 2019.

mais o judiciário vem demonstrado extrapolar suas funções, com decisões que sobrepõe os demais poderes, como já tratado anteriormente.

### **3.1 Accountability judicial horizontal no Brasil: a atuação do Conselho Nacional de Justiça**

A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente a independência judicial, como já mencionado anteriormente. Diante disso, buscou-se uma reforma no Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, e pela criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), trazendo um maior equilíbrio entre *accountability* e a independência judicial.

Antes da criação do CNJ já existiam alguns mecanismos institucionais de *accountability* judicial no Brasil, como o sistema recursal, em que as decisões de magistrados podem ser revistas, além do processo de indicação dos magistrados de tribunais superiores, que são indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado Federal. Além disso, já havia a Lei Orgânica da Magistratura e Estatuto da Magistratura que disciplinava de certa forma o *accountability* judicial, e o poder disciplinar era exercido pelo tribunal, vinculado ao Conselho Nacional da Magistratura. A ação popular, também pode ser considerada um mecanismo de *accountability*, vez que, por meio dela pode-se exigir a anulação de atos lesivos ao patrimônio público.

O CNJ passou a ser o órgão responsável por exercer *accountability* sobre os tribunais, magistrado, serviços auxiliares, serviço notarial e de registro. Assim, o CNJ fiscaliza a concretização de valores da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), e exige a apresentação de dados referentes à prestação jurisdicional e publica estas informações. Além disso, o CNJ possui competência disciplinar administrativa concorrente, vez que pode analisar infração disciplinar, que também pode ser realizado pelos tribunais e suas corregedorias, possuindo também o poder de aplicar sanções sobre os agentes.<sup>30</sup>

O CNJ também tem a obrigação de definir em sessão plenária de planejamento, o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário, visando o aumento da eficiência da racionalização e da produtividade do sistema e maior acesso à justiça.<sup>31</sup>

Entretanto, apesar de todas essas atribuições do CNJ referentes à *accountability*, não se tem verificado a devida responsabilização ou prestação de contas por parte do judiciário, que, como já demonstrado, vem se sobrepondo aos demais poderes. Assim, busca-se compreender por quais motivos a *accountability* horizontal existente hoje no Brasil vem se mostrando insuficiente.

O CNJ é composto por quinze conselheiros, todos advindos das instituições do sistema de justiça, sendo que nove são magistrados, e o presidente do STF acumula a função de presidente do CNJ. Vê-se que não se trata de um controle externo do judiciário, pois os conselheiros em sua maioria são membros do mesmo poder, de forma que as decisões tomadas pelo conselho tenderão beneficiar os magistrados. Além disso, muitos advogados e partes nos processos têm receio de manifestarem sua insatisfação com relação à magistrados e funcionários dos tribunais, e acabarem sendo prejudicados em suas demandas.

De acordo com Campos<sup>32</sup>, as instituições que deveriam exercer a *accountability* horizontal acabam por enfraquece-la, pois grande parte dos abusos na

<sup>30</sup> TOMIO, FRL; ROBL FILHO, IN. "Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". *Revista de Sociologia e Política*, V. 12, Nº 45: p. 29-46 mar. 2013. p. 30. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf> > Acesso em 01 de dez. de 2019.

<sup>31</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Regimento Interno. Art. 4º. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/b8953e0554207c0f4fb95a29e9326532.pdf> > Acesso em: 02 de dez. 2019.

<sup>32</sup> CAMPOS, AM. "Accountability: quando podemos traduzi-la para o português?". *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990. Disponível em: <

gestão da coisa pública não é revelada, passa sem investigação e não há punição, mostrando não ter obrigações perante a sociedade.

Diante disso, mostra-se necessário o aperfeiçoamento dos mecanismos de *accountability* judicial no Brasil, principalmente com uma maior participação dos cidadãos, que são os maiores interessados por uma atuação responsável do poder judiciário.

### 3.2 *Accountability* social como solução?

A *accountability* social se dá a partir de um fortalecimento da voz e da capacidade dos cidadãos de demandar a responsabilização de funcionários públicos e prestadores de serviços, tendo uma melhor capacidade de se envolver de maneira mais informada, direta e construtiva.

Assim, a *accountability* social é usada para se referir à ampla gama de ações e mecanismos que cidadãos, comunidades, organizações da sociedade civil e mídia independente utilizam para responsabilizar servidores públicos. Essa responsabilidade é uma consequência do "pacto social" implícito entre os cidadãos, seus representantes delegados e agentes em uma democracia. Um princípio fundamental na democracia é que os cidadãos têm o direito de exigir responsabilidade, e os atores públicos têm a obrigação de prestar contas.<sup>33</sup>

O judiciário atualmente está decidindo muitos temas referentes à direitos fundamentais e sociais e situações intrínsecas à sociedade, devido à judicialização já tratada anteriormente, o que interfere de forma direta na vida dos cidadãos. Diante disso, é importante destacar que o papel da sociedade civil na efetivação do *accountability* não pode estar relacionada à questões ideológicas ou político-partidárias, mas sim deve restringir-se a um fenômeno empírico, que deve ser compreendido para o funcionamento da democracia.

No sistema atual, há certa *accountability* social sobre magistrados e serviços auxiliares, vez que a mídia muitas vezes denuncia casos de má atuação do judiciário, sendo aplicadas sanções de exposição pública e pressão popular. Além disso o CNJ oferece serviços de ouvidoria, além de fornecer amplas informações com relação ao judiciário e sua prestação jurisdicional, possibilitando à população e grupos da sociedade civil discutir a atuação do poder judiciário, questionando a independência judicial. Os cidadãos detêm a faculdade de denunciar os atos ilícitos praticados por magistrados e servidores judiciais ao CNJ, que poderá aplicar sanção.<sup>34</sup>

Apesar de todas essas possibilidades de participação do cidadão na fiscalização da atuação do judiciário, não se verifica a efetiva atuação da sociedade neste sentido, muito devido à ausência de conhecimento por parte da população desses direitos e do meio para exercê-los, mas também pelo receio de ser prejudicado conforme já mencionado.

Inicialmente, há a necessidade de uma divulgação mais ampla à sociedade da atuação do judiciário, também, de forma mais acessível, principalmente com relação às decisões judiciais. Já se tratou da possibilidade de utilização de assessores de imprensa do judiciário, para fornecerem informações sobre decisões judiciais em uma linguagem mais acessível. Além disso, seria importante a implementação do ensino

---

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182> > Acesso em 01 de dez. de 2019.

<sup>33</sup> MALENA, C; FORSTERS, R; SINGH, J. "Social Accountability: an introduction to the concept and emerging practices". *Social Development Papers – participation and civic engagement*. Paper n. 76, december 2004. The word bank. Disponível em: < <http://documents.worldbank.org/curated/pt/327691468779445304/pdf/310420PAPER0So1itY0SDP0Civic0no1076.pdf> > Acesso em 03 de dez. de 2019.

<sup>34</sup> TOMIO, FRL; ROBL FILHO, IN. "Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". *Revista de Sociologia e Política*, V. 12, Nº 45: p. 29-46 mar. 2013. p. 30. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf> > Acesso em 01 de dez. de 2019.

jurídico nas escolas, para a formação de sociedade mais capaz de compreender e participar das questões relacionadas à atuação do judiciário.

Nesse sentido, Malena, Forsters e Singh consideram que, o recente uso expandido de coleta de dados participativa e ferramentas de análise, combinadas com espaço aprimorado e oportunidade para o engajamento da sociedade civil com o Estado, levaram a uma nova geração de práticas de prestação de contas que enfatizam uma sólida base de evidências e interação direta com o governo homólogos. Estas incluem, por exemplo, a formulação de políticas públicas participativas, o orçamento participativo, rastreamento de gastos públicos, monitoramento de cidadãos e avaliação da prestação de serviços públicos.

Além de esforços para melhorar o conhecimento dos cidadãos e o uso de mecanismos convencionais de responsabilização (por exemplo, através da educação pública sobre direitos legais e serviços disponíveis) e esforços para melhorar a eficácia dos mecanismos de responsabilização "internos", por exemplo, através do envolvimento dos cidadãos em comissões e audiências, conselhos consultivos de cidadãos e comissões de fiscalização.<sup>35</sup>

A *accountability* social ocorre por meio do uso de uma gama de recompensa e sanções formais praticadas pelos cidadãos, incluindo a pressão pública. Mecanismos informais de recompensa ou sanção geralmente dependem da criação de pressão, por exemplo, através de press releases (positivos ou negativos), cobertura da mídia, apoio ou protesto, "interface" reuniões entre os cidadãos e as autoridades públicas, petições, etc.

Quando necessário, os grupos de cidadãos podem recorrer a meios formais de sanção ou execução para efetuar mudanças, por exemplo, apresentando provas a uma agência de controle da corrupção, recorrendo a um ombudsman arquivamento de um pedido legal através do sistema judicial. Muitas vezes, no entanto, tais meios são ausentes, ineficazes ou inadequada para efetuar uma mudança real. Nesses casos, as ações dos cidadãos podem ter como objetivo revelar as inadequações de mecanismos, fazer pressão por sua reforma ou procurar melhorar sua eficácia através de uma maior participação do público. Novamente, esses tipos de ações podem levar a criação de novos mecanismos de aplicação híbridos, incluindo, por exemplo, comissões de supervisão de cidadãos ou mecanismos de reparação de queixas<sup>36</sup>. Com relação ao judiciário no Brasil, esses mecanismos advém do CNJ.

## **Conclusão**

O modelo de separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos constitui a essência do Estado Democrático de Direito, de forma que não há como existir uma independência judicial institucional plena, sem que haja adequada *accountability*.

O objetivo primordial da presente pesquisa foi ressaltar que o Poder Judiciário passou a ter papel protagonista na aplicação e interpretação de dispositivos que contém previsões acerca das garantias e dos direitos fundamentais tanto individuais como coletivos, bem como no controle dos demais Poderes instituídos, passando a interferir de modo ativo nas relações privadas e públicas. Conforme vislumbrou-se ao longo da discussão tal postura acarreta em consequências para a democracia,

---

<sup>35</sup> MALENA, C; FORSTERS, R; SINGH, J. "Social Accountability: an introduction to the concept and emerging practices". *Social Development Papers – participation and civic engagement*. Paper n. 76, december 2004. The world bank. Disponível em: < <http://documents.worldbank.org/curated/pt/327691468779445304/pdf/310420PAPER0So1itY0SDP0Civic0no1076.pdf> > Acesso em 03 de dez. de 2019.

<sup>36</sup> MALENA, C; FORSTERS, R; SINGH, J. "Social Accountability: an introduction to the concept and emerging practices". *Social Development Papers – participation and civic engagement*. Paper n. 76, december 2004. The world bank. Disponível em: < <http://documents.worldbank.org/curated/pt/327691468779445304/pdf/310420PAPER0So1itY0SDP0Civic0no1076.pdf> > Acesso em 03 de dez. de 2019.

tais como a confusão entre o direito de ação e o próprio exercício da democracia, a intensa politização do Poder Judiciário e a invasão de competências típicas de outros poderes, ferindo assim o sistema de freios e contrapesos.

Identifica-se ainda que o cidadão, sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, volta-se para o juiz, fazendo com que o conjunto de recursos criado pelo legislador lhe proporcione vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. Em razão de tais consequências é fundamental observar e analisar os mecanismos de controle existentes em relação ao comportamento ativo judicial, motivo pelo qual, apresentou-se a *accountability* social como uma possível forma de proteção da democracia e controle da própria atuação Judiciário.

Nesse sentido, foi possível observar que para que se tenha uma *accountability* efetiva, é necessário o fornecimento de dados e informações a respeito do judiciário e sua prestação jurisdicional, isto é, transparência no fornecimento destas informações. Tais, dados e informações devem ser interpretados e analisados para que sejam operacionalmente úteis e acessíveis a todos os cidadãos. É importante também que haja uma ampla divulgação destes destas informações, e dos mecanismos de controle delas.

Ademais, constata-se ser fundamental o trabalho de conscientização da população, promovendo uma maior participação dos cidadãos em questões relacionadas ao judiciário. Além de informar de que maneira a população pode exercer a *accountability* social, seja por meio da participação em audiências públicas, reclamações na ouvidoria do CNJ, pressão popular, denúncias.

Os mecanismos de *accountability* social e horizontal devem estar integrados e se complementarem, para haja uma eficaz responsabilização do judiciário, pois mecanismos de *accountability* horizontal promovem também uma participação da sociedade, vez que, apuram e divulgam dados e informações, oferecem plataformas para a manifestação, denúncia e discussão sobre estas questões.

Diante disso, a hipótese inicial deste artigo foi confirmada em parte, vez que a *accountability* social se mostra adequada para solucionar o problema do protagonismo judicial, buscando-se uma devida responsabilidade e responsabilização pelos atos que os agentes cometes, no entanto, para que seja efetiva, são necessários mecanismo que *accountability* horizontal que forneçam aparato suficiente para a participação da sociedade, de forma que uma complementa a outra, funcionando em conjunto.

## Referências

- BARROSO, LR. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>
- BOVENS, M. *Two concepts of Accountability Judicial*. Utrecht School of Governance. Bijlhouwerstraat 6, 3511 ZC Utrecht, The Netherlands.
- CAMPOS, AM. "Accountability: quando podemos traduzi-la para o português?". *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9049/8182>>
- CAPPELLETTI, M. *Juizes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. PortoAlegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, M. *Juizes irresponsáveis?* Porto Alegre, Sérgio Fábris Editor. 1989.
- COSTA, JR. "Controle Difuso e Concentrado de Constitucionalidade". *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 225: 45-56, jul/set. 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47564/44778>>
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Regimento Interno. Art. 4º. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/b8953e0554207c0f4fb95a29e9326532.pdf>>

- FERREIRA FILHO, MG. "A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v.12, p. 182-188, 1996. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69181/39070>>
- GARAPON, A. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget.
- GARGARELLA, R. *Em nome da constituição. O legado federalista dois séculos depois*. Em publicação: Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx Boron, Atilio A. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales; DCP-FFLCH, Departamento de Ciencias Políticas, Faculdade de Filosofia Letras e Ciencias Humanas, USP, Universidade de São Paulo. 2006, p. 183-184. ISBN: 978-987-1183-47-0. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/35172878.pdf>>
- MALENA, C; FORSTERS, R; SINGH, J. "Social Accountability: an introduction to the concept and emerging practices". *Social Development Papers – participation and civic engagement*. Paper n. 76, december 2004. The word bank. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/pt/327691468779445304/pdf/310420PAPER0So1ity0SDP0Civic0no1076.pdf>>
- NUNES APOLINÁRIO, M. "A nova dogmática constitucional da separação das funções (ou poderes) estatais e a judicialização da política". *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, septiembre 2013. Disponível em: <<http://caribeña.eumed.net/separacao-funcoes-poderes/>>
- O'DONNELL, G. "Accountability Horizontal e novas poliarquias". *Lua nova*, São Paulo, n.44, p. 25-54. 1998. Disponível: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>>
- RUSSEL, PH. "Toward a General Theory of Judicial Independence", em (Peter H. Russel and David M. O'Brien), *Judicial Independence in the age of Democracy – Critical perspectives from around the World*. University Press of Virginia. 2001.
- TATE, N; VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York, NY: New York Univ. Press, 1995. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=5PagBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_atb#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.br/books?id=5PagBwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_atb#v=onepage&q&f=false)>
- TOMIO, FRL; ROBL FILHO, IN. "Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)". *Revista de Sociologia e Política*, V. 12, Nº 45: p. 29-46 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v21n45/a04v21n45.pdf>>
- VERBICARO, LP. "Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil". *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n.2, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>.
- VERÍSSIMO, MP. "A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira". *Revista Direito GV*. Vol. 4. Nº. 2. São Paulo (SP). Jul/Dez . 2008.
- VIEIRA, OV. "Supremocracia". *Revista Direito GV*. São Paulo. 4(2). Jul/dez 2008, p. 441-464. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>
- VIANNA, LW. "A judicialização das relações sociais", em (Werneck Vianna, Luiz et al), *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- VIANNA, LW; BURGOS, M. "Revolução processual do direito e democracia progressiva", em (VIANNA, Luiz Werneck Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora UFMG, 2002.



## **Responsabilidad Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo**

Civil Liability and Protection of Personal Data: Individual Guardianship and Collective Procedural Law

**Mariana Battochio Stuart<sup>1</sup>**

**Victor Augusto Estevam Valente<sup>2</sup>**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

**Sumário:** Introdução. 1. Lei Geral de Proteção de Dados no Brasil. 1.1. Perspectiva Histórica. 1.2. Consentimento e Autodeterminação Informativa. 2. Tratamento Inadequado de Dados Pessoais e Modelos de Responsabilidade Jurídica. 2.1. Da Integridade Como Fluxo Informacional. 2.2. Tutela Individual e Modelos de Responsabilidade Civil na LGPD. 2.3. Responsabilidade Objetiva e Teorias do Risco. 2.4. Tomada de Posição. 2.5. Da Tutela Processual Coletiva. 3. Dano Moral Coletivo e Selo de Duplo Castigo Por o Mesmo Hecho ("Ne bis in idem"). 4. Complexidade Digital e Vulnerabilidade Ampliada. 4.1. Da Vulnerabilidade no Ambiente Digital. 4.2. Direito Administrativo Sancionador e Controvérsias Acerca da Tutela Penal dos Dados Pessoais: A Hiper Vulnerabilidade Penal no âmbito da LGPD. Conclusões. Bibliografia.

**Resumen:** Este artículo tiene por objetivo analizar los fundamentos de la responsabilidad civil como consecuencia del tratamiento inadecuado de datos personales, tanto desde la perspectiva de la tutela individual como del Derecho Procesal Colectivo. Nos preguntamos acerca de la interpretación dialógica entre la Ley nº 13.709/18 (Ley General de Protección de Datos Personales) con la Ley nº 8.078/90 (Código de Defensa del Consumidor), la Ley nº 12.414/11 (Ley de Registro Positivo), la Ley 7.347/85 (Ley de la Acción Civil Pública) y la Constitución de 1988.

**Palabras-clave:** Protección de Datos Personales; Responsabilidad Civil; Tutela Individual; Derecho Procesal Colectivo.

**Abstract:** This article aims to analyze the fundamentals of civil liability as a result of the inadequate treatment of personal data, both from the perspective of individual protection and of collective procedural law. We will verify about the dialogical interpretation between the federal Constitution of 1988, Law number 13.709/18, Law number 8.078/90, Law number 7.347/1985 and Law number 12.414/11.

---

<sup>1</sup> Doctoranda y Máster en Derechos Difusos y Colectivos en la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Supervisora Jurídica en el Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns de la Facultad de Derecho de la PUC/SP.

<sup>2</sup> Doctorando y Máster en Derecho Penal en la Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Coordinador del curso de Especialización de Criminología, Derecho Penal y Procesal Penal y de los Cursos de Extensión en *Compliance Digital* de la Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-CAMPINAS). Abogado y consultor jurídico.

**Keywords:** Protection of Personal Data; Civil Responsibility; Individual Protection of Personal Data; Collective Procedural Law.

## Introducción:

El instituto de la responsabilidad expresa las tendencias, transformaciones y evolución de la ciencia jurídica, estableciendo reglas y principios y con el objetivo de garantizar los intereses, individuales y transindividuales, para concretar la efectividad del postulado de la dignidad humana.

Debido a las relaciones sociales construidas en el seno de una sociedad digital y compleja, bajo la perspectiva del respeto a los llamados derechos humanos fundamentales<sup>3</sup>, se muestra imperativo la mejora de un régimen de responsabilidad por la violación de datos personales apto a la inmediata prevención y, en el caso de que no sea viable tal prevención, posterior reparación, de manera amplia, de las diversas modalidades de daños provenientes de conductas antijurídicas que pueden alcanzar los más variados campos de intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de los individuos titulares de datos personales o de una dada colectividad de datos constante de bancos de datos masificados.

La sociedad de masa, inevitablemente, generó bancos de datos de usuarios y consumidores que afectan derechos de la personalidad individuales o transindividuales, no limitados, por lo tanto, a la esfera de uno o algunos individuos.

La construcción de marcos legales complejos e innovadores evidencia la relevancia del derecho a la privacidad, en especial la protección de los datos personales. En palabras de Rafael Mafei Rabelo Queiroz, con la autonomización legislativa del derecho a la protección de datos, es más fácil reconocer el derecho a la protección de datos como un bien jurídico *per se*: tratándose de dato personal, poco importará si la información en cuestión es de hecho sensible al derecho a la privacidad de su titular. Ese desarrollo agregó al derecho de protección de datos personales un conjunto de subderechos, con remedios específicos, que el derecho a la privacidad no conocía, a ejemplo de los derechos de conocimiento, complementación, actualización y corrección de datos personales en pose de un controlador.

Se puede concluir que, violado o incumplido el deber jurídico de protección de datos personales, surge, para quien lo incumplió o violó, la responsabilidad o el deber jurídico impuesto, por la obligación de tutelar la privacidad y autodeterminación de los datos personales, según se expondrá a continuación.

## 1. Ley General de Protección de Datos en Brasil

### 1.1. Perspectiva Histórica

En la década del 70, la formación de diversos bloques económicos regionales intensificó el elevado compartimiento de datos personales a nivel internacional. Tanto las empresas como el gobierno alcanzaron mayor eficiencia y productividad, surgiendo al mismo tiempo la necesidad de resguardar la privacidad, especialmente frente al flujo abierto y transfronterizo de datos<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Como vamos a inferir más adelante, la protección de los datos personales es integrante del rol de los Derechos Humanos, pues se trata de derecho del hombre positivado en tratados internacionales. Además, es integrante del rol de los derechos fundamentales, pues el artículo 5º, inciso X, de la Constitución Federal brasileña disciplinó que *son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a la indemnización por el daño material o moral proveniente de su violación*, siendo una inferencia lógica la fundamentalidad de la protección de datos personales.

<sup>4</sup> OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 20.

La protección de datos personales fue elevada a la categoría jurídica, haciéndose prevista en las más diversas legislaciones, teniendo como baluarte la autodeterminación informativa, que consiste en el derecho fundamental de la persona, de carácter subjetivo, de controlar y procesar el tratamiento de sus datos, posibilitando el libre desarrollo de su personalidad, como también su libre iniciativa en la comunidad democrática<sup>5</sup>.

En esta toada, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (Reglamento EU 2016/679 o *General Data Protection Regulation*) tiene por fin prevaleciente crear mecanismos de adecuación para mejor salvaguardar la privacidad y la autodeterminación informativa, garantizando la transparencia y, concomitantemente, el derecho a la información por el titular de datos<sup>6</sup>.

En América Latina, países como Argentina, Chile y Colombia, editaron sus legislaciones de protección de datos. En Argentina, vigora la Ley nº 25.326, reglamentada por el Decreto 1.558/01 y por otras disposiciones de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, en cuanto en Chile se sigue la Ley General Sobre Protección de la Información Personal.

En Brasil, el sistema jurídico de protección a la privacidad era fragmentado en las áreas de la salud, del sector financiero, de crédito y de telecomunicaciones, generando dificultades en la actuación del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor (SNDC) para la prevención y la reparación de los derechos correlatos.

Ese sistema no estaba orientado por una legislación específica, restringiendo a las siguientes disposiciones o leyes dispersas: (i) Constitución Federal; (ii) Código Civil, con énfasis para su artículo 21, que asegura la protección de la vida privada de la persona natural; (iii) Código de Defensa de Consumidor, especialmente en su artículo 43; (iv) Ley nº 12.414/11 (Ley de Registro Positivo), que dispone sobre la formación y consulta a bancos de datos con informaciones de cumplimiento, de personas naturales o de personas jurídicas, para formación de historial de crédito; (v) Marco Civil de la Internet (Ley nº 12.965/14), reglamentado por el Decreto-ley nº 8.771, del 11 de mayo de 2016; (vi) Ley General de Telecomunicaciones (Ley nº 9.472/97) con destaque a su artículo 3º; y (vii) Ley Complementar nº 105/2001, que dispone sobre la confidencialidad bancaria.

Sin embargo, la Ley nº 13.709, del 14 de agosto de 2018, intitulada "Ley General de Protección de Datos Personales" (LGPD), inauguró un sistema de gobernanza de recolección y uso legítimo de datos personales, ya sea por el poder público o por el sector privado<sup>7</sup>, volviéndose el centro axiológico y legislativo de datos personales en Brasil<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> A título de ejemplo, Viktor Mayer-Sconberger clasificó la evolución de las leyes de protección de datos en cuatro generaciones. En líneas generales, la protección surgió con enfoque tecnológico, con el objetivo de asegurar el control, vía concesiones, para la creación de bancos de datos personales y regular el control de uso de estos datos por el Estado. La regulación se desarrolló hasta alcanzar, actualmente, una tutela más efectiva de los datos personales en la complejidad y relevancia que la temática merece. Cf. MAYER-SCONBERGER, V. *General development of data protection in Europe*, En: *Technology and privacy: The new landscape*. (AGRE, P; ROTENBERG, M. coord.), MIT Press, Cambridge, 1997.

<sup>6</sup> Este reglamento es autoaplicable, o sea, no depende de leyes nacionales que sean compatibles con sus disposiciones.

<sup>7</sup> "Art. 1º Esta Ley dispone sobre el tratamiento de datos personales, inclusive en los medios digitales, por persona natural o por persona jurídica de derecho público o privado, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de libertad y de privacidad y el libre desarrollo de la personalidad de la persona natural."

<sup>8</sup> La LGPD pasó por diversas alteraciones, mereciendo destaque la Medida Provisoria nº 959 de 2020, que amplió la *vacatio legis* de un número significativo de dispositivos para el 03 de mayo de 2021. Según lo dispuesto en el artículo 65, inc. I, de la LGPD, entraron en vigor, el 28 de diciembre de 2018, los artículos 55-A a 55-L, 58-A y 58-B. Por otro lado, la Medida Provisoria nº 959 de 2020 amplió la *vacatio legis* de los demás dispositivos para el 03 de mayo de 2021, a pesar de que sea necesario que esa medida todavía sea tratada por la Cámara y

Es importante resaltar que la LGPD tiene alcance extraterritorial, puesto que incidirá independientemente del país donde está localizada la sede de la persona jurídica de derecho público o privado. Es decir, se aplica al país donde estén localizados los datos, independientemente del país sede (art. 3º, “*caput*”).

## 1.2. Consentimiento y Autodeterminación Informativa

La valorización del consentimiento sirvió para la consolidación de la autodeterminación informativa, inaugurando, según Stefano Rodotà, un movimiento “rumbo a un renacimiento del consentimiento”<sup>9</sup>.

Bajo ese prisma, entendemos que la autodeterminación informativa es una extensión de la personalidad humana, constituyendo el derecho del titular a controlar y proteger sus datos personales mediante tecnologías de procesamiento de información<sup>10</sup>.

La misma es consecutaria de la privacidad y establece que el titular de los datos personales debe tener el control sobre la omisión o transmisión de sus datos. Paralelamente, debe existir transparencia total, también denominada *full disclosure*, acerca de las informaciones por el agente de tratamiento.

E, incluso frente a una política de total transparencia, tal no es suficiente para eliminar la responsabilización por daños causados por el uso indebido de datos del titular.

Eso proviene, sobre todo, de contratos relacionales - es decir, aquellos cuya ejecución se transfiere en el tiempo -, que, por definición, no siempre ofrecerán *feedbacks* razonablemente previsibles a sus participantes, pues, dada la existencia de costos de transacción y de la racionalidad limitada de las partes involucradas, es inevitable que, eventualmente, tales contratos se vuelvan completos para eventos que, en principio, pueden no estar cubiertos en el abanico de derechos y obligaciones establecidos y de riesgos asignados *ex ante* por los contratantes.

Por otro lado, se destaca que, cualesquiera que sean las asignaciones de derechos y obligaciones provenientes de esas decisiones tomadas *ex post*, tales decisiones siempre se dotarán de externalidades, lo que impone cautela redoblada para que decisiones de esa naturaleza no tergiversen *ex post* las expectativas de las partes en el momento de la contratación *ex ante* - especialmente en cuanto a la asignación de riesgos a ser soportados por los contratantes - y para que las mismas no creen inseguridad jurídica e impongan un aumento sistémico de los costos de transacción<sup>11</sup>.

Sostenemos que la autodeterminación informativa puede manifestarse de varias formas durante el proceso de conocimiento y control del flujo de los datos personales por su titular.

Hay casos en los que, una vez ya compartidos sus datos personales, el titular desea tan solamente obtener la transparencia y el conocimiento acerca del tratamiento de sus datos por las organizaciones.

En este caso, se encuadran los deberes de información de los agentes de tratamiento con relación al titular, en observancia a los principios de la transparencia y del libre acceso.

---

por el Senado a fin de que la conviertan en ley y, con eso, produzca sus regulares efectos. Finalmente, los artículos correspondientes a las sanciones administrativas solamente entrarán en vigor a partir del 1º de agosto de 2021.

<sup>9</sup> RODOTÀ, S. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 74.

<sup>10</sup> Según lo ya destacado, ese término surgió en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en 1983, en decisión que involucra la Ley del Censo, en la que fueron declarados nulos dispositivos que permitían la comparación y transmisión de datos sensibles por reparticiones públicas.

<sup>11</sup> Nota técnica número 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENAACON/MJ. Proceso 08012.000723/2018-19. Disponible en: <https://www.justica.gov.br/Acesso/sistema-eletronico-de-informacoes-sei>. Acceso el 19.04.2020.

Por otro lado, hay situaciones en las que el titular de datos desea preservar su privacidad, intimidad o vida privada, poseyendo el derecho de anonimización, eliminación o rectificación de sus datos personales.

Esa es la lógica del artículo 17 de la LGPD, bajo el fundamento de que *"Toda persona natural tiene asegurada la titularidad de sus datos personales y garantizados los derechos fundamentales de libertad, de intimidad y de privacidad, en los términos de esta Ley."*

En este punto, siguen los principios de la precisión y de la seguridad física y lógica. En el primero, el titular tiene asegurado el derecho de rectificación de sus datos. En el segundo, el controlador y el operador de banco de datos se ocupan de garantizar las precauciones necesarias en relación a la inapropiada utilización de los datos.

Creemos, por lo tanto, que la autodeterminación informativa es derecho personalísimo autónomo, dirigida a finalidades específicas de su titular, aunque tenga cierta relación con la privacidad. Se verifica, por ejemplo, la previsión del artículo 2º de la LGPD, que cita la privacidad, en un sentido amplio, en inciso apartado con relación a la autodeterminación informativa<sup>12</sup>.

Cabe destacar el concepto de autodeterminación informativa emitido por el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, bajo el fundamento de que esta consiste en el poder de tomar personalmente las decisiones fundamentales sobre la utilización de sus datos personales, estando informado y consciente de las consecuencias de esta decisión<sup>13</sup>.

Por ejemplo, la autodeterminación informativa y la transparencia exigen que el contrato de prestación de servicios tenga claridad en la política de uso de aplicaciones de internet.

Así, el tratamiento inadecuado de datos personales proviene del incumplimiento de la legislación pertinente al tema, o del no suministro de la seguridad que el usuario puede esperar del propio tratamiento, teniéndose en cuenta ciertas circunstancias relevantes.

Siguiendo lo dispuesto en el artículo 44 de la LGPD, son circunstancias relevantes, entre otras, *"el modo a través del cual se realiza el tratamiento"* (inc. I); *"el resultado y los riesgos que razonablemente se esperan del mismo"* (inc. II); y *"las técnicas de tratamiento de datos personales disponibles en la época en la que fue utilizado"* (inc. III).

Los agentes de tratamiento deben adoptar medidas de seguridad como también medidas técnicas y administrativas aptas para la protección de datos personales frente a accesos no autorizados, además *"[...] de situaciones accidentales o ilícitas de destrucción, pérdida, alteración, comunicación o cualquier forma de tratamiento inadecuado o ilícito"* (art. 46, "caput", LGPD).

En el caso de que no se adopten esas medidas de seguridad, tanto el controlador como el operador responderán por los daños provenientes de aquella violación (art. 44, párrafo único, LGPD)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> "Art. 2º La disciplina de la protección de datos personales tiene como fundamentos: I - el respeto a la privacidad; II - la autodeterminación informativa; III - la libertad de expresión, de información, de comunicación y de opinión; IV - la inviolabilidad de la intimidad, de la honra y de la imagen; V - el desarrollo económico y tecnológico y la innovación; VI - la libre iniciativa, la libre competencia y la defensa del consumidor; y VII - los derechos humanos, o-el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el ejercicio de la ciudadanía por las personas naturales."

<sup>13</sup> DPDC, de la Secretaría de Derecho Económico, del Ministerio de Justicia, fechado el 11.09.2013, nota número 40/CGEMM/DPDC/SENACON/2013. Disponible en: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/40-2013.pdf>. Acceso el 19.04.2020.

<sup>14</sup> En la esfera civil, las responsabilidades del controlador y del operador se definen con base en el artículo 42, §1, de la LGPD, que así dispone: "A fin de asegurar la efectiva indemnización al titular de los datos: I - el operador responde solidariamente por los daños causados por el tratamiento cuando incumpla las obligaciones de la legislación de protección de datos o cuando no haya seguido las instrucciones lícitas del controlador, hipótesis en que el operador se

Otra cuestión de suma importancia dice respecto al consentimiento y a la incidencia de daños a los titulares de los datos personales.

En la práctica forense, se firmó el entendimiento de que el carácter genérico del consentimiento obtenido por usuarios de plataformas *on-line* no puede ser visto como un “cheque en blanco” para que sus datos estén a disposición de quien quiera que sea<sup>15</sup>.

En verdad, el conocimiento y el control de flujo de datos por sus titulares son de suma importancia para impedir prácticas consumeristas abusivas o fraudulentas.

En caso contrario, la divulgación de datos que no esté en consonancia con la declaración de voluntad del consumidor viola, entre otros dispositivos, el artículo 112 del Código Civil.

A título de ilustración, la incumbencia de demostrar la no filtración de datos y su regularidad es de los propios desarrolladores de los sitios y aplicaciones, pues estos tienen la capacidad de monitorear las operaciones en su plataforma, lo que no pueden realizar los propios consumidores.

## **2. Tratamiento Inadecuado de Datos Personales y Modelos de Responsabilidad Jurídica**

### **2.1. De la Integridad Como Flujo Informacional**

El tratamiento de datos proviene de una relación obligacional, ya sea gratuita u onerosa. Consiste en toda operación realizada con datos personales, tales como las que se destinan a la recolección, producción, recepción, clasificación, utilización, acceso, reproducción, transmisión, distribución, procesamiento, archivo, almacenamiento, eliminación, evaluación o control de la información, modificación, comunicación, transferencia, difusión o extracción (art. 5º, inc. X, de la Ley nº 13.709/18).

En ese prisma, el tratamiento adecuado de datos personales requiere una evaluación más amplia: es indispensable que se analice la integridad del flujo o tráfico de sus datos personales, denominada “privacidad como integridad contextual” (“privacy as contextual integrity”), bajo el riesgo de que desaparezca la importancia social del dato.

Los actores involucrados, el tipo o característica del dato personal y la forma a través de la cual se disemina son elementos para el análisis contextual. Compartiendo ese entender, Bruno Bioni agrega que es necesario un análisis progresivo de esos elementos bajo los prismas tanto del flujo informacional interno, referente a los actores y atributos del dato, como del flujo informacional externo, correspondiente a la diseminación<sup>16</sup>.

En ese marco, la LGPD restringe las posibilidades en que el tratamiento de datos personales será admitido y, por lo tanto, legítimo, por medio de hipótesis legales, llamadas de bases legales o jurídicas. Vale decir, el tratamiento de los datos personales comunes solamente será posible si posee base teórica en una de las 10 (diez) bases legales previstas en el artículo 7º de la ley de regencia<sup>17</sup>.

---

equipara al controlador, salvo en los casos de exclusión previstos en el art. 43 de esta Ley; II - los controladores que estén directamente involucrados en el tratamiento del cual provinieron daños al titular de los datos responden solidariamente, salvo en los casos de exclusión previstos en el art. 43 de esta Ley.”.

<sup>15</sup> Nota técnica número 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ. Proceso 08012.000723/2018-19. Disponible en: <https://www.justica.gov.br/Acesso/sistema-eletronico-de-informacoes-sei>. Acceso el 19.04.2020.

<sup>16</sup> BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 199.

<sup>17</sup> CRUZ, A; RIBEIRO, C.A; TEIXEIRA, J.P. F; BAÑOS, J; MIRANDA, L.A; COTS, M; AZEVEDO, R; OLIVEIRA, R. “O Legítimo Interesse e a LGPD”, (Oliveira, R; Cots, M. coords.), Thomson Reuters, São Paulo, 2020, p. 49-50.

El suministro del consentimiento (inc. I) es una base legal que autoriza el tratamiento de datos por el controlador y por el operador. Ya en las demás hipótesis (incs. II a X), los agentes de tratamiento están autorizados a tratar los datos independientemente del consentimiento.

En cuanto a los datos sensibles, se seguirán las 8 (ocho) bases legales del artículo 33 de la LGPD, además de una más híbrida, consistente en el tratamiento para la prevención de fraudes.

Si bien, será el caso de tratamiento inadecuado de datos si, en alguna de esas etapas, la operación con los propios datos ofende: (i) a la finalidad de los límites contractuales estipulados por las partes, o sea, si hay obtención y utilización de datos desvinculada o ajena a las finalidades de la propia recolección; (ii) al consentimiento del usuario.

Así, ese tratamiento inadecuado es susceptible de responsabilización en las esferas civil y administrativa, sin daño de responsabilidad criminal<sup>18</sup>.

## **2.2. Tutela Individual y Modelos de Responsabilidad Civil en la LGPD**

Fuera de la reglamentación legal acerca del tratamiento de datos personales, la responsabilidad civil es de suma importancia para el equilibrio de las relaciones correspondientes, máxime si la actividad acarrea daños a los titulares de datos<sup>19</sup>.

Bajo el ángulo de la tutela individual, la protección de datos personales es instrumento esencial para la salvaguardia de la personalidad humana, razón por la cual es indispensable la institución de mecanismos que le garanticen al titular el conocimiento y control sobre sus propios datos<sup>20</sup>.

El artículo 42 de la LGPD prevé la responsabilidad civil proveniente de las operaciones de datos personales, bajo el fundamento de que, en caso de violación a la legislación de protección de datos, tanto el controlador como el operador deberán responder por el daño causado a los otros, a título patrimonial, moral, individual o colectivo.

El operador también debe conocer las normas relativas a la protección de datos personales. En caso contrario, podrá incurrir en descumplimiento de la ley o actuar en desacuerdo con las instrucciones lícitas del controlador, respondiendo solidariamente (art. 42, §1º, inc. I)<sup>21</sup>.

Además, es común que el tratamiento de datos personales envuelva más de un agente, principalmente más de un controlador. Así, serán responsabilizados

---

<sup>18</sup> La LGPD no prevé crímenes específicos para el tratamiento inadecuado de datos personales, al contrario de lo que se verifica en otros países, a ejemplo de la Ley de Protección de Datos Personales en Portugal (Ley nº 58/2019), que asegura la ejecución, en el orden jurídico nacional, del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (Reglamento nº 2016/679).

<sup>19</sup> OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 323. Opice Blum y Nóbrega Maldonado agregan: “La responsabilidad civil en materia de datos personales es primordial para el equilibrio de las relaciones de esa naturaleza, sobre todo cuando se involucra la tecnología. A título ejemplificativo, una rápida búsqueda por un tema específico en Internet podrá rápidamente devolver una enorme base de datos. Más que eso, ese estudio, o acceso a un sitio, podrá iniciar o alimentar un interminable perfil sobre preferencias e intereses de ese usuario de la red, alimentando algoritmos y otras tecnologías predictivas a respecto del comportamiento del usuario, con masivo tratamiento de datos personales involucrado”.

<sup>20</sup> Según dispone el artículo 22 de la LGPD, la defensa de los intereses de los titulares de datos podrá ser ejercida en juicio, individual o colectivamente, de acuerdo con las disposiciones e instrumentos previstos acerca de las tutelas individual y colectiva.

<sup>21</sup> “§1º A fin de asegurar la efectiva indemnización al titular de los datos: I - el operador responde solidariamente por los daños causados por el tratamiento cuando incumpla las obligaciones de la legislación de protección de datos o cuando no haya seguido las instrucciones lícitas del controlador, hipótesis en que el operador se equipara al controlador, salvo en los casos de exclusión previstos en el art. 43 de esta Ley”.

solidariamente los controladores que estén involucrados directamente en el tratamiento del cual ocurrieron daños al titular de los datos (art. 42, §1º, inc. II)<sup>22</sup>.

Ese modelo de responsabilidad ocupa suma importancia, pues no le compete al titular de datos el onus de identificar, dentro de una cadena económica, cuál de los agentes fue quien causó el daño<sup>23</sup>.

Sin embargo, los agentes de tratamiento no serán responsabilizados si prueban (art. 43): (i) que no realizaron el tratamiento de datos personales que se les atribuye (inc. I); (ii) que, aunque hayan realizado el tratamiento de datos personales que se les atribuye, no hubo violación a la LGPD (inc. II); o (iii) que el daño proviene de culpa exclusiva del titular de los datos o de tercero (inc. III).

No obstante, la LGPD no prevé, claramente, si la responsabilidad es de naturaleza objetiva o subjetiva, haciéndose indispensable el análisis de esa temática<sup>24</sup>.

En el ámbito de las relaciones de consumo, prevalece la responsabilidad objetiva, independientemente de culpa, por daños causados a consumidores por incidente de datos, aplicándose lo dispuesto en el CDC.

En efecto, la legislación consumerista, en sus artículos 12 a 14, disciplina, de forma clara, la responsabilidad objetiva de involucrados en la cadena de consumo, ya sea de productos o de servicios, cuyas características se analizarán oportunamente.

Los casos que no abarquen las relaciones de consumo, prevalece, en regla, la responsabilidad subjetiva mientras la responsabilidad objetiva será aplicada solamente en hipótesis excepcionales, es decir, mediante expresa previsión legal, puesto que tal no es presumible<sup>25</sup>.

### 2.3. Responsabilidad Objetiva y Teorías del Riesgo

Bajo el ángulo del Derecho Civil, la responsabilidad objetiva tiene respaldo en la teoría del riesgo, en particular en el riesgo de la actividad, según consagrado en el artículo 927, párrafo único, del Código Civil<sup>26</sup>.

En virtud de la teoría del riesgo, se configura la responsabilidad objetiva como resultado del riesgo de la actividad. Sin embargo, esa teoría posee diversas vestiduras, a saber: (i) teoría del riesgo integral; (ii) teoría del riesgo administrativo; (iii) teoría del riesgo provecho; y (iv) teoría del riesgo creado.

Por la teoría del riesgo integral, la responsabilidad es más abarcativa y contundente, prescindiendo de la configuración de nexo causal y aunque la causa del daño haya sido exclusivamente de la víctima.

Esa teoría no se aplica a la LGPD, pues el artículo 43 de la aludida legislación prevé, expresamente, causas de exclusión de la responsabilidad de los agentes de tratamiento, quitando toda posibilidad de riesgo integral por incidente de datos<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> "§1º II - los controladores que estén directamente involucrados en el tratamiento del cual ocurrieron daños al titular de los datos responden solidariamente, salvo en los casos de exclusión previstos en el art. 43 de esta Ley."

<sup>23</sup> OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 323.

<sup>24</sup> La responsabilidad objetiva está respaldada en la prueba del daño y del nexo causal, independientemente de culpa. La responsabilidad subjetiva, a su vez, calza en la culpa en sentido amplio, envolviendo el dolo (conducta voluntaria) o la culpa en sentido estricto, o sea, negligencia, imprudencia o impericia.

<sup>25</sup> OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 325.

<sup>26</sup> "Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), cause daño a otros, queda obligado a repararlo. Párrafo único: Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados en ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implique, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otros."

<sup>27</sup> OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 327.



Por la teoría del riesgo administrativo, la responsabilidad objetiva vincula la Administración Pública por los daños causados en sus actividades de consecución del interés público. Vale decir, el particular no debe asumir los daños que son resultado de actividades de esa naturaleza, ya que depende del poder público proporcionarlas, asumiendo sus riesgos ante terceros (art. 37, §6º, CF)<sup>28</sup>.

Ese modelo de responsabilidad se encuadra en la LGPD para los agentes públicos como resultado del tratamiento de datos personales. Cabe, sin embargo, una advertencia en cuanto a la responsabilidad objetiva, pues, de acuerdo con el entendimiento predominante del Supremo Tribunal Federal, tal solamente se aplica para eventuales actos comisivos de los agentes públicos, en cuanto que, para actos omisivos, la responsabilidad estatal es subjetiva<sup>29</sup>.

Por la teoría del riesgo provecho, la caracterización de la responsabilidad objetiva, en especial del deber de indemnizar, se condiciona al provecho económico ganado en razón de la operación de tratamiento de datos personales, aunque indirectamente, con baluarte en la máxima "donde está el bono deberá estar la carga" ("*ubi emolumentum ibi ônus*").

Por último, la teoría del riesgo creado significa que el agente será obligado a indemnizar, independientemente de culpa o de cualquier provecho económico, por ejercer una actividad que, en su naturaleza, lo somete a una situación de riesgo.

## 2.4 Toma de Postura

Entendemos que la LGPD se fundamenta, en regla, en la responsabilidad civil subjetiva, siendo necesaria la demostración de la culpa y del daño, de conformidad con el artículo 186, c./c. el artículo 927, ambos del Código Civil.

Ese modelo de responsabilidad es compatible con la dignidad humana (art. 1º, inc. III, CF) y las finalidades de la LGPD, en particular la libre iniciativa y la seguridad jurídica de los agentes de tratamiento, evitando la banalización del deber de indemnizar simplemente por la realización de una actividad de riesgo<sup>30</sup>.

Excepcionalmente, el tratamiento de datos personales puede constituir una actividad específica que, por su naturaleza y circunstancias, los riesgos le sean inherentes, siendo el caso de responsabilidad objetiva por los daños causados.

En ese punto, la responsabilidad objetiva consubstanciada en la teoría del riesgo, prevista en el Código Civil para casos excepcionales, también se aplica a incidentes de seguridad en datos personales a la luz de la LGPD.

La culpa asume aún mayor relevancia en las hipótesis del artículo 42, §1º, de la LGPD, que equipara el operador al controlador.

Es posible que ocurra una mitigación de la responsabilidad del controlador ante la inobservancia de alguna instrucción lícita por el operador.

---

<sup>28</sup> "Art. 37. §6º Las personas jurídicas de derecho público y las de derecho privado prestadoras de servicios públicos responderán por los daños que sus agentes, en esa cualidad, causen a terceros, asegurado el derecho de regreso contra el responsable en los casos de malicia o culpa"

<sup>29</sup> La LGPD disciplina la posibilidad de tratamiento e intercambio de datos por la administración pública. El artículo 7º, inc. III, de la LGPD prevé la base legal para tratamiento de datos, asegurando a la administración pública el tratamiento y uso compartido de datos necesarios para la ejecución de políticas públicas preceptuadas en leyes y reglamentos o respaldadas en contratos, convenios o instrumentos similares. En lo que respecta a los datos sensibles, el tratamiento compartido de tales datos solamente podrá ocurrir, sin consentimiento del titular, cuando sean necesarios para la ejecución de políticas públicas previstas en leyes o reglamentos (art. 11, inc. II, "b", de la LGPD).

<sup>30</sup> Opice Blum y Nóbrega Maldonado complementan: "En versiones anteriores del Proyecto de Ley que dio origen a la Ley General de Protección de Datos, se llegaron a incluir disposiciones que conceptuaban la actividad de tratamiento de datos personales como actividad de riesgo, expresamente, las que después fueron retiradas de la proposición en el transcurso del proceso legislativo" (Cf. OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 327).

En un primer caso, si el controlador contrata al operador, mediante instrucciones lícitas, para el tratamiento de datos, pero el último los opera en desacuerdo con aquellas instrucciones, iniciando una nueva actividad de control para la cual no fue delegado, el operador se equipara al controlador y deberá ser responsabilizado solidariamente, con fulcro en el art. 42, §1º, inc. I, de la LGPD.

Incluso así, el controlador podrá eximirse de la responsabilidad civil si comprueba que el daño fue resultado de culpa exclusiva del operador, ajustándose en la hipótesis prevista en el artículo 43, inciso III, de la LGPD<sup>31</sup>.

También es digno de mención, la inversión de la carga probatoria, que podrá ser determinada por el magistrado en caso de imposibilidad o excesiva dificultad en cumplir el encargo probatorio, siendo cierto que tal medida depende de la fundamentación necesaria<sup>32</sup>.

E, independientemente de la responsabilidad objetiva o subjetiva, es cierto que el deber de indemnizar depende, estrictamente hablando, de la efectiva demostración del daño, salvo en los casos de daño presumido ante el incidente que haya violado la intimidad del titular de datos.

En el último caso, sostenemos que no todo daño deberá ser presumido - incluso los casos excepcionales -, debiendo ser analizadas las circunstancias de cada situación fáctica, bajo pena de volverse trivial el deber de indemnizar.

En el caso de que se reconociera el daño presumido en todas las situaciones excepcionales, operaría de forma automatizada, la responsabilidad objetiva por un incidente de seguridad incluso frente a un daño inexistente, alejándose de los reales objetivos de la LGPD, que son los de garantizar la libre iniciativa y la seguridad jurídica a los agentes de tratamiento<sup>33</sup>.

## 2.5. De la Tutela Procesal Colectiva

Bajo la perspectiva colectiva, la autodeterminación informativa no involucra solamente el permiso del consumidor para la utilización de sus datos personales. Va más allá: constituye un proceso de tratamiento de las informaciones en etapas, cada una de ellas contiene mecanismos para garantizar los derechos fundamentales colectivos.

Por lo que se ha firmado el entendimiento de que las normas de protección colectiva también son necesarias para la salvaguarda de datos personales, no bastando la tutela individual.

Eso porque, con el desarrollo tecnológico y el crecimiento y consolidación del comercio electrónico, se verificó la masificación de bancos de datos personales de consumidores. Por esta razón, la construcción de un ordenamiento jurídico internacional de protección de datos personales se desvinculó, al menos en parte, del enfoque individualista y adoptó la protección colectiva.

El tratamiento de datos personales puede consistir en actividad de masa, afectando un número indeterminado de personas, razón por la cual es pacífica la idoneidad de las acciones para la reparación de daños colectivos, o sea, para la protección de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

El artículo 22 de la LGPD prevé la aplicación de la tutela colectiva de los datos personales, con incidencia de las legislaciones pertinentes, sean ellas, la Ley

---

<sup>31</sup> Por más que el ejemplo se refiera a la exclusión de responsabilidad del controlador, tal distancia podrá incidir en el operador, he aquí que el artículo 43 de la LGPD se refiere a "agentes de tratamiento".

<sup>32</sup> La LGPD también reconoce la posibilidad de inversión de la carga de la prueba en sede de proceso civil, en los términos del artículo 42, §2º: "El juez, en el proceso civil, podrá invertir la carga de la prueba a favor del titular de los datos cuando, a su juicio, la alegación sea verosímil, haya hiposuficiencia para fines de producción de prueba o cuando la producción de prueba por el titular le resulte excesivamente onerosa."

<sup>33</sup> En el mismo sentido: OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 328.

7.347/85 (Ley de la Acción Civil Pública), especialmente su artículo 21, y los artículos 81, 90 y 104 del CDC, en virtud del principio de la integración.

La protección colectiva también está consagrada en el artículo 42 de la LGPD, bajo el fundamento de que el controlador o el operador tienen la obligación de reparar el daño causado a otros en virtud del ejercicio de actividad de tratamiento de datos personales.

Y, en consonancia con lo que dispone el §3º del artículo 42 de la ley de regencia, las acciones de reparación por daños colectivos que tengan por objeto la responsabilización civil, pueden ser ejercidas colectivamente en juicio<sup>34</sup>.

En nuestra opinión, la protección de datos personales deberá ser ejercida en todas las categorías de derechos colectivos (en sentido amplio o "lato sensu"), involucrando tanto los derechos difusos y colectivos como los individuales homogéneos, además de comprender la máxima amplitud del proceso colectivo, admitiendo todas las especies de acciones, procedimientos, disposiciones y medidas, máxime de liminares ante la dinámica de flujo de los datos personales<sup>35</sup>.

Los derechos difusos comprenden grupos menos determinados de personas - mejor que personas indeterminadas, son antes personas indeterminables-, entre las cuales no existe vínculo jurídico o fáctico preciso. Son como un haz o conjunto de intereses individuales, de objeto indivisible, compartidos por personas indeterminables, que están unidas por circunstancias de hecho conexas<sup>36</sup>.

Incidirá esa forma de protección para asegurar el respeto, por los agentes de tratamiento, a la privacidad y a la autodeterminación informativa de ciudadanos indeterminables expuestos a prácticas abusivas, cuya tutela se caracteriza por su naturaleza indivisible y sin existencia de relación jurídica-base.

Los intereses colectivos en sentido estricto ("*stricto sensu*"), a su vez, tienen como principal diferencia la indeterminación relativa de los sujetos. El enlace entre los varios titulares colectivos surge de una relación jurídica-base, tales como el hecho de integrar el mismo banco de datos personales de un determinado proveedor de producto o servicio<sup>37</sup>.

Es decir, hay una relación jurídica-base entre los consumidores y el controlador de banco de datos - léase, el proveedor -, bien como una tutela indivisible.

Los derechos individuales homogéneos, como lo sugiere la propia terminología, son esencialmente individuales. No obstante, se tratan de forma colectiva para la mejor defensa de sus titulares en juicio, desde que provengan de origen común<sup>38</sup>.

Por ejemplo, esa tutela se dirige al resarcimiento de daños materiales (patrimoniales) y morales por fuga de datos personales de un grupo de personas, desde que los daños provienen de un origen común.

Se expresa en ese sesgo, el principio de la amplia jurisdicción de la demanda, que tiene por finalidad primordial discutir asunto en común en la acción colectiva, posibilitando la extensión "in utilibus" de la cosa juzgada colectiva, con base en el artículo 94 del CDC, combinado con los artículos 6º y 7º de la LACP.

Y, siguiendo los principios de la universalidad de la jurisdicción y del máximo beneficio de la tutela jurisdiccional colectiva común, una única sentencia, por medio de la inmutabilidad de sus efectos, aprovecha a un número indeterminado de interesados, notadamente de las víctimas y sus sucesores, que la podrán invocar, en provecho individual, para la liquidación y la ejecución de ese título, sin la necesidad de presentación de acciones individuales para la obtención de sentencias individuales (art. 103, §3º, CDC).

---

<sup>34</sup> "Art. 42. §3º Las acciones de reparación por daños colectivos que tengan por objeto la responsabilización en los términos del caput de este artículo pueden ser ejercidas colectivamente en juicio, observado lo dispuesto en una legislación pertinente."

<sup>35</sup> Se desprende del análisis conjunto de la LACP (arts. 12 y 21), del CDC (arts. 83 y 90) y del principio constitucional de la inestabilidad jurisdiccional (art. 5º, XXXV, CF).

<sup>36</sup> MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 55.

<sup>37</sup> CARVALHO NETO, I. *Manual de Processo Coletivo*, Juruá, Curitiba, 2008, p. 36.

<sup>38</sup> VIGLIAR, J. M. M. *Ação Civil Pública*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 54.

Se señala que los legitimados para ejercer la protección colectiva de los datos personales son los mismos de la acción civil pública, o sea, todos los enumerados en el artículo 5º de la Ley 7.347/85<sup>39</sup>.

Habiendo una brecha de alguna de las leyes de ese microsistema de tutela colectiva de datos personales, le cabrá al intérprete suplirla por medio de la aplicación subsidiaria del Código de Proceso Civil.

### **3. Daño Moral Colectivo y Sello de Doble Castigo por el Mismo Hecho (“*Ne bis in idem*”)**

Antes de la edición de la LGPD, la jurisprudencia ya se inclinaba hacia el reconocimiento del daño moral colectivo, en particular por el riesgo de fuga de los datos personales de clientes o no clientes.

Por ejemplo, el Ministerio Público del Distrito Federal y de los Territorios, por medio de su Comisión de Protección de Datos Personales, pleiteó, en acción civil pública, la condenación de un banco digital a la indemnización de daños causados a intereses colectivos, como resultado de un incidente de seguridad, o sea, omisión en la seguridad de la información ante la extorsión de un supuesto “hacker”, culminando en la fuga de datos personales de clientes y no clientes (v.g., empleados y ejecutivos) de aquella institución financiera<sup>40</sup>.

En el proceso administrativo, la reparación del daño colectivo también es posible en el ámbito de las sanciones administrativas para las prácticas infractoras consideradas graves, sin perjuicios de las sanciones de naturaleza civil, penal y de las definidas en normas específicas, según lo dispuesto en el CDC y en el Decreto nº 2.181/97<sup>41</sup>.

Tratándose de datos personales, es posible la caracterización de las prácticas infractoras previstas en los incisos X a XV del artículo 12 en el Decreto nº 2.181/97, que generalmente involucran la circunstancia agravante relativa al daño colectivo o de carácter repetitivo, cuya sanción administrativa deberá ser fijada con ayuda del artículo 18, c./c. el artículo 26, inciso VI, ambos del decreto aludido<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Ellos son: (i) Ministerio Público, (ii) Defensoría Pública, (iii) Unión, estados, Distrito Federal y Municipios, (iv) autarquías, empresas públicas, fundaciones o sociedades de economía mixta; y (v) asociaciones.

<sup>40</sup> Acerca de los hechos, se instauró la investigación civil nº 08190.097749/18-95. El Ministerio Público del Distrito Federal y de los Territorios ofreció acción civil pública (proceso nº 0721831.64.2018.8.07.0001), bajo la narración de que el banco digital se vale de tecnologías móviles, tales como aplicaciones, bajo la alegación de que sus usuarios cuentan con un control rápido y “seguro” de sus cuentas. A principios de mayo de 2018, un “hacker” invadió el sistema informático del banco y reubicó los datos personales de, aproximadamente, 100 mil personas, que involucraban documentos, fotos de cheques, e-mails, transacciones, contraseñas e informaciones personales de clientes y no clientes, en archivo criptografado de 40 GB, exigiendo ventaja financiera para impedir la fuga de datos. Negándose a responder a los cuestionamientos formulados por el órgano ministerial, el banco se limitó a informar, el 10 de mayo de 2018, que no había fraude referente al incidente, ni a la presencia de daños a sus clientes. El 18 de diciembre de 2018, la 15ª Vara Civil de la Circunscripción Especial Judicial de Brasília homologó el acuerdo, en audiencia de conciliación, entre el banco y el órgano ministerial, consistente en la reparación de los daños morales colectivos de carácter nacional, por el valor de R\$ 1.500.000,00. Para acceso a la acción civil pública y al acuerdo, cf.: Disponible: [https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro\\_2018/ACP\\_-\\_Banco\\_Inter.pdf](https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/ACP_-_Banco_Inter.pdf). Acceso el 02/06/2020; [https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro\\_2018/Ata\\_de\\_Audi%C3%Aancia\\_Banco\\_Inter.pdf](https://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/Ata_de_Audi%C3%Aancia_Banco_Inter.pdf). Acceso el 02/06/2020.

<sup>41</sup> El Decreto nº 2.181/97 dispone sobre la organización del Sistema Nacional de Defensa del Consumidor, además de instituir normas generales de aplicación de las sanciones administrativas, sin perjuicio de las sanciones de naturaleza civil, penal y de las definidas en normas específicas (art. 18).

<sup>42</sup> “Art. 12. [...] X - impedir o dificultar el acceso gratuito del consumidor a las informações existentes en subcripciones, fichas, registros de datos personales y de consumo, archivados sobre sí mismo como también sobre las respectivas fuentes; XI - elaborar registros de

En el caso *Cambridge Analytica*, el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), de la Secretaría Nacional del Consumidor (SENACON), instauró proceso administrativo (nº 08012.000723/2018-19) ante *Facebook Inc.* y *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.*, con el fin de determinar irregularidades cometidas por los representados, consistente en el intercambio indebido de datos de usuarios.

*Facebook* fue condenado por violación a los principios de la buena fe, al derecho a la privacidad y a las informaciones claras y adecuadas sobre bienes y servicios, reconociendo que, pese a que los actos lesivos fueron de responsabilidad de la matriz norteamericana de la empresa, la teoría de la apariencia y de la solidaridad determinan que la persona jurídica del mismo grupo económico localizada en Brasil tiene legitimidad para figurar en el polo pasivo de la acción, con apoyo en §2º del artículo 11 del Marco Civil de Internet<sup>43</sup>.

En ese marco, el Ministerio de Justicia y Seguridad Pública editó la Portería nº 71, del 28 de febrero de 2020, que dispone sobre las reglas para la formalización de término de ajuste de conducta (TAC) en los procesos administrativos sancionatorios, en el ámbito de la Secretaría Nacional del Consumidor y del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública.

Entre las cláusulas obligatorias de acuerdo, una de ellas se refiere al daño colectivo. Es decir, el acuerdo deberá contener el compromiso de ajuste de la conducta irregular dirigido a la reparación del daño colectivo y, al mismo tiempo, la prevención de conductas similares (art. 10, inc. I, de la Portería nº 71)<sup>44</sup>.

La conclusión del acuerdo no tendrá importancia en la confesión acerca del asunto de hecho, tampoco en el reconocimiento de la ilicitud de la conducta irregular, ocasionando el archivo del proceso administrativo correspondiente. No obstante, la prestación de informaciones incorrectas sobre los compromisos asumidos autorizará el reenvío del hecho a los órganos de persecución criminal, además de la aplicación de la multa por valor superior a las sanciones a ser cumplidas en el proceso administrativo originario (art. 10, §3º, inc. I).

Sin perjuicio, la LGPD cuenta con previsión demasiado amplia, admitiendo expresamente el daño moral colectivo en sede de tutela civil, bajo la premisa de que el controlador u operador que "[...] cause a otros daño patrimonial, moral, individual

---

consumo con datos irreales o imprecisos; XII - mantener registros y datos de consumidores con informaciones negativas, divergentes de la protección legal; XIII - dejar de comunicar al consumidor, por escrito, la abertura de subscripción, ficha, registro de datos personales y de consumo, cuando él no lo solicitó; XIV - dejar de corregir, inmediata y gratuitamente, la inexactitud de datos y registros, cuando el consumidor lo solicite; XV - dejar de comunicar al consumidor, en un plazo de cinco días útiles, las correcciones de registro que él solicitó [...]".

<sup>43</sup> Según la nota técnica, *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* fue notificado para responder a los siguientes cuestionamientos, con base en el art. 44 de la Ley nº 9.784/99 y en el art. 42 del Decreto nº 2.181/97: "¿Cuál es el alcance del supuesto intercambio irregular? O sea, ¿cuál es el número de usuarios brasileños afectados por eso? ¿Cuál era la finalidad de la captura de los datos de los consumidores? Detalle y aclare; Según las noticias, los usuarios habían estado de acuerdo en hacer un "test" en línea y habían consentido en compartir sus datos "para fines académicos". ¿Esa información procede? Si no, ¿cómo los datos de los usuarios brasileños fueron compartidos con Cambridge Analytica? Informe; Informe si, además de Cambridge Analytica, los datos compartidos también se proporcionaron a otras empresas sin que el usuario brasileño haya dado consentimiento específico para eso; ¿Facebook tiene asociación, contrato o cualquier vínculo con empresa que promueva el marketing político partidario en Brasil? En caso afirmativo, explique; Después de la asunción de intercambio irregular, por parte de la empresa, ¿qué hizo o está haciendo Facebook para solucionar el problema? Especifique las acciones tomadas de forma minuciosa; ¿Cómo actúa Facebook para proteger los datos de sus usuarios y de qué instrumentos dispone para que esa protección sea efectiva?" Nota Técnica nº 32/2019/ CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ. Proceso 08012.000723/2018-19. Representante: Departamento de Protección y Defensa del Consumidor – *ex officio*. Representados: Facebook Inc. y Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Decisión de 27/12/2019, pág. 2.

<sup>44</sup> Disponible: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-71-de-28-de-fevereiro-de-2020-245476418>. Acceso el: 02/06/2020.

o colectivo, en violación a la legislación de protección de datos personales, está obligado a repararlo" (art. 42, "caput", parte final).

A partir de la lectura precisa de la ley, son posibles las siguientes modalidades de daño: (i) daño patrimonial, de naturaleza individual; (ii) daño moral individual; y (iii) daño moral colectivo.

Se sugiere, además, cautela en la fijación de la reparación del daño civil y de la multa en la esfera administrativa, bajo el riesgo de violación a la prohibición del doble castigo por el mismo hecho ("ne bis in idem").

Dependiendo de las circunstancias fácticas, la multa simple podrá ser impuesta en hasta el 2% (dos por ciento) de la facturación de la persona jurídica de derecho privado – excluidos los tributos –, limitado el total a R\$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales) por infracción (art. 52, inc. II). Paralelamente, el daño moral colectivo también asume funciones punitiva, preventiva, pedagógica y reparadora, debiendo ser arbitrado en cumplimiento a los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad, sin la exacerbación de valores y enriquecimiento sin causa.

Además, ha de ser calculado con base en la extensión o consecuencias del daño, además de tener en cuenta las condiciones económicas y sociales tanto de la víctima como de la persona jurídica obligada, siguiendo lo dispuesto en el artículo 944 del Código Civil<sup>45</sup>.

Tratándose de relaciones de consumo, las funciones preventivas y pedagógicas tienen el objetivo de desestimular la práctica de actos similares no solamente por el infractor como también por los demás integrantes de la sociedad. Se destina al perfeccionamiento continuo de los proveedores y prestadores de servicio en general, bajo pena de condena judicial.

La función reparadora, a su vez, tiene la finalidad de compensar los daños sufridos por la víctima, ante la imposibilidad de restablecerse, mediante pago en dinero, la condición anterior ("status quo ante").

La función punitiva implica subsidio de dinero por parte del infractor por no respetar las normas protectoras y cogentes del Código de Defensa del Consumidor, correspondiéndole, de esa manera, satisfacer al consumidor por el ilícito practicado.

#### **4. Complejidad Digital y Vulnerabilidad Ampliada**

##### **4.1. De la Vulnerabilidad en el Ambiente Digital**

Desde la perspectiva del Código de Defensa del Consumidor, la vulnerabilidad es uno de los principios de mayor importancia para la protección del consumidor, consagrado en el artículo 4º, inciso I, de la Ley nº 8.078/90. Vale decir, la vulnerabilidad es un presupuesto fáctico, inherente a todo consumidor, que asegura una ecuación justa en el ámbito de las relaciones de consumo.

La vulnerabilidad asume las siguientes clasificaciones: (i) vulnerabilidad técnica; (ii) vulnerabilidad jurídica; (iii) vulnerabilidad fáctica; y (iv) vulnerabilidad informacional<sup>46</sup>.

En vista de las más diversas vulnerabilidades, se garantiza a los consumidores el conocimiento y el control acerca del flujo de sus datos personales en las relaciones de consumo, máxima en el comercio electrónico, en vista de que tales informaciones se ofrecen inexorablemente para la constitución del contrato consumerista.

En este contexto, el ambiente digital se caracteriza por su complejidad, causando la despersonalización, desmaterialización, desterritorialización y atemporalidad de la contratación electrónica, haciendo que el consumidor sea más

---

<sup>45</sup> "La indemnización se mide por la extensión del daño".

<sup>46</sup> Por ejemplo, se aplica la LGPD a borrador o lista que contenga datos personales y que servirá a cierta actividad empresarial, de connotación económica.

frágil, con la consecuente ampliación de su vulnerabilidad, sobre todo del titular de datos<sup>47</sup>.

Y esa vulnerabilidad ampliada o agravada<sup>48</sup> es designada por una parte considerable de la doctrina como "hiper vulnerabilidad"<sup>49, 50</sup>.

Entre los desiguales, la voluntad de las partes no puede ser más dejada enteramente libre (escenario exclusivamente privado), debiendo ser sometida a las dimensiones pública y social de las relaciones jurídicas. O sea, la libertad de las partes es, en lo sucesivo, pautada y limitada por normas que aunque no anulen el interés privado, lo condicionan a la búsqueda del equilibrio; normas que limitan el poder del proveedor - más fuerte en la relación - y, al mismo tiempo, crean mecanismos de compensación al consumidor - parte vulnerable<sup>51</sup>.

La informática se caracteriza por su complejidad, pues, aunque haya educación en el usuario para utilizarla, no se volverá un técnico del asunto y, por lo tanto, constantemente encontrará dudas acerca de su modo de uso e informaciones.

Vale decir, el usuario está distante de las informaciones técnicas en el área de la informática, desconociendo las funciones, límites y riesgos de los sistemas.

La complejidad induce, a veces, al propio usuario a adherirse o a adoptar comportamientos de forma insegura.

Valiéndose de esa complejidad, no es poco común que los proveedores, voluntariamente, dejen de registrar, en los *websites*, las informaciones necesarias sobre su producto o servicio, incumpliendo su deber de informar al consumidor.

La violación del deber de informar proviene de varias causas, entre las cuales:  
(i) la intención de ocultar condiciones contractuales que sean abusivas o "leoninas";  
(ii) intención de ocultar productos defectuosos o servicios deficientes.

---

<sup>47</sup> La vulnerabilidad técnica significa que, en ciertas situaciones, el consumidor no tiene informaciones técnicas sobre el producto o el servicio. La vulnerabilidad jurídica significa que el consumidor no conoce sus derechos y deberes en el ámbito de las relaciones de consumo. La vulnerabilidad fáctica, a su vez, se caracteriza como una situación concreta específica en la cual el consumidor posee cierta debilidad, como en los siguientes ejemplos: (i) consumidor niño; (ii) anciano; (iii) consumidor analfabeto, entre otros. Finalmente, la vulnerabilidad informacional es desdoblamiento de la vulnerabilidad fáctica, o sea, el consumidor está situado en una posición pasiva en el ámbito de las relaciones de consumo, sin tener condiciones plenas de conferir la veracidad de las informaciones del producto, además de ser vulnerable a las estrategias de comunicación y de publicidad de los proveedores ("marketing"). La vulnerabilidad informacional también guarda relación con la vulnerabilidad técnica, puesto que el consumidor, frente a la complejidad del ambiente digital, no posee conocimiento suficiente acerca de elementos técnicos del producto o servicio ofrecidos en aplicaciones o sitios de internet, haciendo inviable su comprensión sobre el funcionamiento de las tecnologías y de los riesgos a los cuales está sometido.

<sup>48</sup> Según Bruno Bioni: "Por eso, se señala que el consumidor es (hiper) vulnerable en medio de ese mercado informacional. Ese agravamiento proviene de la situación objetiva pertinente a su inserción en el mercado informacional, cuyos trazos de vulnerabilidad son peculiares y se sobreponen al común de las tradicionales relaciones de consumo" (BIONI, B. R. "Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento", 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 158).

<sup>49</sup> Etimológicamente, la "hiper vulnerabilidad" está compuesta por el prefijo griego "hyper", que consiste en "aumento" o "agravamiento", además de "vulnerabilidad", que proviene del latín "vulnus", o sea, "lastimado" o "herida". Así, "hiper vulnerabilidad" consiste en la potencialización o agravamiento de la vulnerabilidad.

<sup>50</sup> La doctrina difiere si la hiper vulnerabilidad se define a partir de criterio objetivo o subjetivo. Para Bruno Bioni, se adopta el criterio objetivo del consumidor, independientemente del análisis acerca de la situación, permanente o temporaria, que se encuentra el consumidor; basta que esté inserto en el mercado informacional para que sea hiper vulnerable (BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 158, nota de pie de página, ítem 134).

<sup>51</sup> RIOS, J. O. "A defesa do consumidor e a imprensa". En: MORATO, A. C. NERI, P. T. *Vinte anos do Código de Defesa do Consumidor. Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*, Atlas, São Paulo, 2010, p. 42.

En ese escenario, los productos singulares o específicos, que poseen características propias, impiden o dificultan el conocimiento pleno de sus especificidades por parte del consumidor, ampliando la vulnerabilidad técnica de este.

La vulnerabilidad técnica no deriva tan sólo de la falta o insuficiencia de informaciones sino también de sus excesos o del suministro de informaciones innecesarias, dificultando la comprensión del consumidor acerca de los detalles o especificaciones técnicas del producto o servicio, con la consecuente "polución informacional".

Teniendo en vista que la vulnerabilidad del usuario es agresiva y amplia, es indispensable que se amplíe, proporcionalmente, el espectro del deber de informar del proveedor.

Por otro lado, se amplía la complejidad del ambiente digital a medida que las tecnologías y los medios de suministro de productos y servicios evolucionan rápida y abruptamente, razón por la cual el consumidor, incluyendo al titular de datos personales, no tiene condiciones – técnicas e informacionales - de acompañar *in pari passu* tales cambios, restando ampliadas sus vulnerabilidades técnicas e informacionales.

Esa vulnerabilidad es incluso agravada debido a las siguientes prácticas: (i) asimetría informacional<sup>52</sup>; (ii) datos comportamentales y *adaptive pricing*<sup>53</sup>; (iii) *geoblocking* y *geopricing*<sup>54</sup>; y (iv) problema de agregación (*problem of aggregation* ou *aggregation effect*)<sup>55</sup> y crimen de hurto de identidad ("*identify theft*"), que equivale al *phishing*, todavía no criminalizado en Brasil<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> El amplio acceso del proveedor a las informaciones obtenidas sobre el consumidor puede caracterizar una nueva vulnerabilidad. Esa información en abundancia del proveedor, involucrando la obtención de datos personales del consumidor, provoca un desequilibrio en las relaciones de consumo en sus diversas etapas y, como consecuencia, una asimetría informacional, requiriendo una reevaluación de los fundamentos contractuales, a ejemplo de la buena fe.

<sup>53</sup> La publicidad comportamental tiene la finalidad de analizar los modos de uso de internet y de consumo por parte de los usuarios, con el objetivo de utilizarlos para la elaboración y divulgación de anuncios alineados a las preferencias y hábitos de los propios usuarios-consumidores.

<sup>54</sup> Los proveedores, por medio del análisis de esos datos comportamentales, adaptan el precio de sus productos o servicios ofrecidos por internet, de acuerdo con la localización o región en que el consumidor realiza el acceso, acarreado en el *geoblocking* y *geopricing* y, consecuentemente, en la discriminación ilícita del consumidor.

<sup>55</sup> Para Solove, la concepción tradicional de privacidad no debe prosperar frente a lo que él denomina "problema de agregación" ("*problem of aggregation*"). La tecnología tiene el potencial de agregar detalles e informaciones del consumidor y, con eso, hace posible la creación de su personalidad. Vale decir, cada parte de las informaciones individuales, una vez analizadas aisladamente, no son reveladoras. Sin embargo, las informaciones personales se hacen significativas a partir del momento en el que se analizan en conjunto, siendo posible crear un retrato sobre la personalidad de cada individuo, o mejor dicho, de su biografía digital (*digital biography*). Así, "la información genera información" (SOLOVE, D. J. "Access and Aggregation: Public Records, Privacy and the Constitution". En: *Minnesota Law Review*, v. 86, 2002, p. 1138-1217. Disponible: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1094>. Acceso el: 19/04/2020, p. 1185).

<sup>56</sup> El hurto de identidad consiste en la conducta del agente que se apodera de informaciones personales de un individuo para abrir nuevas cuentas bancarias, adquirir tarjetas de crédito, obtener préstamos de la forma más rápida posible, entre otros. Se encuadra, técnicamente, en el *phishing*, también llamado "pesca *on-line* de identidad" o "pesca de informaciones personales y confidenciales por medio de dispositivos informáticos", o sea, en la conducta de confundir a los usuarios de internet para que brinden informaciones personales o confidenciales, en lo que el infractor, con pose de las informaciones, logra acceso a determinados servicios, tales como e-mail o home banking, con la finalidad de obtener ventaja económica indebida. En Brasil, la jurisprudencia lo clasifica como crimen de hurto mediante fraude, aunque, a nuestro ver, no deba ser considerado crimen patrimonial sino un acto preparatorio para otros crímenes. A propósito del tema, cf. GOMES, R. B. O; SILVA, M. S. L. "O Enquadramento Jurídico Penal do 'Phishing' e Suas Repercussões no Furto Informático". En: *Letras Jurídicas*, Centro Universitário Newton Paiva, n. 3, 2/2014, p. 177.



A título de ejemplo, la empresa "Decolar" ofreció una representación frente a "Booking.com", por la práctica de *geopricing* y *geoblocking*, ocasionando la instauración del proceso administrativo nº 08012.002116/2016-21<sup>57</sup>.

Otra muestra es la discriminación de precio y la calidad del producto o servicio definidos de acuerdo con la publicidad comportamental ("profiling") y que, en regla, configuran prácticas abusivas. No raras veces, se ofrecen los precios discriminadamente a los usuarios, teniendo en cuenta sus circunstancias o características personales conocidas por la empresa.

Esas prácticas anticompetitivas generan consecuencias en los más diversos senos jurídicos.

En el Código de Defensa del Consumidor, está la configuración de prácticas abusivas, notoriamente la elevación, sin justa causa, del precio de productos y servicios (art. 39, inc. X, de la Ley nº 8.078/90).

En la Ley Antimonopolio, se caracteriza en acto competitivo, particularmente de discriminación de adquirientes o proveedores de bienes o servicios por medio de la fijación diferenciada de precios, o de condiciones operacionales de venta o prestación de servicios (art. 36, inc. X, "d", de la Ley nº 12.529/11).

En el Marco Civil de Internet, se configura una violación a la neutralidad de red, o sea, al tratamiento isonómico de datos, pues hay (indebidamente) una distinción de contenido, origen, servicio, terminal o aplicación.

Así, le compete al responsable por la discriminación o degradación del tráfico actuar de otra manera, tales como (art. 9º, §2º, incs. II y IV, de la Ley nº 12.965/14): (i) actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía (inc. II); y (ii) ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas (inc. IV).

En la Ley General de Protección de Datos Personales, está la obtención y el uso indebido de datos personales. Cabe decir, la recolección y el tratamiento de datos, ya sean personales o sensibles, dependen del consentimiento de su titular (art. 2º, incs. II y VI, de la Ley nº 13.709/18), con respecto a la autodeterminación informativa (inc. II) y a la libre iniciativa, a la libre competencia y a la defensa del consumidor (inc. VI).

Importante sobresaltar que, tratándose de las bases legales, las actividades de tratamiento de datos personales deberán observar la buena fe y, máxime para la defensa del consumidor y evitar el *geopricing* y *geoblocking*, a los principios de la finalidad, de la adecuación, de la necesidad y de la no discriminación, siguiéndose lo dispuesto en el artículo 6º de la LGPD<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> "EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. OFENSA A LA LIBERTAD DE DECISIÓN EN LAS CONTRATACIONES, POR LOS CONSUMIDORES. DIFERENCIACIÓN DE PRECIO DE ALOJAMIENTOS Y NEGATIVA DE OFERTA DE PLAZAS, CUANDO EXISTENTES, DE ACUERDO CON LA LOCALIZACIÓN GEOGRÁFICA DEL CONSUMIDOR. TÉCNICAS DE GEOPRINCING Y GEOBLOCKING. APLICACIÓN DE SANCIÓN DE MULTA POR EL VALOR DE R\$ 7.500.000,00 (SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL REALES). Se trata de Proceso Administrativo instaurado en el ámbito del Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), de la Secretaría Nacional del Consumidor, del Ministerio de Justicia (MJ), en razón del recibimiento de representación propuesta por Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. (Booking) – empresa que actúa en el mercado de hospedaje como intermediaria entre establecimientos hoteleros y consumidores – frente a la empresa Decolar.com Ltda" (Nota técnica del proceso 08012.002116/2016-21)".

<sup>58</sup> "Art. 6º Las actividades de tratamiento de datos personales deberán observar la buena fe y los siguientes principios: I - finalidad: realización del tratamiento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados al titular, sin posibilidad de tratamiento posterior de forma incompatible con esas finalidades; II - adecuación: compatibilidad del tratamiento con las finalidades informadas al titular, de acuerdo con el contexto del tratamiento; III - necesidad: limitación del tratamiento al mínimo necesario para la realización de sus finalidades, con amplitud de los datos pertinentes, proporcionales y no excesivos en relación a las finalidades del tratamiento de datos; IV - libre acceso: garantía, a los titulares, de consulta facilitada y gratuita sobre la forma y la duración del tratamiento como también sobre la integridad de sus datos personales; V - calidad de los datos: garantía, a los titulares, de exactitud, claridad,

En síntesis, todos los fundamentos abrazados comprueban que es extrínseca la fragilidad del consumidor, incluyendo la del titular de datos, pues tal deriva del poder económico y de prácticas abusivas en las relaciones de consumo.

La hiper vulnerabilidad no se define, por lo tanto, a partir de la condición subjetiva o especial de cada consumidor o titular de datos – tal como ocurre con los niños, adolescentes, ancianos, personas con discapacidad -, sino a partir de un criterio objetivo. Es decir, basta el consumidor estar insertado en el mercado informacional para que su vulnerabilidad se amplíe<sup>59</sup>.

Frente a ese panorama, es imprescindible que se ofrezcan instrumentales jurídicos suficientes y dialógicos para la mitigación de esa vulnerabilidad y reequilibrio de las relaciones en el mercado informacional.

Proponemos, en un primer lugar, que los datos personales se salvaguarden a partir de una interpretación dialógica de las más diversas legislaciones, involucrando el Código de Defensa del Consumidor, el Marco Civil de Internet y la LGPD.

Además, es importante que, en la práctica forense, el intérprete y aplicador de la ley aprendan, lo máximo posible, el sentido y la finalidad de la LGPD, guiándose por la isonomía material.

En el intento de “desigualar las desigualdades”, las normas de equilibrio, que componen la LGPD, aseguran tratamiento diferenciado al titular de datos que, a primera vista, parece infringir el principio de la isonomía cuando, en verdad, este garantiza el escopo de la legislación, concretando la igualdad jurídica o substancial.

Para identificar una violación al principio de la igualdad, es necesario averiguar cuándo es válida la desigualdad de una norma, o sea, es preciso que se conozca, con profundidad, cuál es el trazo de legitimidad que fundamenta determinado factor discriminatorio de una norma. El factor discriminatorio o diferenciador será válido si consustanciado en el camino posible y lógico para alcanzar el fin jurídico pretendido, cual sea, la justicia igualitaria<sup>60</sup>.

En la mayoría de los casos, es necesaria y legítima la tutela penal de la privacidad y de datos personales, ya sea en el medio *off-line* o en el ambiente digital, sin perjuicio de los principios de la lesividad, de la fragmentariedad y de la intervención mínima (*ultima ratio legis*).

#### **4.2. Derecho Administrativo Sancionador y Controversias Acerca de la Tutela Penal de los Datos Personales: la Hiper Vulnerabilidad Penal en el Ámbito de la LGPD**

En Brasil, la opción legislativa se restringió a las responsabilidades administrativa y civil para la protección de datos personales, dejando de prever un modelo específico de responsabilidad criminal.

---

relevancia y actualización de los datos, de acuerdo con la necesidad y para el cumplimiento de la finalidad de su tratamiento; VI - transparencia: garantía, a los titulares, de informaciones claras, precisas y fácilmente accesibles sobre la realización del tratamiento y los respectivos agentes de tratamiento, observados los secretos comercial e industrial; VII - seguridad: utilización de medidas técnicas y administrativas aptas para proteger los datos personales de accesos no autorizados y de situaciones accidentales o ilícitas de destrucción, pérdida, alteración, comunicación o difusión; VIII - prevención: adopción de medidas para prevenir que ocurran daños en virtud del tratamiento de datos personales; IX - no discriminación: imposibilidad de realización del tratamiento para fines discriminatorios ilícitos o abusivos; X - responsabilización y prestación de cuentas: demostración, por el agente, de la adopción de medidas eficaces y capaces de comprobar la observancia y el cumplimiento de las normas de protección de datos personales e, inclusive, de la eficacia de esas medidas.”.

<sup>59</sup> En el mismo sentido, el entendimiento de Ricardo Bioni: “Se nota que esa nueva capa de vulnerabilidad no está basada sobre el estado subjetivo o incluso la condición personal del consumidor, tal como ocurre con los consumidores niños (BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020, p. 158).

<sup>60</sup> FUX, L. WAMBIER, T. A. A. NERY JR, N. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 617.

Así, se optó por un Derecho Administrativo Sancionador, en el que los agentes de tratamiento de datos, en razón de las infracciones cometidas a las normas de la LGPD, quedan sujetos a las sanciones administrativas previstas en el artículo 52 de la aludida legislación y aplicables por la autoridad nacional de protección de datos personales, pudiendo, inclusive, ser impuesta una multa simple, de hasta el 2% (dos por ciento) de la facturación de la persona jurídica de derecho privado, grupo o conglomerado en Brasil en su último ejercicio, excluidos los tributos, limitada, en total, a R\$ 50.000.000,00 (cincuenta millones de reales) por infracción<sup>61</sup>.

A pesar del alto nivel de las multas, tal puede revelarse insuficiente en caso de grupos económicos. Por ejemplo, las sanciones presentadas pueden ser internalizadas por empresas de gran poder económico y, por lo tanto, se vuelven inocuas.

Entendemos, a partir de reglas de experiencia, que las penalidades administrativas más drásticas a los agentes de tratamiento, notoriamente a las sociedades empresarias, se refieren a la inoperancia de los datos, alcanzando, abruptamente, la actividad empresarial. El bloqueo (inc. V) o eliminación de datos personales (inc. VI), así como la suspensión (inc. XI) o prohibición total de actividades de tratamiento (inc. XII), hace inviable el desarrollo y el acompañamiento minucioso de la actividad empresarial, sobre todo del perfil y de cuestiones financieras de clientes, por ejemplo<sup>62</sup>.

Y, aunque se contemplan esas penalidades en el seno administrativo, tales no tienen el don de alejar la dignidad penal, pues la violación a los datos personales constituye ofensa a la personalidad humana y, por lo tanto, de valor incommensurable.

Se señala que, en el caso de violación intencional al consentimiento o incluso a las finalidades del uso de datos personales, la LGPD no prevé ninguna responsabilidad criminal, que vaya en contra de las legislaciones europeas y latinoamericanas que tratan del asunto.

Por ejemplo, la Ley de Protección de Datos Personales de Portugal (Ley nº 58/2019) prevé, además de las responsabilidades administrativa y jurisdiccional, contra-ordenaciones y crímenes específicos para el tratamiento inadecuado de datos personales, entre los cuales el de "utilización de datos de forma incompatible con finalidad de la recolección" (art. 46º), según se evaluará oportunamente.

En Argentina, la Ley nº 25.326 consagra la responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad criminal, a punto de conferir nueva redacción a los artículos 117 *bis* y 157 *bis* del Código Penal<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> El artículo 52 de la LGPD cataloga las infracciones administrativas aplicables a los agentes de tratamiento de datos, a seguir: (i) advertencia; (ii) multa de hasta el 2% de la facturación; (iii) multa diaria; (iv) publicización de la infracción cometida; (v) bloqueo de datos personales; (vi) eliminación de los datos personales.

<sup>62</sup> Igualmente en cuanto a la suspensión parcial del funcionamiento del banco de datos por el período máximo de 6 (seis) meses, prorrogable por igual período, hasta la regularización de la actividad de tratamiento por el controlador (inc. X); suspensión del ejercicio de la actividad de tratamiento de los datos personales por el período máximo de 6 (seis) meses, prorrogable por igual período (inc. XI); y prohibición parcial o total del ejercicio de actividades relacionadas con tratamiento de datos (inc. XII).

<sup>63</sup> Dispone el artículo 32 de la Ley nº 25.326: "1. El artículo 117**bis** del Código Penal debe ser incorporado como sigue: '1º. Será punida con una pena de prisión de un mes a dos años, a quien coloque o haga colocar informaciones, sabiendo que son falsas, en un archivo de datos personales. 2º. La pena será de seis meses a tres años, para quien, conscientemente, suministre informaciones falsas a terceros contenidas en archivo de datos personales. 3º. La pena será aumentada por la mitad del mínimo y del máximo, cuando el hecho termine en perjuicio a cualquier persona. 4º. Si el autor es funcionario público en ejercicio de sus funciones, le será aplicada la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del cargo público por el doble del tiempo que lo fijado en la condenación. 2. El artículo 157**bis** del Código Penal debe ser incorporado como sigue: 'Será punido con pena de prisión de un mes a dos años a quien: 1º. De forma consciente e ilegítima, o en violación de los sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accese, por cualquier medio, un banco de datos personales; 2º Divulgue, a otros, informaciones registradas en banco de datos personales, cuyo secreto está obligado

Es cierto que los usuarios de internet se caracterizan por su vulnerabilidad ampliada, es por eso que la inseguridad digital los somete a los más diversos ilícitos penales, por lo que sugerimos el siguiente ideario: la "*hiper vulnerabilidad penal*".

Esa inseguridad también la provocan, entre otros factores, los fraudes o invasión de *crackers*, o sea, profesionales intelectualizados, con conocimiento informático, exploran las fallas técnicas de sistemas y dispositivos.

Y, según ya se resaltó, la LGPD no prevé crímenes específicos para el tratamiento inadecuado de datos personales, pese a que, actualmente, los fraudes a los datos personales y sensibles se someten a los tipos penales del Código de Defensa del Consumidor, Código Penal, Ley de los Crímenes Contra la Economía Popular, Ley 8.137/1990, Ley 7.716/89, entre otros.

Lo más apropiado es que, dependiendo del caso, la responsabilidad criminal incida de forma paralela a las responsabilidades civil y administrativa, apreciando el diálogo de las fuentes y por el "*ne bis in idem*".

## CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en las últimas décadas; comenzando en el ámbito internacional y enseguida en Brasil como también en otras naciones de América Latina; emergieron legislaciones dirigidas a la transparencia en la protección de datos personales. Todas estas normas se basan en la autodeterminación informativa y preponderan el consentimiento y el legítimo interés del titular de los datos personales.

Notamos que al ocurrir tratamiento inadecuado de datos se instaura el sistema de la responsabilidad tríplice, que puede darse a través de la tutela individual o de la tutela colectiva. En regla, la responsabilidad es subjetiva y, excepcionalmente, podrá ocurrir la incidencia de la responsabilidad objetiva, que dispensa el análisis de la culpa para que ocurra el daño.

Independientemente de la responsabilidad objetiva o subjetiva, es necesario resaltar que el deber de indemnizar depende de la efectiva demostración del daño, salvo hipótesis de daño presumido. En este último caso, entendemos que no todo daño deberá ser presumido, siendo fundamental el análisis casuístico de la situación fáctica.

En lo que atañe a la tutela colectiva, los instrumentos principales del proceso colectivo como el transporte *in utilibus* de la cosa juzgada colectiva, el inquérito civil, el término de ajuste de conducta, entre otros, disciplinan y crean un microsistema de tutela de colectiva de protección de datos personales formado por la LGPD, la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Defensa del Consumidor. En esta senda, la protección de datos personales se desvincula del enfoque exclusivamente individualista de los daños a la privacidad y a la autodeterminación informativa para adoptar, también, la protección colectiva.

Con relación a los derechos de la personalidad de índole difusa que son resguardados por la LGPD en lo que atañe a la privacidad, libertad, honra y autodeterminación, su violación puede generar resarcimiento no sólo de orden material (patrimonial) como también moral e inmaterial.

Por último, la complejidad, principal característica del ambiente virtual, crea la hiper vulnerabilidad técnica, fáctica e informacional de los consumidores. Frente a estas fragilidades es fundamental crear mecanismos de compensación al consumidor que le permitan conocimiento claro y objetivo para adherir o adoptar comportamientos de forma segura.

En el caso de que ocurra incumplimiento de estas reglas, surgirá responsabilización civil y administrativa por prácticas anticompetitivas. Con respecto a los principios de la lesividad, de la fragmentariedad y de la intervención mínima

---

a preservar por disposición expresa en ley. Si el autor es funcionario público, le será aplicada, cumulativamente, la penalidad especial de inhabilitación de uno a cuatro años" (Traducción nuestra).

que rigen el Derecho Penal, no siendo suficiente la protección de datos en las esferas civil y administrativa, es necesaria y legítima la tutela penal de la privacidad y de datos personales, en el medio *off-line* y en el ambiente digital.

## **BIBLIOGRAFIA**

- BIONI, B. R. *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, 2 ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2020.
- CANOTILHO, JJ. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed, Almedina, Coimbra, 2003.
- CARVALHO NETO, I. *Manual de Processo Coletivo*, Juruá, Curitiba, 2008.
- CRUZ, A; RIBEIRO, C.A; TEIXEIRA, J.P. F; BAÑOS, J; MIRANDA, L.A; COTS, M; AZEVEDO, R; OLIVEIRA, R. "O Legítimo Interesse e a LGPD", (Oliveira, R; Cots, M. coords.), Thomson Reuters, São Paulo, 2020.
- DPDC, de la Secretaría de Derecho Económico, del Ministerio de Justicia, nota número 40/CGEMM/DPDC/SENACon/2013. Disponible en: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/40-2013.pdf>. Acceso el 19.04.2020.
- FUX, L. WAMBIER, T. A. A. NERY JR, N. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- GOMES, R. B. O; SILVA, M. S. L. "O Enquadramento Jurídico Penal do 'Phishing' e Suas Repercussões no Furto Informático". En: *Letras Jurídicas*, Centro Universitário Newton Paiva, n. 3, 2/2014.
- MAYER-SCONBERGER, V. *General development of data protection in Europe*, En: *Technology and privacy: The new landscape*. (AGRE, P; ROTENBERG, M. coord.), MIT Press, Cambridge, 1997.
- MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 31ª ed, Saraiva, São Paulo, 2018.
- Ministerio de Justicia. Nota técnica número 32/2019/CGCTSA/DPDC/SENACon/MJ. Proceso 08012.000723/2018-19. Disponible en: <https://www.justica.gov.br/Acesso/sistema-eletronico-de-informacoes-sei>. Acceso el 19.04.2020.
- Ministerio de Justicia. Nota Técnica número 92/2018/CSA-SENACon/CGCTSA/GAB-DPDC/DPDC/SENACon/MJ. Disponible en: [https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir\\_arquivo.aspx/PRATICAS\\_ABUSIVAS\\_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf](https://www.cmlagoasanta.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/PRATICAS_ABUSIVAS_DECOLARCOM?cdLocal=2&arquivo=%7BBCA8E2AD-DBCA-866A-C8AA-BDC2BDEC3DAD%7D.pdf). Acceso: 19.04.2020.
- Ministerio Público Distrito Federal y Territorios. Disponible: [https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro\\_2018/ACP\\_-\\_Banco\\_Inter.pdf](https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/ACP_-_Banco_Inter.pdf). Acceso el 02/06/2020.
- Ministerio Público Distrito Federal y Territorios. Disponible: [https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro\\_2018/Ata\\_de\\_Audi%C3%Aancia\\_Banco\\_Inter.pdf](https://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/noticias/dezembro_2018/Ata_de_Audi%C3%Aancia_Banco_Inter.pdf). Acceso el 02/06/2020.
- OPICE BLUM, R. NÓBREGA MALDONADO, V. *LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*, 2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- RIOS, J. O. "A defesa do consumidor e a imprensa". En: MORATO, A. C. NERI, P. T. *Vinte anos do Código de Defesa do Consumidor. Estudos em Homenagem ao Professor José Geraldo Brito Filomeno*, Atlas, São Paulo, 2010.
- RODOTÁ, S. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- SOLOVE, D. J. "Access and Aggregation: Public Records, Privacy and the Constitution". En: *Minnesota Law Review*, v. 86, 2002, p. 1138-1217. Disponible: <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1094>. Acceso el: 19/04/2020.
- VIGLIAR, J. M. M. *Ação Civil Pública*, Atlas, São Paulo, 2001.

## **O direito em tempos de pandemia: apontamentos sobre o conflito entre liberdades individuais e o interesse público à luz da experiência brasileira**

Legal rights in times of pandemic: notes about the conflict between individual freedoms and public interest in the light of the Brazilian experience

**André Ricci de Amorim**<sup>1</sup>

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

**Gabriela Borghi Affonso**<sup>2</sup>

Ordem dos Advogados do Brasil

**Giulia Parola**<sup>3</sup>

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

**Sumário:** Introdução; 1 Breves definições: surto, endemia, epidemia e pandemia; 2 O conflito entre liberdades individuais e o interesse da coletividade; 3 A pandemia de covid-19 e a perspectiva do Estado brasileiro frente a um problema global; 4 Aspectos penais das normas editadas pela União em razão da pandemia; Considerações Finais; Referências.

**Resumo:** desde o final de dezembro de 2019, tem se ouvido muito falar acerca de uma doença infecciosa do trato respiratório causada pelo coronavírus (Covid-19). Para além da dificuldade dos profissionais de saúde no manejo direto com os pacientes infectados ou que apresentam sintomas suspeitos, os instrumentos jurídicos têm sido de suma importância na tentativa de conter o avanço da doença. Neste contexto, o presente trabalho discorre sobre a possibilidade de restrição das liberdades individuais, primeiramente, sob uma ótica Constitucional e, em um segundo momento, sob a ótica do Direito Penal, a partir da análise dos esforços engendrados pelo Estado brasileiro. Para tanto, a pesquisa se valerá de conceitos elaborados pela doutrina especializada e de instrumentos jurídicos a nível federal, bem como empregará o método hipotético-dedutivo de abordagem, partindo da hipótese de que em determinadas situações o interesse público poderá se sobrepor aos interesses individuais.

**Palavras-chave:** Pandemia. Covid-19. Interesse Público. Liberdades Individuais. Princípio da legalidade.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora em Direito pela Université Paris V René Descartes (França) e Università degli Studi di Torino (Italia), LLM em Direito internacional do Meio Ambiente pela University of Iceland (Islândia) e mestre em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Graduada em Direito pela Università degli Studi di Torino (Italia). Atualmente é professora visitante estrangeira na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

**Abstract:** Since the end of December 2019, we have heard a lot about an infectious disease of the respiratory tract caused by the coronavirus (Covid-19). In addition to the difficulty of health professionals in direct management with infected patients or those with suspicious symptoms, legal instruments have been of paramount importance in trying to contain the progress of the disease. Along this path, the present work analyzes the possibility of restricting individual freedoms, firstly from a Constitutional point of view and then from the perspective of Criminal Law, based on the efforts engendered by the Brazilian Government. Therefore, the research will use concepts developed by specialized doctrine and legal instruments at federal level, as well as using the hypothetical-deductive approach, based on the hypothesis that in certain situations the public interest may override individual interests.

**Key-words:** Pandemic. Covid-19. Public Interest. Individual Freedoms. Principle of legality.

## INTRODUÇÃO

A pandemia do novo coronavírus tem desafiado, de forma inédita nos tempos recentes, autoridades públicas de diversos países a conter o seu avanço, visando evitar a numerosa perda de vidas, o esgotamento do sistema de saúde pública e a degradação da atividade econômica. No entanto, a imprescindível atuação dos Estados na contenção da pandemia e na proteção da população acabou por impor restrições a direitos e garantias individuais como há muito não víamos.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva discurrir sobre como a recente pandemia reverbera no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção às hipóteses de restrição das liberdades individuais em função da doença infecciosa causada pelo coronavírus, primeiramente, sob uma ótica constitucional e, em um segundo momento, sob a ótica do direito penal.

Sob esse espectro, a primeira seção buscará abordar conceitos comuns para as ciências biológicas, tais como surto, endemia, epidemia e pandemia e sobre a competência para reconhecer esta última.

Ato contínuo, a segunda seção discorrerá sobre a dicotomia entre liberdades individuais e direitos coletivos, em especial, no contexto de atipicidade que atualmente vivenciamos em razão da pandemia. Ademais, serão apresentados os estados de emergência previstos constitucionalmente e a (in)viabilidade de sua instauração em razão da atual circunstância excepcional.

O terceiro tópico buscará apresentar um panorama de como a atual pandemia tem impulsionado as ações a nível federal, analisando-se, para tanto, os principais aspectos das normas editadas pela União.

A quarta seção, por sua vez, examinará os aspectos controvertidos das disposições de cunho penal contidas nas normas promulgadas pela União em razão da emergência de saúde pública, visando responder se tais dispositivos foram editados à luz do princípio da legalidade e se sua aplicação, após a cessação da pandemia, configura violação ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica. Por fim, serão tecidas considerações acerca da (in)eficácia da imposição de pena privativa de liberdade para a contenção da pandemia.

Consigne-se, por oportuno, que em razão deste tema ser inusual e estar em constante mudança, optou-se por fazer um recorte temporal limitando o exame da atuação do Estado brasileiro no período dos meses subsequentes ao anúncio da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 30 de janeiro de 2020, de que a Covid-19 trata-se de uma pandemia<sup>4</sup>. Tal limitação temporal ocorre em função de as mudanças mais significativas

---

<sup>4</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 07 mai. 2020.

no ordenamento jurídico brasileiro terem ocorrido no primeiro trimestre do ano corrente, sendo intercalado por momentos de maior rigidez e brandura das regras de distanciamento social.

## **1 BREVES DEFINIÇÕES: SURTO, ENDEMIA, EPIDEMIA E PANDEMIA**

Logo no início do ano de 2020 ouviu-se muito falar de uma infecção viral que causa sintomas como febre, tosse, falta de ar, dificuldades respiratórias e, nos casos mais severos, pode causar pneumonia, síndrome respiratória aguda grave, insuficiência renal e até mesmo a morte. Trata-se do coronavírus, grupo de vírus causador da doença infecciosa conhecida como Covid-19 (*CORona VIRus Disease* 2019).

Os primeiros relatos da doença, ainda em dezembro de 2019, remetem ao continente Asiático, especificamente, na cidade de Wuhan, capital da província de Hubei, China. O que inicialmente era um surto infeccioso ganhou proporções dantescas nas semanas subsequentes. Assim, o que inicialmente era um problema local, logo se tornou uma preocupação sanitária da sociedade internacional.

Portanto, antes de adentrarmos nas implicações jurídicas deste tipo de situação, importa apresentar, ainda que em apertada síntese, a distinção dos termos geralmente empregados pelas autoridades sanitárias, tais como: surto, endemia, epidemia e pandemia.

Neste primeiro momento, a par de definir os termos supracitados, lançou-se mão de uma cartilha produzida pelo Ministério da Saúde brasileiro, que preleciona que o surto pode ser entendido como o aumento do número de casos de determinada doença, porém dentro de limites geográficos muito restritos, ou, ainda, como “o aumento do número de casos de uma doença em uma área específica, considerada livre da mesma”<sup>5</sup>.

No que diz respeito ao conceito de endemia, o mesmo material aduz se tratar da “ocorrência de certo número de casos controlados em determinada região”<sup>6</sup>. Dessumese, portanto, ser algo mais relevante que o surto, porém ainda controlável dentro de determinada região.

Ato contínuo, o material do Ministério da Saúde informa que a epidemia ocorre quando uma doença infecciosa se espalha rapidamente para muitas pessoas, “muito acima do esperado e não delimitado a uma região”<sup>7</sup>.

Por fim, cumpre destacar que uma pandemia ocorre quando há um elevado número de casos de determinada doença infecciosa acima do esperado e que, além disso, se espalha por vários países ou continentes, geralmente afetando um grande número de pessoas<sup>8</sup>.

Sobre isso, Gostin e Berkman asseveram que existem alguns requisitos a serem cumpridos para que uma nova moléstia possa ser classificada como pandemia, tais como: i) um novo subtipo viral é identificado em populações de animais, como suínos ou aves; ii) o vírus se espalha para animais em um cenário geográfico mais amplo; iii) o vírus salta de animais para humanos ineficientemente; iv) o vírus se espalha mais eficientemente de animais para seres humanos; v) a transmissão ineficientemente entre seres humanos é documentada; e vi) em razão das mutações sofridas, emerge uma transmissão eficiente entre seres humanos<sup>9</sup>.

Sem embargo, importa ressaltar as lições de Peter Doherty, vencedor do prêmio Nobel de Fisiologia/Medicina em 1996, ao informar que as infecções pandêmicas são, por definição, problemas globais que não podem ser debatidos exclusivamente pelas

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores da Área de Enfermagem*. Profissionalização de auxiliares de enfermagem: cadernos do aluno: saúde coletiva. 2 Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Idem*.

<sup>9</sup> GOSTIN, L. O.; BERKMAN, B. E. *Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public's Health*. *Administrative Law Review*, n. 59, 2007, p. 124.



autoridades de um único Estado<sup>10</sup>. Isso porque, existem vários epidemiologistas, estatísticos e outros profissionais que trabalham conjuntamente na Organização Mundial da Saúde (OMS), cuja responsabilidade é justamente esta: declarar se uma pandemia está ocorrendo ou não.

Com efeito, a Organização Mundial da Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o novo coronavírus constitui uma *Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional* (ESPII), em razão do potencial de disseminação do vírus e, por isso, deve compreendido como uma pandemia<sup>11</sup>.

Diante deste cenário no qual a sociedade internacional, amparada pela pesquisa científica, busca uma solução para conter o avanço de uma doença classificada como pandemia, a ciência jurídica começa a ser desafiada a garantir a realização do interesse coletivo, sem que isto implique no perecimento de direitos fundamentais e liberdades individuais. Confirmamos na próxima seção algumas destas possíveis situações.

## 2 O CONFLITO ENTRE LIBERDADES INDIVIDUAIS E O INTERESSE DA COLETIVIDADE

Ao tratar do controle de doenças infecciosas no contexto de uma pandemia, por exemplo, seria crível, *a priori*, imaginar tão somente a sua relação com políticas públicas em matéria de saúde. Contudo, embora seja extremamente necessário seguir as orientações técnicas das autoridades sanitárias, não se pode perder de vista que algumas medidas podem, igualmente, ter repercussões jurídicas.

Nessa ordem de ideias, o presente trabalho propõe breves reflexões sobre a recente celeuma causada pela pandemia que assola toda a humanidade. Assim, imagine a situação vivida por vários Estados que, na tentativa de frear o avanço da Covid-19, limitaram a liberdade de reunião e circulação. Ora, no Estado Democrático de Direito há de se apregoar, certamente, o respeito às liberdades individuais, dentre as quais se encaixa o direito de reunião e circulação, de modo que, em situações de crise como esta, usualmente nos deparamos com a seguinte dicotomia: direito individual *versus* o interesse da coletividade.

Na perspectiva dos Direitos Humanos, o respeito às liberdades individuais, como é o caso da liberdade de reunião e circulação, é compreendido como direito de primeira geração. Portanto, são direitos às prestações negativas, na medida em que o Estado tem o dever de resguardar a esfera de autonomia da pessoa humana. Assim, o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração é tanto o tradicional papel passivo, de abstenção, quanto ativo, já que seria possível exigir do Estado atuação para garantir, por exemplo, a segurança pública<sup>12</sup>.

Já o interesse da coletividade, de acordo com a teoria das gerações dos direitos humanos, é classificado como direito de segunda geração. De acordo com Pedro Lenza tais direitos remetem à Revolução Industrial europeia, a partir do século XIX, quando se passou a defender a conclamação de direitos de igualdade que atendessem a coletividade. Assim é que podemos trazer como exemplo o direito à saúde, educação e moradia, dos quais se demanda do Estado uma prestação positiva para a sua garantia<sup>13</sup>.

Embora não exista hierarquia entre as gerações dos direitos humanos e que a ideia destes direitos remeta num primeiro momento ao Direito Internacional, importa salientar que a sua apresentação interna se demonstra sob o caráter dos direitos fundamentais presentes nas constituições nacionais. Noutros termos, Valério Mazzuoli

<sup>10</sup> DOHERTY, P. *Pandemics: What Everyone Needs to Know*. Nova York: Oxford University Press, 2013.

<sup>11</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)*, 30 January 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 07 mai. 2020.

<sup>12</sup> RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 57.

<sup>13</sup> LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1175.

informa que os direitos humanos são direitos que já atingiram o patamar de Direito Internacional Público, por isso, se distinguem dos Direitos Fundamentais que, embora possam ter o escopo de proteção semelhante, estão presentes nas constituições dos Estados<sup>14</sup>.

Em consonância com o ordenamento jurídico interno, observa-se que a Constituição Brasileira de 1988 dispôs no Artigo 5º as garantias fundamentais, com especial atenção à liberdade de locomoção e reunião. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

Além da liberdade de locomoção e reunião, não se pode olvidar que o direito à saúde, entendido como direito de segunda geração, também está presente em nossa Carta Magna e se mostra como um dever do próprio Estado em favor da coletividade. *In verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, como consequência da dinâmica da ciência jurídica e da própria sociedade, evidente que em alguns momentos pode haver conflitos entre estes direitos e, por isso, exige-se do operador do direito a ponderação e sopesamento dos bens jurídicos tutelados<sup>15</sup>.

Em situações excepcionais, como é o caso deste período no qual se busca combater o avanço da Covid-19, é possível observar que muitos Estados privilegiaram o melhor interesse da coletividade em detrimento da liberdade individual quando limitaram a circulação de pessoas em seu território<sup>16</sup>. Em todo caso, quaisquer medidas adotadas pelo Estado precisam ser pautadas nos princípios que regem a ciência jurídica, tais como o princípio da legalidade, proporcionalidade, publicidade e prevalência do interesse público sobre o privado.

No ponto, a nossa Constituição apresentou alguns meios viáveis de limitar a liberdade de reunião e locomoção em circunstâncias excepcionais, ou também entendidas como situações de emergência.

Esta noção de estado de emergência é muito bem desenvolvida por Aricê Santos quando, ao tratar do sistema constitucional das crises, informa que se trata de um "conjunto ordenado de normas constitucionais que, informadas pelos princípios da

<sup>14</sup> MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 804.

<sup>15</sup> RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>16</sup> HOROWITZ, J. *Italy Announces Restrictions Over Entire Country in Attempt to Halt Coronavirus*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/09/world/europe/italy-lockdown-coronavirus.html>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

necessidade e da temporariedade, têm por objeto as situações de crises e por finalidade a manutenção ou o restabelecimento da normalidade constitucional”<sup>17</sup>.

Assim, a Constituição de 1988 prevê a possibilidade de aplicar, frise-se, excepcionalmente, duas medidas para restauração da ordem nos momentos de anormalidade que no início deste período foram bastante comentadas, são elas: o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, plasmados nos artigos 136 e 137, respectivamente. Senão, veja-se:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.  
(...)

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:  
I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;  
II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

De acordo com Alexandre de Moraes, a primeira seria uma forma menos abrupta de limitar algumas liberdades, sem que se exija do Presidente da República solicitar prévia autorização do Congresso Nacional para que se proceda na sua decretação. Contudo, o autor lembra que o decreto presidencial deve limitar o prazo, local e medidas coercitivas a serem implementadas, sendo certo que todos os atos devem ser fundamentados na Constituição e estão passíveis de controle de legalidade<sup>18</sup>.

Já o Estado de Sítio seria uma medida de suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais, porém mais severa, já que para a sua decretação o Presidente da República precisa, necessariamente, da autorização da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional. Ainda, este só poderia ser decretado quando as medidas do Estado de Defesa não se mostrem suficientes, nos termos do art. 137, I da Carta Magna.

Portanto, adentrando a um dos problemas deste trabalho, seria possível, em situação extrema e excepcional, a instauração de Estado de Defesa e, eventualmente, Estado de Sítio em função da propagação da Covid-19?

Reitera-se que a problemática se enquadra em um viés mais próximo da realidade brasileira diante da veiculação de notícias no sentido de que a Presidência da República teria solicitado, em março de 2020, parecer de alguns ministérios sobre eventual decretação de Estado de Sítio em razão da pandemia do coronavírus<sup>19</sup>.

Ora, ao analisar o artigo 136 da nossa Carta Magna, nota-se que seria possível a instauração do Estado de Defesa para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou quando atingida por calamidade de grande proporção na natureza.

Sobre este segundo pressuposto – calamidade de grandes proporções na natureza – vale mencionar que o legislador constitucional não esmiuçou o conceito de calamidade na natureza. Portanto, seria possível encontrar quem entenda que a incidência

<sup>17</sup> SANTOS, A. M. S. *O Estado de Emergência*. Revista dos Tribunais, 1989, p. 32 (originalmente apresentada como dissertação de mestrado na PUCSP).

<sup>18</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.

<sup>19</sup> Sobre isso, embora tenha sido posteriormente negado pela Presidência da República, diversos meios de comunicação noticiaram o fato, sendo o primeiro deles a revista *Crusoe* (GADELHA, I. *Planalto encomenda parecer sobre estado de sítio*, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://crusoe.com.br/diario/planalto-encomenda-parecer-sobre-estado-de-sitio/>>. Acesso em: 30 mai. 2020).

de uma infecção generalizada da população, causada por um microrganismo presente na natureza, por afetar a relação simbiótica entre o homem e o meio ambiente poderia, a depender do seu alcance, afetar a ordem pública ou a paz social.

Por sua vez, em oportuno escólio sobre o tema, não custa trazer a lume a advertência trazida por José Afonso da Silva acerca da calamidade na natureza, no sentido de que “nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa”<sup>20</sup>.

Deste modo, cumpre mencionar que a pandemia do novo coronavírus não gerou no Brasil, até o presente momento, tamanha instabilidade da ordem pública ou da paz social que justifique a instauração das medidas plasmadas nos artigos 136 e 137, do ordenamento maior. Isso porque, ainda existem medidas alternativas para o controle e debelação da moléstia que vem assolando o mundo ao longo deste último ano.

Sobre o tema, a Ordem dos Advogados do Brasil emitiu parecer manifestando-se, de forma inequívoca, “pela inconstitucionalidade de qualquer tentativa de decretação de estado de sítio em face da atual emergência do novo coronavírus (Covid-19), que só serviria como instrumento de fragilização de direitos e de garantias constitucionais”, pois tal conduta não demonstra a real necessidade do momento. Ao ensejo, o Egrégio Órgão de Classe expôs que:

Em nossa ordem constitucional de 1988, uma série de cautelas e de limites jurídicos e institucionais visam a adequar um eventual recurso ao estado de sítio à regra democrática. Como todos os instrumentos excepcionais, o estado de sítio é regido pelos princípios da excepcionalidade, da necessidade, da temporariedade e da obediência estrita à Constituição Federal, além de se submeter a controles políticos e judiciais.

A excepcionalidade, que não pode se confundir com arbitrariedade, restringe o estado de sítio a situações absolutamente atípicas e anormais. O princípio da necessidade estabelece que o recurso à medida somente se justifica na ausência de meio menos gravosos, apresentando-se como *ultima ratio* na defesa do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a temporariedade impõe a fixação de um prazo determinado de vigência do estado de sítio, e a obediência estrita à Constituição requer o cumprimento diligente e rigoroso de todos os termos, procedimentos e condições previstas. (...)

Não há dúvida de que a situação atual produz sensações de pânico e de temor na população. Esses sentimentos não podem, no entanto, ser explorados para autorizar medidas repressivas e abusivas que fragilizem direitos e garantias constitucionais. A resposta esperada do Estado não deve ser a ampliação de seu arsenal repressivo, mas sim a expansão de sua capacidade de assistência e de proteção social dos cidadãos, principalmente os mais vulneráveis.

(...)

Por fim, cabe fazer uma necessária distinção. Não é possível comparar as restrições abusivas que decorreriam da decretação de estado de sítio às medidas restritivas sobre direitos, como a liberdade de circulação e de reunião, fundamentadas em questões médicas e sanitárias. A legitimidade dessas medidas decorre da autoridade sanitária que as determina com foco exclusivo na

---

<sup>20</sup> SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivado*, 20ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002, p. 740.

prevenção e na contenção de um vírus caracterizado pela enorme velocidade de contágio<sup>21</sup>.

Por fim, ressalte-se que a instauração de qualquer dos referidos atos que venha a ser praticado no âmbito do Poder Executivo poderá ser balizado pelo Poder Judiciário, a fim de coibir eventuais abusos e ilegalidades, por meio de mandado de segurança e *habeas corpus*, uma vez que tais medidas não configuram a supressão total dos direitos e liberdades individuais e nem podem servir como instrumento para isentar de responsabilidade os agentes políticos que agem em desrespeito à Constituição e às leis<sup>22</sup>.

Sobre isso, vale mencionar as recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução n. 1/2020, na qual se sugere aos Estados que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como é o caso do Brasil, a procederem no: *i*) fortalecimento da independência e atuação dos poderes públicos e instituições de controle; *ii*) respeito e não restrição ao trabalho da imprensa e dos defensores de direitos humanos na cobertura da pandemia, a fim de contemplarem o acesso à informação; *iii*) atenção aos grupos em situação de especial vulnerabilidade; dentre outras<sup>23</sup>.

### **3 A PANDEMIA DE COVID-19 E A PERSPECTIVA DO ESTADO BRASILEIRO FRENTE A UM PROBLEMA GLOBAL**

Embora o Governo Federal não tenha decretado qualquer um dos estados de exceção constitucionalmente previstos em nossa Carta Magna, a hodierna situação de grave crise e instabilidade – mormente porque em xeque valores caros como a saúde e a vida – deu azo à tomada de medidas mais rigorosas, que implicam a restrição de alguns direitos e garantias fundamentais.

Frise-se, *a priori*, que em razão do tema sob análise estar em constante mudança, optou-se por fazer um recorte temporal limitando a análise acerca da atuação de Estado brasileiro no primeiro trimestre do ano de 2020, período no qual se observou uma grande edição de instrumentos jurídicos colimados a controlar o avanço da moléstia no Brasil. Ressalte-se que nos meses subsequentes, malgrado tenham sido editadas novas normas envolvendo a temática, alternaram-se momentos com maior rigidez regulamentar e outros com certa brandura em função da diminuição do número de pessoas acometidas com a Covid-19.

Nesse sentido, cumpre iniciar a explanação pela Lei Federal n. 13.979, publicada em 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas pelo Governo Federal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus e prevê, dentre outras medidas, hipóteses específicas bastante restritivas das liberdades individuais, a saber: *i*) isolamento; *ii*) quarentena; *iii*) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos; *iv*) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; *v*) restrição excepcional e temporária por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País e de locomoção interestadual e intermunicipal; e *vi*) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa, conforme art. 3º do referido diploma legal<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Parecer PCO/OAB do Conselho Federal*, emitido em 20 mar. 2020. Disponível em: <[https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB\\_estado-sitio\\_crise-coronavirus.pdf.pdf](https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB_estado-sitio_crise-coronavirus.pdf.pdf)>. Acesso em: 17 mai. 2020.

<sup>22</sup> MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.

<sup>23</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

<sup>24</sup> Frise-se, por oportuno, que o art. 3º da Lei n. 13.979/2020 prevê, ainda, as medidas de *i*) estudo ou investigação epidemiológica e *ii*) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira e previstos em ato do Ministério da Saúde, as quais não foram mencionadas

Nos termos da legislação em comento, o isolamento compreende “a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas”, enquanto o termo quarentena é definido como “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação”, consoante o art. 2º, incisos I e II. Ressalte-se que tal restrição visa obstar a possível contaminação ou a propagação da Covid-19.

Frise-se, por oportuno, que a Portaria n. 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde, que regulamenta e operacionaliza o disposto na Lei nº 13.979/2020, esclarece que “a medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local”, enquanto “a medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado”, conforme arts. 3º e 4º, respectivamente<sup>25</sup>.

É de se ver, ainda, que as medidas estabelecidas na lei *sub examine* “objetivam a proteção da coletividade” (art. 1º, § 1º). Portanto, nos é possível deduzir que o fundamento jurídico inspirador e autorizador das referidas imposições é o interesse público e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, tais medidas encampam a sugestão da Organização Mundial da Saúde baseada nos bons resultados obtidos na China, em especial, a adoção do isolamento aos pacientes sintomáticos e da quarentena aos comunicantes da doença<sup>26</sup>.

Posteriormente, visando regulamentar e trazer a necessária efetividade às medidas previstas na Lei n. 13.979/2020, os Ministérios da Saúde e Justiça e Segurança Pública, em atuação conjunta, editaram a Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como sobre a responsabilidade pelo seu descumprimento<sup>27</sup>.

A Portaria supracitada informa no art. 3º que o agente infrator das medidas previstas na Lei n. 13.979/2020 poderá ser responsabilizado na esfera civil, administrativa ou penal, podendo, excepcionalmente, ser imposta sua prisão. Cumpre pontuar que a possibilidade de imposição de pena restritiva de liberdade na hipótese e os demais reflexos penais decorrentes de referidas normas serão objeto de estudo da próxima seção deste trabalho.

No que tange à atuação do Estado brasileiro, sobeja ainda mencionar que o Congresso Nacional aprovou, em 20 de março de 2020, o pedido de reconhecimento de calamidade pública enviado pelo Governo Federal diante da pandemia de coronavírus<sup>28</sup>. O estado de calamidade pública resta definido no art. 2º, IV, do Decreto n. 7.257/2010, como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido”<sup>29</sup>.

---

por não implicarem em restrição à liberdade do cidadão (BRASIL. Lei 13.979/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2020).

<sup>25</sup> BRASIL. Ministério da Saúde Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

<sup>26</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Report of the WHO China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-24 February 2020*. Disponível em: <<https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>>. Acesso em: 12 mai. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>28</sup> BRASIL. Decreto Legislativo n. 6/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto n. 7.257/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)>. Acesso em: 31 jun. 2020.

Na prática, a consequência mais relevante do reconhecimento do estado de calamidade pública é a permissão do descumprimento da meta fiscal, de modo a permitir que sejam gastos mais recursos no combate à situação anômala em que o país se encontra. Na hipótese vertente, o objetivo é possibilitar o gasto de recursos públicos no combate ao coronavírus e no suporte à economia. Saliente-se que a medida de reconhecimento do estado de calamidade pública, diversamente do que ocorre nos casos de estado de defesa ou de sítio, não possui previsão constitucional, encontrando respaldo legal no decreto supramencionado.

Para além dos esforços engendrados pela União, não se pode olvidar que as unidades da federação também tomaram algumas iniciativas para a contenção da pandemia. Até a conclusão do presente escrito, verificou-se que foram tomadas por chefes do Poder Executivo estadual e municipal medidas de contenção e restrição da liberdade, tais como o fechamento de estabelecimentos comerciais, *shoppings*, igrejas e locais de culto, o que traz a lume a crítica formulada por diversos juristas acerca da postura do Executivo Federal e da competência daquelas autoridades para adoção de tais medidas. Consoante assinalam Souza Neto e Sarlet:

O problema se torna mais agudo, quando governadores e prefeitos, ainda que ao seu modo, têm sido protagonistas de ações mais fortes, sendo, contudo, publicamente desautorizados e mesmo repreendidos pelo chefe do Executivo brasileiro, como se não estivessem legitimados a agir, o que não afasta, à evidência, a necessidade de uma vigilância relativamente a (sic.) legitimidade constitucional de todas as medidas, seja de onde provenham, quando impõe pesadas restrições a direitos fundamentais<sup>30</sup>.

A par de amainar a celeuma, sobreleve-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que as providências normativas e administrativas em matéria de saúde pública implementadas para o enfrentamento da pandemia são de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme se depreende do disposto no art. 23, II da Constituição de 1988, devendo ser respeitada a congruência e harmonia entre os poderes, a partir da obediência aos critérios de atribuição territorial e competência constitucional exclusiva de algumas matérias<sup>31</sup>.

Aproximando-se do final deste trabalho, o tópico seguinte se lança à análise dos reflexos penais decorrentes nas normas promulgadas pela União em razão da emergência de saúde pública. Confiramos.

#### **4 ASPECTOS PENAIS DAS NORMAS EDITADAS PELA UNIÃO EM RAZÃO DA PANDEMIA**

Conforme consignado anteriormente, para garantir a efetividade das medidas de saúde para responder à pandemia, os Ministérios da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, em atuação conjunta, editaram a Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020, que “dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020”<sup>32</sup>.

No âmbito penal, a mencionada portaria prevê que o descumprimento das medidas de quarentena, isolamento, ou realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais ou tratamentos médicos específicos previstas no art. 3º da Lei n.

<sup>30</sup> SOUZA NETO, C. P.; SARLET, I. W. *Estratégias de controle da pandemia e o imperativo de preservação da vida*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/souza-neto-sarlet-estrategias-controle-imperativo-vida>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

<sup>31</sup> BRASIL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341*, de 23 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

<sup>32</sup> BRASIL. *Portaria Interministerial n. 5*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

13.979/2020<sup>33</sup> poderá sujeitar os infratores às sanções penais previstas nos artigos 268 e 330 do Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave (arts. 4º e 5º, *caput*). *In verbis*:

**Infração de Medida Sanitária Preventiva**

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

(...)

**Desobediência**

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

À luz destas previsões normativas, a presente análise tem como espoco responder a três questões fulcrais: *i*) as normas que preveem a incidência do direito penal na hipótese foram editadas à luz do princípio constitucional da legalidade? *ii*) a ultratividade das normas excepcionais editadas para enfrentamento da pandemia viola o princípio constitucional da retroatividade da lei mais benéfica? *iii*) e, por fim, a pena privativa de liberdade é medida eficaz para a contenção da pandemia?

Considerando que o crime de desobediência tem caráter subsidiário na hipótese vertente, de modo que o poder público somente se valerá deste tipo penal caso não se verifique a incidência de outro delito, este estudo cingir-se-á à análise do crime de infração de medida sanitária preventiva.

O delito previsto no artigo 268 do Código Penal classifica-se como uma norma penal em branco, pois depende de um complemento legislativo que venha a lhe conferir efetiva aplicabilidade. Isto porque, embora o tipo penal contenha a descrição da conduta proibida, sua incidência depende, necessariamente, de uma norma complementadora que determine os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal<sup>34</sup>.

Consoante entendimento da melhor doutrina, essa norma de caráter complementar pode ser editada pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, por meio de lei ordinária ou ato administrativo (decreto, regulamento, portaria, etc.) que tenha por finalidade especificar quais são as determinações do poder público destinadas a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa, tratando-se, portanto, de uma norma penal em branco heterogênea<sup>35</sup>.

A norma penal em branco heterogênea, apesar de aceita em nosso ordenamento jurídico, não raramente é alvo de críticas doutrinárias. Greco preleciona que uma norma integradora que não seja oriunda do Congresso Nacional e, por conseguinte, não tenha atendido ao procedimento legislativo adequado à criação normativa penal, poderá ter sua validade discutida, à luz do princípio constitucional da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal<sup>36</sup>.

*In casu*, a Lei n. 13.979/2020 em conjunto com a Portaria Interministerial n. 5/2020 e a Portaria n. 356/2020, do Ministério da Saúde, compreendem as normas extrapenais integradoras do tipo.

<sup>33</sup> Vide, especificamente, as medidas previstas no art. 3º, incisos I, II e III, alíneas, "a", "b" e "e", da Lei n. 13.979/2020 (BRASIL. Lei 13.979/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2020.).

<sup>34</sup> GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.

<sup>35</sup> BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*. Vol. 4. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>36</sup> GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361*. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.



Após a edição de referidas normas, sobrevieram críticas no sentido de que a Portaria Interministerial n. 5/2020, ao prever a incidência dos tipos penais supramencionados, estaria criminalizando condutas sem a devida apreciação do Congresso Nacional, em violação ao princípio da legalidade e da reserva legal. Lado outro, verificam-se posicionamentos no sentido de que a portaria interministerial somente disciplina a Lei n. 13.979/2020, que é o ato normativo que criminaliza as condutas, em complemento ao tipo penal previsto no Código Penal<sup>37</sup>.

No ponto, nosso entendimento se perfaz no sentido de que o tipo penal previsto no art. 268 do Código Penal compreende o reforço sancionatório penal das medidas administrativas adotadas pelo poder público, de modo que cabe à norma integradora tão somente especificar tais medidas, fazendo-se prescindível a previsão expressa de incidência do tipo penal. Havendo o descumprimento de determinação do poder público destinada "a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa", restará caracterizado o crime, independentemente de qualquer previsão expressa na norma complementadora.

A legalidade da norma complementadora, portanto, seja ou não oriunda do Congresso Nacional, deve ser analisada por meio dos critérios de atribuição territorial e competência material, e à luz do princípio da proporcionalidade, a fim de que eventuais restrições ou obrigações impostas pelo poder público não importem no esvaziamento do conteúdo essencial de direitos fundamentais.

Outro ponto que merece especial atenção diz respeito à hipótese de revogação da norma complementar. Em regra, uma lei somente pode ser revogada por outra lei posterior, que a revogue expressamente, que seja com ela incompatível ou que regule integralmente a matéria nela tratada. A Lei n. 13.979/2020 constitui uma exceção a este princípio, pois trata-se de uma lei excepcional, promulgada para vigorar "enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019" (art. 8º). Sua vigência, portanto, está condicionada a um evento futuro e incerto, a ser determinado por meio de ato do Ministro da Saúde (art. 1º, § 2º e 3º).

Imagine-se que o agente incorra na prática do crime de infração de medida sanitária em razão do descumprimento de medida prevista na Lei n. 13.979/2020, que posteriormente vem a ser revogada, em razão cessação da emergência de saúde pública internacional. Nesta hipótese, a lei excepcional será aplicada ultrativamente em desfavor do réu?

A resposta à questão ora posta diz respeito à recepção ou não do art. 3º do Código Penal pela Constituição Federal de 1988. É a inteligência do referido dispositivo legal:

Art. 3º - A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência.

A questão é de veras controversa. Parte da doutrina advoga que a intercorrente revogação da norma excepcional não importará extinção da punibilidade da infração ocorrida ao tempo de vigência da lei. Consoante ensinamentos de Capez, a ultratividade é característica intrínseca à lei penal temporária, o que significa que um fato praticado sob a vigência de uma lei temporária ou excepcional continuará sendo por ela regulado, mesmo após a cessação de sua vigência<sup>38</sup>.

Em consonância, o eminente penalista Nelson Hungria preleciona que tais espécies legislativas compreendem uma exceção ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, haja vista que "decidir-se de outro modo seria

---

37 BOSELLI, A.; ANGELO, T. *Norma penal em branco? Portaria para combater coronavírus suscita divergências entre advogados*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/portaria-combater-coronavirus-suscita-divergencias>>. Acesso em: 01 jun. 2020.

38 CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

colocar essas leis em contraste com a sua própria *ratio*, além de que, praticamente, na quase totalidade dos casos, resultariam irrisoriamente inócuas”<sup>39</sup>.

De outro lado, parte da doutrina assinala que, em virtude da inexistência de qualquer ressalva constitucional em relação às leis excepcionais ou temporárias, o princípio da retroatividade benéfica insculpido no art. 5º, inciso XL, da Carta Magna, é absoluto<sup>40</sup>. É o que defende Paulo José da Costa Jr.:

Não se pode negar a conveniência de que a retroatividade benéfica viesse a ser excluída das leis excepcionais ou temporárias. Mesmo porque, vislumbrando-se a hipótese de um tratamento mais benigno ou a própria impunidade, a norma perderia muito da sua eficácia intimidativa. Entretanto, enquanto o preceito constitucional não proclamar, explicitamente, que a lei ulterior benéfica, ao retroagir, haverá de respeitar a ultratividade da lei excepcional ou temporária, não há como negar a aplicação da lei mais mitigada (*lex mitior*)<sup>41</sup>.

Nessa ordem de ideias, oportuno trazer a lume os ensinamentos de Capez, ao qual nos filiamos, no sentido de que a revogação da norma complementar editada em uma situação de excepcionalidade, independentemente de sua fonte legislativa, não repercutirá sobre a realização da figura típica básica, operando-se a sua ultratividade. Ao ensejo:

Nessa hipótese, o comando legal era para que a norma não fosse desobedecida naquela época, de maneira que quaisquer modificações ulteriores serão impassíveis de alterar a estrutura do tipo. Ao contrário, quando inexistir a característica da temporariedade, haverá retroatividade *in melius*. Finalmente, ante o exposto, não interessa se o complemento advém de lei ou de ato infralegal, pois a retroatividade depende exclusivamente do caráter temporário ou definitivo da norma<sup>42</sup>.

Feitas estas considerações de ordem dogmática, cumpre, por fim, consignar que o objetivo das normas editadas pela União não é punir, mas fazer cessar condutas que expõem a risco a saúde coletiva, impondo-se, assim, o questionamento acerca da possibilidade e eficácia da imposição de pena de privativa de liberdade no atual contexto pandêmico.

No ponto, necessário esclarecer que os crimes de descumprimento de medida sanitária preventiva e de desobediência compreendem infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>43</sup>, sendo este o motivo pelo qual a Portaria Interministerial n. 5/2020 dispõe que a autoridade policial lavrará termo circunstanciado em face do agente que for surpreendido na prática dos crimes em comento, e “não se imporá prisão ao agente que assinar termo de compromisso de comparecer aos atos do processo e de cumprir as medidas estabelecidas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 2020” (art. 7º, parágrafo único).

Entretanto, não pode ser descartada a possibilidade, ainda que excepcional, de prisão em flagrante do agente que descumpra as medidas sanitárias ora impostas, hipótese na qual “recomenda-se que as autoridades policial e judicial tomem providências para que ele seja mantido em estabelecimento ou cela separada dos demais presos” (art. 9º).

No que tange à possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade como medida de segurança para conter a propagação da pandemia, verifica-se que, embora

<sup>39</sup> HUNGRIA, N. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

<sup>40</sup> GRECO, R. *Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361*. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

<sup>41</sup> COSTA JUNIOR, P. J. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 33.

<sup>42</sup> CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 87.

<sup>43</sup> Consideram-se crimes de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não de multa, conforme art. 61 da Lei n. 9.099/95.

dentro dos limites da legalidade, tal sanção se mostra falha do ponto de vista da eficácia. A uma, porque o cerceamento da liberdade individual compreende a aplicação da força coercitiva da norma em seu grau máximo, o que pode representar um desrespeito aos princípios regentes do direito penal, como a intervenção mínima e a proporcionalidade. A duas, porque o encarceramento em tais circunstâncias pode se revelar ainda mais prejudicial, haja vista que a inserção de novas pessoas em um sistema carcerário já superlotado, além de violar a própria dignidade da pessoa humana, pode vir a ampliar a circulação do vírus, contaminando mais pessoas e sobrecarregando ainda mais o sistema de saúde.

Com efeito, embora se faça necessária a previsão de sanções para aqueles que descumpram as determinações do poder público, o direito administrativo se mostra como a seara ideal para dirimir a imensa maioria das controvérsias advindas da atual situação excepcional, pois oferece medidas com efeitos mais rápidos e pode, inclusive, prever sanções mais eficazes, que não impliquem qualquer restrição à liberdade individual, limitando-se o direito penal a um recurso de *ultima ratio*.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pontue-se, a título de conclusão, que as hipóteses de restrição da liberdade individual previstas nas normas supra analisadas não podem servir como fundamento para a decretação das medidas constitucionais de constrição das liberdades individuais.

Ao revés, os estados de exceção constitucionalmente previstos só podem ser legitimamente decretados quando for manifestamente inviável o controle da gravidade e magnitude problema em questão pelas medidas levadas a cabo até então, sobretudo porque o Estado de Defesa e o Estado de Sítio são medidas que, historicamente, são utilizadas como primeiro passo para a desestabilização da democracia, razão pela qual nunca foram decretadas na história constitucional recente brasileira. Afigura-se, portanto, de fundamental importância um rigoroso controle político e jurisdicional do seu cabimento.

Com efeito, antes de limitar coercitivamente a liberdade de locomoção e associação, cabe às autoridades governamentais firmar um compromisso minimamente afinado quanto a uma estratégia em escala nacional, racionalmente articulada e capaz de transmitir à população um sentimento de coesão e firmeza na condução do processo de enfrentamento e superação da crise que nos assola.

A edição da Lei n. 13.979/2020 e da Portaria Interministerial n. 5/2020, à falta de diretrizes claras e cientificamente balizadas, acabaram por tornar ainda mais evidente a dissonância entre discursos e ações internas por parte do Governo Federal.

No âmbito penal, impende pontuar que embora as referidas normas tenham sido editadas sob a égide dos princípios da legalidade, proporcionalidade e reserva legal, a partir do postulado constitucional de que a saúde compreende um bem público, a incidência do direito penal como medida de segurança para conter a propagação da pandemia se mostra falha do ponto de vista da eficácia.

Cabe, portanto, ao poder público e, em última análise, ao Poder Judiciário, estabelecer as hipóteses excepcionais que merecem a aplicação do direito penal, apenas quando outra medida não se mostre suficiente para proteger a saúde da coletividade, a partir da premissa de que este deve ser compreendido como direito de *ultima ratio*.

Antes da aplicação da norma penal, é necessário que haja, por parte do poder público, o emprego de mecanismos de caráter profilático e preventivo, além de um discurso público harmônico, uniforme e contundente, visando o resgate da dimensão pública da saúde e a conscientização da população de que o atual contexto de atipicidade decorrente da pandemia nos impõe obrigações coletivas que, de certa forma, compreendem restrição à liberdade individual.

Nessa ordem de ideias, oportuno rememorar as recomendações elaboradas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Resolução n. 1/2020, no sentido de que os Estados que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dentre eles o Brasil, devem fomentar o fortalecimento da independência e atuação dos poderes públicos e instituições de controle, o respeito e não restrição ao trabalho da imprensa, bem como dos defensores de direitos humanos na cobertura da pandemia, a fim de

contemplarem o acesso à informação, além de conceder atenção aos grupos em situação de especial vulnerabilidade<sup>44</sup>.

## REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal – Parte Especial. Vol. 4. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOSELLI, A.; ANGELO, T. Norma penal em branco? Portaria para combater coronavírus suscita divergências entre advogados. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-18/portaria-combater-coronavirus-suscita-divergencias>>. Acesso em: 01 jun. 2020.
- BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341, de 23 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 7.257/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm)>. Acesso em: 31 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. Decreto Legislativo n. 6/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm)>. Acesso em: 29 mai. 2020.
- \_\_\_\_\_. Lei 13.979/2020. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm)>. Acesso em: 05 jun. 2020.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde Portaria n. 356, de 11 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- \_\_\_\_\_. Portaria Interministerial n. 5, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 30 mai. 2020.
- \_\_\_\_\_. Projeto de Profissionalização dos Trabalhadores da Área de Enfermagem. Profissionalização de auxiliares de enfermagem: cadernos do aluno: saúde coletiva. 2 Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.
- CAPEZ, F. Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- COSTA JUNIOR, P. J. Curso de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DOHERTY, P. *Pandemics: What Everyone Needs to Know*. Nova York: Oxford University Press, 2013.
- GADELHA, I. Planalto encomenda parecer sobre estado de sítio, publicado em 20 mar. 2020. Disponível em: <<https://crusoe.com.br/diario/planalto-encomenda-parecer-sobre-estado-de-sitio/>>. Acesso em: 30 mai. 2020.
- GOSTIN, L. O.; BERKMAN, B. E. Pandemic Influenza: Ethics, Law, and the Public's Health. *Administrative Law Review*, n. 59, p. 121-175, 2007.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal – Parte Especial – arts. 250 a 361. Vol. 4. 6. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
- GRECO, R. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 19. Ed. Niterói: Impetus, 2017.
- HOROWITZ, J. *Italy Announces Restrictions Over Entire Country in Attempt to Halt Coronavirus*. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/09/world/europe/italy-lockdown-coronavirus.html>>. Acesso em: 18 mai. 2020.
- HUNGRIA, N. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>44</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020*. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2020.

- MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*, 34. Ed. São Paulo: Grupo GEN - Grupo Editorial Nacional, 2017.
- ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Parecer PCO/OAB do Conselho Federal, emitido em 20 mar. 2020. Disponível em: [https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB\\_estado-sitio\\_crise-coronavirus.pdf.pdf](https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2020/03/Parecer-OAB_estado-sitio_crise-coronavirus.pdf.pdf). Acesso em: 17 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Pandemia e Direitos Humanos nas Américas - Resolução 1/2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2020.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Coronavirus*, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/health-topics/coronavirus>. Acesso em: 16 mai. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Report of the WHO China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-24 February 2020*. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2020.
- \_\_\_\_\_. *Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV), 30 January 2020*. Disponível em: [https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 07 mai. 2020.
- RAMOS, A. C. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SANTOS, A. M. S. *O Estado de Emergência*. Revista dos Tribunais, 1989 (originalmente apresentada como dissertação de mestrado na PUCSP).
- SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivado*, 20ª ed. Malheiros: São Paulo, 2002.
- SOUZA NETO, C. P.; SARLET, I. W. Estratégias de controle da pandemia e o imperativo de preservação da vida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-24/souza-neto-sarlet-estrategias-controle-imperativo-vida>. Acesso em: 30 mai. 2020.

## **Apuntes para una propuesta analítica de los discursos jurídicos**

Notes for an analytical proposal of the legal discourses

**Cristian Furfaro**<sup>1</sup>

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**Sumario:** Introducción. 1- La Teoría del Discurso y su ontología como punto de partida. 2- El Derecho desde una perspectiva sociojurídica crítica. 3- Las Lógicas de Explicación Crítica. 4- Hacia una propuesta de análisis... para la acción.

**Resumen:** El presente artículo tiene por objetivo presentar una propuesta analítica de los discursos jurídicos elaborada a partir de la articulación entre los principios ontológicos de la Teoría del Discurso, la perspectiva sociojurídica crítica de Bourdieu y las Lógicas de Explicación Crítica como herramienta principal de análisis. En la primera parte, recuperamos brevemente los presupuestos ontológicos de la Teoría del Discurso. En la segunda parte, nos focalizamos en la explicitación de algunos conceptos sobre el Derecho y los discursos jurídicos, tomando como punto de partida la Teoría de los Campos de Pierre Bourdieu y su propuesta sociojurídica crítica. En la tercera parte, retomaremos los esfuerzos de Glynos y Howarth que proponen utilizar la idea de "lógica" como unidad explicativa, estableciendo algunos elementos que creemos pueden contribuir en el análisis de la emergencia, funcionamiento, mantenimiento y transformación de los discursos jurídicos. Finalmente, reflexionaremos sobre el esquema trazado y las posibilidades analíticas construidas.

**Palabras clave:** discursos jurídicos – Teoría del Discurso – sociología jurídica crítica – Lógicas de Explicación Crítica

**Abstract:** This article aims to present an analytical proposal of legal discourses drawn from the articulation between the ontological principles of the Discourse Theory, Bourdieu's critical socio-legal perspective and the Logics of Critical Explanation as the main tool for analysis. In the first part, we briefly recovered the ontological budgets of the Discourse Theory. In the second part, we focus on the explicitation of some concepts on law and legal discourses, taking as a starting point the Bourdieu's critical socio-legal proposal. In the third part, we will resume the efforts of Glynos and Howarth who propose to use the idea of "logic" as an explanatory unit, establishing some elements that we believe can contribute to the analysis of the emergence, operation, maintenance and transformation of legal discourses. Finally, we will reflect on the plotted scheme and the analytical possibilities built.

**Keywords:** legal discourses - Discourse Theory – critical legal sociology – Logics of Critical Explanation

---

<sup>1</sup> Cristian Furfaro es Abogado (UNLP) y Doctorando en Ciencias Sociales (FaHCE-UNLP). Es Becario Doctoral de Investigación de la UNLP y co-coordinador del Área de Metodología del Instituto de Cultura Jurídica (FCJS-UNLP). Es docente de grado de Sociología Jurídica y Metodología de la Investigación (UNLP y UCALP) y de posgrado en la Especialización para el Abordaje de las violencias interpersonales y de género (UNLP).

## Introducción

Los discursos jurídicos han sido objeto de diversos análisis que generalmente se ocupan de un nivel analítico en particular, o de algunos de los elementos que conforman lo jurídico, ya sea focalizándose en el plano ontológico, axiológico, sociológico o estrictamente jurídico, si por ello entendemos la sanción, validez y uso de la normativa legal vigente. En un intento por contribuir con análisis de mayor complejidad, o mejor dicho, con análisis que puedan transitar desde los aspectos empíricos más básicos hacia los aspectos ontológicos más generales, presentamos una propuesta de análisis que intenta articular el plano ontológico, definiciones de teoría intermedia y herramientas conceptuales para el análisis de los discursos jurídicos, ejemplificando sobre algunos aspectos empíricos que con esta propuesta podríamos analizar. Sin embargo, el propósito último de esta propuesta no es su estricto uso académico, sino que ese uso académico, permita análisis concretos de diversas experiencias, contribuyendo a mejorar las condiciones en que se lanzan a la lucha por el Derecho aquellos sujetos que pretenden construir prácticas y discursos jurídicos contrahegemónicos.

## 1- La Teoría del Discurso y su ontología como punto de partida

La Teoría del Discurso (TD) se constituye como una forma de investigación que, basada en un problema, se configura en torno a supuestos ontológicos, conceptos teóricos y preceptos metodológicos específicos que requieren su articulación. Explicitar su dimensión ontológica requiere dar cuenta de los supuestos implícitos que posee respecto a la naturaleza de los objetos y de las relaciones sociales.

El punto de partida es que todos los objetos y prácticas tienen un significado, y esos significados sociales son contextuales, relacionales y contingentes. Los sistemas de prácticas con sentido – o discursos – dependen de exteriores discursivos que parcialmente los constituyen y potencialmente los subvierten. La idea de que todos los objetos y prácticas tienen un significado, supone que se constituyen como parte de un discurso, y en consecuencia, su inteligibilidad depende de su inserción en marcos de significado más amplios.

Para Laclau y Mouffe toda práctica social es discursiva, en tanto se constituye como objeto de discurso y no puede darse al margen de una superficie discursiva de emergencia<sup>2</sup>. Esta afirmación no implica suponer que los hechos, fenómenos, u objetos carezcan de existencia real.

“Lo que se niega no es la existencia, externa al pensamiento, de dichos objetos, sino la afirmación de que ellos pueden constituirse como objetos al margen de toda condición discursiva de emergencia [...] En la raíz del prejuicio anterior se encuentra un supuesto que debemos rechazar: el del carácter mental del discurso. Frente a esto afirmaremos el carácter material de toda estructura discursiva”<sup>3</sup>.

Este carácter material de la estructura discursiva se manifiesta en los usos concretos y específicos que hacen los agentes de ella, y en los efectos que produce.

---

<sup>2</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985].

<sup>3</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985], p. 146-147.

Afirmar que el significado de los objetos y prácticas depende de su inserción en marcos de significado más amplios implica pensar en que esos significados son relacionales. Esa relacionalidad supone que los significados se relacionan con otros significados que forman parte de un mismo contexto, construyéndose así un significado social que forma parte de un contexto más general. Al hablar de contexto volvemos a pensar en la materialidad del discurso, y en la idea de que los elementos lingüísticos y no lingüísticos que constituyen un discurso atraviesan todo el espesor material de las instituciones, rituales y prácticas, permitiendo la estructuración de ese mismo discurso<sup>4</sup>. Ese significado social es posible a partir de la forma en que un determinado discurso o práctica tiene lugar, lo que implica describirlo y comprender su significado en el marco discursivo en el cual se produce.

La contingencia de un significado implica que no hay un vínculo necesario entre dos objetos o prácticas sino que ese vínculo, que se construye entre esos dos objetos podría haberse construido entre otros dos objetos o prácticas diferentes, rompiendo con la idea de *necesidad*.

Sostener que los significados sociales son contextuales, relacionales y contingentes, supone una imposibilidad del cierre total de la identidad entre significado y significante, siendo solo posible fijaciones parciales de sentido. Estas fijaciones parciales de sentido, se configuran como instancias de constitución que implican la elección de ciertas posibilidades y la exclusión de otras, y con ello la constitución de límites, radicando el fundamento de esos límites en la imposibilidad de contener todos los discursos. Lo que queda fuera de esos límites se denomina *exterior discursivo*, y está constituido por otros discursos, por otros sistemas, por prácticas que no ingresan en la articulación discursiva. El exterior discursivo permite la fijación de los límites que constituye el discurso pero también posibilita su subversión, en tanto la fijación es solo parcial, precaria. Los discursos dependen de estos exteriores discursivos que los constituyen y que parcialmente los subvierten.

Para la Teoría del Discurso, la sociedad no puede concebirse como una totalidad suturada y autodefinida.

*"La sociedad no es un objeto legítimo de discurso. No hay principio subyacente único que fije – y así constituya – al conjunto del campo de las diferencias. La tensión irresoluble interioridad/exterioridad es la condición de toda práctica social: la necesidad sólo existe como limitación parcial del campo de la contingencia. Es en el terreno de esta imposibilidad tanto de la interioridad como de una exterioridad totales, que lo social se constituye [...] Hemos hablado de «discurso» como de un sistema de identidades diferenciales. Pero acabamos de ver que un sistema tal sólo existe como limitación parcial de un «exceso de sentido» que lo subvierte. Este «exceso», en la medida en que es inherente a toda situación discursiva, es el terreno necesario de constitución de toda práctica social. Lo designaremos con el nombre de campo de la discursividad – tratando de señalar con este término la forma de su relación con todo discurso concreto: él determina a la vez el carácter necesariamente discursivo de todo objeto, y la imposibilidad de que ningún discurso determinado logre realizar una sutura última”<sup>5</sup>.*

El campo de la discursividad como concepto ontológico prefigura el campo de análisis de los discursos concretos en el nivel óntico.

---

<sup>4</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985], p. 148.

<sup>5</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985], p. 151.



La noción de contingencia nos permite referirnos al vínculo *no necesario* de las instancias fundacionales, a la ausencia de un fundamento o esencia última que determine la sociedad. En este sentido, se produce una lucha por establecer los fundamentos y el orden de la vida en sociedad, y esa lucha es necesariamente política. La constitución del orden social supone la primacía de lo político sobre lo social.

"... el momento de institución originaria de lo social es el momento en que se muestra su contingencia ya que esa institución sólo resulta posible a través de la represión de alternativas que estaban igualmente abiertas. Mostrar el sentido originario de un acto significa así mostrar el momento de su contingencia radical, es decir, reinscribirlo en el sistema de opciones históricas reales que fueron desechadas (...) En la medida en que un acto de institución ha sido exitoso, tiende a producirse un "olvido de los orígenes"; el sistema de posibilidades alternativas tiende a desvanecerse y las huellas de la contingencia originaria a borrarse. De este modo lo instituido tiende a asumir la forma de una mera presencia objetiva. Este es el momento de la sedimentación. Es importante ver que este borrarse implica un ocultamiento. Si la objetividad se funda en la exclusión, las huellas de esta exclusión estarán siempre presentes de un modo u otro. Lo que ocurre es que la sedimentación puede ser tan completa, el privilegio de uno de los polos de la relación dicotómica tan logrado, que el carácter contingente de este privilegio, su dimensión originaria de poder, no resulta inmediatamente visible"<sup>6</sup>.

El momento de la reactivación es el redescubrimiento del carácter contingente de la objetividad. Este redescubrimiento, que se produce a partir de la emergencia de nuevos antagonismos, reactiva la comprensión histórica de los actos originarios de institución, los cuales se revelan como contingentes.

"Las formas sedimentadas de la «objetividad» constituyen el campo de lo que denominaremos «lo social». El momento del antagonismo, en el que se hace plenamente visible el carácter indecible de las alternativas y su resolución a través de relaciones de poderes, lo que constituye el campo de «lo político» (...) es la propia distinción entre lo social y lo político la que es constitutiva de las relaciones sociales. Si por un lado es inconcebible una sociedad de la que lo político hubiera sido enteramente eliminado —pues implicaría un universo cerrado que se reproduciría a través de prácticas meramente repetitivas— por el otro, un acto de institución política pura y total es también imposible: toda construcción política tiene siempre lugar contra el telón de fondo de un conjunto de prácticas sedimentadas (...) La distinción entre lo social y lo político es ontológicamente constitutiva de las relaciones sociales; es lo que, utilizando un lenguaje heideggeriano, podríamos denominar un «existencial». Pero la frontera entre lo que en una sociedad es social y lo que es político se desplaza constantemente"<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Laclau, E. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000 [1990], p. 51.

<sup>7</sup> Laclau, E. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000 [1990], p. 51-52. Benjamin Arditi define a lo político como el momento de la activación – reactivación que emerge en forma contingente, más allá de su permanencia en el plano institucional de la política. "La distinción entre el adjetivo político y el sustantivo política no es meramente gramatical, sino también conceptual. La «política» tiene su propio espacio o locus público. Es el terreno de intercambios entre partidos políticos, de actividades legislativas y

Cuando los discursos disponibles no consiguen dar sentido a nuevos acontecimientos, se interrumpen y desestabilizan los órdenes simbólicos, produciéndose el momento dislocatorio, como una situación de inestabilidad que requiere la rearticulación de los distintos elementos en una nueva cadena significativa. En forma muy ilustrativa dicen Laclau y Mouffe "la presente coyuntura, lejos de reflejar el único orden social natural o posible, es la expresión de una cierta configuración de las relaciones de poder"<sup>8</sup>. La sociedad es una construcción discursiva, una estructura abierta y descentralizada, caracterizada por la regularidad en la dispersión, en tanto conjunto de diferencias que en contextos de exterioridad puede llegar a ser significado como una totalidad.

"Si mantenemos el carácter relacional de toda identidad y si, al mismo tiempo, renunciamos a la fijación de esas identidades en un sistema, en ese caso lo social debe ser identificado con el juego infinito de las diferencias, es decir, con lo que en el sentido más estricto del término podemos llamar discurso – a condición, desde luego, de que liberemos al concepto de discurso de un significado que lo restringe al habla y a la escritura"<sup>9</sup>.

Conforme a los aportes de Laclau, Mouffe y Howarth, definiremos a los *discursos* como sistemas de prácticas con sentido que trascendiendo la distinción entre lo lingüístico y lo extralingüístico se organizan como un intento contingente, precario y provisorio de articular y fijar los elementos constitutivos de los sistemas políticos y sociales<sup>10</sup>. El discurso se constituye siempre en un esfuerzo por producir una sutura que interrumpe el flujo de las diferencias, creando una totalidad significativa, inteligible, provisional y precaria, en la cual hay fijaciones parciales, es un intento por dominar el campo de la discursividad e instituir un centro.

"La práctica de la articulación consiste en la construcción de puntos nodales que fijan parcialmente el sentido; y el carácter parcial de esa fijación procede de la

---

gubernamentales de elecciones y re-presentación territorial y, en general, del tipo de actividades, prácticas y procedimientos que se desarrollan en el entramado institucional del sistema o régimen político (...) Lo «político», en cambio, es un tipo de relacionamiento que se puede desarrollar en cualquier espacio, independientemente de si permanece o no dentro del terreno institucional de la «política». Incluye, pero rebasa ese terreno. No tiene un objetivo específico o actores particulares, ni necesita tener su propio apoyo institucional. Lo «político» es, pues, movimiento vivo, el magma de voluntades contrapuestas" (Arditi, B. "Rastreado lo político", *Revista de Estudios Políticos*, 87, 1995, p. 342-343). García Canclini define a lo político como la "articulación dinámica de sujetos, prácticas y proyectos colectivos, cuyo contenido es la lucha por dar dirección a la realidad en el marco de opciones viables" (Zemelman, H. *De la historia a la política: la experiencia de América Latina, Siglo XXI, México, 2007 [1989]*, p. 13).

<sup>8</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985], p. 17.

<sup>9</sup> Laclau, E. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000 [1990], p. 104,

<sup>10</sup> Al definir los discursos Howarth y Stavrakakis efectúan una remisión a *La arqueología del saber*, la tarea consiste en "no tratar -en dejar de tratar- los discursos como conjuntos de signos (de elementos significantes que envían a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan. Es indudable que los discursos están formados por signos; pero lo que hacen es más que utilizar esos signos para indicar cosas. Es ese más lo que los vuelve irreductibles a la lengua y a la palabra. Es ese "más" lo que hay que revelar y hay que describir" (Howarth, D. y Stavrakakis, "Introducing Discourse Theory and Political Analysis", en Howarth, D., Norval, A., y Stavrakakis, Y (eds.) *Discourse Theory and Political Analysis: Identities, Hegemonies and Social Change*, Manchester, Manchester University Press, 2000, p. 4).

apertura de lo social, resultante a su vez del constante desbordamiento de todo discurso por la infinitud del campo de la discursividad"<sup>11</sup>. Estas fijaciones parciales son posibles a partir del establecimiento de los puntos nodales de una cadena discursiva, los cuales dan unidad a un conjunto determinado de elementos y limitan la presencia de otros, al tiempo que cambia el significado original que los elementos tenían antes de su articulación discursiva.

Los puntos nodales son definidos por Laclau y Mouffe como puntos discursivos privilegiados que fijan parcialmente el sentido y que sirven al discurso para detener el flujo de las diferencias, para constituir un centro y dominar el campo de la discursividad. Los autores refieren a la insistencia de Lacan en las fijaciones parciales a través de su concepto de *points de capito*, significantes privilegiados que fijan el sentido de la cadena signifiante. En el mismo sentido, Howarth los define como "condensaciones privilegiadas de sentido que fijan parcialmente las identidades de un conjunto particular de significantes"<sup>12</sup>.

Dentro del esquema analítico propuesto por la Teoría del Discurso, y junto a los puntos nodales, existen otros dos conceptos que son centrales para comprender estos procesos de fijaciones parciales: los significantes flotantes y los significantes vacíos<sup>13</sup>.

Los significantes flotantes son definidos como "elementos ideológicos contingentes que pueden articularse por medio de proyectos políticos que buscan conferirle un significado"<sup>14</sup>. En una primera aproximación, parece que el estatus de los significantes flotantes es menor al de los puntos nodales, en tanto son estos últimos los que brindan sentido a un conjunto específico de significantes flotantes. En este sentido, los significantes flotantes son definidos como "elementos ambiguos siempre

---

<sup>11</sup> Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010 [1985], p. 154

<sup>12</sup> Howarth, D. "Hegemonía, subjetividad política y democracia radical", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.321.

<sup>13</sup> David Howarth ha elaborado una periodización sobre la obra de Laclau donde vincula tres etapas de su obra con tres modelos de hegemonía, conceptualizando las diferencias entre puntos nodales, significantes flotantes y significantes vacíos (Howarth, D. "Hegemonía, subjetividad política y democracia radical", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.320-327). En el desarrollo de esa conceptualización Howarth considera que "no está claro si el signifiante vacío es simplemente un sinónimo del punto nodal, un refinamiento del concepto original o bien selecciona y captura diferentes aspectos de la realidad social [...] si bien el segundo modelo parece implicar una pluralidad de puntos nodales vinculados por las prácticas hegemónicas en una estructura discursiva, el tercer modelo sugiere que la unidad de una estructura social se constituye por un signifiante vacío que establece el sentido de los otros significantes, es decir, que desempeña la función totalizadora de vincular los elementos del sistema" (Howarth, D. "Hegemonía, subjetividad política y democracia radical", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 333-334). Laclau, contesta a esta inquietud de Howarth, diciendo que punto nodal y signifiante vacío refieren a las mismas dimensiones de la realidad social, y que "la distinción radica en que el punto nodal hace alusión a la función articuladora, mientras que su carácter vacío apunta hacia su significación universal" (Laclau, E. "Atisbando el futuro", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 397).

<sup>14</sup> Howarth, D. "Aplicando la Teoría del Discurso: el Método de la Articulación", *Studia Politicae*, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, 5, 2005, p.51.

sobredeterminados por una pluralidad de sentidos en el campo discursivo”<sup>15</sup>. Según Laclau, la idea de que un significante pudiera ser vinculado a distintos significados en diferentes contextos, conduciría a dos caminos: o es un significante equívoco o es un significado ambiguo. En este último caso, la subdeterminación de significados impediría fijarlo plenamente, “este carácter de flotante del significante no hace todavía de él un significante vacío”<sup>16</sup>. Esta frase empieza a clarificar el sentido entre los significantes flotantes, los puntos nodales y los significantes vacíos. El significante es flotante en tanto no está fijado, su fijación parcial y precaria lo podría transformar en un punto nodal en torno al cual se articulan otros significantes, para posteriormente poder transformarse – o no – en un significante vacío.

En el texto “¿Por qué los significantes vacíos son importantes para la política?”, Laclau define a los significantes vacíos como significantes sin significado.

“Un significante vacío solo puede surgir si la significación en cuanto tal está habitada por una imposibilidad estructural, y si esta imposibilidad solo puede significarse a sí misma como interrupción (subversión, distorsión, etc.) de la estructura del signo [...] los límites de la significación solo pueden anunciarse a sí mismos como imposibilidad de realizar aquello que está en el interior de esos límites – si los límites pudieran significarse de modo directo, ellos serían límites internos a la significación, ergo, no serían límites en absoluto [...] aquello que constituye la condición de posibilidad de un sistema significativo – sus límites – es también aquello que constituye su condición de imposibilidad – un bloqueo en la expansión continua del proceso de significación [...] Los límites auténticos son siempre antagónicos y presuponen una exclusión”<sup>17</sup>.

Para Howarth los significantes vacíos “existen debido a la falta de ser de todo orden simbólico”<sup>18</sup>.

La forma en que el significante vacío opera en el agrupamiento de diferentes elementos del sistema responde a que la identidad de cada elemento del sistema aparece constitutivamente dividida, “por un lado, cada diferencia se expresa a sí misma como diferencia, por el otro, cada una de ellas se cancela a sí misma en cuanto tal al entrar en una relación de equivalencia con todas las otras diferencias del sistema”<sup>19</sup>. El sistema no puede tener un fundamento positivo y tampoco puede significarse a sí mismo en términos de ningún significado positivo. El significante vacío es el significante de la pura cancelación de toda diferencia. Lo que está más allá de la frontera de exclusión es reducido a la pura negatividad. En este proceso, la subversión del significado se da cuando los significantes se vacían de todo vínculo con significados particulares y asumen el papel de representar el puro ser del sistema. Solo privilegiando la dimensión de equivalencia hasta el punto en que su carácter diferencial es casi enteramente anulado es que el sistema puede diferenciarse a sí mismo como totalidad. Lo que establece su unidad es algo negativo: su oposición a un enemigo común. El significado esta desde el comienzo internamente dividido: por un lado, el objetivo concreto de la lucha como diferencial y, por otro, la oposición al sistema como equivalente. La función de representar al sistema depende de la posibilidad de que la

<sup>15</sup> Howarth, D. “Hegemonía, subjetividad política y democracia radical”, en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). Laclau. Aproximaciones críticas a su obra, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.324.

<sup>16</sup> Laclau, E. *Emancipación y Diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p.70.

<sup>17</sup> Laclau, E. *Emancipación y Diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p.70-72.

<sup>18</sup> Howarth, D. “Hegemonía, subjetividad política y democracia radical”, en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). Laclau. Aproximaciones críticas a su obra, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.324.

<sup>19</sup> Laclau, E. *Emancipación y Diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996, p.73.

dimensión equivalencial prevalezca sobre la diferencial. Los significantes vacíos renuncian a su identidad diferencial para representar la identidad puramente equivalencial. Las varias categorías excluidas tienen que cancelar sus diferencias a través de la formación de una cadena de equivalencias, las diferencias se disuelven en cadenas equivalenciales<sup>20</sup>. Lo que está más allá de la frontera de exclusión – el poder represivo, por ejemplo – contará menos como instrumento de represiones particulares y expresará la pura anticomunidad. La función equivalencial representa una plenitud ausente, es algo que no tiene un significado propio y fijo, sino sería una diferencia más y no el resultado de la fusión equivalencial. Esto es central para la Teoría del Discurso, en tanto “las prácticas sociales se estructuran por lógicas de equivalencia y diferencia”<sup>21</sup>.

Comprendido esto, debemos preguntarnos ¿qué es lo que determina que sea un signifiante y no otro el que asume la función significativa? ¿Qué es lo que determina que sea una lucha, y no otras, la que encarna, en momentos históricos particulares, esta función universal? Laclau sostiene que el carácter desnivelado de lo social determina que una lucha pueda transformar sus contenidos en puntos nodales que luego tomen el lugar del signifiante vacío.

“La imposibilidad estructural de la significación surge de la incapacidad de cualquier diferencia lingüística interna de representar la sistematicidad del sistema como un todo. Paradójicamente, por lo tanto, solo el signifiante que niega el sistema de diferencias permite que el sistema se autorrepresente. Este signifiante constituye la posibilidad y al mismo tiempo la imposibilidad de toda cadena signifiante [...] en términos sociales, el signifiante vacío desempeña la función universal de representar a toda la comunidad o el orden social [...] Ningún signifiante está predestinado a encarnar la unidad simbólica imposible. Las distribuciones desiguales del poder determinan en parte qué signifiante desempeñara el papel de signifiante vacío en una sociedad particular. Laclau especifica dos condiciones teóricas para su aparición y funcionamiento: 1) la disponibilidad de significantes potenciales y, 2) su credibilidad como medios de significación e interpelación. Una tercera condición no mencionada sería la presencia de agentes estratégicamente ubicados que puedan construir y desplegar significantes vacíos para impulsar sus proyectos”<sup>22</sup>.

Un contenido particular pasa a ser el signifiante de la plenitud ausente en lo que llamamos la relación hegemónica, produciéndose la sinécdoque de las relaciones hegemónicas cuando una particularidad asume el carácter de universalidad. Para Laclau, la imposibilidad constitutiva de la sociedad solo puede representarse a sí misma a través de la producción de significantes vacíos. Las prácticas gobernadas por la lógica política surgen cuando ocurre una falla o imposibilidad de la estructura social

<sup>20</sup> Laclau, E. *Emancipación y Diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996.

<sup>21</sup> Laclau, E. “Atisbando el futuro”, en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). Laclau. Aproximaciones críticas a su obra, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 399.

<sup>22</sup> Howarth, D. “Hegemonía, subjetividad política y democracia radical”, en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). Laclau. Aproximaciones críticas a su obra, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.324-325. Considerando que el signifiante vacío establece el sentido de los otros significantes al desempeñar la función totalizadora de vincular los elementos del sistema, Howarth se pregunta: ¿cómo el signifiante vacío puede cumplir esta función? ¿Cómo funcionan los significantes para unificar y sedimentar un amplio rango de prácticas y discursos? ¿Son condensaciones simbólicas o representaciones de la unidad? ¿O producen efectos sobre la sociedad de manera activa al constituir al conjunto de relaciones sociales que conforman los órdenes sociales concretos?

existente, y cuando los sujetos son literalmente “forzados” a actuar y a identificarse nuevamente. De crucial importancia en este sentido es el concepto de hegemonía, diseñado para dilucidar la práctica de construcción de alianzas y coaliciones políticas entre diferentes actores sociales. La hegemonía capta el proceso por el cual los actores reúnen un conjunto diverso de demandas particulares en un discurso común con el objeto de construir un proyecto político más universal<sup>23</sup>.

## **2- El Derecho desde una perspectiva sociojurídica crítica**

De acuerdo al esquema planteado al inicio del trabajo, dar cuenta del Derecho en términos generales implicará aproximarnos a la elaboración de conceptos y teorías de mediano alcance sobre las instituciones y organizaciones situadas en contextos históricos específicos, ello con la finalidad de que estos conceptos medios conecten lo ontológico con las herramientas de análisis utilizadas y el objeto de análisis que constituyen los discursos jurídicos. “La tarea de cualquier teorización de mediano alcance que parta de una ontología discursiva es volver a describir el nivel óntico según las distinciones propuestas por esa ontología”<sup>24</sup>.

En este sentido, la pregunta ¿qué es lo jurídico? ¿qué es el Derecho? supone una primera respuesta que obrará como premisa: el Derecho no son sólo las normas jurídicas. Con esta premisa, partiremos de la obra de Pierre Bourdieu y, considerando los aportes de otros autores, como Dezalay y Trubek o García Villegas y Rodríguez, que trabajan con la Teoría de los Campos en el mundo del derecho, definiremos al campo jurídico como un espacio en el que actores situados en posiciones estructurales dispares luchan por controlar la generación de pronunciamientos que tienen el poder de imponerse con fuerza de autoridad. Esta definición intenta superar las concepciones del formalismo jurídico que reducen el Derecho a las normas positivas, e incluye a los actores, sus posiciones en el campo, los símbolos e ideas que utilizan, las relaciones de poder y las instituciones sociales<sup>25</sup>.

Desde esta perspectiva, los elementos principales que componen el campo jurídico son los actores, las posiciones que ocupan, los capitales o recursos que poseen y los privilegios que se disputan. La individualización de estos elementos en campos jurídicos concretos y específicos nos permitirá reflexionar sobre la lucha por el derecho, las relaciones de poder, y las formas que toman lo social y lo político en el interior de cada campo jurídico y en sus relaciones con otros campos<sup>26</sup>.

García Villegas y Rodríguez consideran que entre los actores que integran el campo jurídico se encuentran los creadores, los practicantes, los aplicadores del derecho, los guardianes de la doctrina, los educadores y los grupos de interés. Por su parte, los capitales que despliegan los actores para disputar el campo pueden ser capitales económicos (v. gr., dinero para costear la defensa en un litigio), culturales (v. gr., credenciales educativas para hacer prevalecer una doctrina) o sociales (v. gr.,

---

<sup>23</sup> Howarth, D. “Aplicando la Teoría del Discurso: el Método de la Articulación”, *Studia Politicæ*, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, 5, 2005.

<sup>24</sup> Laclau, E. “Atisbando el futuro”, en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p. 399.

<sup>25</sup> García Villegas, M. y Rodríguez, C. (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, 2003.

<sup>26</sup> No profundizamos en el desarrollo de cada uno de los elementos que componen el campo jurídico atento que el objetivo del presente trabajo es presentar un esquema de análisis de los discursos jurídicos que articule los principios ontológicos de la TD, la perspectiva sociojurídica de la Teoría de los Campos y las Lógicas de Explicación Crítica, razón por la cual nos focalizamos en la esquematización y articulación de la propuesta, sin realizar un análisis concreto de discursos jurídicos específicos.

prestigio profesional para acceder a una posición dominante en el campo). Los privilegios por los que luchan los actores son de diversa índole, para Trubek y Dezalay los dos más importantes son el éxito económico y la posición o prestigio dentro del campo. Sin embargo, coincidimos con Bourdieu en que el privilegio característico del campo jurídico es la posibilidad de "imponer una representación oficial del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses"<sup>27</sup>, el privilegio más importante que se disputa es el derecho a decir el derecho.

La identificación de los actores y de las posiciones que ocupan nos permite individualizar la presencia de aquellos "agentes estratégicamente ubicados que puedan construir y desplegar significantes vacíos para impulsar sus proyectos"<sup>28</sup>, trazando un puente entre la Teoría del Discurso y la Teoría de los Campos que nos permita analizar la lucha por el Derecho a partir de ubicaciones estratégicas de los actores, de las alianzas que tejen y de los significantes que despliegan para imponer su visión del mundo.

El campo jurídico se caracteriza por configurar sus discursos a partir de "la ilusión de neutralidad, de universalidad, de autonomía, de *desinterés* incluso (bajo el ropaje del "interés general" o la justicia)"<sup>29</sup>. La autoridad jurídica es la forma por antonomasia del poder simbólico, el poder del nombramiento y de la institución, de la representación, el poder para construir socialmente, para otorgar importancia social<sup>30</sup>. En este sentido, es que a través del Derecho, "los actores jurídicos buscan consagrar bajo las formas jurídicas generales (leyes, sentencias, prácticas informales obligatorias, etc.) las condiciones que permiten el avance de los intereses particulares que defienden o representan"<sup>31</sup>. El Derecho objetiva la visión dominante reconocida como legítima, visión que es avalada por el Estado.

Andrés García Inda, en la Introducción a "Poder, Derecho y Clases Sociales", elabora una lectura interesante de la idea de Bourdieu sobre el campo jurídico que nos permite trazar otras líneas de contacto entre la Teoría de los Campos y la Teoría del Discurso. Para García Inda el análisis del derecho de Bourdieu no es otra cosa que la aplicación de la noción de práctica al mundo jurídico. Define al campo jurídico como "un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas, al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física"<sup>32</sup>. Considera que desde el punto de vista social el derecho puede entenderse partiendo de dos aspectos inseparables: el derecho como discurso y el derecho como espacio. Es discurso en tanto "unidad de significación o práctica enunciativa en un contexto de producción", siendo espacio como "sistema, conjunto de aparatos especializados que le sirven de soporte o, como campo social en

---

<sup>27</sup> Bourdieu, P. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 216.

<sup>28</sup> Howarth, D. "Hegemonía, subjetividad política y democracia radical", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008, p.324-325. Considerando que el significante vacío establece el sentido de los otros significantes al desempeñar la función totalizadora de vincular los elementos del sistema, Howarth se pregunta: ¿cómo el significante vacío puede cumplir esta función? ¿Cómo funcionan los significantes para unificar y sedimentar un amplio rango de prácticas y discursos? ¿Son condensaciones simbólicas o representaciones de la unidad? ¿O producen efectos sobre la sociedad de manera activa al constituir al conjunto de relaciones sociales que conforman los órdenes sociales concretos?

<sup>29</sup> Bourdieu, P. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 40.

<sup>30</sup> Bourdieu, P. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer, Bilbao.

<sup>31</sup> García Villegas, M. y Rodríguez, C. (Eds.). *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, ILSA, 2003, p. 21.

<sup>32</sup> Bourdieu, P. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 38.

el que se produce y negocia ese discurso”<sup>33</sup>. Destaca que esta diferencia se produce a efectos analíticos pero que se trata de dos aspectos indisociables, el derecho es el resultado de las luchas entre los agentes por el derecho a decir que es el derecho, escondiendo bajo estrategias de universalización las relaciones de dominación que se traducen en formas jurídicas. La idea de que el discurso no existe al margen de la red de relaciones en la que emerge, indica que las prácticas jurídicas no tienen significación al margen del sistema en el cual están inmersas, aquel sistema en el cual encuentran sentido. Solo podremos comprender el sentido de las prácticas jurídicas considerando su significado en el marco del discurso jurídico dominante, o mejor dicho, del discurso jurídico hegemónico.

El análisis antiformalista bourdiano se complementa con la Teoría del Discurso en el intento de comprender como se construye y utiliza la legalidad para servir a diferentes intereses, cuales son las diferentes formas de lucha que se desarrollan en el campo jurídico y las estrategias que estas formas de luchas toman. La noción de campo jurídico, atravesada por la temática del poder, lo político y lo social, nos permite deconstruir la idea de un orden jurídico neutral y autónomo. Al mismo tiempo, nos permite observar un discurso jurídico que ha sido tradicionalmente dotado por los agentes que lo detentan de efectos de neutralización y universalización, construyéndose la idea de un Derecho que, igual para todos, es emitido por un sujeto imparcial, objetivo, neutral, que fija en todo momento el límite de lo posible.

“Las elecciones que el cuerpo [*de creadores jurídicos*] debe realizar, en cada momento, entre intereses, valores y visiones del mundo diferentes o antagónicas tienen pocas posibilidades de desfavorecer a los dominantes, puesto que el *ethos* de los agentes jurídicos, que está en el origen de esas elecciones, y la lógica inmanente de los textos jurídicos, que son invocados para justificarlas tanto como para inspirarlas, son acordes con los intereses, los valores y la visión del mundo de los dominantes”<sup>34</sup>.

Y esta visión del mundo, sus intereses y valores pueden leerse a partir de la identificación de los significantes que esos actores despliegan al momento de impulsar sus proyectos.

El esquema analítico en construcción nos permitirá contar con herramientas para reflexionar sobre las instancias fundacionales – y los momentos dislocatorios – de las estructuras jurídicas de sentido. Las posiciones de los sujetos en el campo y los capitales con los que cuentan, nos permiten comprender los sistemas de prácticas que estos sujetos estructuran, que al mismo tiempo son los sistemas de prácticas que estructuran la actuación de esos sujetos. Estas herramientas nos permitirán identificar el contenido y las formas de construcción del discurso jurídico hegemónico, caracterizando las prácticas jurídicas sedimentadas y sus formas de construcción, y especificando cuáles son sus reglas, como funcionan, y los modos en que se construyen, tarea posible a partir del uso de las Lógicas de Explicación Crítica que desarrollaremos en el siguiente apartado.

El discurso jurídico se conforma a partir de creencias y concepciones sobre lo que es el derecho, como opera y sobre cómo relacionarse con él. Una caracterización detallada del discurso jurídico hegemónico nos permitirá apreciar contextualizadamente las posibles fallas o dislocaciones. En este sentido, la Teoría del Discurso nos ayuda a entender cómo se transforma un discurso particular en uno universal, en los términos de la Teoría de los Campos como se impone la visión del mundo de los sectores dominantes. Según Clara Sandoval la “ortodoxia” utiliza

---

<sup>33</sup> Bourdieu, P. Poder, derecho y clases sociales. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 38.

<sup>34</sup> Bourdieu, P. Poder, derecho y clases sociales. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 208.



estrategias discursivas como la neutralidad, la objetividad y la cientificidad para transformar “Un Derecho” en “El Derecho”, transformando en una necesidad lo que es una situación coyuntural.

“La principal característica del positivismo jurídico es la afirmación de la separación e independencia entre el derecho y la moral. De ahí que el enfoque positivista del derecho se centre en las características formales y no en las características sustantivas de las normas jurídicas. Eso permite a los analistas positivistas reconocer el carácter jurídico de una norma con base en su creación bajo la dirección de ciertos parámetros formales – es decir, las fórmulas legislativas”<sup>35</sup>.

Conforme la visión del discurso jurídico hegemónico, el Derecho serían las normas construidas por el Estado a través de agentes técnicos especializados que, desde una posición de objetividad y neutralidad, brindan al cuerpo legislativo los presupuestos centrales para su sanción, de acuerdo a los procedimientos legalmente establecidos. Quiénes vean afectados sus derechos, deberán recurrir a la Justicia que, imparcialmente, analizará los derechos en conflicto, decidiendo técnicamente si un derecho ha sido afectado o no, y ordenando la restitución y/o sanción correspondiente. La moral social es asimilada y sustituida por una moral procedimental, y el procedimiento – la formalidad jurídica – suplanta a la sustantividad jurídica, al mismo tiempo que se invisibiliza, se naturaliza, la forma y el momento en que estas prácticas se constituyeron en prácticas dominantes, construyendo el orden social vigente, como un orden social natural, borrando las huellas de la contingencia.

La existencia de ciertas antinomias constitutivas nos permite visualizar las tensiones que se tornan rasgos fundantes del Derecho. El sistema jurídico intenta ser coherente y estabilizar toda contingencia proveniente del exterior. Las demandas de los sujetos son canalizadas a través de los sistemas instituidos, sin embargo, en ciertas ocasiones, estos canales, por diversas razones, no pueden canalizar las demandas o, específicamente, sus respuestas no son pertinentes a los intereses de los sectores menos favorecidos. En este caso, emerge lo político, cuando se visibiliza los intereses en torno a los cuales se han tomado las decisiones. En ese momento, se produce un momento dislocatorio, donde los discursos existentes no pueden dar respuesta a la nueva situación y es necesaria una rearticulación de los discursos existentes. Esos momentos, esos actores y esos discursos serán los objetos de nuestra propuesta analítica.

### **3- Las Lógicas de Explicación Crítica**

La explicación de un grupo particular de discursos y prácticas requiere la construcción de una cadena o esquema explicativo que involucre conceptos y lógicas teóricas, lógicas sociales y lógicas políticas. En el nivel óntico, la investigación, que toma los presupuestos ontológicos de la TD, se focalizaría en la caracterización del discurso y en la explicación de su emergencia, funcionamiento, mantenimiento y transformación.

Con la finalidad de “poner a trabajar” las definiciones explicitadas, retomaremos los esfuerzos metodológicos de Glynos y Howarth que proponen utilizar la idea de “lógica” como unidad explicativa. La lógica comprende las reglas que gobiernan una

---

<sup>35</sup> Machado, I. S. “Derecho y hegemonía: una mirada post-estructuralista acerca del Derecho, la judicialización de la política y la politización de la justicia”, en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Universidad del Zulia, Año 19, N° 64, Venezuela, P. 85.

práctica, las entidades y las relaciones que hacen posible el funcionamiento de dichas reglas<sup>36</sup>. Para Howarth una lógica presupone un grupo particular de sujetos, objetos y un sistema de relaciones (intercambios) entre sujetos y objetos.

Glynos y Howarth proponen tres lógicas que intentan dar respuesta a las tres preguntas básicas de la investigación social: *qué* caracteriza a una práctica, *cómo* se constituyó y *por qué* es posible. La lógica social procura responder las preguntas en torno a las reglas y el funcionamiento de las prácticas y discursos; la lógica política se ocupa de su emergencia y constitución; y la lógica fantasmática, indaga en las condiciones para su mantenimiento y transformación.

La lógica social se utiliza para caracterizar una determinada práctica a partir de la identificación de las reglas que la gobiernan. Desde esta lógica nos interesa establecer cuál es el contenido de las prácticas y cómo funcionan, determinando así lo que está "dentro" de los discursos jurídicos y lo que está afuera.

La lógica política es concebida para explicar el surgimiento y constitución de un discurso a partir de las nociones de equivalencia y diferencia de Laclau y Mouffe. Estos autores consideran que en la constitución de los espacios políticos intervienen de manera distinta dos lógicas, la de la equivalencia y la de la diferencia. La lógica de la equivalencia es una lógica de simplificación del campo político, mediante ella se convierte una serie de demandas particulares, distintas, diferentes en equivalentes, frente a un antagonista común. La lógica de la diferencia, por el contrario, se da cuando proliferan las demandas particulares y el sistema trata de absorberlas una a una, y al darles respuesta, trata de que no pierdan su particularidad, evitando que se vuelvan equivalentes. Utilizando estas herramientas, nos interesa establecer los modos en que emergen las prácticas y discursos, y las condiciones que permiten su emergencia, especificando las demandas y los significantes en torno a los cuales se constituyen. Existe una frontera que se constituye en torno a la satisfacción o no de las demandas, ello en tanto su insatisfacción podría dar lugar a una lógica equivalencial, y por el contrario, su satisfacción, individual, daría lugar a una lógica diferencial, constituyendo una estrategia de los sectores dominantes/hegemónicos su atención – y satisfacción – por separado, para evitar su unificación.

La lógica fantasmática tiene por finalidad explicar las condiciones que permiten el mantenimiento y la transformación de un discurso, considerándose central el rol de la ideología en su sostenimiento o colapso. A través de la noción de goce se enfatiza el rol de la ideología, los sujetos son "agarrados" o "sujetados" por determinadas prácticas y regímenes<sup>37</sup>. "Lo que sostiene a una lógica social no es sólo la existencia de cierto punto nodal semiótico de sujetamiento de la significación sino, además, la «identificación con el goce procurado a través de la trasgresión colectiva de normas públicamente aceptadas»"<sup>38</sup>. Los sujetos contribuyen a invisibilizar y naturalizar el carácter sociohistórico y político de toda relación social, en ese sentido, la ideología, la fantasía, sirven para ocultar o clausurar la contingencia radical de las relaciones sociales. La categoría de ideología se utiliza para describir la tendencia que conduce al

---

<sup>36</sup> En los términos de Laclau la *gramática* es el conjunto de reglas y la *lógica* las relaciones que hacen posible que ese sistema de reglas funcione. Glynos y Howarth fusionan los dos aspectos – las reglas y las relaciones que hacen posible su funcionamiento – en el término *lógica*. "We could say that the logic of a practice comprises the rules or grammar of the practice, as well as the conditions which make the practice both possible and vulnerable" (Glynos, J. y Howarth, D. *Logics of Critical Explanation in Social and Political Theory*. Routledge, London, 2007, p. 136).

<sup>37</sup> "... fantasmatic logics provide the means to understand why specific practices and regimes grip subjects" (Glynos, J. y Howarth, D. *Logics of Critical Explanation in Social and Political Theory*. Routledge, London, 2007, p. 145).

<sup>38</sup> "[The] identification with jouissance procured through collective transgression of publicly accepted norms" (Glynos, J. "The grip of ideology: a Lacanian approach to the theory of ideology", in *Journal of Political Ideologies*, Volumen 6, Número 2, 2001, p. 210).

cierre total de los discursos. Nos parece interesante analizar la vinculación entre el concepto de ideología y otros elementos que podrían contribuir con el sostenimiento de los discursos, como por ejemplo, la legitimación que poseen ciertos discursos – en campos y espacios específicos – y los recursos de los que disponen los agentes que los promueven para su mantenimiento y transformación. Consideramos que estos aspectos podrían complementar al concepto de ideología en el proceso de comprender por qué un sujeto cree que un discurso es posible, que condicionamientos influyen en sus decisiones y por qué ese discurso se torna efectivamente posible.

#### **4- Hacia una propuesta de análisis... para la acción**

Ubicar la Teoría del Discurso en la rama hermenéutica de las ciencias sociales supone que busca hacer interpretaciones de segundo orden sobre las interpretaciones y la comprensión que los actores sociales tienen de sus situaciones y prácticas. Ello implica que las instituciones y prácticas están en parte constituidas por las creencias y deseos de los actores, que existe una relación interna entre acciones y significados subjetivos, y que la comprensión del sentido presupone un conjunto de prácticas de fondo compartidas.

La Teoría de los Campos, por su parte, y más específicamente, el análisis del derecho de Bourdieu, se constituye en una propuesta que intenta desentrañar la lógica de la práctica jurídica, el sentido de las diferentes prácticas jurídicas y sociales, para descubrir el orden social que se esconde tras el orden simbólico, todo ello en el marco de un conocimiento que tiene por objeto el sistema de relaciones objetivas y las relaciones entre esas estructuras objetivas y las disposiciones estructuradas en las cuales ellas se actualizan y que tienden a reproducirlas, considerando que “el análisis de las estructuras cognitivas es inseparable del análisis de las condiciones sociales en que aquéllas tienen lugar”<sup>39</sup>.

Utilizar ambas propuestas en un mismo esquema analítico requiere explicitar cual es el objeto que abordaremos, que definición construimos y cómo lo abordaremos, lo que supone en nuestra propuesta una clara conceptualización de las prácticas y de los discursos, como así también una adecuada fundamentación epistemológica y metodológica respecto a las formas en que construiremos el conocimiento y las herramientas que utilizaremos.

La propuesta analítica elaborada intenta constituirse en una herramienta que permita construir descripciones articuladas de los discursos jurídicos, y no meras subsunciones de aspectos empíricos en las categorías teóricas utilizadas. En este sentido, las lógicas de explicación crítica nos permiten reflexionar sobre el funcionamiento, emergencia y mantenimiento de los discursos jurídicos que son sostenidos en el hacer de distintos actores – que pueden ocupar diferentes posiciones estructurales, que poseen diferentes capitales, que luchan por el derecho a decir el derecho, con la posibilidad de que se objete su visión del mundo y se borren las huellas de la contingencia, naturalizando el orden establecido, y su carácter contextual, “olvidando” que su construcción fue posible a partir de fijaciones parciales y precarias.

Este recorrido, esbozado de forma inversa en el desarrollo del artículo, se constituye en un camino que trazamos entre los principios ontológicos de la Teoría del Discurso, la conceptualización sociojurídica del Derecho desde la Teoría de los Campos y las Lógicas de Explicación Crítica, camino que puede transitarse en un permanente ida y vuelta, en un sentido y en otro, en forma lineal o no lineal, y que sirve, inicialmente, para comprender la complejidad del campo jurídico, como se conforma el

---

<sup>39</sup> Bourdieu, P. Poder, derecho y clases sociales. Desclée de Brouwer, Bilbao, p. 13.

discurso jurídico hegemónico y cuáles son las condiciones de lucha en campos jurídicos específicos.

Las preguntas básicas que se intentan responder con las lógicas de explicación crítica intentan orientar la búsqueda hacia cada uno de los elementos que nos permitirían visibilizar la forma en que los discursos funcionan, emergen y son posibles. Para cada una de estas lógicas y su pregunta inicial existen otras preguntas que la conforman. Desde la Lógica Social nos preguntamos ¿cuáles son los contenidos de estos discursos? ¿Cuáles son las voces que habitan los discursos? ¿Qué tipos de narrativas se construyen? ¿Cómo funcionan estos discursos? ¿Qué reglas rigen ese funcionamiento? ¿Cómo participan cada uno de los sujetos?; desde la Lógica Política, ¿cómo surgen y se constituyen estos discursos? ¿Qué condiciones permiten su emergencia? ¿Qué demandas se articulan en torno a ellos? ¿A partir de que significantes se conforman? ¿Con quiénes se disputan estos significantes? ¿Cuáles son los cambios que se registran? ¿Se registra la desarticulación de significantes dominantes?; y desde la Lógica Fantasmática, ¿cuáles son las tensiones y contradicciones dentro de estos discursos? ¿Cuáles son las condiciones que permiten el mantenimiento de estos discursos? ¿Cuáles son las condiciones que atentan contra su mantenimiento? ¿Cómo se transforman? ¿Cuáles son las razones de su transformación? ¿Cuáles son las diferencias con los discursos tradicionales? ¿Qué respuestas y propuestas elaboran? ¿Dónde y Cómo se implementan?

La propuesta de análisis contextualiza la existencia de los discursos jurídicos en un campo que se compone de objetos con significados contextuales, relacionales y contingentes, que son productos de fijaciones parciales que reflejan las relaciones de poder que se dan en la lucha por la dominación del campo, y con él, por la producción de significados. Comprender todo esto es necesario para arrojarnos hacia la lucha por el derecho, y transitar, con el conocimiento producido, desde una propuesta analítica hacia los objetivos que nos propongamos lograr.

En este sentido, es central la opción ético-política por la cual luchamos, y con ella, una propuesta crítica que contribuya a pensar alternativas al estado de cosas existentes, a partir de la reconstrucción de los orígenes de los discursos jurídicos y del orden jurídico establecido, para pensar desde allí como los sectores dominantes del campo jurídico imponen sus proyectos, intereses y modos de vida, como un diagnóstico previo indispensable para ingresar en el proceso de la lucha por el derecho a decir el derecho.

Este conocimiento debe ser utilizado por quienes pretenden dar la lucha, desde aquellos colectivos y/o espacios que proponen discursos jurídicos no hegemónicos o contrahegemónicos, para tomar decisiones estratégicas sobre sus acciones y prácticas, en tanto al conocer el funcionamiento, las condiciones de emergencia y de mantenimiento del discurso jurídico hegemónico, se pueden visibilizar más claramente que sentidos deben disputarse, donde y como deben disputarse, y que decisiones deben tomarse para materializar estos objetivos en acciones concretas. Esto requiere conocer y decidir que posiciones es necesario ocupar para construir y desplegar los significantes vacíos que permitan impulsar nuevos proyectos, intereses y modos de vida conformes a las condiciones materiales y simbólicas de existencia de los sectores más vulnerables de la sociedad.

La identificación de los actores, de las posiciones que ocupan, de los recursos con los que cuentan y de lo que hacen con ello, permite visibilizar como emergen y se mantienen esos discursos, que hacen para que ello suceda, *apareciendo* así el tejido de las relaciones de poder tras las prácticas sedimentadas. Esto marcará un adentro y un afuera, y nos permitirá identificar los *otros* lugares, esos lugares grises, dinámicos, donde esas *otras* prácticas – que momentáneamente están afuera – pugnan por convertirse en centro, por elaborar nuevas fijaciones parciales que sean el centro, por transformar, dando cuenta que tras los sentidos en disputa, se atienden demandas

concretas y efectivas que dan materialidad a esos discursos, a los sectores que representan y a los sectores que no, y reconocer así al discurso hegemónico, al sector dominante, al opresor, pero fundamentalmente al opresor que el discurso jurídico hegemónico materializa introyectado en cada uno de nosotros, y así deconstruirnos y reconstruirnos, dando forma – precaria, provisoria – a una lucha que requiere tomar las estructuras dominantes para destruirlas y hacerlas de nuevo, para destruirlas y hacerlas de nuevo, para destruirlas y hacerlas de nuevo, y así, al infinito.

## Bibliografía

- Arditi, B. "Rastreado lo político", en *Revista de Estudios Políticos*, N° 87, 1995. Págs. 333-351.
- Barros, M. "Articulación de lógicas y conceptos: El análisis político desde la teoría del discurso post-estructuralista", en *Pensamiento Plural*, N° 3, Brasil, 2008, Págs. 167-178.
- Bourdieu, P. *Poder, derecho y clases sociales*. Desclée de Brouwer. Bilbao. 2000.
- Butler, J., Laclau, E., Zizek, S. *Contingencia, hegemonía, universalidad: diálogos contemporáneos en la izquierda*, Fondo de Cultura Económica, Bs.As, 2003.
- Dezalay, Y. y Trubek, D. "La reestructuración global y el derecho", en *Pensamiento Jurídico*, N° 1, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1997, Págs. 5-41.
- Foa Torres, J. "La dimensión jurídico-normativa en los estudios de políticas públicas ambientales: una evaluación crítica desde la teoría política del discurso", en *Perspectivas em Políticas Públicas*, Vol. 6, N° 12, Belo Horizonte, Brasil, 2013, Págs. 55-109.
- Foucault, M. *La arqueología del saber*, México, Siglo XXI, 1970.
- García Villegas, M. y Rodríguez, C. (Eds.) *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003.
- Glynos, J. "The grip of ideology: a Lacanian approach to the theory of ideology", en *Journal of Political Ideologies*, Volumen 6, Número 2, 2001, págs. 191-214.
- Glynos, J. y Howarth, D. *Logics of Critical Explanation in Social and Political Theory*, Routledge, London, 2007.
- Howarth, D. "La teoría del discurso", en Marsh, D., y Stoker, G. (Eds.). *Teoría y métodos de la ciencia política*, Alianza, Madrid, 1997.
- Howarth, D. *Discourse*, Buckingham, Open University Press, 2000.
- Howarth, D. "Aplicando la Teoría del Discurso: el Método de la Articulación", en *Studia Politiæ*, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba, N° 5, 2005, págs. 37-88.
- Howarth, D. "Hegemonía, subjetividad política y democracia radical", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau. Aproximaciones críticas a su obra*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.
- Howarth, D. y Stavrakakis, Y. "Introducing Discourse Theory and Political Analysis", en Howarth, D., Norval, A., y Stavrakakis, Y (eds.) *Discourse Theory and Political Analysis: Identities, Hegemonies and Social Change*, Manchester, Manchester University Press, 2000.
- Laclau, E. *Nuevas reflexiones sobre la revolución de nuestro tiempo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000.
- Laclau, E. *Emancipación y Diferencia*, Ariel, Buenos Aires, 1996.
- Laclau, E. "Construyendo la universalidad", en Butler, J., Laclau, E. y Zizek, S. *Contingencia, hegemonía, universalidad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003.
- Laclau, E. "Discurso", en *Revista Topos y Tropos*, N° 1, Córdoba, 2004, págs. 1-7.

- Laclau, E. "Atisbando el futuro", en Critchley, S., y Marchart, O. (comp.). *Laclau: Aproximaciones críticas a su obra*, 2008, p. 347-404.
- Laclau, E. y Mouffe, Ch. *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010.
- Machado, I. S. "Derecho y hegemonía: una mirada post-estructuralista acerca del Derecho, la judicialización de la política y la politización de la justicia", en *Utopía y Praxis Latinoamericana*, Universidad del Zulia, Año 19, N° 64, Venezuela, 2014, Págs. 83-98.
- Sandoval, C. "La construcción de un discurso contrahegemónico del derecho en "América Latina": Comentarios y alternativas a la propuesta sobre la consolidación de los estudios jurídicos críticos", en García Villegas, M. y Rodríguez, C. *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003, Págs. 183-198.
- Zemelman, H. *De la historia a la política: la experiencia de América Latina*, México, Siglo XXI, 2007.

## **O direito de morrer e os desafios trazidos pela evolução da ciência no século XXI**

### **The Right to Die and the Challenges Brought by the Evolution of Science in the 21st Century**

**Caroline Leite de Camargo<sup>1</sup>**

**Muriel Amaral Jacob<sup>2</sup>**

Faculdade de Direito-Universidade de Rio Verde-GO/Brasil

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Ativismo judicial e criação de direitos. 3 Bioética, biodireito e a ausência de legislação. 4 Casos polêmicos e os Tribunais. 5 Considerações. Referências.

**Resumo:** Existem muitas questões que estão sendo trazidas nesse início de século, em especial devido ao grande avanço científico e tecnológico que a sociedade tem experimentado nas últimas décadas. Tal evolução traz mudanças e melhorias para o cotidiano, mudando completamente as relações sociais, porém traz novos desafios, como a definição e efetivação do direito de morrer com dignidade. Garantir o direito à uma morte digna é debatida, em especial quando há a presença de doenças incuráveis e terminais, que trazem grande sofrimento ao indivíduo. No entanto, a falta de diálogo sobre o direito de morrer, assim como ausência de legislação sobre o tema faz com que a família e a equipe médica tenham dificuldades para agir, mesmo quando o próprio paciente, utilizando a autonomia de vontade, se manifesta pela ortotanásia. O século XXI traz novos contornos ao direito de liberdade, e, na falta de leis específicas, casos questionando tais limites estão chegando aos Tribunais de todo o mundo, inclusive no Brasil. A presente pesquisa tem o intuito de analisar questões a respeito da liberdade de escolha e a autonomia de vontade do paciente diante da terminalidade da vida e a efetivação da dignidade humana, mesmo diante do fim. Para tanto foi realizada pesquisa de qualitativa de revisão bibliográfica.

**Palavras-chave:** Liberdades individuais; Valoração da dignidade humana; Vida e morte.

**Abstract:** There are many issues that are being raised at the beginning of this century, especially due to the great scientific and technological advances that society has experienced in recent decades. Such evolution brings changes and improvements to daily life, completely changing social relations, but brings new challenges, such as the definition and implementation of the right to die with dignity. Securing the right to a dignified death is debated, especially when there is the presence of incurable and terminal illnesses that bring great suffering to the individual. However, the lack of dialogue on the right to die, as well as the absence of legislation on the subject, makes the family and the medical team have difficulties to act, even when the patient himself, using the autonomy of will, is manifested by orthothanasia. The 21st century brings new contours to the right to liberty, and, in the absence of specific laws, cases questioning such limits are reaching the Courts around the world, including Brazil.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela UFMS. Mestre em Direito pelo Univem. Professora Adjunto I na UniRV. Advogada. Endereço profissional: Endereço: Fazenda Fontes do Saber CP 104 Cep: 75901-970 - Rio Verde - Goiás. E-mail: Caroline.camargo@unirv.edu.br

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela UEMS. Mestre em Direito pelo Univem. Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora Adjunto I na UniRV. Advogada. Endereço: Fazenda Fontes do Saber CP 104 Cep: 75901-970 - Rio Verde - Goiás. E-mail: murieljacob@hotmail.com

This research aims to analyze questions about the freedom of choice and the patient's autonomy of will in the face of the terminality of life and the realization of human dignity, even before the end. To this end, a qualitative research of bibliographic review was performed.

**Keywords:** Individual freedoms; Valuation of human dignity; Life and death.

## 1 INTRODUÇÃO

A evolução científica e tecnológica ocorrida nos últimos 50 anos impressiona qualquer pessoa que tenha mais de 40 anos.

A melhoria na qualidade de vida, aliada a novos tratamentos e medicamentos tem feito com que a expectativa de vida mundial aumente, incluindo em países subdesenvolvidos como o Brasil.

No entanto, o aumento da expectativa de vida não garante qualidade e quando há a incidência de uma doença incurável, que traga grande sofrimento ao indivíduo e esteja em sua fase terminal, o que deve ser feito? Manter o paciente vivo a todo custo, mesmo que isso signifique permitir que este esteja ligado a máquinas por tempo indeterminado e sem chance de melhora ou suspender meios artificiais de manutenção da vida, mantendo apenas cuidados paliativos, visando uma morte com dignidade?

Até que ponto os Tribunais brasileiros estão aptos a decidir temas envolvendo o biodireito, a bioética e questões trazidas pela nova Era tecnológica?

Essas são algumas questões que serão analisadas no presente estudo, tendo em vista a necessidade de se levar ao debate temas novos, polêmicos e atuais, que estão cada dia mais presentes no cotidiano de profissionais interdisciplinares, que precisam, juntos, traçar medidas para resolver a questão.

Para o desenvolvimento da pesquisa foram analisadas leis, doutrinas, além de artigos científicos publicados entre 2016 e 2019 sobre o tema, com a utilização do método indutivo.

## 2 ATIVISMO JUDICIAL E CRIAÇÃO DE DIREITOS

O atual Código de Processo Civil brasileiro foi construído a partir dos parâmetros trazidos pela Constituição Federal, como o princípio do devido processo legal e a duração razoável do processo. Tais princípios, além de diversos outros foram elevados à dispositivos constitucionais de cunho fundamental, sendo essenciais para a efetivação do acesso à justiça e a dignidade humana<sup>3</sup>.

A partir dessa nova visão surgiu o neoconstitucionalismo, que enxergou o Estado muito além de sua própria estrutura, pois a proteção da pessoa e do meio que a cerca é de suma relevância, muito mais importante do que estrutura política do ente estatal, uma vez que sem povo, a figura estatal perde sua razão de existir. E, com o neoconstitucionalismo, todas as áreas do direito se adaptaram à nova visão, nascendo, entre outras, o neoprocessualismo.

Diante dessa situação, o direito processual passa a ser mais humanizado, analisando a fundo as necessidades humanas, tornando interdisciplinar e visando atender de fato as necessidades das pessoas, a fim de que estas tenham seus direitos efetivados.

Neste campo surge o ativismo judicial, que possibilita que o judiciário se pronuncie, quando devidamente provocado, a fim de alterar ou mesmo construir entendimentos em que há a ausência ou lacuna de lei, e tal fato esteja trazendo violações de direitos no caso concreto.

Nessa seara, o ativismo judicial pode ser traduzido como uma nova forma de se interpretar a Constituição Federal, a fim de que esta tenha uma aplicação direta e eficaz, a partir de uma omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em solucionar uma demanda. Situações de intervenção do Judiciário na solução de demandas teve

<sup>3</sup> CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 07.



origem nos Estados Unidos, no século XIX, e foi amplamente usado para reafirmar condutas de exclusão e preconceito até meados da década de 50 do século XX, quando as Cortes começaram a reconhecer, através do ativismo direitos a negros e mulheres. No Brasil a atuação através do ativismo judicial se deu em especial após a Carta de 1988<sup>4</sup>.

Há duas espécies de ativismo judicial, a saber, o inovador, que ocorre quando o juiz ou tribunal cria uma norma ou um direito não contemplado em qualquer lugar (nem na lei, nem na Constituição Federal), inovando o ordenamento jurídico; e o revelador, que trata da criação pelo juiz ou tribunal de uma norma ou direito a partir de valores e/ou princípios constitucionais, ou ainda, de uma regra lacunosa, sendo que neste caso estará complementando um entendimento já existente no ordenamento jurídico ou complementando uma ausência legislativa.

Contudo, é preciso estudo e interpretação antes de simplesmente se determinar uma determinada medida por vias judiciais, posto que o Poder Judiciário não deve ser visto simplesmente como herói e os demais poderes como vilões, mas sim há a necessidade de atuação harmônica e conjunta, a fim de que os ditames constitucionais de democracia, efetivação de direitos e concretização da dignidade humana sejam observados.

No Brasil, um dos grandes problemas é o fato de que se importou uma doutrina de ativismo americana e europeia sem o devido preparo, tanto da população como dos Poderes institucionais, assim, há um extenso rol de direitos trazidos pela legislação em vigor e uma cultura de judicialização, como se apenas o Judiciário pudesse garantir a efetividade de direitos positivados<sup>5</sup>.

Com uma infinidade de processos, o judiciário se torna lento, moroso e pouco eficiente, além de que se cria uma cultura de conflito, em que não se dá a devida credibilidade a outras funções estatais, além de ser extremamente difícil implantar uma cultura de precedentes, a fim de que casos iguais sejam julgados de forma igual e, assim, se possa efetivar a democracia e a justiça.

O ativismo é uma realidade, mas não deve ser usado em todo e qualquer caso, deveria ser uma exceção. A possibilidade de se valer do ativismo judicial, no entanto, não permite que o juiz se posicione a favor de uma das partes, mas sim deve atuar na imparcialidade, fundamentando sua decisão, que deve ser baseada na lei, nas fontes do direito e nas provas apresentadas nos autos.

A partir do ativismo judicial, pode exemplo, é possível que casos como os relacionados ao biodireito, que na maioria das situações não possuem lei ou apresentam diversas lacunas, sejam resolvidos, a fim de que as partes recebam uma resposta jurisdicional célere e justa, conforme se analisará a seguir.

### **3 BIOÉTICA, BIODIREITO E A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO**

A bioética, assim como o biodireito, estão se tornando bastante comuns, tendo em vista que tentam trazer respostas para questionamentos acerca do início e fim da vida, diante dos avanços científicos, podendo auxiliar diversas ciências, não apenas o direito.

Dentre as questões defendidas pela bioética estão os princípios: autonomia (uma vez que o profissional da saúde deve respeitar as vontades de seu paciente, inclusive manifestações e recusas acerca de tratamentos); justiça, já que todas as pessoas devem ter acesso aos avanços tecnológicos e as benfeitorias possíveis para seu estado de saúde; não-maleficência, já que o profissional da saúde não deve agir

---

<sup>4</sup> LIMBERGER, T. NOGUEIRA, A. de C. "Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro". *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf). Acesso 20 mar. 2020.

<sup>5</sup> LIMBERGER, T. NOGUEIRA, A. de C. "Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro". *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN* – v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf). Acesso 20 mar. 2020.

para trazer danos ao seu paciente e beneficência, já que o profissional deve agir sempre para trazer conforto e o bem ao seu paciente<sup>6</sup>.

O biodireito consiste em um novo ramo direito, que vem surgindo como forma de impor limites para o desenvolvimento científico, a fim de que a vida e a dignidade humana sejam preservadas em qualquer circunstância.

Com a constitucionalização do direito civil e de outras áreas do direito, questões relacionadas ao biodireito passaram a ter como base o Texto Maior, em especial o respeito à dignidade humana<sup>7</sup>.

O aumento da expectativa de vida no Brasil tem feito com que muitas pessoas cheguem próximo aos cem anos, porém, o avanço da idade tem ocasionado no aumento de doenças degenerativas, que são doenças que requerem um longo tratamento e acompanhamento, sendo comum nesses casos que o paciente se torne aos poucos bastante debilitado<sup>8</sup>.

Desde a década de 70 se questiona nos Estados Unidos o direito de se morrer com dignidade, ficando a cargo Luis Kuttner o início dos debates na área, defendendo, inclusive a autonomia de vontade e documentos antecipados contendo as diretrizes para o fim da vida do paciente. No ano de 1976 o *living will* foi regulamentado no estado da Califórnia e em esfera federal em 1991 e uma década depois a Europa começou a tratar do tema, sendo a Espanha a pioneira em legislar sobre o testamento vital<sup>9</sup>.

O aumento de doenças como o câncer é um fator sério de preocupação, já que se estima que com o aumento da expectativa de vida, além de mudança de hábitos da sociedade, em uma década os índices da doença aumentarão 14%<sup>10</sup>.

A visão da morte sofreu grande mudança ao longo da história da humanidade, indo desde castigo dos seres divinos até um fenômeno natural e inerente à formação biológica dos seres vivos, porém, o fato de se ter certeza da morte não evita o medo e o tabu sobre o assunto.

A imagem que as pessoas têm do paciente em UTI – Unidades de Terapia Intensiva, com tubos e moribundos fazem com que muitas pessoas se manifestem pelo desejo de não receberem intubação ou procedimentos de ressuscitação, caso suas doenças estejam em patamares avançados<sup>11</sup>.

Quando o assunto envolve crianças, é ainda mais difícil encontrar uma solução pacífica entre o que desejam os parentes do doente e a equipe médica, sendo que em 2017 o caso do bebê inglês Charlie Gard, que possuía uma doença genética incurável, movimentou debates em todo o planeta a favor e contra a manutenção de suas funções vitais através de aparelhos. A criança, nascida em 2016, começou tratamentos diversos em 2017, com apenas alguns meses de vida, contudo, a falta de garantias do tratamento e a deterioração do estado de saúde de Charlie fez com que a equipe médica optasse por considerar o tratamento inútil.

Contudo, um médico americano resolveu assumir o caso e após muitas campanhas e pedidos de ajuda os pais da criança decidiram que iriam para os Estados

---

<sup>6</sup> DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32-33.

<sup>7</sup> LOUREIRO, C. R. M. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07.

<sup>8</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. "Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (3): 440-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018263264>. Acesso 29 jan. 2020. p. 441.

<sup>9</sup> MELO, V. R. de. "Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas". *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>. Acesso 01 fev. de 2020. p. 253-254.

<sup>10</sup> NUNES, F. D. B. R. S. ALMEIDA, A. das D. L. de. "Informação médica e consentimento de pessoas com câncer". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 119-26. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261233>. Acesso 29 jan. 2019. p. 120.

<sup>11</sup> MELO, V. R. de. "Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas". *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>. Acesso 01 fev. de 2020. p. 254.

Unidos. Porém, devido ao avanço da doença, os médicos americanos decidiram que o melhor interesse do paciente seria a retirada do suporte vital<sup>12</sup>.

Em julho de 2017, após esgotados todos os meios judiciais, e o convencimento dos pais que continuar o tratamento era inútil, o procedimento de suspensão artificial das funções vitais foi realizado, bem como o suporte paliativo para a criança. Contudo, o caso levantou muitas questões sobre ética, bioética e direito.

Hoje o profissional da saúde precisa manter o paciente informado acerca dos procedimentos e tratamentos disponíveis e quais poderão ser usados no caso, visando sempre garantir respeito ao doente e nunca malefícios evitáveis em seu quadro. Há ainda a possibilidade de o doente manifestar sua vontade acerca de se submeter a procedimentos médicos, respeitando a autonomia da vontade do paciente. Essa política foi inserida a partir de uma decisão do Tribunal Americano, em 1957<sup>13</sup>.

O fim da vida ainda é um assunto que gera muita polêmica, posto que é controverso e bastante complexo, envolvendo todas as pessoas, independentemente da idade, em todas as sociedades, pois todos os que estão vivos, cedo ou tarde enfrentarão a morte, seja de parentes ou amigos, ou ainda a própria finitude e, embora boa parte das pessoas tenham medo de morrer, a morte pode ser uma circunstância visando alívio e o fim do sofrimento do corpo<sup>14</sup>.

Um dos grandes desafios para juristas e profissionais da saúde na atualidade diz respeito aos cuidados paliativos em situações de terminalidade, posto que existem poucas normas a respeito, e as orientações aos profissionais da saúde estão basicamente em Resoluções do CFM – Conselho Federal de Medicina.

Nesse sentido, o artigo 22 do Código de Ética Médica<sup>15</sup> prevê que o médico, salvo situação de risco iminente de morte, deve sempre respeitar a manifestação de vontade do paciente, após este ser devidamente esclarecido.

Além disso, o Código de Ética Médica<sup>16</sup> prevê no seu artigo 31 e seguintes que o médico deve sempre respeitar a autonomia de vontade do paciente e de sua família, devendo empregar todos os meios conhecidos para ofertar o melhor tratamento ao paciente. Contudo, o artigo 41 fala ser vedado abreviar a vida do paciente, porém, em casos de doenças incuráveis e terminais, cabe ao médico oferecer cuidados paliativos, quando intervenções terapêuticas e diagnósticas se fizerem inúteis, devendo respeitar a vontade do paciente ou de sua família, quando este não puder exprimir sua vontade.

Sustentar cuidados paliativos e respeitar a autonomia de vontade do paciente são questões que muitas vezes são diversas, posto que nem sempre as condições do paciente permitem que este compreenda a gravidade da situação, bem como os benefícios dos cuidados paliativos, mesmo diante da certeza do fim em um momento próximo<sup>17</sup>.

Diante da possibilidade de manter pacientes terminais ligados à máquinas por tempo bastante longo, sem nenhuma possibilidade de cura, muitas vezes sem poder manifestar sua vontade e com grande sofrimento que o CFM editou Resoluções

---

<sup>12</sup> DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. "Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020. p. 13.

<sup>13</sup> NUNES, F. D. B. R. S. ALMEIDA, A. das D. L. de. "Informação médica e consentimento de pessoas com câncer". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 119-26. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261233>. Acesso 29 jan. 2019. p. 121.

<sup>14</sup> SOUZA, P. dos S. N. de. CONCEIÇÃO, A. de O. F. "Processo de morrer em unidade de terapia intensiva pediátrica". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 127-34. Disponível em: *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 127-34. Acesso 29 jan. 2020. p. 128.

<sup>15</sup> BRASIL. "CFM". *Código de Ética Médica*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\\_5.asp](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp). Acesso 31 jan. 2020.

<sup>16</sup> BRASIL. "CFM". *Código de Ética Médica*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\\_5.asp](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp). Acesso 31 jan. 2020.

<sup>17</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. "Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (3): 440-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018263264>. Acesso 29 jan. 2020. p. 441.

visando orientar os profissionais para as Diretivas Antecipadas de Vontade – DAV, que são documentos ou mesmo manifestações do paciente colocadas a termo pelo médico em seu prontuário a respeito da vontade do doente para o caso de situações de terminalidade<sup>18</sup>.

O paciente pode se valer das DAV quando entender que alguns tipos de tratamentos se demonstrarão intoleráveis e fúteis ao seu estado de saúde<sup>19</sup>.

As DAV podem ser através do testamento vital ou ainda sobre o mandato duradouro. O primeiro teve origem no Estados Unidos e representa a possibilidade de o paciente expressar sua vontade para o caso de, posteriormente, se encontrar em uma situação de estado vegetativo ou outra que impossibilite sua manifestação acerca de tratamentos que aceita ou não. Quanto ao segundo, o paciente nomeia uma pessoa de sua confiança para tomar decisões sobre o tratamento e a manutenção da vida artificialmente quando o paciente não mais puder fazer<sup>20</sup>.

DAV podem ser de grande ajuda para evitar ou amenizar situações de conflito entre o entendimento da equipe médica e a família do paciente, evitando, assim, que o caso chegue ao Judiciário.

Atualmente há a Resolução do CFM 1.995/12<sup>21</sup> que trata a respeito das diretrizes de antecipação de vontade, que devem ser levadas em consideração pelo médico quando o paciente não mais for capaz de expressar sua vontade, seja por período transitório ou permanente.

De acordo com a Resolução, uma vez que o paciente manifeste sua vontade antecipadamente para o médico, este deverá registrar tal fato no prontuário do paciente, a fim de que seja possível consultá-lo posteriormente.

Uma vez que não haja DAV devidamente registradas e o médico não puder consultar a família do paciente, o profissional deve se valer do Comitê de Ética do local em que estiver atuando a fim de obter respaldo acerca dos tratamentos a serem realizados no paciente que não puder exprimir sua vontade.

Quando há uma DAV devidamente manifestada e documentada pelo paciente, isso representa uma manifestação antecipada, antes da doença evoluir a um patamar em que a capacidade livre e esclarecida do doente possa ser questionada, como é o caso da eutanásia, por exemplo. O registro de uma vontade anterior ao agravamento da doença ou ainda sem nem existir doença pode dar ainda mais confiabilidade ao documento, fazendo com que as vontades do indivíduo possam de fato ser respeitadas na íntegra.

O dever do médico de salvar vidas está sendo substituído pela responsabilidade de cuidar e respeitar o paciente, assumindo a diretriz que nem sempre é possível evitar a terminalidade da vida, já que a morte é um processo natural e inevitável, podendo, em algumas situações ser adiada.

Decidir pelo fim da vida numa situação de grande sofrimento e irreversibilidade do caso envolve muita polêmica, pois há questões culturais, dentre as quais a cultura de negação da morte, e a ideia de que a vida deve ser mantida a qualquer preço, com isso a valorização da vontade do paciente fica em segundo

<sup>18</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. "Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (3): 440-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018263264>. Acesso 29 jan. 2020. p. 441.

<sup>19</sup> MELO, V. R. de. "Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas". *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>. Acesso 01 fev. de 2020. p. 256.

<sup>20</sup> SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. "Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (3): 440-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018263264>. Acesso 29 jan. 2020. p. 441.

<sup>21</sup> BRASIL. "CFM". *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso 23 jan. 2020.

plano, fazendo com que os médicos tenham que decidir, baseados na ética, bioética e valores culturais<sup>22</sup>.

Embora a prática do suicídio assistido e da eutanásia sejam proibidas no Brasil, mesmo para doenças sem cura e que ocasionam sofrimento insuportável, tais práticas estão cada dia mais em discussão. Para Brandalise et al<sup>23</sup> o suicídio assistido ocorre quando o paciente, com ajuda de terceiros, ingere ou injeta medicamentos que provocarão a sua morte. Já a eutanásia ativa ocorre quando um terceiro, a pedido do paciente em estado terminal, ministra medicamento fatal.

Por outro lado, o CFM, através da Resolução 1.805/06<sup>24</sup> possibilitou a ortotanásia, que consiste em deixar de aplicar medidas que visem prolongar o sofrimento de doentes terminais. Tais medidas devem estar de acordo com a vontade do paciente, sua família, ou ainda ser a melhor indicação médica para o caso, sendo comum que o Comitê de Ética do local, ou até mesmo a justiça sejam consultadas nesses casos<sup>25</sup>.

Diversos países já regulamentaram o suicídio assistido e a eutanásia, como Holanda, Luxemburgo e no Canadá, contudo, há a necessidade de o paciente estar em situação irreversível e de grande sofrimento. Colômbia e Bélgica, permitem a eutanásia para pacientes em sofrimento físico ou mental insuportável. Alguns estados americanos como Oregon, Washington, Montana, Vermont e Califórnia possibilitam o suicídio assistido para pessoas que tenham expectativa de vida de no máximo 6 meses. Por outro lado, na Suíça existem instituições sem fins lucrativos que realizam a eutanásia, porém esta não pode ser realizada para diminuir gastos financeiros da família do doente ou para desocupar leitos em hospitais<sup>26</sup>.

Insta salientar que um cientista australiano, no ano de 2018 ficou mundialmente conhecido, pois se dirigiu até a Suíça para realizar o suicídio assistido, pois contava com 104 anos de idade e não considerava digna viver com as debilidades ocasionadas pela velhice<sup>27</sup>.

O Código Penal brasileiro<sup>28</sup> não trata especificamente da conduta de eutanásia ou suicídio assistido, mas trata do homicídio em razão de motivo de relevante valor social, nas hipóteses de diminuição de pena, prevista no parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal, onde pode ser inserida a eutanásia.

---

<sup>22</sup> DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. "Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020. p. 16.

<sup>23</sup> BRANDALISE, V. B. et al. "Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Acesso 31 jan. 2020. p. 218.

<sup>24</sup> BRASIL. "CFM". *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso 22 jan. 2020.

<sup>25</sup> DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. "Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020. p. 18.

<sup>26</sup> BRANDALISE, V. B. et al. "Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Acesso 31 jan. 2020. p. 218.

<sup>27</sup> G1. *Cientista David Goodall, de 104 anos, morre na Suíça após suicídio assistido*. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/cientista-david-goodall-de-104-anos-morre-na-suica-apos-suicidio-assistido.ghtml>. Acesso 24 jan. 2020. p. 01.

<sup>28</sup> BRASIL. "Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940". Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso 31 jan. 2020.

Quanto ao suicídio assistido, a legislação brasileira aplica a mesma pena que trata o induzimento ao suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal<sup>29</sup>.

O Código de Ética Médica prevê, em seu artigo 14 que o profissional, no exercício da profissão não pode realizar atos que sejam proibidos pela lei.

Além disso, há a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, que reconhece a necessidade de se tratar o ser humano como pessoa única em direitos e dignidade, existe a necessidade de que as novas tecnologias sejam usadas em benefício das presentes e futuras gerações.

Por sua vez, há ainda a Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos, que traz algumas questões éticas a serem observadas no trato com o paciente.

No entanto, é preciso leis mais específicas a respeito da autonomia do paciente, a fim de que este, seus familiares e os profissionais da saúde estejam melhor respaldados.

Numa pesquisa realizada a partir de questionários, que foram respondidos por acadêmicos de medicina e profissionais que atuam em um hospital, boa parte dos entrevistados já ouviu de pacientes o pedido de que fosse acelerado o procedimento do morrer, sendo que o principal alvo dos pedidos são os médicos. Muitos dos profissionais entrevistados afirmaram que, caso houvesse legislação específica sobre eutanásia e suicídio assistido no país, realizariam tal prática visando atender pedidos de pacientes em situação terminal. Nesse mesmo sentido, 63% dos entrevistados afirmaram que solicitariam ajuda para morrer caso estivessem em situação terminal<sup>30</sup>.

Isso demonstra que a ideia sobre a morte e o medo generalizado de morrer está mudando aos poucos, pois as pessoas estão entendendo que o sofrimento desmedido pode ser pior do que o procedimento que envolve a morte no seu tempo certo ou até mesmo sendo abreviada em situações sem expectativas de melhora.

A ideia que está se formando é que antecipar a morte ou mesmo evitar manutenção da vida artificialmente tem sido considerado mais digno do que viver exaustivamente o sofrimento sem chance de melhora.

Embora cuidados paliativos possam amenizar o sofrimento do paciente em seus últimos dias de vida, nem sempre estes estão disponíveis e podem ser aplicados ao caso, fazendo com que o paciente enfrente grande sofrimento no momento da morte.

#### 4 CASOS POLÊMICOS E OS TRIBUNAIS

Existem muitas demandas no judiciário, no Brasil ou mesmo em outros países envolvendo temas como aborto, eutanásia e o suicídio assistido, a fim de demonstrar que o problema existe e já faz parte do cotidiano.

Citamos no tópico acima o caso do bebê Charlie Gard. Contudo, existem muitos outros casos semelhantes, seja de bebês ou de adultos ao redor do mundo e analisaremos alguns deles. Muitas famílias entram em conflito com a equipe médica, principalmente por se prenderem a possibilidades de cura sobrenatural, por não aceitarem a finitude da vida.

Outro caso ocorrido na Inglaterra, mas no ano de 2004 envolveu a bebê Charlotte Wyatt, que nasceu prematura, na vigésima sexta semana de gestação, e foi mantida por onze meses em aparelhos, posto que estava em situação de coma irreversível. Diante da situação e por entender que a continuidade de tratamentos médicos seriam fúteis, a equipe do Hospital Portsmouth recorreu à Justiça, a fim de

---

<sup>29</sup> BRASIL. "Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940". Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso 31 jan. 2020.

<sup>30</sup> BRANDALISE, V. B. et al. "Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Acesso 31 jan. 2020. p. 223.

receber autorização para não realizar reanimação da paciente, caso viesse a ter uma parada cardiorrespiratória, que já havia sido realizada várias vezes a pedido dos pais, que acreditavam que um milagre poderia ocorrer. A Corte entendeu que manter a criança viva aumentava o seu sofrimento, e autorizou a equipe médica a não realizar a reanimação<sup>31</sup>.

Os Tribunais ingleses, em casos de conflito entre a vontade de familiares e da equipe médica, têm entendido pela dignidade na efetivação do direito de morrer.

Quando se analisa o Brasil, além da falta de legislação, há ainda o fato de que o assunto ainda está começando a ser discutido, dentro e fora dos Tribunais, porém, a Constituição Federal prioriza a efetivação da dignidade humana, assim, cabe à equipe médica, familiares e o próprio paciente, quando for possível, decidir se é mais digno viver com o sofrimento ou solicitar a morte através da ortotanásia.

A vida que se protege na Constituição Federal não é apenas a biológica, mas a vida com dignidade, e, embora no Brasil não haja qualquer legislação a respeito do direito à morte com dignidade, há alguns casos que já priorizaram via judicial o direito de morrer, mas ainda é cedo para afirmar qual posicionamento vai prevalecer nos Tribunais brasileiros<sup>32</sup>.

O direito de morrer está pautado no princípio da autonomia de vontade, bases da ética médica moderna, porém, para que tal direito seja exercido em situações adversas e excepcionais é necessário que questões de cunho moral e religioso deixem de interferir a fim de proibir o doente de decidir pelo fim de seu sofrimento.

Contudo, para que tal direito possa ser exercido no Brasil é fundamental que existam limites estabelecidos e normas muito rígidas, a fim de se evitar que deficientes físicos e idosos sejam vítimas deliberadas da eutanásia ou suicídio assistido<sup>33</sup>.

A prática do aborto, por exemplo, ainda não está liberada no país para casos até o terceiro mês, foi uma situação com efeitos *inter partes*, para tanto, é necessário que o pleno do STF<sup>34</sup> se manifeste em decisão com efeito *erga omnes*.

Questionando ainda acerca da possibilidade de aborto no país, em 2017 o Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) intentou a ADPF 442<sup>35</sup> – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, visando a declaração de não recepção pela atual Constituição Federal dos artigos 124 e 126 do Código Penal, datado de 1940. No entendimento defendido pela ADPF 442, a proibição do aborto não se sustenta em uma democracia em que se prioriza a liberdade das mulheres e a igualdade de direitos.

A relatora do caso, Ministra Rosa Weber convocou em agosto de 2018 audiência pública acerca do caso e, por hora ainda não há uma decisão final e com efeitos para todos no caso.

Em decisão um pouco mais antiga, em 2012, o STF se manifestou na ADPF 54<sup>36</sup> acerca do aborto em casos de anencefalia, garantindo o direito de interromper

<sup>31</sup> DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. "Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020. p. 16.

<sup>32</sup> DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. "Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020. p. 20.

<sup>33</sup> BRANDALISE, V. B. et al. "Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário". *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Acesso 31 jan. 2020. p. 218.

<sup>34</sup> BRASIL. STF. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso 06 fev. 2020.

<sup>35</sup> BRASIL. STF. *Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso 06 fev. 2020.

<sup>36</sup> BRASIL. STF. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso 06 fev. 2020.

a gestação, sendo que tal caso representou um avanço no tema, e abriu a possibilidade de novas demandas questionando a liberdade da mulher decidir sobre o seu corpo.

A ausência de legislação faz com que cada vez mais temas relacionados aos direitos de personalidade e os avanços da ciência e tecnologia cheguem aos Tribunais, que precisam “se virar como podem” para decidir casos que, além de polêmicos, podem ser inéditos no país.

## 5 CONSIDERAÇÕES

Diante de toda a análise realizada, percebe-se que a evolução da ciência e da tecnologia está trazendo a todo o instante novas dúvidas a respeito de questões jurídicas e éticas, sendo necessário analisar o caso concreto, bem como se elaborar leis mais específicas e aplicáveis a alguns casos que inclusive já foram objeto de deliberação no Poder Judiciário.

O biodireito tem se demonstrado não apenas uma nova área do direito, mas também uma ramificação com situações interdisciplinares e que geram muita polêmica, posto que são temas novos, ou ainda temas comuns, mas que as mudanças sociais fazem com que novas interpretações sejam realizadas.

A autonomia de vontade é um direito que precisa ser respeitado, posto se tratar de questões íntimas e pessoais do indivíduo, não podendo o Estado dizer o quanto uma pessoa deve suportar de sofrimento, em especial diante de situações terminais.

O doente tem o direito de escolher os tratamentos que aceita, no presente e futuro e respeitar sua dignidade inclui fazer valer essa vontade, mesmo diante da impossibilidade de manifestá-la novamente.

Diretrizes antecipadas de vontade são de suma importância, tanto para o doente como para médicos e familiares, uma vez que, diante da finitude da vida, se preparar para uma morte plena e pacífica é uma questão de respeito ao indivíduo e sua personalidade e, da mesma forma que se busca uma vida com dignidade, por que não ser possível uma morte também digna?

É chegada a hora de repensar algumas questões envolvendo o avanço tecnológico e científico, em especial devido ao fato de que muitos desses percalços já fazem parte da realidade atual e, na falta de legislação acerca da temática, o judiciário é chamado a se manifestar.

A Justiça não pode se negar a se manifestar quando provocada, assim, é primordial que existam bases sólidas para nortear magistrados e outros auxiliares do Poder Judiciário a se pronunciarem e, nesse sentido, há a expectativa de uma política de precedentes consolidada nos próximos anos em razão da aprovação do novo CPC.

## REFERÊNCIAS

BRANDALISE, V. B.

et al. Suicídio assistido e eutanásia na perspectiva de profissionais e acadêmicos de um hospital universitário. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (2): 217-27. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018262242>. Acesso 31 jan. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso 31 jan. 2020.

BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.805/2006*. Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805>. Acesso 22 jan. 2020.



- BRASIL. CFM. *Resolução CFM nº 1.995/2012*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>. Acesso 23 jan. 2020.
- BRASIL. CFM. *Código de Ética Médica*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra\\_5.asp](http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_5.asp). Acesso 31 jan. 2020.
- BRASIL. STF. *1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso 06 fev. 2020.
- BRASIL. STF. *Partido questiona no STF artigos do Código Penal que criminalizam aborto*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337860>. Acesso 06 fev. 2020.
- BRASIL. STF. *ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes*. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso 06 fev. 2020.
- CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DADALTO, L. AFFONSECA, C. de A. Considerações médicas, éticas e jurídicas sobre decisões de fim de vida em pacientes pediátricos. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 12-21. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261221>. Acesso 30 jan. 2020.
- DINIZ, M. H. *O estado atual do biodireito*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- G1. *Cientista David Goodall, de 104 anos, morre na Suíça após suicídio assistido*. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/noticia/cientista-david-goodall-de-104-anos-morre-na-suica-apos-suicidio-assistido.ghtml>. Acesso 24 jan. 2020.
- LIMBERGER, T. NOGUEIRA, A. de C. Neoconstitucionalismo: o alicerce do ativismo judicial brasileiro. *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 19, n. 1, p. 263-289, jan./abr. 2017*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1064-3689-1-pb.pdf). Acesso 20 mar. 2020.
- LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELO, V. R. de. Diretivas antecipadas de vontade: construção de bases dogmáticas e jurídicas. *Revista de Direito Viçosa*. v.10 n.01 2018 p. 251-279. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/issue/view/81>. Acesso 01 fev. de 2020.
- NUNES, F. D. B. R. S. ALMEIDA, A. das D. L. de. Informação médica e consentimento de pessoas com câncer. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 119-26. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261233>. Acesso 29 jan. 2019.
- SANTOS, M. R. C. LINS, L. MENEZES, M. S. "As intermitências da morte" no ensino da ética e bioética. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 135-44. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018261235>. Acesso 29 jan. 2020.
- SCOTTINI, M. A. SIQUEIRA, J. E. de. MORITZ, R. D. Direito dos pacientes às diretivas antecipadas de vontade. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (3): 440-50. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422018263264>. Acesso 29 jan. 2020.
- SOUZA, P. dos S. N. de. CONCEIÇÃO, A. de O. F. Processo de morrer em unidade de terapia intensiva pediátrica. *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 127-34. Disponível em: *Rev. bioét.* (Impr.). 2018; 26 (1): 127-34. Acesso 29 jan. 2020.

**Reseña del libro "Ajedrez en el Café Museum",  
Coordinador Enrique San Miguel Pérez, Editorial:  
Fundación Universitaria Española, 2020, ISBN: 978-  
84-7392-958-5**

**Álvaro Alzina Lozano<sup>1</sup>**  
Universidad Rey Juan Carlos

**COMENTARIO:**

La presente obra tiene como objetivo trasladar al lector a la Europa posterior a la Gran Guerra, concretamente hasta 1920, momento de cambio en el viejo continente que veía como el esplendor de sus imperios se iba apagando a la luz de las nuevas grandes potencias como Estados Unidos.

Esta circunstancia se vio plasmada en la desaparición de dos grandes imperios como era el Otomano y el Astro-húngaro, imperios con una gran tradición cultural que se veían reducidos a Estados que debían comenzar de cero en el panorama internacional, pero con un desarrollo social y cultural muy constatado.

Referido a la ruptura del Imperio Astro-húngaro en numerosas naciones, debemos tener en cuenta, tal y como hace la autora Sara Arrazola Ruiz en el primer capítulo de la obra bajo el título "el desmembramiento del imperio Austrohúngaro y su relación con la Primera Guerra Mundial y la Conferencia de Paz", del significado de la Conferencia de Paz de París celebrada en 1919, que supondría el desmembramiento del imperio.

En las reuniones celebradas hubo puntos de especial interés, como sería el relativo a la posible unión de Austria y Alemania, lo que provocaba un gran miedo en los aliados, especialmente en Francia, rival de Alemania desde muchos siglos atrás y que no superarían sus diferencias hasta la aprobación del Tratado de la CECA en abril de 1951. Para evitar reforzar a Alemania y tampoco permitir la posibilidad de volver a regenerar el gran imperio Austrohúngaro, el Tratado de Saint Germain del 10 de septiembre de 1919, como expresa la autora, dividió el territorio en naciones con una pérdida significativa de territorio salvo Austria que consiguió aumentar sus dominios. Pero esta división supuso a medio plazo la derrota del principal objetivo que buscaban los aliados que era la paz, ya que estas naciones con territorios que no les correspondían, llevaría a provocar unas tensiones internacionales que desembocarían en una guerra aún más cruenta como fue la Segunda Guerra Mundial.

En el segundo capítulo de la obra, el profesor José Enrique Anguita Osuna hace un estudio muy revelador sobre el papel de la diplomacia española durante la proclamación de la república austriaca hasta su constitución en 1920. En este estudio el autor nos introduce a través del diplomático Manuel Alonso de Ávila, responsable del Departamento de Negocios Extranjeros en Viena, en las cartas que remitía al Ministro de Estado referidas a los acontecimientos que ocurrieron en ese periodo en Austria.

La situación que presentaba el país era muy precaria, y así lo refleja el autor con las cartas que presenta en el texto de Alonso de Ávila, que permiten entender la dificultad que supuso crear un Estado desde el comienzo, con unas arcas bastante dañadas por los gastos de la Gran Guerra y con una inestabilidad política por los movimientos socialistas en toda Europa, pero que en las elecciones austriacas de 1919 se resolvieron con una victoria del socialismo moderado.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Penal por la Universidad Rey Juan Carlos.

Pero como pone de manifiesto el autor, el comienzo de Austria fue convulso, y así quiso transmitirlo Alonso de Ávila al Ministro de Estado, pues las negociaciones de las Conferencias de Paz ponían en entre dicho su integridad territorial tal y como la conocían lo que supuso un pequeño movimiento social, que se consiguió aplacar con la aprobación en 1920 de la constitución del país, creando un sistema político federal que alabaría el diplomático español como un documento jurídico referente para el resto de Estados.

En el tercer capítulo de la obra, la profesora Manuela Fernández Rodríguez nos traslada a la otra orilla del Océano Atlántico, más concretamente en 1920 en Wall Street, un momento de la historia donde los mercados sufrían las consecuencias de la Gran Guerra, pero que en líneas general supusieron años de bonanza económica hasta el Crac del 29.

En 1920 Estados Unidos se había consolidado como la gran potencia mundial, pero todavía seguía pugnando por este título con imperios como el británico. Respecto a la política interior, la autora nos presenta a grupos terroristas de ideología anarquista que intentaban aplicar sus ideales por la fuerza. Atentados con resultado de muerte se produjeron desde finales del siglo XIX hasta principios del XX.

Como suele ocurrir, y desgraciadamente en la actualidad tenemos el mismo problema, en momentos de malos datos económicos las ideologías más radicales consiguen auparse frente al moderantismo que rige en los periodos de estabilidad económica. En este sentido, en EEUU durante la primera década del siglo XX se vivió un periodo en el que el paro aumentó y con ello unas mayores reivindicaciones sociales, consiguiendo el apoyo de parte de la clase media hacia los movimientos anarquistas.

Esto tuvo una repercusión en la lucha del propio gobierno contra los anarquistas, sobre todo entre el año 1917-1920, en la que se perseguía además el comunismo y el socialismo, provocando que las fuerzas de seguridad americanas tuvieran un trabajo complejo. Este trabajo como señala la profesora Fernández se tradujo en detenciones multitudinarias y represión hacia este tipo de movimientos. La respuesta fue clara, el 16 de septiembre de 1920 hicieron explotar un carro cargado con 45 kilos de dinamita en Wall Street provocando 39 muertes y 153 heridos, lo que llevaría una investigación exhaustiva sin conseguir llegar a encontrarse el autor del atentado.

El cuarto capítulo escrito por el profesor Leandro Martínez Peñas nos transporta al mundo del ajedrez de la mano de Emanuel Lasker, nacido en 1868 en la actual Polonia conocido por ser uno de los grandes dominadores del ajedrez en las dos primeras décadas del siglo XX. Del mismo modo, este sujeto era un gran investigador en el campo de las matemáticas, cursando dicha carrera en la Universidad de Berlín y obteniendo el doctorado.

Su fama aumentó al ganar el campeonato del mundo de 1894 ante Wilhelm Steiniz, título que no dejaría de ostentar hasta 1920 que cedió a favor de José Raúl Capablanca, un ajedrecista Hispano-Cubano, que propuso al gran maestro jugarse el título en el tablero y no a través de un escrito.

Para conseguir dicho propósito se necesitaron de unas duras negociaciones económicas que finalmente Lasker aceptó, previo pago de 11.000 dólares en premios asegurados para este. En marzo de 1921 comenzaría en La Habana tan ansiado torneo, más concretamente el 15 de marzo, consiguiendo la victoria el gran maestro cubano.

El quinto capítulo de la obra firmado por José Carlos Muñoz Castellanos analiza la situación de Alemania después de ser derrotada en la Gran Guerra y humillada en el Tratado de Versalles. Se acabó el imperio alemán y comienza el periodo histórico conocido como República de Weimar, que duraría hasta 1933 con la implantación del gobierno nacionalsocialista de Adolf Hitler.

Pero antes de la llegada al poder de Hitler, el autor muestra en este capítulo los aspectos más relevantes de la construcción del partido nazi, el primero de ellos fue la destrucción del imperio alemán, pero también otros como el antisemitismo que se había instaurado en Europa en el comienzo del siglo XX. Estos ideales condujeron

a Hitler a los partidos de extrema derecha alemanas, tomando posiciones rápidamente debido a su capacidad de oratoria y convicción con un estilo agresivo, inflexible y sencillo.

De esta forma en mayo de 1920 crea su partido, el NSDAP que comenzaría en Múnich con un acto en el que se presentaron los 25 puntos más importantes del partido, pero que como presenta el autor en su investigación, la mayoría se quedaron en el olvido, pero que le sirvieron para impulsar su ideología hasta donde todos conocemos, el genocidio de más de seis millones de personas.

En el sexto capítulo encontramos la investigación realizada por la profesora Erika Prado Rubio sobre el cine de los años 20, haciendo un repaso de la obra de Carl Theodor Dreyer, cineasta danés nacido en 1889 en Copenhague. La autora hace referencia a la importancia que dio el cineasta a tratar las cuestiones de la intolerancia en sus películas y en especial en algunas como "La pasión de Juana de Arco" que obtuvo numerosas críticas positivas por parte del público.

En esta película Dreyer quiere mostrar al público el proceso inquisitorial que sufrió Juana de Arco pero no siendo del todo realista, pues según se desprende de las investigaciones de la profesora Prado los procesos duraban más de una jornada y no como quiere darse a entender en la película que duran los procesos una única jornada. En la misma línea la película "Dies Irae" muestra el proceso de brujería entendido como una herejía, en este caso no lo realiza la inquisición católica, sino la iglesia luterana al ambientarse la película en 1623 en Dinamarca.

Dreyer estrenaría "las páginas del libro de Satán" en 1921, en dicha película se muestra al tribunal español del Santo Oficio, así como otros momentos de intolerancia como el apoyo de la comunidad hebrea a la crucifixión de Jesús de Nazaret, la revolución bolchevique en Finlandia que amenazaba la libertad del pueblo. Pero principalmente la profesora Prado ha querido destacar el capítulo de la película relacionado a la Inquisición española haciendo un análisis exhaustivo de la verdadera historia de esta institución y sus diferencias con el film.

El séptimo capítulo está escrito por el catedrático de Historia del Derecho Enrique San Miguel Pérez. En él trata la figura de Georges Clemenceau, nacido en Francia en 1841 que llegó a convertirse en dos ocasiones Primer Ministro de Francia, la primera antes de la Gran Guerra y la segunda desde 1917 hasta 1920. De profesión médico, su vocación política le hizo embarcarse desde joven en los asuntos de Estado, creando revistas y periódicos y consiguiendo a la edad de 29 años ser alcalde del distrito XVIII de París.

El profesor San Miguel hace referencia a la firmeza con la que sostuvo los intereses franceses en la firma del Tratado de Versalles, pues no creía en un espacio de colaboración con el violento o agresivo. Además, fue uno de los visionarios de una nueva época, donde acababan los grandes imperios y en la que sería necesaria la colaboración de los Estados para conseguir la paz, constatándose de la necesidad de haber escuchado los consejos de Clemenceau que posiblemente hubiesen evitado la II Guerra Mundial.

Bajo el título "Y Un milagro polaco salvo Europa. Varsovia 1920" el catedrático Fernando Suárez Bilbao, presenta un trabajo sobre la importancia que tuvo la derrota bolchevique en Varsovia que evitaron la propagación de esta ideología socialista por el resto de Europa. Como recuerda el catedrático respecto a la situación polaca no fue fácil durante la Gran Guerra, declarado como espacio codiciado por las potencias mundiales se llegó al acuerdo de la independencia polaca en el Tratado de Versalles. Para dar forma a esta república, se decidió que Jozef Pilduski un político polaco se encargase de ser el jefe de Estado, teniendo que lidiar con los problemas políticos resultantes de las elecciones de 1919, en el que ningún partido consiguió una mayoría suficiente para gobernar. Pero el apoyo occidental al ejército blanco en la Revolución Rusa para acabar con el socialismo provocaría que Polonia tuviese el apoyo internacional como posible freno al expansionismo de los bolcheviques hacia Europa. Comenzó Lenin esta expansión con las repúblicas bálticas, además de Ucrania y Bielorrusia y poniendo su punto de mira en Polonia, que a su vez luchaba por su estabilización, pero que se vio acosada en parte por el avance ruso. En el capítulo se

hace un exhaustivo examen del “Milagro de Vístula” que serviría como freno del Ejército Rojo en la llamada Revolución de los Trabajadores y gracias a su derrota contra el ejército polaco, frenaría el avance que preocupaba a los países occidentales.

El último capítulo lo dedica la profesora Rocío Velasco de Castro a mostrar como sería el nacimiento de la nueva Turquía después de la desaparición del Imperio Otomano, con motivo del 100 aniversario de la revolución de Atatürk. El cambio de régimen fue provocado por el descontento que produjo el Tratado de Sèvres, en el que dividía el Imperio Otomano y le hacía renunciar a la parte europea del mismo.

Gracias a la convicción de Atatürk se firmaría un nuevo Tratado en 1923 en Lausana que serviría para modificar las condiciones negociadas en Sèvres, dotando a la nueva Turquía de un gran poder geoestratégico, pues en su batalla con las élites kurdas conseguía que las potencias europeas dejaran de apoyar un proyecto de Kurdistán independiente, siendo este tema recurrente 100 años después.

Como podemos comprobar en la obra, hay muchas heridas abiertas desde la Gran Guerra en distintos frentes, ya sea en el económico, en el social, en el político y en el territorial, que hoy en día los Estados ni las organizaciones internacionales han podido resolver.

Por todo ello considero imprescindible la lectura de esta obra en la que los autores muestran la importancia de la historia y de las relaciones internacionales para comprender el mundo actual, pues si no conocemos nuestra historia, estaremos condenados a repetir los mismos errores.

**Resenha do livro “El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático: especial referencia al ordenamiento jurídico español”, Rubén Miranda Gonçalves, Editorial: Tirant lo Blanch, 2020, ISBN: 978-84-7392-958-5**

**Isabela Moreira Domingos<sup>1</sup>**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

A obra *El Régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático: especial referencia al ordenamiento jurídico español*, é uma monografia publicada como resultado da tese de doutorado do professor Doutor Rubén Miranda Gonçalves, que compreende o patrimônio subaquático como um bem de interesse global, pois representa a história da humanidade e acende um alerta para a necessidade de preservação da herança subaquática. A pesquisa utilizou do método dedutivo por intermédio da análise micro analítica da legislação de diversos países, em especial da Espanha e suas Comunidades Autônomas.

Nota-se a importante contribuição da Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de (2001) e da Lei do Patrimônio Histórico Espanhol (Lei n. 16/1985) para o desenvolvimento da presente investigação científica.

Neste sentido, o patrimônio subaquático é um bem que pertence a todos, essencial para a subsistência das espécies e da humanidade, além de contar a história dos povos e o desenvolvimento das nações. A Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura de 03 de novembro de 2001, ratificada por 63 Estados, protege de forma completa e unilateral o patrimônio cultural subaquático e elenca um conjunto de regras e princípios básicos.

Todavia, a Convenção não estabelece critérios para resolução de conflitos, exceto na hipótese de forma pacífica, mediante a uma negociação de boa-fé. O patrimônio cultural subaquático se encontra passível de pirataria e exploração, razão pela qual é necessário garantir e fortalecer a sua preservação em benefício da humanidade (art. 33 da Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de 2001).

Insta salientar que a Convenção da UNESCO estabelece em seu art. 2, apartado sétimo, que o patrimônio cultural subaquático não será objeto de exploração comercial. Assim, o acesso prudente, sustentável e não intrusivo do patrimônio cultural subaquático é permitido, com o propósito de promover a valorização e proteção deste, mediante a sensibilização do público, mas jamais com a finalidade de especulação, transação ou exploração econômica que venha a destruir os bens patrimoniais subaquáticos.

Neste cenário, cada Estado parte possui a obrigação de implementar medidas de proteção do patrimônio cultural subaquático localizado em seu território. Com base nesta análise, é possível que a Espanha intercepte um barco em seu mar

---

<sup>1</sup> Mestre (com bolsa CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Graduada em Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro da Comissão de Compliance da OABPR, subseção Londrina e do Grupo de Estudo de Compliance Público da OABPR, subseção Curitiba. Advogada. E-mail: isabela.mdomingos@gmail.com

territorial quando for verificado indícios de subtração de bens reconhecidos como patrimônio cultural subaquático espanhol.

A presente obra, estruturada em vários capítulos, faz um estudo detalhado da proteção do patrimônio cultural subaquático na Espanha, e o autor chega à conclusão de que, ainda que seja signatária da Convenção de Paris de 2001, é preciso uma lei específica que proteja o patrimônio cultural subaquático espanhol. O Estado espanhol tem uma lei sobre patrimônio histórico do ano 1985 e esta não faz nenhuma referência ao patrimônio cultural subaquático. Para tentar dar uma solução, ainda que ineficaz, o legislador espanhol teve que equipara-lo ao patrimônio arqueológico.

No que atinge às Comunidades Autônomas da Espanha, apesar de não haver legislação específica sobre este tipo de patrimônio, são várias as que estão incorporando artigos sobre patrimônio cultural subaquático quando modificam a sua legislação sobre patrimônio cultural.

Analisada toda a parte jurídica espanhola, o autor dedica um capítulo da tese para o estudo do direito comparado, onde faz uma pesquisa exaustiva sobre a Itália, França, Portugal, Reino Unido, Colômbia, Argentina, Estados Unidos e Brasil.

No que se refere ao direito comparado, nota-se a importância desta investigação científica, pois o autor faz um estudo completo de vários países que possuem legislação específica, como, por exemplo, a Constituição Italiana de 1947, que em seu art. 9 salvaguarda o patrimônio histórico e artístico da Nação, bem como dedica proteção exclusiva dos bens culturais (art. 11) , dada a política pública de profunda formação cultural para a proteção e promoção da história do país. O ordenamento jurídico Italiano reconhece como patrimônio do Estado, os bens culturais móveis e imóveis, arqueológicos ou históricos.

No art. 85 do Texto Unico, o Estado italiano poderá delegar a entidades e particulares para a preservação e recuperação do patrimônio dos bens aquáticos, todavia, é necessário que ocorra uma fase prévia para a instrução e adequação das operações, sob o risco de causar um dano irreversível ao patrimônio cultural aquático. As entidades particulares podem solicitar do Estado a autorização para realizar atividades de pesquisa.

Nesta ordem de pensamentos, outro país estudado pelo autor é a França, em razão do patrimônio cultural subaquático ser compreendido de forma mais abrangente, desde os parques, jardins, sítios naturais, assim como o patrimônio técnico-científico, cultural, arqueológico e o subaquático. A França possui lei específica sobre o Patrimônio Cultural Subaquático (Lei 90-874 de 1 de dezembro de 1989, esta lei foi responsável por revogar a Lei de 1941). A partir do Code du patrimoine que entrou em vigor no ano de 2004, foi ampliado a proteção mediante a uma série de leis, que visam a modernização e prevenção em favor do patrimônio cultural.

Como destaca Miranda Gonçalves, Portugal foi um dos países pioneiros para a proteção do patrimônio arqueológico subaquático e serviu de inspiração para a elaboração da Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático de (2001). O código português compreende os bens culturais marítimos, como bens de qualquer era pré-histórica, arqueológica ou histórica, nas áreas de domínio público marítimo ou no fundo do mar.

Para uma abordagem aprofundada acerca do tema, o autor destaca que o common law também se preocupou na proteção do patrimônio cultural aquático, destacando leis voltadas para o salvamento de bens e titularidades do Estado. A Protection of Wrecks Act, de 1973, foi de importante valor para a tutela do patrimônio arqueológico.

Do mesmo modo, a Ancient Monuments and Archaeological Areas Act, de 1979, que também é do Reino Unido, buscou salvaguardar monumentos arqueológicos, reconhecidos como qualquer edifício, estrutura de trabalho localizada por cima ou por baixo da terra, qualquer escavação; qualquer sítio que compreenda os restos de edifícios, veículos, aeronaves ou outra estrutura móvel integrada, notadamente, estes patrimônios culturais subaquáticos carecem de proteção especial pelo Estado (Areas of Archaeological Importance).

No que tange às normas jurídicas que regulam o patrimônio cultural aquático, os Estados Unidos da América por meio de sua Constituição, proíbe qualquer ocupação a propriedade privada sem que ocorra previa indenização. Em razão da sua aplicação, a legislação americana possui divergências, sobretudo, acerca dos bens que formam o patrimônio cultural estadunidense, contudo, é necessário olhar a sua titularidade (pública ou privada) para a correta aplicação da norma.

Dentre as leis que defendem o interesse o público em face do interesse privado, destacam-se: a RMS Titanic Maritime Memorial Act, de 1986 (destinada a proteção do patrimônio cultural subaquático proveniente de naufrágio, para investigação, exploração e resgate em zona marítima); a Abandoned Shipwreck Act, de 1987 (estabelece que os barcos naufragados em território americano pertencem ao governo estadunidense); e, a National Marine Sanctuaries Act, de 1972 (regula as zonas marítimas de especial proteção, referente ao uso recreacional, ecológico e de conservação).

Quanto a América Latina, o autor descreve que o Brasil é um dos países mais afetados pela política administrativa e governamental devido aos períodos de caça ao tesouro e a exploração exacerbada da natureza. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu como bens da União, as cavernas naturais subterrâneas e os parques arqueológicos e pré-históricos que englobam o patrimônio cultural subaquático. A atuação resiliente da Marinha brasileira resultou na elaboração do Projeto Atlas dos Naufrágios de Interesse Histórico da Costa do Brasil.

A presente obra possui fundamental importância para o estudo do patrimônio cultural subaquático. Trata-se de tema relevante e pouco debatido no cenário nacional, pois conforme histórico da plataforma de teses da CAPES, não há uma tese ou dissertação que se dedique de forma aprofundada ao tema sob o viés do direito comparado, o que pode causar insegurança jurídica em caso de litígio ou conflitos de interesses entre a tríade econômica, social e ambiental.

Com base na leitura da obra, é possível identificar que a proteção do patrimônio cultural aquático é de interesse das nações para a conservação da sua história, parques arqueológicos e biodiversidade subaquática. O estudo do tema é imprescindível não apenas para a ciência jurídica, mas para garantir o seu acesso às gerações futuras, na medida que se trata de um imensurável patrimônio de biodiversidade para o equilíbrio ecológico da vida marinha nacional e internacional. Por outro lado, a falta de um ordenamento específico dificulta a sua efetiva proteção.

## REFERÊNCIAS

IT. Constituição Italiana de 1947. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazio ni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazio%20ni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf)>. Acesso em 12 set. 2020.

MIRANDA GONÇALVES, Rubén. El Régimen Jurídico Del Patrimonio Cultural Subacuático: especial referencia al ordenamiento jurídico Español. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

UNESCO. Convenção sobre a proteção do património cultural subaquático. Disponível em: [http://www.unesco.org/culture/por/heritage/laws/conv\\_patsubaqu\\_portu.pdf](http://www.unesco.org/culture/por/heritage/laws/conv_patsubaqu_portu.pdf). Acesso em 08 set. 2020.



**Autoadocctrinamiento con fines terroristas. (Comentario resumen y consideraciones a las sentencias de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre, y del Tribunal Supremo núm. 354/2017, de 17 de mayo)**  
Self-indoctrination for terrorists purposes. (Summary comment and considerations on two court judgements)

**Carlos González León<sup>1</sup>**

Universidad Rey Juan Carlos

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre. 2.1. Antecedentes y hechos probados. 2.2. Fundamentos de Derecho. 2.3. Fallo. 3. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 354/2017, de 17 de mayo. 3.1. Fundamentos de Derecho. 3.2. Fallo 4. Algunas consideraciones críticas. 5. Conclusiones. Bibliografía.

**Resumen:** La reforma del Código Penal de 2015 produjo modificaciones importantes en materia de terrorismo y el delito de autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 del Código Penal es un claro ejemplo de ello. Esto ha hecho que los Tribunales se hayan visto obligados a realizar un extraordinario esfuerzo en interpretarlos. Como ejemplo, se utiliza la sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre, y la sentencia del Tribunal Supremo núm. 354/2017, de 17 de mayo, para analizar los motivos en los que se fundamenta tanto la condena del acusado, en primera instancia, como la absolución, en la segunda resolución. Además, se realizan consideraciones críticas al delito y las principales conclusiones al respecto.

**Palabras clave:** reforma, autoadocctrinamiento, actos preparatorios, libertad religiosa, derecho penal de autor.

**Abstract:** The penal reform contains importants modifications on terrorism and a clear example of this is the crime of self-indoctrination for terrorists purposes. As a result, the higher courts have had to be made a great effort to interpret of the various types of crimes. As an example of this, two court judgements are used (condemnatory sentence the first and non-guilty the second). In addition, critical considerations to crime and the key findings in that respect.

**Keywords:** reform, self-indoctrination, preparatory acts, religious freedom, criminal law for the author.

---

<sup>1</sup> Doctorando en el programa de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Rey Juan Carlos y Profesor Visitante de Derecho Penal en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España). carlos.gonzalez.leon@urjc.es

## **1. Introducción**

Las últimas reformas del Código Penal en materia terrorista han contribuido aún más a que los Tribunales estén haciendo un extraordinario esfuerzo en interpretar los distintos tipos penales. Sirva como ejemplo la redacción actual del art. 575 de nuestro Código Penal donde se contiene tres figuras delictivas confusas y novedosas. De todas ellas, y al hilo de las sentencias que aquí se comentan, se pretende destacar el segundo subtipo penal, es decir, el autoadoctrinamiento terrorista. Así las cosas, veamos, en primer lugar, la sentencia de la Audiencia Nacional para analizar los motivos en los que se fundamenta la condena al acusado y, en segundo lugar, la primera sentencia del Tribunal Supremo que casa y anula parcialmente el fallo de la Audiencia Nacional para absolver al acusado de este delito de autoadoctrinamiento terrorista. Posteriormente se exponen algunas de las consideraciones críticas de esta figura y las principales conclusiones al respecto.

## **2. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre**

### **2.1. Antecedentes y hechos probados**

Así las cosas, tras la reforma del año 2015, el legislador recogió en el art. 575.2 el delito de autoadoctrinamiento.

«Con la misma pena -de dos a cinco años- 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». Y añade, «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 de acceda a los contenidos desde el territorio español», añadiendo en el tercer párrafo que «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».

El Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de Madrid tramitó el 19 de septiembre de 2016 la apertura de juicio oral -Procedimiento Abreviado núm. 14/2006- contra Mohammed Akaarir, joven nacido en Tánger en 1992 y residente en Rentería (Guipúzcoa) por delitos de apología del terrorismo y menosprecio o humillación a las víctimas de los arts. 578.1 y 2 y 579 bis 1 y 2. Sin embargo, antes de la apertura del juicio oral tanto el Ministerio Fiscal como la defensa de Mohammed asumieron, como el Tribunal advirtió, que la conducta podía ser constitutiva de un delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 del Código Penal.

Entre los hechos probados, la Audiencia Nacional consideró que Mohammed, como usuario del perfil de Facebook, accedió a través de internet al contenido de páginas de contenido yihadista radical violento difusoras de los fines del Estado Islámico -también conocido como ISIS o DAESH-, que iba guardando y publicando en su muro sin ningún tipo de restricción de privacidad y de forma habitual o guardándolos para el mismo en su teléfono móvil. Entre ellos, la sentencia recoge los siguientes:

El 3 de agosto de 2015, Mohammed publicó dos fotografías en las que se veía, en la primera, a varios policías golpeando con grandes palos a un musulmán; y en la segunda, decenas de cadáveres, al parecer calcinados. En ambas instantáneas rezaba en árabe la leyenda: «así está la situación de los musulmanes en Burma. El Profeta de Allah dice que quien no se preocupa por la situación de los musulmanes no es musulmán. Pido tu promesa por Allah de que si ves esta imagen dale a compartir para que llegue a los demás. Comparte la causa» (sic).

El 9 de septiembre de 2015 publicó una fotografía en la que se veía un musulmán en posición de oración en la que su leyenda decía en árabe: «este dibujo es un trabajo que lo ha hecho un artista

español. Se cabrearón los judíos, aunque están por encima de los cristianos y el Islam por debajo. Porque saben que cuando se levante el musulmán se caerán todas las demás religiones» (sic).

El 15 de septiembre de 2015 publicó un vídeo procedente de #FreeSyria en el que se veían imágenes de un bombardeo sobre una población en Siria dando paso a imágenes de niños fallecidos y gravemente heridos, y apuntando a Bashar Al-Assad como responsable de todo ello, con el siguiente mensaje: «después de este vídeo dudo que a nadie le quede ninguna duda de por qué hay miles de sirios huyendo de SU país. Comparte, difunde o súbelo, pero que el mundo lo vea. El silencio también es un crimen de guerra» (sic). Y su comentario añadido: «mirar lo que sufren los musulmanes y luego les llaman terroristas» (sic).

El 20 de noviembre de 2015 publicó un vídeo en el que se veía una imagen de un hombre herido con el siguiente texto en árabe: «dónde está la valentía y el valor de los musulmanes» (sic) a la que añadió «miracomo tratan y castigan los musulmanes en Bangladesh compartir este vídeo para que lo vea todo el mundo» (sic).

El 21 de noviembre de 2015, una semana después de los atentados en París, publicó una fotografía, tomada de la página Khalid Rofking Orgullo donde se ve a una mujer árabe abrazando a un niño que llora, y un hombre llevando en brazos un bebé muerto, bajo el lema «Free Palestine», «Needs more hands... to help them... To pray for them» (sic), a lo que añadía: «me duele más los míos. Los míos nadie les llora. Los míos no son noticia. Los míos son los palestinos» (sic).

El 10 de enero de 2016 publicó una foto en la que se veía al presidente sirio totalmente cubierto de sangre con un hacha de carnicero en la mano, y a su derecha, fotografías de niños y mujeres muertos con graves lesiones.

El 2 de febrero de 2016 publica una foto en la que se veían a 5 niños muertos, amortajados, sobre una misma tabla funeraria, junto a otra en la que se ve el cadáver amortajado de un adulto. O también, ese mismo día, publica un vídeo en el que se veía a un policía golpeando a un niño, y en árabe: «un policía español maltrata a un niño emigrante de Siria. He querido compartirlo para que lo vean todas las asociaciones humanitarias que no se enteraran» (sic).

El 4 de febrero guardó y publicó un vídeo de la página «Pon tu huella» bajo el título «Rusia e Irán matan a nuestros hijos», a lo que añadía: «lo siento parece que a nadie le importó lo que nos está pasando» (sic). O ese mismo día, la publicación de una foto en la que se ve la cara y torso de un musulmán, en la que rezaba el siguiente mensaje en árabe: «Ala es grande», «Los judíos odian la palabra Allah es Grande. ¿Cuánta gente odia a los judíos? Que escriban «Allah es Grande». A lo que añadió: «Allah es grande, Allah es grande, Allah es grande». O también, la publicación de un vídeo del discurso de un líder religioso, Sheik, en el que se ve exponiendo como 40.000 musulmanes están muriendo de hambre, al tiempo que exhibe una fotografía de niños y adultos hambrientos, y dice que hay 35 muertos todos los días, lo que se intercala con imágenes de un niño sirio que cae al suelo diciendo «Allah quiero morirme, Allah quiero morirme», «Allah lévanos al paraíso para encontrar pan» donde el añadía al pie de la imagen: «Sheik en una de las mezquitas de Gaza explota por el terror que están pasando en Siria. Qué grande eres Sheik» (sic).

El 6 de febrero de 2016 publicó un vídeo de repudio de los Chiís en el que se veían imágenes de individuos autoflagelándose y la leyenda «nosotros los repudiamos ante Allah. Nos distanciamos de este dicho ante Allah. No son nuestros hermanos. Son los hermanos de Satanás», a lo que añadía: «parael que quiera saber quien son los malditos chiyis» (sic).

Y a partir de ahí, según consta en la sentencia, se suceden mensajes más radicalizados y con mayor frecuencia, entre los que pueden destacarse:

El 9 de febrero de 2016 publicó un vídeo con el título árabe «Nasheed, no sobrevivo sin salvaros». En él, con una técnica fílmica depurada, se escucha una arenga llamando a la yihad sobre imágenes de muyahidines. Además, puede visionarse una bandera negra con la sahada, como símbolo de las organizaciones terroristas islamistas radicales. Mohammed añadió: «el mejor nasheed del yihad. Allah nos hará ganar y no perder» (sic).

El 10 de febrero de 2016 publicó una fotografía en el que se veía a un bebé atado por el cuello con un cable de electricidad y obligado a comer como si fuese un perro. Sobre la foto, la leyenda en árabe que decía: «os pido por Allah que compartáis la foto». Mohammed añadió: compartirlo por favor q son demonios esa gente y nadie abla todos q mandan en esta vida yegara su hora se no la vida sería injusto y n es así por desgracia» (sic). O también la publicación de una fotografía de él

mismo en la que se cubría la cabeza con un gorro y la nariz y boca con un pañuelo, empuñando un arma corta. A esta imagen, añadió: «Allah es grande, los traidores y los infieles se van a enterar. Allah nos va a hacer ganar al pueblo del Kuffar» (sic).

El 14 de febrero de 2016 publicó hasta seis mensajes, dos de ellos, referidos a la muerte heroica. El primero de ellos, una fotografía en la que sobre fondo negro estaba escrito en caracteres árabes: «que Allah me dé una buena muerte» (sic), acompañada del comentario: «Nuestro Profeta, la paz sea con Él, ha dicho: cada sirviente renace como ha muerto». O también, la publicación de un vídeo, de la página «Taqwallah» que bajo el título «Rappel sur la mort» hacía un recordatorio sobre la necesidad de tener presente siempre la muerte y la necesidad de prepararse para ella.

El 15 de febrero de 2016 publicó tres mensajes sobre humillaciones, torturas y asesinatos que sufren los musulmanes en Gaza por Israel y en Birmania.

El 16 de febrero de 2016 publicó dos vídeos y dos fotos con duras escenas de matanzas de niños, cadáveres calcinados y bombardeos sobre barrios de población civil.

En días posteriores, prosiguió la búsqueda de fotografías y vídeos, de similar contenido a los descritos, publicando muchos de ellos. Así, realizó publicaciones en su muro el 18 de febrero, el 21 de febrero, el 23 de febrero, el 25 de febrero, el 26 de febrero, el 27 de febrero, el 28 de febrero, el 3 de marzo, el 7 de marzo, el 8 de marzo, el 20 de marzo, el 27 de marzo y el 28 de marzo, este último, con un documental de 50 minutos de duración sobre el Estado Islámico y su propaganda a lo que añadía: «la verdad del ISIS y por eso no la quieren los políticos» (sic).

## **2.2. Fundamentos de Derecho**

En el fundamento tercero la sentencia asegura que Mohammed había pasado por las cuatro etapas de un proceso de radicalización islamista<sup>2</sup>.

Entre ellas, había superado ya la fase inicial de «victimismo», etapa en la que el acusado había buscado, visionado, guardado y publicado vídeos y mensajes en los que mostraba el sufrimiento de niños musulmanes o el trato que se les daba a las minorías musulmanas en los países de occidente. Es una etapa que se caracteriza por tener una larga duración en la que el sujeto busca, visiona, y guarda vídeos y mensajes en lo que se observan las graves injusticias que sufren los musulmanes en países de occidente o de mayoría chií. Como ejemplo, «mirad como tratan a los musulmanes en», «a nadie le importa el sufrimiento de los musulmanes» o «están matando a nuestros niños y a nadie le importa».

Asimismo, añade que el sujeto también había vencido la segunda fase de «culpabilización», donde ya el «posicionamiento es expreso» y «se han asumido los postulados del grupo EI, mostrando un apoyo explícito en las redes sociales». Se le conoce como «yihad mediática». En esta fase se considera mal musulmán a aquel que no se identifica con las víctimas y no difunde la opresión. Sirva el ejemplo, «el profeta Allah dice que quien no se preocupa por la situación de los musulmanes no es musulmán. Pido tu promesa por Allah que si ves esta imagen, dale a compartir para que llegue a los demás. Comparte la causa».

O también, la superación de la tercera etapa, también llamada de «solución», en la que «muestra unas claras simpatías por grupos terroristas, se embebe de su ideario y lo busca en las redes sociales», lo que hace que el acusado siga el «uso de la violencia contra los infieles como única solución».

Por último, se destaca que los últimos mensajes evidencian que el acusado se encontraba en la última fase del proceso de autoradicalización, denominada de «activismo», en la que no solo se produce la «justificación de la violencia» sino también la «preparación para la muerte». Se introducen los nasheeds junto a imágenes de líderes religiosos o la imagen de un caballo blanco al galope con las crines al viento, perseguido por lobos y sobre su lomo la bandera blanca negra del Estado Islámico. Con todo esto, el Tribunal considera que «la calificación de los hechos supera el delito

<sup>2</sup> GARCÍA BAYARRI, C.E., «Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, 2018. p. 279-298, p. 291 y ss.

de enaltecimiento, y ha de ser calificado como delito de autoadoctrinamiento para la perpetración de delitos de terrorismo».

### **2.3. Fallo**

La Sección Tercera de la Audiencia Nacional condenó a Mohammed Akaarir como autor de un delito consumado de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 del Código Penal, a la pena de 2 años y 6 meses de prisión e inhabilitación absoluta por 9 años, sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión durante 6 años tras el cumplimiento de las dos terceras partes, así como libertad vigilada por 5 años si regresara a territorio español, además de las costas procesales.

## **3. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 354/2017, de 17 de mayo**

### **3.1. Fundamentos de Derecho**

El Tribunal Supremo, en respuesta al recurso de casación presentado por la defensa de Mohammed Akaarir, determinó lo siguiente:

En el fundamento jurídico primero recordaba que el delito objeto de condena fue incorporado por el Código Penal por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. En el Preámbulo, además de aludir a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, añadía que, hasta ese momento, «la respuesta penal al terrorismo se articulaba, en la sanción de quienes pertenecían, actuaban al servicio o colaboraban con organizaciones o grupos terroristas, donde el eje del tratamiento penal del terrorismo procedía de la definición de las organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma prestaban su colaboración».

Sin embargo, el Tribunal determinaba en el fundamento jurídico segundo que el preámbulo evidencia la falta de cobertura en los instrumentos internacionales para las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento del art. 575.1 y 2, y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información. Hasta el punto de que la Resolución 2178 de Naciones Unidas, aprobada por el Consejo de Seguridad, no contempla el autoadoctrinamiento. O los instrumentos de la Unión Europea, donde tampoco se incluye. O en el Consejo de Europa donde incluso se rechaza su tipificación. En definitiva, «la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terrorista se había perseguido penalmente desde su perspectiva activa, a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros; pero la pretensión de adaptarse a las nuevas formas de captación de militantes de las organizaciones terroristas de pauta yihadista, donde internet juega un papel fundamental, ha hecho que la Ley Orgánica 2/2015 incorporara la conducta pasiva, la de quienes reciben dicho adoctrinamiento o adiestramiento».

Sin embargo, «el alejamiento respecto de la acción concreta, donde se incrimina un acto protoproductorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, determina su configuración como delito de peligro». Además, también debe destacarse la «extraña la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo, entre las referidas al adiestramiento, es decir, a la obtención de conocimiento o aptitudes prácticas militares o de combate, por ejemplo, con la mera formación ideológica». En cuanto a los elementos, dice el Tribunal que «el tipo objetivo se consuma en el momento que el sujeto accede de forma habitual a Internet o adquiere o tiene documentos donde se muestra la desmesurada extensión de su ámbito (aunque no los hubiera leído). Y que el contenido de las páginas a las que se accede

o los documentos que se tiene o poseen, estén dirigidos o resulten idóneos para incitar al a incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines». Con respecto al tipo subjetivo dice el Tribunal que «contiene un elemento teleológico redoblado» de manera que «el acceso habitual o la adquisición o tenencia documental sea con la finalidad de capacitarse» y «para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo». Y este es el requisito que más complejo resulta probar por la confrontación con la libertad ideológica y el derecho a la información. Hasta el punto de que el Tribunal Supremo de nuestro país, cuatro años después de sufrir el mayor ataque terrorista de su historia, en su sentencia 503/2008, de 17 de julio, argumenta que:

«la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. [...] Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. [...] No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción».

En el fundamento jurídico tercero determina que, a tenor de los hechos probados, ya referidos en el punto anterior, no puede confirmarse la comisión de un delito de autoadoctrinamiento con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos del Capítulo VII del Título XII, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo. Y añade, «media acreditada y valorada de manera detallada, la cumplimentación del tipo objetivo, la posesión documental y la navegación por páginas con contenidos susceptibles de incitar a la incorporación a organización o grupo terrorista, pero nada se indica sobre elemento subjetivo requerido».

El fundamento jurídico cuarto añadía que la actividad realizada por Mohammed sí puede subsumirse en el delito de enaltecimiento de terrorismo (como inicialmente estimaba la Audiencia Nacional, aunque en su momento quedara desplazado al condenar por autoadoctrinamiento).

### **3.2. Fallo**

Por ello, el Tribunal Supremo declaró tener lugar de forma parcial la estimación del recurso y con ello la absolución del acusado por el delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 del Código Penal. Sí confirmaba, en cambio, la condena por delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo del art. 578 del Código Penal a la pena de 2 años y 2 meses de prisión y multa de 16 meses con una cuota diaria de 5 euros.

#### 4. Algunas consideraciones críticas

El párrafo segundo del art. 575 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, manifiesta problemas serios, tanto por su ambigüedad, como por su extensión. Aunque es cierto que el considerando undécimo de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, presta especial atención a la tipificación de la recepción del adiestramiento de personas que se preparan de forma activa para cometer delitos de índole terrorista, no es desdeñable que todavía hoy ningún instrumento internacional contemple la tipificación del delito el adoctrinamiento meramente ideológico.

Tanto es así que, como destaca la sentencia del Tribunal Supremo, resulte extraño «la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo, entre las referidas al adiestramiento, es decir la obtención de conocimiento o aptitudes prácticas militares o de combate [...]; con la mera formación ideológica, pues a falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento [...], supondría el hecho de inculcarse -infundirse con ahínco- de determinadas ideas o creencias. Equiparación, que determina en todo caso, que esta actividad de aprehensión de credos deba tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico.

Asimismo, se produce una anticipación de la barrera punitiva que sobrepasa los límites del Derecho penal, sancionando incluso la fase interna del camino hacia el delito. En este sentido, Pérez Cepeda explica que «este adelantamiento de la intervención del Derecho penal a la fase de identificación o ideología, ya se había producido en nuestro ordenamiento desde el momento en que se criminalizó el enaltecimiento o justificación del terrorismo, pero al menos era necesario que se hubieran exteriorizado públicamente»<sup>3</sup> o Cancio Meliá destacando que «lo que hasta ahora no está penado, desde luego, es leer en soledad determinados textos con malas intenciones, o pensar determinadas cosas perniciosas en el fuero interno [...] No están penados hoy, ni aquí ni en ningún país occidental, porque no debe ser criminalizado el mero pensamiento en un Estado que no sea una dictadura totalitaria»<sup>4</sup>.

Por supuesto, también plantea enormes problemas de prueba pues exige acreditar la intención de querer capacitarse para cometer cualquier delito de terrorismo. Cano Paños evidencia que «los aspectos más controvertidos de la Sentencia de la Audiencia Nacional [...] se encuentran sin lugar a dudas en la valoración de las pruebas presentadas durante la fase del juicio oral»<sup>5</sup>. Sin embargo, ¿qué ocurriría si una vez finalizado el autoadocctrinamiento terrorista, el individuo no deseara continuar con el proceso?

Con el principio de proporcionalidad también se hallan dificultades. Así, por ejemplo, se observa como el delito de enaltecimiento del art. 578 del Código Penal tiene una pena en abstracto de 1 a 3 años de prisión y, en cambio, el delito de autoadocctrinamiento para realizar cualquier otro delito del Capítulo -incluido el del art. 578- tiene una penalidad mayor -de 2 a 5 años de prisión-. ¿No es más grave consumir un delito que su -hipotética- preparación? ¿No se castigan los actos preparatorios con pena inferior en uno o dos grados con respecto a la del delito consumado? O, de forma similar, ¿cómo las tres figuras penales que regula el art. 575

<sup>3</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista» en PÉREZ CEPEDA, A. I. y PORTILLA CONTRERAS, G. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, 2016, pp. 17-34.

<sup>4</sup> CANCIO MELIÁ, M., «Pacto antiterrorista: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco». *Eldiario.es*.

<sup>5</sup> CANO PAÑOS, M. A., «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». *Revista de derecho constitucional europeo*, 2017.

del Código Penal pueden tener la misma penalidad? ¿da igual que el sujeto esté recibiendo ya adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate de terceros que lo lleve a cabo por sí mismo de forma autónoma? Para el legislador, parece ser que sí tiene la misma relevancia penal. Para Pérez Cepeda, en cambio, «la legislación antiterrorista, desde una lógica peligrosista que mira finalmente al Derecho penal de autor, castiga los actos preparatorios de actos preparatorios cuando se tipifica la captación, adiestramiento y adoctrinamiento como forma de colaboración y viajar a las zonas de conflicto, pero también [...] conductas que están todavía en la fase ideológica amparadas por la libertad de pensamiento, como el autoadoctrinamiento»<sup>6</sup>.

## 5. Conclusiones

Tras el análisis de estas dos sentencias, pueden advertirse algunas conclusiones. En primer lugar, el delito de autoadoctrinamiento supone un auténtico desafío para los tribunales que se encargan de aplicarlos e interpretarlos, razón aquí por la que se trata de analizar dos resoluciones al respecto.

En segundo lugar, la tipificación de delitos como el aquí analizado supone una vulneración de las principales garantías de un Derecho penal liberal como el que debería imperar en la actualidad en un Estado social y democrático de Derecho<sup>7</sup>. En este sentido, Mir Puig considera que los actos que no pongan, ni siquiera en peligro, ningún bien jurídico protegido por el legislador no pueden llevar consigo un castigo»<sup>8</sup>. Así, este interés legislativo merma principios como el de mínima intervención o de proporcionalidad, entre otros.

En tercer lugar, se muestra como la política criminal seguida por nuestro legislador para elaborar la legislación española antiterrorista, con figuras como la aquí analizada -autoadoctrinamiento con fines terroristas- conlleva un adelantamiento de las barreras de punición del Derecho penal y el castigo de actos preparatorios que, hipotéticamente, podrían poner en peligro a bienes jurídicos concretos.

En cuarto lugar, para vulnerar derechos fundamentales como la libertad religiosa o el derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento debería exigirse un poco más que un mero autoadoctrinamiento ideológico. Y no hacerlo es característica propia de un Derecho penal de autor que, según Pastor Muñoz, «no interviene con base en un hecho objetivamente peligroso, sino con base en la constatación de que el autor tiene una disposición favorable al crimen»<sup>9</sup>. Así, tanto el Derecho penal de autor, como el Derecho penal del enemigo se configuran como instrumentos que, mediante la promulgación de normas nuevas y el endurecimiento de las penas ya existentes, desean generar en la sociedad una mayor sensación de seguridad<sup>10</sup>.

En quinto y último lugar, aunque nadie duda de la magnitud del problema que trae el terrorismo al Derecho penal, «la represión salvaje y desregulada cubierta bajo el noble título del derecho penal, pierde no sólo su legitimidad, sino también su

<sup>6</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 350.

<sup>7</sup> Ferrajoli, considera que un Estado social y democrático de Derecho no debería distinguir entre amigos y enemigos, sino entre culpables e inocentes esgrimiendo que «las reglas [...] no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Y en la jurisdicción el fin no justifica nunca los medios, dado que los medios [...] son las garantías de verdad y libertad, y como tales tienen valor para los momentos difíciles tanto más que para los fáciles» en FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *NFP*, 2006, p. 31.

<sup>8</sup> PUIG M., *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor. Barcelona, 2011, p. 185.

<sup>9</sup> PASTOR MUÑOZ, N., «Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática» en LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios yihadistas: ¿Terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un derecho penal de autor», *Nuevas Amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2015, pp. 43-63, p. 17.

<sup>10</sup> «Sobre «Estado preventivo» en DENNINGER, E., «Der Präventions-Staat», *KJ* (1), pp. 1-15.



eficacia»<sup>11</sup>, motivo por el cual «contraponer al desafío del terrorismo la alternativa del derecho y de la razón es esencial para salvaguardar no solo los principios de garantía del correcto proceso sino también el futuro de la democracia»<sup>12</sup>.

### Bibliografía

- CANCIO MELIÁ, M., «Pacto antiterrorista: por la pendiente deslizante hasta el fondo del barranco». Eldiario.es.
- CANO PAÑOS, M. A., «La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 39/2016, de 30 de noviembre». *Revista de derecho constitucional europeo*, 2017.
- DENNINGER, E., «Der Präventions-Staat», KJ (1), pp. 1-15
- FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *NFP*, 2006.
- GARCÍA BAYARRI, C.E., «Los nuevos delitos de terrorismo. Adocctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de delitos terroristas». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, 2018.
- PASTOR MUÑOZ, N., «Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación político-criminal y dogmática» en LLOBET ANGLÍ, M., «Lobos solitarios yihadistas: ¿Terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un derecho penal de autor», *Nuevas Amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina*. Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2015, pp. 43-63, p. 17.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., «La criminalización del radicalismo y extremismo en la legislación antiterrorista» en PÉREZ CEPEDA, A. I. y PORTILLA CONTRERAS, G. *Terrorismo y contraterrorismo en el siglo XXI: un análisis penal y político criminal*, Ratio Legis, 2016.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 350.
- PUIG M., *Derecho Penal. Parte General*. Reppertor. Barcelona, 2011

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *op. cit.*, p. 24.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., «El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho penal», *op. cit.*, p. 31.

## **La regulación española de la asistencia sanitaria al inmigrante en situación irregular como desafío a la universalidad de los derechos**

Spanish regulation of health care for undocumented immigrants as a challenge to the universality of rights

**Laura Miraut Martín**<sup>1</sup>

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

**Sumario:** 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La solución legislativa. 3. La perversión del sentido de la universalidad del derecho a la protección de la salud en la doctrina jurisprudencial 4. Bibliografía.

**Resumen:** En su aplicación al derecho a la protección de la salud el principio de universalidad de los derechos ha de interpretarse en términos de accesibilidad a las prestaciones del sistema. Ello suscita la exigencia de hacer pivotar el sistema en gran medida sobre la capacidad económica de cada uno, prohibiendo en cualquier caso la exclusión de los más necesitados. En este punto la reincorporación de los inmigrantes en situación administrativa irregular como titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita que promueve el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, merece un juicio favorable. Con todo, la solución arbitrada por el Tribunal Constitucional en su valoración de la normativa anterior deja abierta la puerta a una involución legislativa que no tomara en cuenta el genuino sentido de la universalidad en términos de accesibilidad a las referidas prestaciones.

**Palabras clave:** Asistencia sanitaria, derechos, inmigración, universalidad.

**Abstract:** In its application to the right to health protection, the principle of universality of rights must be interpreted in terms of accessibility to the system's benefits. This raises the need to pivot the system largely on the economic capacity of each, in any case prohibiting the exclusion of the most needy. At this point the reinstatement of immigrants in an irregular administrative situation as holders of the right to free health care promoted by Royal Decree – Law 7/2018 of 27 July, deserves a favorable judgment. However, the solution arbitrated by the Constitutional Court in its assessment of the previous legislation leaves open the door to a legislative involution that does not take into account the genuine sense of universality in terms of accessibility to the aforementioned benefits.

**Keywords:** Health care, rights, immigration, universality.

### **I.- EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

El Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha devuelto a los inmigrantes que no disponen de residencia legal en el territorio español la condición de igualdad formal con los españoles en el acceso a las prestaciones sanitarias que les fue sustraído con la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Coordinadora del Grupo de Investigación “La decisión judicial” de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Hasta el año 2012 funcionaba el sistema instaurado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que no requería otro requisito que el empadronamiento en el municipio de su domicilio para tener los extranjeros derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”<sup>2</sup>.

El Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, únicamente reconoció el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con cargo a fondos públicos a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa en España que fueran menores de dieciocho años o cuando se tratara de una asistencia sanitaria en las modalidades a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. Nos encontrábamos así ante una situación de discriminación por razón de situación administrativa que ponía en cuestión el carácter universal del derecho a la protección de la salud al ser la asistencia sanitaria un instrumento fundamental para su realización. La justificación económica que se quiso dar a la reforma como exigencia imprescindible para asegurar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud no acalló las voces críticas que entendían que la discriminación establecida por el Real Decreto – ley 16/2012, resultaba éticamente inadmisibles y contraria al sistema de derechos y valores que proclama la Constitución. El rechazo frontal a la reforma desde el planteamiento universalista de la atención sanitaria, y con ello del derecho a la protección de la salud, no se detuvo quizá suficientemente en las dificultades técnicas inherentes a la puesta en práctica de la discriminación generada<sup>3</sup> reclamando a la par la derogación normativa de la referida discriminación en el acceso a las prestaciones sanitarias y el urgente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la misma<sup>4</sup>.

El argumentario frente a la reforma instaurada por el Real Decreto – ley 16/2012, ha insistido también en la idea de los “déficits relacionados con la racionalidad teleológica” al entender que la puesta en marcha de la reforma resultaba, por su propia condición, incapaz de conseguir los objetivos que la

---

<sup>2</sup> La redacción originaria del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que disponía “los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles” experimentó una modificación de matiz en su redacción con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 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, que sustituyó la expresión “residan habitualmente” por “tengan su domicilio habitual”. Es en todo caso una modificación puramente formal, intrascendente desde el punto de vista de la titularidad efectiva del derecho en cuestión.

<sup>3</sup> Hemos insistido en ellas en nuestro trabajo “La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante”, en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani (Coordinadores), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Universitas, Madrid, 2013, págs. 1017-1036, resaltando las dificultades de determinar la mayoría de edad de un inmigrante indocumentado sin afectar a sus derechos fundamentales, la posibilidad de una interpretación extensiva de los conceptos de urgencia y gravedad que pudiera además derivar en el reconocimiento de la asistencia sanitaria cualquiera que hubiera sido el momento y lugar en que se produzca la enfermedad o el accidente que justifican su prestación y el carácter inevitablemente abierto del concepto de postparto que reclama la interpretación que en mayor medida favorezca los intereses del recién nacido.

<sup>4</sup> En realidad los recursos ante el Tribunal Constitucional no se han limitado al planteamiento estricto de la discriminación por razón de situación administrativa, argumentando igualmente la supuesta ilegitimidad de la regulación de la materia a través de la figura del Decreto – ley, o de la vinculación del derecho a la asistencia sanitaria con el concepto de asegurado, o razones de índole competencial.

motivaron<sup>5</sup>. Es cierto que la discriminación que sufren los inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular y la puerta abierta que se deja a la asistencia sanitaria gratuita de urgencia cualquiera que sea la situación administrativa del inmigrante era previsible que condujera a una saturación de los servicios de urgencias en perjuicio del normal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud. Igualmente previsible es el riesgo que para la salud pública conlleva la no atención irrestricta a cualquier miembro de hecho de la comunidad que requiriese la asistencia sanitaria. Son razones de peso que curiosamente atienden a los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida sin tomar en consideración el dato cierto de que los más directamente afectados son los inmigrantes en situación administrativa irregular. A nadie se le puede escapar que es mucho más grave verse privado de la asistencia sanitaria gratuita que sufrir ciertos desórdenes o desarreglos en el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Nada hay de extraño en ello porque por lo general las políticas públicas de la inmigración acostumbran a perseguir prioritariamente los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida manteniendo una actitud puramente asistencial en los aspectos en mayor medida subsistenciales de los inmigrantes<sup>6</sup>. Lo curioso es que en el caso que nos ocupa no hayan sido atendidos esos déficits relacionados con la racionalidad teleológica de la norma. Seguramente porque una vez constatado que no se tomaron en consideración en el momento de su aprobación asumirlos a posteriori como razón para proceder a una reforma de la norma podría provocar la imagen de que había razones éticas suficientes para proceder a la misma, razones vinculadas con la ilegitimidad que conlleva el atentado al principio de universalidad del derecho a la salud.

Lo cierto es que la desatención a esos planteamientos prioritariamente vinculados a la lógica interna de la norma ha dejado el campo expedito al planteamiento estrictamente jurídico de la discriminación referida, que en los últimos tiempos ha obtenido la correspondiente respuesta tanto por parte del poder legislativo, a instancia del Gobierno que de nuevo recurrió a la forma jurídica del Decreto – ley para llevar a cabo la reforma, como por parte del Tribunal Constitucional. El hecho de que la reforma normativa haya resultado posterior en el tiempo a la posición adoptada por el Tribunal Constitucional ha privado a esta última de efectividad real en el momento actual. Pero ello no impide la relevancia que tiene como doctrina del Tribunal relativa al juicio de legitimidad acerca de la discriminación por razón de situación administrativa en el acceso a la asistencia sanitaria.

Es por ello necesario referir por separado el sentido de la reforma normativa promovida por el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud y la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional. Sobre todo porque la eventual satisfacción que puede provocar el Real Decreto – ley 7/2018, no impide que en el futuro pudiera producirse una involución legislativa sobre el tema, que necesariamente habría de valorarse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

## **II.- LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA**

La regulación actual del acceso al Sistema Nacional de Salud supone un avance evidente con respecto a la situación anterior en lo que concierne a la asunción de las exigencias que impone el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud. De hecho, el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, se presenta como la respuesta precisa a las medidas adoptadas por el Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas

<sup>5</sup> CENTENERA SÁNCHEZ – SECO, F. “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, pág. 162.

<sup>6</sup> MIRAUT MARTÍN, L. “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333-352.

urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Así la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto – ley después de calificar al acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y universalidad como “un derecho primordial de toda persona” advierte que “la garantía de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aun mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”, y subraya que la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, “supuso de facto una vulneración de este derecho”.

Coherentemente con esa consideración el número 3 del Real Decreto – ley modifica el artículo 3 ter. 1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en los siguientes términos: “Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”. Se recupera así el sentido real del principio de universalidad de los derechos en relación al derecho a la protección de la salud. La crítica a la regulación española podría venir del trato desigual que resultaría del hecho de la necesidad de acreditar la residencia el extranjero en situación regular en tanto que el extranjero en situación irregular, dispone directamente del “título jurídico” para acceder a la asistencia sanitaria con la única condición de la emisión preceptiva de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes en las Comunidades Autónomas para los supuestos de los extranjeros que se encuentren en España en régimen de estancia temporal<sup>7</sup>. Es una crítica poco justificada en mi opinión porque la extensión de la titularidad de un derecho a un ámbito superior de aquéllos a quienes se les reconoce tradicionalmente siempre supone la coincidencia en la titularidad del mismo de individuos con condiciones y situaciones administrativas diferentes. Lo importante es que se pasa a un sistema en el que el título habilitante para la titularidad del derecho no es la condición de asegurado sino la mera situación de residente de hecho en el país<sup>8</sup>.

Mayor importancia tiene el tema de que se pudiera cargar al sistema sanitario con lo que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto – ley 7/2018, denomina un “uso inapropiado” del mismo estableciéndose al respecto como requisitos para poder acceder a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos de las Administraciones competentes la inexistencia de la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable, la imposibilidad de exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia del individuo en cuestión y la inexistencia de un tercero obligado al pago. En ese mismo sentido se asume el carácter territorial de la asistencia sanitaria al advertir que el reconocimiento universal de la misma a quienes

---

<sup>7</sup> GOMEZ ZAMORA, L. J. “Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, pág. 321-322.

<sup>8</sup> PANIZO ROBLES, J. A. “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, [www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4](http://www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4), pág. 1, ha indicado que con la nueva normativa el derecho a la asistencia sanitaria sale del ámbito de la Seguridad Social “para configurarse como un derecho de ciudadanía”. La afirmación vale únicamente si tomamos el concepto de ciudadanía en su concepto más amplio como un concepto vinculado a la propia condición de individuo que desarrolla su existencia en un determinado Estado, más allá de la presencia o no de determinados requisitos formales habilitantes de la participación del individuo en la toma de decisiones colectivas que conciernen a los intereses de la propia comunidad.

se encuentren en España “no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a fondos públicos de las Administraciones competentes”. Estamos en definitiva ante una regulación equilibrada que trata de armonizar con la máxima prudencia las exigencias del principio de universalidad del derecho a la protección de la salud con las exigencias inherentes a la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud.

Llama en este punto la atención por lo que representa de “reconocimiento implícito a la no universalidad del sistema” el hecho de que se mantenga la vigencia de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos<sup>9</sup> como forma de acceder al servicio público sanitario a través del pago de una cuota mensual quienes no dispusieran de cobertura sanitaria legalmente reconocida. Este instrumento de acceso a la asistencia sanitaria tenía pleno sentido en un sistema que restringe la titularidad del derecho en cuestión, pero resulta un tanto fuera de lugar en un sistema de reconocimiento universal de la titularidad como el que promueve la nueva normativa.

Resulta igualmente sorprendente la insistencia de la Exposición de Motivos a la hora de justificar la existencia de la necesidad urgente e inmediata que habilita la utilización de la figura del Decreto – ley para regular la cuestión, en destacar el riesgo potencial que para la salud pública tiene la no asistencia a colectivos que fijan su residencia en España olvidando el dato cierto de que esos mismos colectivos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Y es que esa situación de especial vulnerabilidad que la propia Exposición de Motivos reconoce como dato que proporciona la mayor importancia a la garantía del ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos en riesgo de exclusión social es igualmente expresiva de la necesidad urgente e inmediata de proceder a la adecuada regulación. Parece a simple vista que la Exposición de Motivos reconoce unas condiciones diferentes para constatar la mayor importancia de la garantía del ejercicio del derecho por parte de los hasta entonces excluidos o para constatar la apremiante necesidad de dictar la normativa que dispone el reconocimiento universal del derecho referido, lo cual no tiene desde luego sentido. Ciertamente es que resulta afectada por la exclusión tanto la salud individual como la colectiva. Pero la necesidad urgente o inmediata de proceder a la reforma de la regulación legal no lo es tanto por la mera afectación de la salud individual sino, sobre todo, por el dato cierto de que los individuos que en este punto ven afectada su salud se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Cabría en este sentido destacar que incluso una regulación respetuosa con el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud mantiene aún ciertos residuos de la concepción que toma como punto de referencia de las políticas públicas de inmigración a la preservación prioritaria de los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida. Ello representa un simple desliz en una regulación que viene a suponer un vuelco absoluto en el espíritu y en la letra de la regulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Pero es en cualquier caso tener presente que tampoco el reconocimiento legal del derecho a la asistencia sanitaria a las personas que se encuentran en una situación administrativa irregular se va a bastar por sí mismo para garantizar la igualdad de acceso de este colectivo y de miembros originarios de la sociedad de acogida. La propia condición de ciudadano irregular o no ciudadano, esto es, de persona a quien no se reconoce el derecho a participar en las elecciones a representantes de la comunidad va a sumir al inmigrante en situación irregular en una situación mental de inferioridad, de no reconocimiento por parte de los demás que redundará probablemente en una autorestricción a la hora de ejercer cualquier derecho, aun los derechos cuya titularidad formal se les reconoce<sup>10</sup>. Estaríamos en definitiva ante una situación de

<sup>9</sup> GOMEZ ZAMORA, L. J. op. cit., pág. 327.

<sup>10</sup> ARA PINILLA, I. “Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 109-110.

“exclusión estructural” que reclama también por parte de los poderes públicos una acción dirigida a garantizar a quienes integran ese colectivo especialmente vulnerable unas condiciones ambientales que provoquen el ejercicio efectivo por su parte del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los miembros originarios de la sociedad de acogida. Es ésta una exigencia que, evidentemente, no puede satisfacer una disposición legal empeñada en revertir la situación de discriminación formal que provocó la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012.

### **III.- LA PERVERSIÓN DEL SENTIDO DE LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL**

El mayor riesgo para la vigencia futura del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud en España no radica tanto en una interpretación eventualmente desviada o restrictiva de la normativa actualmente en vigor como en la puerta abierta que deja la doctrina del Tribunal Constitucional a que pueda producirse una involución legal que resultara, como consecuencia de esa misma doctrina del Tribunal Constitucional de antemano inmune al control de su conformidad con los principios y valores que encarna la Constitución. En este punto ha producido un efecto entendemos que pernicioso para la propia interpretación de las exigencias que impone el artículo 43 del texto constitucional la vigencia, siquiera sea por el escaso período de seis años, del Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

El rechazo que en su momento suscitó la discriminación de los inmigrantes en situación administrativa irregular en relación a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria provocó una reacción en forma de recursos ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltos en diversas sentencias emitidas en los años 2011 y 2017, resaltando la sentencia 139/2016, de 21 de julio que va a fijar la línea argumental a la que el propio Tribunal Constitucional se va a remitir en sus sucesivas resoluciones. La doctrina del Tribunal Constitucional viene a avalar la conformidad a la Constitución de la discriminación formal que representa la exclusión del inmigrante en situación administrativa irregular del acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Esta posición nos parece abiertamente criticable.

El Tribunal Constitucional empieza por reconocer al derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal que, como tal, deja en manos del legislador tanto su contenido prestacional como, implícitamente, la determinación de su titularidad: “La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita y bonificada... el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto ... se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”.

Creemos que el argumento expresado conlleva un salto lógico inaceptable porque una cosa es el contenido prestacional del derecho a la asistencia sanitaria y otra cosa muy distinta es la exclusión de un determinado colectivo en el acceso al mismo. El reconocimiento de la discrecionalidad al legislador para fijar el contenido prestacional del derecho no implica accesoriamente que pueda también establecer criterios no suficientemente razonados para la exclusión de ningún tipo de colectivo. La situación de crisis económica que vivía España en 2012 perfectamente podía justificar un ajuste legal del contenido prestacional del derecho pero no una exclusión irracional de su titularidad. Una interpretación adecuada del principio de universalidad de los derechos en su referencia al derecho a la protección de la salud

y de la exigencia de no discriminación debería excluir la posibilidad de que las exigencias derivadas de cualquier situación económica la pagaran en exclusiva los miembros de un determinado colectivo a quienes no se negaba hasta entonces la titularidad del derecho en cuestión. Y ello porque las mismas razones que habían avalado el reconocimiento de la titularidad del derecho por su parte seguían vigentes en cualquier caso. La ponderación del contenido prestacional del derecho puede conducir a una reducción de las prestaciones, pero debería ser una reducción que afectara en principio de manera semejante a los distintos titulares evitando así el fácil expediente que supone mantener en sus términos el contenido prestacional del que disfruta la mayoría condenando a una minoría, que por lo demás se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, a la exclusión formal. Y ello al margen del dato que supone la especial vinculación existente también entre la asistencia sanitaria y la realización del derecho a la vida que bien pudiera cuestionar el margen de apreciación que concede el Tribunal Constitucional al legislador<sup>11</sup>.

Lo curioso es que el propio Tribunal Constitucional se empeñó en mantener la idea del acceso universal al derecho a la asistencia sanitaria haciéndola compatible con la misma idea de exclusión. En ese sentido señala que "es posible en términos constitucionales la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese "todos" del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos". Se trataría en definitiva de sostener una concepción puramente formal de la universalidad como posibilidad formal de acceder a unas prestaciones que a unos les podría suponer un determinado coste no extensible a los demás.

Supondría ello entender sin ir más lejos que el instrumento de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria que se ponía a disposición de quienes no tuvieran derecho a la asistencia sanitaria gratuita con base a fondos públicos se bastaba por sí solo para preservar las exigencias que impone esa peculiar interpretación del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud.

El Tribunal Constitucional apunta claramente en esa dirección cuando resalta la ausencia de coincidencia entre las nociones de universalidad y gratuidad en el acceso al derecho en cuestión: "La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes".

No hay nada que objetar en principio a una determinación de las condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria que pudiera excluir la idea de gratuidad entre otras cosas porque probablemente no todos los ciudadanos se encuentren en una situación de necesidad pudiendo abonar una determinada cuota económica por recibir la prestación del servicio. Tampoco habría nada que objetar a la afirmación de que corresponde al legislador determinar esos términos y condiciones. Pero de ello no se puede deducir que el legislador disponga de una discrecionalidad absoluta al respecto. Todo lo contrario, deberá valorar las circunstancias concurrentes para en base a ellas disponer un sistema que garantice la vigencia del principio de universalidad en el disfrute del derecho a la protección de la salud.

Al ser la asistencia sanitaria un instrumento esencial para la realización del derecho a la protección de la salud se deduce que la valoración de esas condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria en ningún caso debiera conducir a una exclusión de ningún colectivo con respecto a la posibilidad real de acceder a la asistencia en la medida de lo posible en condiciones semejantes a las de los demás.

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, pág. 113.



Y en este sentido carecería de toda lógica que fuera precisamente el colectivo especialmente vulnerable que son los inmigrantes en situación administrativa irregular, que normalmente no disponen de medios económicos suficientes para atender por sí mismos sus necesidades sanitarias, los que se vean obligados a asumir un coste del que quedan dispensados los otros miembros de la comunidad.

Habría que atender en definitiva a unos parámetros que en principio deberían conducir a la solución contraria, esto es, a la bonificación de los colectivos vulnerables que encuentran dificultades extremas para sufragarse ellos mismos la asistencia sanitaria. El voto particular a la sentencia emitido por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré señala certeramente en este sentido que la condición de la gratuidad del acceso a la asistencia sanitaria “formará parte o no del derecho a la salud en virtud de una serie de parámetros que la Sentencia no parece tener en cuenta, y que tienen que ver con la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema y no tienen ninguna alternativa de acceder a prestaciones sanitarias básicas vinculadas con la atención primaria”. Así planteado el tema se trataría de determinar “si la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en un criterio como el origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal, circunstancias éstas que ninguna conexión tienen con la capacidad económica que, al menos a priori, debería ser la condición determinante para exigir o no el pago de determinados servicios”. Evidentemente la respuesta deberá ser negativa, precisamente porque es la capacidad económica el factor a tener en cuenta a la hora de poder establecer discriminaciones en el acceso a la asistencia sanitaria para permitir la realización igualitaria del derecho a la protección de la salud.

La consideración del principio de universalidad aplicable a la asistencia sanitaria no necesariamente reclama la exigencia de la gratuidad, pero sí en todo caso la de la asequibilidad entendida como “accesibilidad económica a los servicios de atención de la salud a fin de evitar la imposibilidad de acceder a los servicios a grupos o colectivos vulnerables, como lo es el de los extranjeros en situación de irregularidad administrativa”<sup>12</sup>. Es en este sentido concreto en el que ha de entenderse vulnerado el principio de universalidad en relación con el derecho a la protección de la salud por parte del Decreto – ley 16/2012<sup>13</sup>. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya convalidado esa normativa amparándose en la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal sin especificar el elemento reglado de esa configuración que representa la interdicción de la arbitrariedad en el ajustamiento a las exigencias del principio de universalidad de los derechos predetermine la ausencia de inconveniente constitucional de cualquier reforma legislativa de la regulación arbitrada por el Real Decreto – ley 7/2018.

Entendemos en este sentido inadecuada la solución del Tribunal Constitucional no tanto por los efectos inmediatos de su decisión, que son nulos al haberse ya derogado la norma que dio origen al control de constitucionalidad, sino por lo que tiene de legitimación de antemano de cualquier involución legislativa que pudiera darse en el futuro en un sentido semejante al que motivó la sentencia del Tribunal. Ese es el riesgo al que se enfrenta ahora el principio de universalidad en su aplicación al derecho a la protección de la salud. Un riesgo que no por quedar aplazado en el tiempo deja de resultar menos grave.

---

<sup>12</sup> DELGADO DEL RINCON, L. E. “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, cit., págs. 363-364.

<sup>13</sup> GOIZUETA VERTIZ, J. “El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales”, en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, págs. 192-193.

**IV. BIBLIOGRAFÍA**

- ARA PINILLA, I., "Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 79-115.
- CENTENERA SÁNCHEZ – SECO, F., "La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones", en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, págs. 141-172.
- DELGADO DEL RINCON, L. E., "El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 351-369.
- GOIZUETA VERTIZ, J., "El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales", en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, págs. 171-194.
- GOMEZ ZAMORA, L. J., "Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, pág. 281-332.
- MIRAUT MARTÍN, L., "La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante", en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani (Coordinadores), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Universitas, Madrid, 2013, págs. 1017-1036.
- MIRAUT MARTÍN, L., "Los objetivos de las políticas de inmigración", en Laura Miraut Martín (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333-352.
- PANIZO ROBLES, J. A., "El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)", en [www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4](http://www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4).