

CADERNOS

Dereito
Actual

Número XVI | 2021

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 16– 2021

Volumen Ordinario - Diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual
Nº 16. Ordinário - Diciembre - 2021

EQUIPO EDITORIAL

Director: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Las Palmas de Gran Canaria*

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreira 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*, **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*, **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), Flávio Martins, (Damásio Educacional, Brasil), Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria). Jose Eduardo Cardozo (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil). Angelo Viglianisi Ferraro (Università Mediterranea, Italia). Márcio Aleandro Correia Teixeira (Universidade Federal do Maranhão, Brasil). Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense, Portugal). Carlos García Soto (Universidad Monteávila, Venezuela). Claudia Gurgel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil). João Proença Xavier (Universidad de Salamanca). 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** (*Pontificia 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*). **Ignacio Ara Pinilla** (*Universidad de La Laguna*). **Joel Hernández García** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Geison López Barrantes** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*). **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*).

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

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

SUMARIO

Artículos de investigación

Analysis of the incursion of international law of catastrophes to the normative territory of armed conflicts: when catastrophe and war colide

Sidney Guerra & Ádria Fabricio 08

Is there room for human dignity in business law? A Brazilian contribution

Wilges Bruscato 24

A agenda 2030 com foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o greening universitário

Wellington Costa & Livia Gaigher 46

Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina

Hernán Herrera, Manuel Serrano & Daniel Gorra 70

Breves notas sobre a proteção de dados no direito laboral português

Susana Machado, Daniela Rodrigues & Patrícia Anjos 100

Círculos restaurativos: uma técnica contributiva na garantia do direito à dignidade humana no trabalho socioeducativo

Cristina de Souza, Elaine Volpato & Samuelli Heidemann 118

Sobre o principio da boa-fé no Código Civil brasileiro de 2002: interpretação, correção e integração dos contratos

Leonardo Mattietto 133

Las asimetrías híbridas en el ordenamiento español: Una propuesta de clasificación

Jaime García Puente 146

El concepto de persona en el ordenamiento jurídico argentino. Reflexiones desde tres etapas históricas

Helga María Lell 163

Estado de vigilância

José Adércio Leite Sampaio & Christiane Costa Assis 178

Doações aos fundos de direitos da criança e do adolescente e o alcance da Emenda Constitucional n. 109/2021

Hendrick Pinheiro & Denise Auad 201

Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: la indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza

María del Ángel Iglesias Vázquez 216

Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho Civil español acerca de la incidencia de la edad en la capacidad de la persona

María del Pilar Mesa Torres & José Luis Llaquet de Entrambasagua 241

Qual a influência do pensamento de Thomas Hobbes no modelo federativo defendido por Publius?

Thomaz Fiterman Tedesco & Erika Doria 262

Desafios e perspectivas para a sustentabilidade do agronegócio brasileiro no cenário pós-pandêmico

Carolina Merida, Carlabianca Canevari & Dilça de Jesus 277

Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão

Isabela de Assis de Assis Godoy 296

Análise histórica do acesso à informação: a crise da democracia no Brasil com a proliferação das fake news

Sarah Gonçalves Ribeiro & Thales Linhares de Azevedo 310

La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (poena naturalis)

Manuel Francisco Serrano 322

Cooperación Judicial Penal en la UE, Iuspluralismo y Derechos Fundamentales. Una descompasada melodía

Isabel Martínez i Cid 345

Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil

Sabrina J. da Silva & Thatiane C. F. Pires 369

A cidadania participativa na política tributária: uma análise da participação social no conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo

Juliana Paganini & Mario Di Stéfano Filho 370

Analysis of the incursion of international law of catastrophes to the normative territory of armed conflicts: when catastrophe and war collide

Sidney Guerra¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Ádria Fabricio²

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Summary: 1. Introduction. 2. The incursion of International Law of Catastrophes to the normative territory of armed conflicts. 2.1. Cross-cutting factors determining the formation of humanitarian catastrophes arising from armed conflicts. 3. The humanitarian catastrophe arising from armed conflict: a modality of catastrophe. 3.1. The cross-cutting factors applied and derived from concrete cases. 3.2 Intercurrent catastrophes. 4. Conclusions. 5. Bibliographic references.

Abstract: This reflection will deal particularly with the convergences between catastrophes and armed conflicts, which united form a new level of emergency, and must be studied in all its anarchic complexity. Accordingly, it seeks to understand the interference of the new International Law of Catastrophes in the classic International Humanitarian Law. This brand-new area of International Law, therefore, will form a new legal framework to be standardized in the future in order to accelerate the emergency response cycle accepted and shared worldwide by international humanitarian organizations as minimum parameters for procedures and response flows. Therefore, this investigation will focus on presenting firstly the incursion of the International Law of Catastrophes to the normative territory of armed conflicts, and then the related cross-cutting factors determining the formation of humanitarian catastrophes arising from armed conflicts, as well as the new modality of catastrophe itself.

Keywords: International Humanitarian Law; humanitarian aid; armed conflicts; catastrophes; disasters.

1. Introduction

Suffering puts everything in perspective, seems to be the one link that forces the individuals to return to reality from all the fictions humanity have created to better live with the awareness of the intensity with which the world grieves, including legal fictions and, particularly regarding the humanitarian crisis, international legal fictions. In this respect, humanitarian professionals recognize their vocation to share the burden of sorrow³.

They are the ones who start their working hours when everything else fell apart when all the social, economic, political and legal fictions constructed by humanity to manage itself crumbled, and are no longer sufficient to calm the

¹ Prof Dr Sidney Guerra is a Full Professor of the Postgraduate Program in Human Rights (Doctorate and Masters) at the National Law School - Federal University of Rio de Janeiro (FND/UFRJ).

² Ádria Fabricio is a Humanitarian Professional and a master's degree student at the Rio de Janeiro State University (UERJ).

³ WALTHER, C. C. *Humanitarian work, social change, and human behaviour: Compassion for change*, Ed. Palgrave Macmillan, Tübingen, 2020.

anguished hearts and minds that cry out for unmet human needs, of belonging, purpose, acceptance, power. And then, all that is left is hatred, emptiness, violence and resentment. If their voices are never heard or understood, there is no other way than to resort to violence. The deep-rooted psychological bases are precisely related to cultural, religious, ethnic aspects; civilizations that have been ignored⁴.

The concept of "humanitarianism" or the definition of what is "humanitarian" derives from an intrinsic dedication to alleviating human suffering and protecting the well-being, dignity and lives of other human beings, particularly those who meet in a state of vulnerability. Any other principle aligned with the idea of humanitarianism stems from this one⁵.

Moreover, vulnerability can be understood both as a temporary element of the human condition and as a permanent element. When temporary, vulnerability becomes situational and directly dependent on the danger, crisis or conflict that caused it, as it is not part of the individual; since its existence is not linked to determinant characteristics of identity. An example of this first variant is the vulnerability caused by difficulties in accessing protection or goods and services aimed at protecting life and dignity.

On the other hand, as a permanent element, there is vulnerability arising from characteristics of an identity that is discriminated against, marginalized, condemned by its simple existence. Humanitarian crises in their essence are not produced only by armed conflicts, as they necessarily result from the interconnection with the transversal factors that will provide favourable conditions for the development of the catastrophe. Humanitarian catastrophes caused by armed conflicts will therefore have both types of vulnerability, accentuated by the transversal factors involved, as will be shown.

To better explain and characterize what has been said, this research will contemplate three main axes: (I) a brief survey of vulnerabilities in the normative and principled constitution of International Law to be remedied by the foundations of International Law of Catastrophes⁶ in the perspective of humanitarian catastrophes arising from armed conflicts; (II) the enumeration and description of the transversal (indirect) elements or factors to humanitarian catastrophes resulting from armed conflicts via case analysis; and, finally, (III) the description of internal catastrophes - here called intercurrent catastrophes - directly connected to the conformation of the modality "Humanitarian Catastrophe Arising from Armed Conflict", characteristic of the challenges that year after year, conflict after conflict, undermine the responsive legal capacity of IHL.

Otherwise, this research will utilize reports from the Humanitarian Sector and former IHL doctrine, establishing an attempt to connect the two worlds, the professional humanitarian sector and scientific research in International Law. The ties built between the two areas will still do wonders in the search for solutions that are not only legal, but also humanitarian for the future of humanity, and the International Review of the Red Cross will continue to be one of the great stages for the world to witness this connection.

2. The incursion of International Law of Catastrophes to the normative territory of armed conflicts

Armed conflicts are undoubtedly and in themselves the scourge of humanity, because they stem from human nature and at the end of the cycle, they end up

⁴ PAYNE, K. *The Psychology of Modern Conflict: evolutionary theory, human nature and a liberal approach to war*, Ed. Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2015.

⁵ COOPER, C. G. G. LARSEN, K. M. NYSTUEN, G. *Searching for a 'principle of humanity' in International Humanitarian Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁶ GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.

exterminating any trace of humanity⁷. The law is born from the individual and, thus, the individual is reborn through the law, through a process that is entirely natural and spontaneous. As paradoxical as International Humanitarian Law is, when predicting the restriction of war, without it, it cannot be sustained, it does not exist.

Throughout history, the outbreak of armed conflicts has produced severe consequences for humanity. Deaths, loss of dignity and identity are some of the indicators observed in these scenarios⁸. The 20th century also marks the transition from an International Law of War to an International Law of Peace. Even so, this Law of Peace is designed exclusively for war, since two distinct legal regimes that focus on the exclusive issue still compete in the international sphere of war, the extinct *jus ad bellum* and the current *jus contra bellum* and its reserve of exception, the *jus in bello*⁹

From catastrophic scenarios of loss and suffering, there is an escalation of continuous challenges imposed on the international system to establish the limits of war, since the Geneva Conventions of 1949¹⁰. International Humanitarian Law plays a central role in the debate, as witnessing the greatest atrocities committed under armed conflicts Rule of Law in the international system and not effectively exercising the imposition of restraint, armed conflicts become catastrophes with immeasurable consequences.

In their mere existence, wars represent the most serious status of brutality ever seen in human history and commonly still form triggers for the other concurrent consequences of their existence, such as economic crises, environmental crises and humanitarian crises, in true catastrophic scenarios. The Law, when used for the protection of the individual, takes on its most legitimate form of action, as it constitutes a powerful tool in the search for safeguarding human vulnerability. However, its misleading use ruled by inefficient mechanisms can bring as much adversity as International Law was created to cease.

In this regard, the International Law of Catastrophes¹¹ proposes, to some extent, also to compose the newest area of the International Protection of the Human Person by revealing a close affinity with the International Humanitarian Law. Both converge, therefore, towards the construction of exquisite legal tools for the protection of human beings in extreme situations, such as during armed conflicts and other settings resulting from humanitarian crises.

Indeed, the establishment of regulations, the composition of mechanisms, protocols and emergency procedures designed to offer legal protection in scenarios of catastrophes arising from armed conflicts is an urgent demand, since precarious resolutions and agreements that currently regulate the surrounding humanitarian catastrophes of the world need to be strengthened to be widely accepted and respected; it is necessary, therefore, for the law to establish it per se.

If armed conflicts by nature already constitute humanitarian catastrophes due to their sequels for other aspects of the International Protection of the Human Person – violations of International Human Rights Law arising from the action or omission of a violating or Failed State; forced displacements under International Refugee Law¹²; immeasurable damage to the natural environment for International Environmental

⁷ DOSWALD-BECK, L. HENCKAERTS, J. M. *Customary International Humanitarian Law*, Ed. ICRC, Geneva, 2005.

⁸ FASSBENDER, B. PETERS, A. *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁹ GUERRA, S. *Public International Law Course*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2021.

¹⁰ HEINTZE, H. J. THIELBORGER P. *From cold war to cyber war: The evolution of the international law of peace and armed conflict over the last 25 years*, Ed. Springer, Cham, 2018.

¹¹ The theory of catastrophes and the very definition and theoretical construction of the International Law of Catastrophes have been conceived of by the Brazilian Professor Sidney Guerra aiming at developing some contributions to International Law worldwide.

¹² JACQUES, M. *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Law –, the International Law of Catastrophes¹³ presents itself as a superior protective system, in the sense of covering the stage following the existence of the armed conflict itself, when its transversal elements have already exceeded the capacity of incidence of International Humanitarian Law, as will be presented.

First, it is necessary to resume a brief constitutive basis for the scope of the legal protection of IHL¹⁴. International Humanitarian Law was established due to a lack of protection that stood out clearly amidst the multifaceted vulnerabilities that piled up on the battlefields. However, there are protective vulnerabilities in the normative and principled composition of International Humanitarian Law, which will be pointed out, without forgetting to guarantee the necessary gratifications to its fundamental existence for the mitigation of human suffering in armed conflicts. The objective is, therefore, to improve the referred legal system, mainly concerning the construction of a new doctrinal phase for the development of IHL through the foundations of the new International Law of Catastrophes¹⁵.

Basically, the vulnerabilities found in the groundwork theory of IHL are exacerbated by elements transversal to the occurrence of armed conflicts that touch the other aspects of the International Protection of Human Persons¹⁶ and shape the various types of catastrophes, to be further deepened in future works. In any case, it can be said that armed conflicts become humanitarian catastrophes as a result of the accumulation of cross-cutting elements directly connected to the aggravation of their catastrophic capacity.

This research does not aim to point out the flawless of International Humanitarian Law, neither the gaps in its efficacy and efficiency or solutions for its enforcement or compliance measures, all essential areas of study that are already being analysed with depth and grace by leading researchers, humanitarian professionals and scholars from around the world whose works can be found neatly in the other volumes of the esteemed International Review of the Red Cross over the century.

Besides, this research aims to expose with greater respect how the International Law of Catastrophes can complement the International Humanitarian Law with a movement of international regulation for humanitarian catastrophes. Since IHL does not pursue a track on this direction, by nature, and cannot be somehow fixed for this purpose, for the sake of its effectiveness and strength, another dimension of International Law must.

Given the evolution seen so far, it is understood that International Humanitarian Law presupposes a series of premises, which are very dependent, as to their concreteness, on the intentions, strategies, means and methods of a multitude of state actors and non-state actors amidst humanity's most chaotic circumstance¹⁷. IHL seeks to alleviate suffering amidst the chaos, however, it cannot extinguish it. The question of how, then, to enforce IHL so that, despite armed violence and regardless of the reasons for which it was resorted to, there may be fewer suffering, figures as the central debate in the modern state of humanitarianism.

2.1 Cross-cutting factors determining the formation of humanitarian catastrophes arising from armed conflicts

Indeed, when the term catastrophe" is taken to mean an event of great proportions, far beyond what is convenient to call a "disaster", it implies a level of

¹³ GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.

¹⁴ GUERRA, S. *Public International Law Course*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2021.

¹⁵ GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.

¹⁶ CUBIE, D. *The International Legal Protection of Persons in Humanitarian Crisis: Exploring the Acquis Humanitaire*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2017.

¹⁷ HAER, R. *Armed Group Structure and Violence in Civil Wars: The Organizational Dynamics of Civilian Killing*, Ed. Routledge, London, New York, 2015.

generalized public disgrace, in which the interruption of all activities of a normal nature, without even the possibility of immediate help, one can glimpse a broad horizon of possibilities in the study of themes such as episodes of armed conflicts with their civilization scale consequences.

The system of measures and sequence of collapses that result in a breakdown to an entirely legally conformed and classified armed conflict and the very act of resorting to armed violence as the only method understood as possible in the search for a solution to the human demands at stake are composed of a series of complex processes, when it is, in terms of the theory of catastrophes, impossible to define a start, as the analysis could pointlessly forward ancient times. It is, however, possible to determine political, social and legal triggers, as well as historic moments to mark, for instance, how humanity will explain the reasons why an armed conflict broke out for future generations.

In this respect, it is essential to settle, nonetheless, that for legal means, in terms of classification and application of the International Law of Catastrophes¹⁸, it is necessary to ground thresholds and the criteria surrounding the conformation of the modality of catastrophe arising from armed conflict, which, once characterized, can open a new Rule of Law to the humanitarian crisis above.

These emergencies can be classified as such through the conjunction of the following criteria: (I) the threatened human values are fundamental and involve, mainly, the right to life and dignity; (II) the situation of extreme deprivation must shock humanity's conscience, in other words, must be publicly recognized as collective suffering; (III) the immediate or mediate loss of human lives occurs on a large scale; and (IV) the responsible state must prove incapable of protecting its nationals either because the extent of the situation exceeds its capacity to respond or because it is itself the executioner of the violations.

Once the catastrophe is identified as such, a new legal framework must rule over the situation, immediately generating the following measures: state consent is no longer necessary for national and international humanitarian assistance (humanitarian assistance from foreign intervention or intervention differs¹⁹; humanitarian organizations must act impartially, selflessly and in good faith; action in terms of humanitarian assistance must be disconnected from any political action or that interferes with the structure of the state (actions related to interference are thus divided into actions strictly related to humanitarian assistance); only the measures necessary for the realization of humanitarian assistance should be taken based on the principles that also serve International Humanitarian Law (humanity, proportionality, distinction and military necessity)²⁰ adapted to the convergences of International Law of Catastrophes²¹.

In the international legal system, under this perspective, there is no normative provision for the relief of nations in a situation of catastrophe. On the contrary, in the majority of cases, the nation continues to suffer sanctions perpetrated by nations interested in the dismantling of governments, in other words, the same Western powers interested in the fall of the government seem oblivious to the suffering of the people and the devastation that is befalling over the countries with the programmed perpetuation of the conflict.

Hence, there are still some questions for future reflections: What measures can be taken within the scope of the international system to provide humanitarian aid to the countless peoples sheltered under the defeated structures of an unruly territory overcrowded with attempts of usurping power? What theoretical support can be referred to in the construction of a Law that meets the needs of these peoples affected by states of catastrophe as a result of armed conflicts and other acute crisis scenarios due to widespread armed violence? Wouldn't it be a case of establishing

¹⁸ GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.

¹⁹ FOX, G. H., *Humanitarian Occupation*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

²⁰ SASSOLI, M. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019.

²¹ GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.

rules at the international level that could encompass effective measures to assist the civilian population in scenarios of catastrophes resulting from armed conflicts?

When the transformation scenario of a country with reasonable social and economic stability, even if far from the ideal global standards of human development, which houses a huge variety of cultures, ethnic and religious groups, from a wide range of different peoples, in a scenario of widespread destruction, with hundreds of thousands of dead, millions of refugees and displaced people, a devastated economy and dilapidated historical and cultural heritage, plus the fact that the conflict has not yet known an end, with such a situation remaining, there is no doubt in classifying the cases on focus as catastrophe phenomenon.

Cross-cutting factors can be of a historical, geographic, political, economic, socioeconomic, ethnic, religious, cultural and/or ideological nature, and their occurrence concurrently with the conflict will generate catastrophic consequences and the resulting inherent humanitarian crisis. This is because the existence of such elements will install vulnerabilities considered temporary and derived and will aggravate those that already exist and are permanent. The most common is that these factors are already present from the beginning of the conflict or are prior to it, even connected to the cause of the conflict. It is worth noting that the absence of the State and/or inexistence of reliable and structured institutions is a particularly insuflating element of temporary and permanent vulnerabilities.

In addition, it is possible to verify, in current humanitarian crises, what can be described as a *contemporary complex humanitarian environment*, characterized by a variety of risks caused by chained or combined effects described by the International Committee of the Red Cross as "A weak State, a debilitated economy, collapsing infrastructure and armed hostilities carried out by a variety of politically driven actors and criminal groups, as well as environmental degradation, drought, floods or pandemics".²²

Such a state of the complexity of the humanitarian context occasioned by the humanitarian catastrophes caused by armed conflict can be exemplified by the following specific cases in which it is possible to indicate some transversal factors described as cross-cutting problems, as, for instance: food security crisis (hunger), drought, lack of structure for the production of livelihoods, decades of armed conflict, widespread violence, unsafe environment, absent State and institutional structures, and the role of various military and political actors – which develop their confrontations and disputes.

Indeed, the so-called complex humanitarian environments are presented as scenarios in which humanitarian catastrophes originated by armed conflicts develop, so that, with the prolongation of belligerence, the conflict itself becomes a cross-cutting problem, transforming the humanitarian crisis in a generalized juncture. Worthy of note is the fact that humanitarian crises have worsened due to the multiplication of non-international conflicts and non-state actors since the internal demands of a ruined state establish grounding for movements of insurgence that resort to violence for a range of reasons.

The disintegration of the state in a humanitarian catastrophe resulting from an armed conflict happens gradually, barely noticeable, over time. On the contrary, a national state can remain devastated by terrible wars without ever approaching a state of catastrophe arising from armed conflict, precisely because it does not accumulate cross-cutting factors.

Furthermore, only in recent decades has there been an increase in international attention to environmental catastrophes²³, particularly due to their transboundary nature and the globalized effects of environmental degradation and

²² ICRC. *Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations*, Ed. ICRC, Geneva, 2009.

²³ HILHORST, D. *Disaster, conflict and society: Everyday politics of crisis response*, Ed. Routledge, London, New York, 2013.

climate change. Despite being late, this reaction must be understood through a multifactorial approach, considering the interrelationship of this type of catastrophe with the catastrophes caused by armed conflicts.

Humanitarian intervention became an especially prominent topic in the 1990s in complex situations where crises combined several interrelated problems, often including the context of failed states. The discussion on the international agenda moved from the principles of sovereignty and the right to intervene to the need to create and improve international mechanisms capable of dealing with complex humanitarian emergencies that require a diligent positioning by States.

3. The humanitarian catastrophe arising from armed conflict: a modality of catastrophe

In this regard, it is reaffirmed that the existence of 'humanitarian catastrophes originated by armed conflicts' will necessarily have transversal elements involved, which will aggravate the typical sequels of wars to unimaginable and sometimes permanent extensions. Otherwise, one would be facing the typical consequences of armed conflicts, which is called, in this study, of a 'simple' nature, considering that its results attack international humanitarian law and other aspects of the International Protection of Human Person will be produced solely or mostly by the conflict itself. This premise means that such violations are expected only during the conflict, until the territorial State can return to its typical peaceful environment, to its normality.

The humanitarian catastrophe caused by armed conflict will cause catastrophic effects considered permanent, not literally, but effects that will determine the collapse of the nation at a level at which the reconstruction of institutions and structures, as well as the recovery of the population itself, will remain highly improbable. Some of the permanent effects of a catastrophe of this modality will be, for example, the forced displacement beyond territorial borders, that is, the establishment of refugee flows, the genocide of ethnic groups, the annihilation of religious aspects and minority cultures and the destruction of cultural heritage.

In a classic scenario of humanitarian catastrophe resulting from armed conflict, it is observed elements that shape widespread institutional fragility and permanent vulnerability of the population as, for instance, poverty, weak institutions, perpetual violence, lack of rule of law, environment damage, destruction of socioeconomic resources, dissolution of the economy etc.

As the armed conflict continues to expand and protract over time²⁴, more damage to the country's infrastructure and displacement of people is expected to take place. It cannot be forgotten that despite the harmful effects produced by the conflicts to the population, especially for the civilians forced to flee, a true economic catastrophe also occurs.

What is observed in the contemporary cases is what can truly be identified as a State of relative sovereignty, formed by merely formal institutions and devoid of any practical effects. A nation divided between irreducible sectarian groups and inconstant and violent struggle for power, perpetuating a cycle of social and economic ills. All this is a result of a recent history of armed conflicts. Undoubtedly, from the points indicated above, the chosen cases present themselves as interesting examples for this study since several aspects corresponding to the catastrophic effects resulting from armed conflicts are highlighted.

The economic catastrophe scenario, which concerns the increase of poverty and other social ailments, would be enough to indicate the humanitarian crisis that befalls some of the conflict-affected nations nowadays. However, there are other distressing elements, especially when some numerical data are taken. Not least, the damages to cultural and immaterial issues. Historic cities and entire archaeological

²⁴ DOLGOPOL, U. GARDAM, J. *The Challenge of Conflict: International Law Responds*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.

sites that have survived the force of time over the millennia fall before the barbarism of terrorism and the backdrop of devastation and catastrophe caused by the outbreak of armed conflict.

For some humanitarian emergencies worldwide, there is such a catastrophic content of the armed conflict taking place that not even the country's historical and cultural heritage, identity or traditions remain preserved. The question of the country's scientific production can also be considered. In the context of armed conflict and social, economic and humanitarian catastrophe, science, education and development, as expected, also suffer severe interruption.

3.1 The cross-cutting factors applied and derived from the concrete cases

The denominated 'humanitarian hotspots' are considered the acute crisis for the world to monitor around the globe in terms of humanitarian emergencies that can or cannot be properly addressed. It is underlined particularly the under-reported crises since the lack of attention of the International Community will lead to negligence under International Law²⁵. Other interesting terms utilized by the humanitarian journalism to what is called, for the objectives of this research, humanitarian catastrophes arising from armed conflicts are long-running or protracted conflicts, extremism and terrorism, sudden disasters, slow-burning emergencies, and forced displacement.

The humanitarian sector reports utilised in this analysis were: '2021 Events of 2020'²⁶, from Human Rights Watch; 'Ten conflicts to worry about in 2021'²⁷, from the Armed Conflict Location & Event Data Project (ACLED); the 'Ecological Threat Register 2020: understanding ecological threats, resilience and peace'²⁸, from the Institute for Economics and Peace (IEP); the 'Economic Value of Peace 2021: measuring the global economic impact of violence and conflict'²⁹, from the Institute for Economics and Peace (IEP); 'Positive Peace Report 2020: analysing the factors that sustain peace'³⁰, from the Institute for Economics and Peace (IEP); the 'Global Peace Index'³¹, from the Institute for Economics and Peace (IEP); the 'Global Terrorism Index'³², from the Institute for Economics and Peace (IEP); the 'Global Humanitarian Overview 2021'³³, from the United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA); the 'GLOBAL APPEAL 2021 update'³⁴, from the UNHCR; the 'Global Humanitarian Assistance Report 2020'³⁵, from Development Initiatives;

²⁵ ULRICH, G. ZIEMELE, I. *How International Law Works in Times of Crisis*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2019.

²⁶ HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2021: events of 2020*, Ed. HRW, New York, 2021.

²⁷ ARMED CONFLICT LOCATION & EVENT DATA PROJECT (ACLED). *10 Conflicts to Worry About in 2021*, Ed. ACLED ANALYSIS, 2021.

²⁸ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Ecological Threat Register 2020: Understanding Ecological Threats, Resilience and Peace*, Ed. IEP, Sydney, 2020.

²⁹ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Economic value of peace 2021: Measuring the Global Economic Impact of Violence and Conflict*, Ed. IEP, Sydney, 2021.

³⁰ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Positive peace report 2020: analysing the factors that Sustain Peace*, Ed. IEP, Sydney, 2020.

³¹ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index 2020: Measuring peace in a complex world*, Ed. IEP, Sydney, 2020.

³² INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index: Measuring the Impact of Terrorism*, Ed. IEP, Sydney, 2020.

³³ OCHA. *Global Humanitarian Overview 2021*, Ed. OCHA Geneva, Geneva, 2021.

³⁴ UNHCR. *Global appeal: 2021 update*, Ed. UNHCR, Geneva, 2021.

³⁵ DEVELOPMENT INITIATIVES, *Global humanitarian assistance report 2020*, Ed. Development Initiatives, Bristol, 2020.

the 'Human Development Report 2020'³⁶ from the UNDP; the 'Annual Report 2020'³⁷, volume 1 and 2, from the ICRC; the 'Amnesty International Report 2020/21: the state of the world's human rights'³⁸, from the Amnesty International; and the 'Global Report on Food Crises 2021'³⁹, from the Food Security Information Network and the Global Network against Food Crises.

Despite behaving like an intercurrent catastrophe, as we will see below, terrorism can still be characterized as a cross-cutting element that will contribute to the humanitarian catastrophe resulting from an armed conflict⁴⁰. The 10 (ten) countries most affected by terrorism in the world are Afghanistan, Iraq, Nigeria, Syria, Somalia, Yemen, Pakistan, India, the Democratic Republic of Congo and the Philippines, respectively. Armed conflict in these cases remains the main cause of terrorism so that 05 (five) out of the 10 (ten) countries are considered to be experiencing an armed conflict (Afghanistan, Nigeria, Syria, Somalia and Yemen), while the others experience internal disturbances and tensions, as per threshold classification for International Humanitarian Law.

Other cross-cutting factors directly related to the occurrence of terrorism are prolonged insurgencies, exacerbated tensions between non-state armed groups and national governments, and the international and globalized action of terrorist groups – which particularly classifies terrorism as an intercurrent catastrophe when it occurs.

Important cross-cutting factors directly related to armed conflicts are widespread sexual violence against women and girls, forced migration flows both internally and beyond the borders of the national territory – in this respect, urban internal displacement stands out, a factor that has been emerging in humanitarian crises worsened by non-international armed conflicts that are characterized by military movements typical of irregular wars carried out by non-state armed groups – violations of International Human Rights Law related to lack of access to political representation and corrupt judicial and administrative institutions, etc.

Otherwise, it is noteworthy that in some reports this research have found cross-cutting factors composing fundamentally the resumption of violence or escalation of violence regarding the nations in question: Ethiopia (at risk of multiplying conflicts stretching the capacity of the state), Myanmar (at risk of dormant conflicts reigniting), Colombia (high risk of rising violence targeting social leaders and vulnerable groups), Armenia-Azerbaijan (high risk of cross-border violence in Nagorno-Karabakh despite ceasefire), Yemen (high risk of humanitarian fallout amidst the offensive on Marib) and the Sahel region (insurgency and fragile politics at the centre of an unabated crisis)⁴¹.

When analysing per region, the cross-cutting elements regarding International Human Rights Law violations in armed conflicts can be classified as: Africa (attacks on civilians, impunity, repression, excessive use of force, affected livelihoods, failed health, legal and educational system, violence against women and girls); Americas (gang violence, violations to the freedom of expression, to the right to health, to workers' rights, precarious prison conditions, arbitrary detention, excessive use of force, impunity and difficulties to access justice, violence against woman and girls, violations to the rights of indigenous peoples and to the rights of refugees, asylum-seekers and migrants and climate-crisis); Asia-Pacific (violations to the freedom of expression and to the right to health, discrimination, attacks on ethnic and religious minorities, failure to prevent climate change); Europe and Central Asia (violations to the right to health, to the right to social security, state overreach, violations to the

³⁶ UNDP. *Human Development Report 2020*, Ed. UNDP, New York, 2020.

³⁷ ICRC. *ICRC Annual Report 2020: Facts and figures*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.

³⁸ AMNESTY INTERNATIONAL. *Amnesty International Report 2020/21: the state of the world's human rights*, Ed. Amnesty International, London, 2020.

³⁹ FSIN. GNAFC. *Global Report on Food Crises 2021*, Ed. FAO and WFP, 2021.

⁴⁰ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index: Measuring the Impact of Terrorism*, Ed. IEP, Sydney, 2020.

⁴¹ ARMED CONFLICT LOCATION & EVENT DATA PROJECT (ACLED). *10 Conflicts to Worry About in 2021*, Ed. ACLED ANALYSIS, 2021.

rights of refugees and migrants, failure to prevent climate change); Middle East and North Africa (violations to the right to health and to the freedom of expression, unlawful use of force, precarious detention conditions, torture, impunity, difficulties to access justice, violations to the rights of refugees, asylum-seekers, migrants and internally displaced people)⁴².

Regarding ecological catastrophes directly connected to armed conflicts and the related humanitarian costs, it is possible to cite the following cross-cutting factors: resource scarcity, food insecurity, water stress, natural disasters, lack of community resilience and community development⁴³. In respect to the economic impacts of the armed conflict, it is possible to verify the following cross-cutting factors: internal and external conflict deaths, GDP losses from conflict, country contributions to peacebuilding and peacekeeping, refugees and IDPs, deaths and injuries from terrorism.

Considering the food crisis as a cross-cutting factor, it is essential to particularly highlight the cases of protracted conflict, since this inter-relation composed the main driver of six of the 10 (ten) worst food crises of the world in 2020 (the Democratic Republic of the Congo, Yemen, Afghanistan, Syria, Nigeria and South Sudan). Besides, all countries that had populations in catastrophe in 2020 were affected by conflict and insecurity (Burkina Faso, South Sudan and Yemen).

Having established important examples of cross-cutting elements that directly affect the composition of humanitarian catastrophes arising from armed conflict, the next topic will deal with intercurrent catastrophes and their consequences.

3.2 Intercurrent Catastrophes

Amidst the chain of transversal factors that aggravate armed conflicts – turning them into humanitarian catastrophes arising from armed conflicts – intercurrent catastrophes develop, which were initially considered only aggravating elements, as they reach challenging proportions to the capacity to confront the international order and the international law, generating their catastrophes.

In this respect, we observe a series of possibilities, from the phenomenon of protracted conflicts, urbanization of war, cyber-warfare⁴⁴ and as autonomous weapons, such as drones and killer robots commanded by artificial intelligence. Particularly the phenomenon of protracted conflicts should receive special attention in this study, because of the catastrophic consequences derived from its existence.

Its apparent impossibility of solution and its longevity or permanence can be cited as the main characteristics of the prolonged conflicts, according to the International Committee of the Red Cross referring to the considerations made by the Lebanese professor, Edward Azar. Since 1945, the ICRC has experienced the following protracted conflicts: Ethiopia, Mozambique, Angola, Guatemala, Colombia, Cambodia, Sudan, South Sudan, Liberia, Sierra Leone, Former Yugoslavia, Democratic Republic of Congo (DRC), Lebanon, Iran- Iraq, Israel-Palestine, Afghanistan and Somalia⁴⁵.

The new arrangements that compose contemporary armed conflicts are, therefore, in countless ways far beyond any prediction, considering the classical view of wars. In this respect, asymmetrical conflicts combined with failed states and other emergencies generate new challenges more frequently, while the conventional rules

⁴² AMNESTY INTERNATIONAL. *Amnesty International Report 2020/21: the state of the world's human rights*, Ed. Amnesty International, London, 2020.

⁴³ INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Economic value of peace 2021: Measuring the Global Economic Impact of Violence and Conflict*, Ed. IEP, Sydney, 2021.

⁴⁴ BOUVIER, A. QUINTIN, A. SASSÒLI, M. "How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law", *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Vol. III, 1999.

⁴⁵ ICRC. *Protracted conflict and humanitarian action: some recent ICRC experiences*, Ed. ICRC, Geneva, 2016.

of wars become outdated and armed non-state actors undertake control amid vacuums of power. During the 1990s, with the decline of state power, private military corporations began to rise, permanently transforming armed conflicts around the globe.

The involvement of several other countries in ongoing conflicts around the world for various political, religious, ethnic, cultural, ideological and economic reasons, added to the fragmentation and spread of non-state armed groups as part-players, generates an exponential increase complexity in the face of the dynamics of armed conflict, while at the same time aggravating the intensity of the resulting catastrophic humanitarian consequences⁴⁶.

Therefore, some particularly interesting examples of Intercurrent Catastrophes will be shared to illustrate this phenomenon: the creation and development of terrorism as a political and social catastrophe; the creation and development of private mercenary military companies as a legal catastrophe; and, finally, the environmental degradation caused and/or aggravated by armed conflicts as an environmental catastrophe; all interconnected with armed conflicts.

The dawn of modern terrorism occurs in the 19th century, taking place, to a large extent, through the mass circulation of information vehicles that efficiently spread information about acts of generalized violence, transmitting the terror manifesto. In this respect, the dissemination of information related to the violent act objectively generates terror as a method of conducting hostilities. The efficiency of the terrorist act can, therefore, be measured through the dissemination of news that informs about the act, since the resulting commotion and fear will depend on this.

Terrorism⁴⁷ as a political phenomenon with characteristics of a social phenomenon related to the commotion generated around fear and media coverage, produces not only direct victims (targeting) of terrorist activity, but mainly indirect victims, which can be described as derived from the generic frightening effect caused by the recurrence and devious presence of the threat of terror.

Certainly, it is possible to say that the war on terror and counterterrorism shaped the present, causing catastrophic consequences such as the intensification of securitization and militarization replacing diplomacy and international solidarity and cooperation; the closing of borders, violations of International Refugee Law and the aggravation of xenophobia; and, not least, human rights violations concerning the increased state of surveillance.

When referring to Private Military Companies⁴⁸ and their members, we can use terms as: "soldier for hire", "soldier for profit", "private contractors", "private military companies" or PMCs, "corporate warriors" and mercenaries, coming from "Privatized Military Industry". The purpose of these companies is to assume the role played by armed forces and intelligence agencies around the world.

Mercenaries can be defined basically as people who directly participate in hostilities motivated essentially by the desire for private gain. Private military corporations, on the other hand, can be defined as private entities that provide military and/or security services regardless of how they describe themselves.

Its functions can be divided into services ranging from activities in security, logistics, training and consulting, to the actual execution of a tactical role in the field. The PMCs market is characterized by a search for outsourcing, fragmentation of responsibility in the face of military confrontations and their consequences "plausible denial" (denial of involvement), cost savings and a softening of intrastate public opinion, considering the preservation of national armed forces. Many PMCs are

⁴⁶ APPLEBY, R. S. LITTLE, D. OMER, A. *The Oxford Handbook of Religion, Conflict, and Peacebuilding*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁴⁷ LINNAN, D. K. *Enemy combatants, terrorism, and armed conflict law: a guide to the issues*, Ed. Praeger Security International, Westport, London, 2008.

⁴⁸ BOUVIER, A. QUINTIN, A. SASSOLI, M. "How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law", *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Vol. III, 1999.

directly and for the most part involved – when compared to their number of state armed forces – in counterterrorism and counterpiracy operations.

It is interesting to note that mercenary activities are theoretically regulated by Private International Law, considering the contractual nature of the aforementioned “provision of services”. Such international contracts generally agreed upon by States that contract PMCs constitute a legal catastrophe given the proportions of their performance and the lack of legal accountability caused by the generalized legal antinomy, collision of norms or deregulation resulting from the spread of the use of mercenary armies as *modus operandi* of many states involved in proxy wars⁴⁹.

The introduction of private military companies without proper legal regulation based on the International Protection of the Human Person has disastrous effects for the already sufficiently complex contexts of armed conflicts. By not having codes of conduct, obligations under the norms of International Humanitarian Law and, on the other hand, by being characterized by seeking only the profit resulting from the activity, mercenaries continue to be responsible for a sequence of violations of humanitarian norms, especially in relation to the protection of civilians.

The privatization of war has profoundly negative consequences for the effectiveness of International Humanitarian Law, such as casualties related to lack of signage, uniformity and identification; lack of transparency regarding operations; lack of chains of command and hierarchy, lack of fidelity and moral compliance mechanisms and the disastrous feeling of being beyond the law through a culture of illegality (moral disengagement).

In view of the growing dominance of the International Private Military Industry, it is necessary, more than ever, that the classic notions of war are updated so that it is possible to search for consistent improvement hypotheses. Accordingly, the updating of International Humanitarian Law necessarily involves the recognition of the International Law of Catastrophes as the new complementing area of the International Protection of the Human Person, in the same direction of the International Human Rights Law and the International Refugee Law.

In addition, it is essential to highlight the impacts caused by the combination between the occurrence of armed conflicts and the occurrence of the climate and environmental crisis, particularly to the lives of the most vulnerable populations, victims of intercurrent environmental catastrophes amid the disastrous context of wars. It is possible to verify, then, the situations when armed conflicts affect the natural environment and when the climate crisis aggravates the severity of armed conflicts. The natural environment for the purposes of this analysis has both the role of a neglected victim and, unfortunately, a weapon of war due to criminal handling.

The aggravation of the severity of armed conflicts due to the climate crisis⁵⁰ is largely due to the so-called double threat or *double affectation*, caused by the diminished capacity of vulnerable populations to adapt to the changes caused by the climate crisis. Serious climate changes can occur, generating occasional rains, intense droughts and floods – directly affecting the livelihoods of the population already made vulnerable by the armed conflict.

The effects caused by the Climate Crisis⁵¹, therefore, generate increased vulnerability to natural disasters. Examples of this catastrophic interrelationship are the countries: Mali, the Central African Republic and Iraq. Climate risks also cause development setbacks and contribute to the nation's systemic collapse in conflict-weakened states. Here, the observation of transversal factors or cross-cutting problems is highlighted.

⁴⁹ BANDEIRA, L. A. M. *The World Disorder: US Hegemony, Proxy Wars, Terrorism and Humanitarian Catastrophes*, Ed. Springer, Cham, 2019.

⁵⁰ LEE, J.R. *Climate change and armed conflict: Hot and Cold Wars*, Ed. Routledge, London, New York, 2009.

⁵¹ ICRC. *When Rain Turns to Dust*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.

On the other hand, it is interesting to underline the "environmental attacks", described as air pollution, mining, deforestation and forest fires, degradation of protected areas and the contamination of water and soil resources, for instance in Ukraine, Democratic Republic of Congo, Colombia and Afghanistan. It is also important to point out that, according to the International Committee of the Red Cross⁵², 40% of armed conflicts in the last 65 years were due to disputes over natural resources. These conflicts are called "Environmental Conflicts".

4. Conclusions

The international protection of the human person characterized by the areas of international law aimed at safeguarding the human being in the face of global challenges to life and dignity, despite the efforts of internationalists, scholars, theorists and humanitarian professionals around the world has still proved incapable of responding adequately to the challenges presented by the complexity of humanitarian needs in armed conflicts and other acute crisis scenarios.

Even though there are several international standards on the subjects mentioned above that are related to the object of this study (catastrophes), it is evident that they are contemplated in a fragmented way, in other words, they do not present themselves as a harmonious body of laws capable of preventing or minimizing the catastrophe (guarantee of preventive mechanisms/instruments); for appropriate corresponding assistance for survivors of catastrophes; and, ultimately, assistance for the recovery of the affected State when the catastrophes erupt. In this respect, it was proposed to present some aspects that justify the new construction of the International Law of Catastrophes and its application to armed conflicts as a complement to International Humanitarian Law.

Humanitarian catastrophes are notoriously catastrophes for the recognition of shared suffering, for collective pain. Catastrophes have many original reasons, but precisely because of the human chaos that gives cause and at the same time suffers the consequence, what we find in the field are endless and interconnected catastrophes of multiple authors and multiple victims. As a rule, we are all-cause and consequence of horror, we are the ones who create and try, in vain, to pause chaos.

From this perspective, it is assumed that International Law is governed by conformation and dissolution of conflicts, antagonisms and shocks that, occasionally, shape new paths for the Theory of Law and the very history of humanity – the history of how we are going to deal with the catastrophes that have taken place daily by ourselves. International Humanitarian Law alone already deals with catastrophes of the type of armed conflicts, however, the concomitant occurrence of armed conflicts and other modalities of catastrophes, generate a new class of emergency covered by the aegis of International Law of Catastrophes.

The legal framework relative to the International Law of Catastrophes must be enlightened by concepts from the Humanitarian Sector, specially built from practices in the field, regarding integrative, people-centred, conflict-sensitive and do no harm approaches. The referred factors mutually aggravate themselves by playing massive roles in the route that drives the nation to collapse over the years until it is inevitable to classify the event as a catastrophe, as the people ends up trapped in the catastrophe reality irreversibly.

Another important point is the urgency for an integrated view of the legal perspective, which can and should have different functions. Law has a series of meanings and representations, it is a form of cultural expression, it is a source, it is a consequence, it is an element in important conformation processes, it is the beginning and end of paths. In addition, crossing borders also means crossing religious and ethnic barriers. People do not have to cross borders to face the

⁵² ICRC. *Guidelines on the protection of the natural environment in armed conflict*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.

consequences of the fact that the law has crossed borders to them. There will be legal orders within states, between states and beyond states.

The approach International Law would use to deal with the aforementioned understandings could result in a minimally comprehensive strategy for improving the implementation and strengthening of human protection worldwide; a strategy that can be refined through the analysis of concrete cases models when crossed with categories of cross-cutting factors, as well as, the investigation of the related results to the daily dilemmas of conflicts. Even so, it would be sensible to affirm any simple answer to the complexities not only of war but of human experience as a whole, because, as already said, the trigger is part of the weapon and not of the individual.

However, this research concludes its thoughts hoping that the study and future regulation of the International Law of Catastrophes can contribute to the effectiveness of International Humanitarian Law in the measure of its complementarity between the theories of the International Protection of the Human Person. To be recognized as legitimate and to effectively exercise important functions in a diverse global society, international law must embrace humanity's perspectives in a much more pluralistic, egalitarian and nuanced way.

Finally, realistically assessing the unexplored journey to the strategic construction of what will be, in the future, dealing with humanitarian catastrophes arising from armed conflicts, it is possible to conclude that the answers, certainly, will not be contained in shallow thoughts derived from the simple theoretical analysis, nor in the edition of more norms that are unable to correspond to the factual reality.

More than ever, it is necessary to enter the field research in law and unite it with the essential interdisciplinarity concerning the philosophy of war, the sociology of war and emergency psychology. In this regard, the International Law of Catastrophes can consolidate one more foundational theory to be enhanced, revised and upgraded in the field by the consolidated practice of the humanitarian sector.

5. Bibliographic references

- AMNESTY INTERNATIONAL. *Amnesty International Report 2020/21: the state of the world's human rights*, Ed. Amnesty International, London, 2020.
- APPLEBY, R. S. LITTLE, D. OMER, A. *The Oxford Handbook of Religion, Conflict, and Peacebuilding*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2015.
- ARMED CONFLICT LOCATION & EVENT DATA PROJECT (ACLED). *10 Conflicts to Worry About in 2021*, Ed. ACLED ANALYSIS, 2021.
- BANDEIRA, L. A. M. *The World Disorder: US Hegemony, Proxy Wars, Terrorism and Humanitarian Catastrophes*, Ed. Springer, Cham, 2019.
- BOUVIER, A. QUINTIN, A. SASSÒLI, M. "How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching Materials on Contemporary Practice in International Humanitarian Law", *Revue Internationale de la Croix-Rouge/International Review of the Red Cross*, Vol. III, 1999.
- COOPER, C. G. G. LARSEN, K. M. NYSTUEN, G. *Searching for a 'principle of humanity' in International Humanitarian Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- CUBIE, D. *The International Legal Protection of Persons in Humanitarian Crisis: Exploring the Acquis Humanitaire*, Ed. Hart Publishing, Oxford, 2017.
- DEVELOPMENT INITIATIVES, *Global humanitarian assistance report 2020*, Ed. Development Initiatives, Bristol, 2020.
- DOLGOPOL, U. GARDAM, J. *The Challenge of Conflict: International Law Responds*, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2009.
- DOSWALD-BECK, L. HENCKAERTS, J. M. *Customary International Humanitarian Law*, Ed. ICRC, Geneva, 2005.

- FASSBENDER, B. PETERS, A. *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.
- FOX, G. H., *Humanitarian Occupation*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- FSIN. GNAFC. *Global Report on Food Crises 2021*, Ed. FAO and WFP, 2021.
- GUERRA, S. *Public International Law Course*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2021.
- GUERRA, S. *International Law of Catastrophes*, Ed. Instituto Memória, Curitiba, 2021.
- HAER, R. *Armed Group Structure and Violence in Civil Wars: The Organizational Dynamics of Civilian Killing*, Ed. Routledge, London, New York, 2015.
- HEINTZE, H. J. THIELBORGER P. *From cold war to cyber war: The evolution of the international law of peace and armed conflict over the last 25 years*, Ed. Springer, Cham, 2018.
- HILHORST, D. *Disaster, conflict and society: Everyday politics of crisis response*, Ed. Routledge, London, New York, 2013.
- HUMAN RIGHTS WATCH. *World Report 2021: events of 2020*, Ed. HRW, New York, 2021.
- ICRC. *Strengthening of the coordination of emergency humanitarian assistance of the United Nations*, Ed. ICRC, Geneva, 2009.
- ICRC. *Guidelines on the protection of the natural environment in armed conflict*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.
- ICRC. *Protracted conflict and humanitarian action: some recent ICRC experiences*, Ed. ICRC, Geneva, 2016.
- ICRC. *When Rain Turns to Dust*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.
- ICRC. *ICRC Annual Report 2020: Facts and figures*, Ed. ICRC, Geneva, 2020.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Ecological Threat Register 2020: Understanding Ecological Threats, Resilience and Peace*, Ed. IEP, Sydney, 2020.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index 2020: Measuring peace in a complex world*, Ed. IEP, Sydney, 2020.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Global Peace Index: Measuring the Impact of Terrorism*, Ed. IEP, Sydney, 2020.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Positive peace report 2020: analysing the factors that Sustain Peace*, Ed. IEP, Sydney, 2020.
- INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. *Economic value of peace 2021: Measuring the Global Economic Impact of Violence and Conflict*, Ed. IEP, Sydney, 2021.
- JACQUES, M. *Armed Conflict and Displacement: The Protection of Refugees and Displaced Persons under International Humanitarian Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- LEE, J.R. *Climate change and armed conflict: Hot and Cold Wars*, Ed. Routledge, London, New York, 2009.
- LINNAN, D. K. *Enemy combatants, terrorism, and armed conflict law: a guide to the issues*, Ed. Praeger Security International, Westport, London, 2008.
- OCHA. *Global Humanitarian Overview 2021*, Ed. OCHA Geneva, Geneva, 2021.
- PAYNE, K. *The Psychology of Modern Conflict: evolutionary theory, human nature and a liberal approach to war*, Ed. Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2015.
- SASSÒLI, M. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Ed. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2019.
- ULRICH, G. ZIEMELE, I. *How International Law Works in Times of Crisis*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2019.

UNDP. *Human Development Report 2020*, Ed. UNDP, New York, 2020.

UNHCR. *Global appeal: 2021 update*, Ed. UNHCR, Geneva, 2021.

WALTHER, C. C. *Humanitarian work, social change, and human behaviour: Compassion for change*, Ed. Palgrave Macmillan, Tübingen, 2020.

Is there room for human dignity in business law? A Brazilian contribution

Wilges Bruscato¹

Federal University of Alfenas-MG

Summary: 1. Introduction. 2. Reflections on values and principles. 3. Company, profit, and the role of business law. 4. Human dignity and business law. 4.1. Human dignity. 4.2. Business law and human dignity. 5. Social meanings of the business. 5.1. Business' social function. 5.2. Business' social responsibility. 5.3. Business ethics. 6. Final divagations. Bibliographic references.

Abstract: Brazilian constitutional and social imperatives determine a company's right to value human dignity instead of merely utilitarian and traditional sectarian considerations. In practical terms, the notion of *legitimate* profit and a company's social function, social responsibility, and social ethics are already expressions of human dignity in business law. In highly monetized societies, the *company* occupies a central position and can make its contribution to human ontological realization.

Keywords: Dignity; Human dignity; Business law; Business law and human dignity; New business law.

1. Introduction

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil reveals a citizen perspective with the inclusion of fundamental rights, the novelty of which has been maintained over the past thirty years. This may be due to the programmatic character of several of its devices, which have not yet been fully implemented or, at times, clarified. In any case, the constitutionalist perspective has been affecting - as it should be - all areas of Brazilian law, with the elaboration and interpretation of infra-constitutional rules. The expressions constitutional civil law, constitutional procedural law, constitutional criminal law, for example, are not uncommon. Constitutionalizing movements are noticeable in different areas of the law.

The Constitution of a country should be the normative center to which all other norms must converge. But the tendency to *constitutionalize* all legal matters causes some skepticism. Does everything become a constitutional right? Are there no limits to *constitutionalization*?

The affluence towards the Constitution is not only desirable but necessary, to give cohesion to a country's normative system. Yet, the displacement of the centers of interest of the different branches of the law for a strict constitutional use is neither possible nor desirable. There is not enough space to adequately treat all issues of national life in the Constitutions.

¹ Assistant Professor at the Institute of Science and Technology at the Federal University of Alfenas-MG. Has a Ph.D. from PUC-SP, a Masters from UNIMEP, and specialization from PUCAMP, a lawyer. wilges@bol.com.br; www.wilges.com.br.

The Constitution must be seen as a general norm that inspires the elaboration and interpretation of the law. In this way, each legal area maintains its functional characteristics, which justify its existence, sustained by the constitutional substrate.

Of course, the Constitution shapes business law. The abundance of constitutional provisions that are of interest to business law can yield, for those who were persuaded by the *constitutionalizing* movement, a *constitutional business law*.

We believe that the constitutional view of business law is enough – it is useful and necessary. There is no need, however, for artificial additions to business law, as recommended by the Occam Razor Principle.

In this sense, business law – like all other branches – is subject to constitutional imperatives. The Constitution, therefore, is one of the primary formal sources of business law. This should be obvious. Yet, stating the obvious is necessary when we encounter unjustified resistance to opening business law to constitutional values. Business law is not above or outside the reach of the Republic's Constitution, not even in the name of the lauded and enormous economic benefits that business activity can produce in a capitalist country, or in any country for that matter. Here, we understand that investments are necessary and welcome, from a social point of view. But they are always localized, punctual – although they can have a national impact – when confronted with the Republic's values.

If the values characterized the founding principles of the Republic's formation, investments should be made in shaping them, both by the private initiative and the State. There should be no room for the convenient application of the constitution, in what is essential.

One of the greatest highlights for private law in the current Brazilian Constitution is the much-lauded *social function of property*, in compliance with item XXIII of Article 5, which prescribes that every property must meet its social function². It is true that the Constitution from 1969 had already introduced it into the Brazilian order, in item III of article 160, in the title dedicated to the economic and social order. But, in the 1988 Charter, it gained prominence.

As a result of the social function of property - including company property, giving rise to the social function of the business - the notion of the company's *social responsibility* arises. And, also of growing interest, *business ethics*.

In this regard, to speak of the Brazilian Republic's 1988 Constitution means to talk about the dignity of the individual person, since this is the foundation that stands out from the rest, in the constitutional message: it is its grail³.

Very well then.

Even when discussing *social function*, *social responsibility*, and social ethics, absorption is being digested by business law - even if, for some, it is *forced against their will*, or used as a marketing placement strategy ...

² The social function of property is also highlighted, among others, in the Italian Constitution (art. 42: "Private property shall be recognised and protected by the law, which shall determine how it can be acquired, enjoyed and restrained so *as to ensure* its social function and render it accessible to all") and the Spanish (art. 33, 2: Artículo 33, 1. The right to private property and inheritance is recognised. 2. The content of these rights shall be determined by the social function which they fulfil, in accordance with the law." SENATO della Repubblica. "Constituizione Italiana". Ufficio della informazioni parlamentari, 2021. In: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_INGLESE.pdf. Acesso em: 06.02.2021. JUNTA de Castilla y León. "Constitución Española", 2003. In: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>. Acesso em: 06.02.2021. No italics in the originals.

³ This is also found in the Italian Constitution, in its art. 41, which recognizes that private enterprises should be free, yet, determines that "it may not be carried out against the common good or in such a manner that could damage safety, liberty and *human dignity*". No italics in the original.

However, descending the field of business law into that of a *human person's dignity* seems to be too much. A company exists to make a profit, period. Human dignity is an unacceptable subject in business law, causing it to, perhaps, degenerate.

Time and time again, this is the position we face in some of the most prestigious Brazilian academic institutions. A business law professor, who speaks of human dignity, causes surprise and discomfort. Business law, in this school of thought, - of privatist origin - profit and dignity seem to be mutually exclusive⁴. It seems that society must choose between being profitable or being worthy ...

This contradictory point of view is an opportunity to meditate and reflect on the possible compatibility between human dignity and business law. *Is there a place for human dignity in business law?*

This is the question we ask ourselves and which we intend to share our initial thoughts, albeit in brief considerations. The idea here is to plant the seed of this reflection.

2. Reflections on values and principles

There is a current tendency to place more importance on values than on standards⁵. Perhaps this is due to the perception of the laws' fragility, the law vis-à-vis large economic corporations, and the large and small events happening in countries in the international scenario. These expose the practical limitations of the Judiciary and even of the right to safeguard and guarantee an individual's access to life assets in his/her daily life, given the failures in social structuring.

Therefore, the consideration of values, as it seems to be available to anyone, starts to fill the gap left by the current legal instruments.

In this perspective, business law has, of course, its own values, which have crystallized in the form of principles, due to its history and characteristics, always linked to its functional character.

At first glance, value is what introduces quality to rules. The approach to value both in philosophy and the way it influences law is conflicting, but its existence as an existential imperative is undeniable.

Although these quick reflections do not lend themselves to deepening questions about axiology, ontology, and the gnoseology of values, it is necessary to

⁴ This is a common point of view (it seems, even in other galaxies ...): any kind of non-utilitarian value must be removed from business practices. So: "Business ethics? Isn't that a paradox?" (...) Some people seem to think that business and ethics are necessarily contradictory. As one scholar notes, 'business goes one way, ethics another. If earning ever-increasing profits is the basic purpose and principle of a business, and economic profitability is the main priority in strategic business decisions, ethical behavior and commercial behavior should come into conflict sooner or later.' (...) respect is good, but gold (...) is better. 'Dignity and an empty bag have the same value.' The problem is that in business, too, we often have to make exactly that kind of choice: a choice between success and [ethics]." HELD, J. "As regras de aquisição não podem ajudá-lo agora: o que os Ferengi nos ensinam sobre a ética nos negócios?" In EBERL, J.T.; DECKER, K.S. *Star Trek e a filosofia: a ira de Kant*, Madras, São Paulo, 2010, p. 135-136.

⁵ As Jacy de Souza Mendonça points out, with support from Luis Recasens Siches: "From the end of the second world war onwards, arises the so-called second jusnaturalism renaissance in several currents, but with the common defense denominator of the so-called natural human rights and, in a very special way, in the basic idea of the human person's dignity." This fact is linked to "the crisis of legal positivism in the 20th century, caused mainly by the catastrophic war" that led "intellectuals, mainly Europeans, to a keen awareness of the need not to apply any positive Law, but to seek application in a legal way that makes possible the realization of Justice. It led them to worry about the search for a necessary *just* nucleus in law, as opposed to the disgusting *unjust* result to which it can lead; a nucleus, therefore, that is *worthy*, as opposed to another, that is not *worthy*. The reflection on the axiological nature of law, which had already been present in Greek theater and in the Socratic lessons recorded by Plato, were reopened in the History of Modern Law." MENDONÇA, J.S. *Estudos de filosofia do direito*, LEUD, São Paulo, 1983, p. 226 e 255. Emphasis in the original. *As it could not be otherwise*, given its quality and greatness, the work of Jacy de Souza Mendonça is the basis for this item.

state that we understand them not as a projection of subjectivity or a *sentimental projection*⁶. Even though we can only experience them within a personal context, *the value in itself is independent of the subject who experiences it*: "Man lives the axiological experience in his intimacy, the here and now. But the necessary subjective concretization, in time and space, does not negate the record of values' essential objectivity. It just recognizes that they are objective data available to a subject who contemplates and materializes them."⁷

Leading from this, in order to return to the central value that interests us here, it is possible to think about the *experience of worth*, which involves meditating on *the feeling of worth, the virtue of worth, the idea of worth, the intuition of worth*, seeking to systematize the value of dignity.

Principles are, in a manner of speak, the result of values and seek to give them concreteness. Principles establish standards of conduct and issue guidelines for legislative drafting. A principle is a prescription to act according to a certain value.

Thus, the importance of values for humanity lies in the aspiration to be better, that is, *to allow a man to get closer and closer to his ontological realization*. In this sense, values give shape to principles, whose importance, in turn, is to feed the norms, rules, laws, and conduct.

Values are perceived and accepted on a hierarchical scale, with essential values, of a, say, metaphysical nature, superior, such as truth, goodness, beauty, justice, freedom, dignity, which are essential for human fulfillment, as a species. And there are the so-called useful values, of physical and material origin, in general, economic values, enablers of human life.

The same is true of principles. The basic legal principles, derived from essential values, were brought, to a large extent, as fundamental rights in the Brazilian Constitution. The sectoral principles of law should coexist with them, in their most diverse fields, as a derivation of the essential values manifested in specific legal areas or as a consequence of useful values, functional facilitators of that area.

Considering the axiological dimension of an individual, not only an object of mere contemplation but, above all a lived experience⁸, which must positively influence human existence and its manifestations and creations, among them, the law⁹.

Hence the current importance of principles and, even, a certain tendency, of turning the principles positive in normative texts. Accordingly, the techniques of integration and interpretation of principles also originate, when conflicting, in a given concrete case.

⁶ *Idem, ibidem*, p. 264-271.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 270. (No emphasis in the original). This is why value and valuation are distinguished.

⁸ MENDONÇA, J.S., *op. cit.*, p. 256.

⁹ In this perspective, an interesting passage from Calixto Salomão Filho's work, when he states that for legal theorists, knowledge is something eminently valuable. "To affirm that this knowledge is valuable is nothing less than to affirm that the values of a certain society can influence and dramatically influence the knowledge that one has of it. If, as the doctrine affirms, there is no empty standard without pretension or interest to protect, that is, without a value behind it, then the society we know, when complying with these rules, does nothing more than translating these values. In this way, the society we see is a representation of democratically established social values. Now, if the law is - and must be - the science that transforms the democratic tendencies defined by the elected parliament into values, this influence of knowledge can only be positive. The difference between it and the economic theory of knowledge is that, for it, the general rules, when formulated, are not generalizations of observable facts in social and economic relations, but the realization of desired social values that must take these facts into account." SALOMÃO FILHO, C. "Direito empresarial público", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, RT, v. 43, n. 112, out/dez 1998, p. 13-14.

Without going into the complex ways that the harmonization of principles imposes on interpreters and scholars, it is certain that a useful value cannot be superimposed onto an essential value.

It is precisely in this way that the recognized principles of business law – specific to this area of interest, although not isolated from the general legal context, social organization, and human life – must be in line with constitutional principles. Not only because of the hierarchy of norms but in obedience to the hierarchy of the values they represent.

The fundamental constitutional principles represent the essential values, applicable to mankind. The principles of business law represent values useful for the development of a certain area of human interest, applicable to certain individuals, but not to the human race as a whole.

Here, we consider that the conversation between the fundamental constitutional principles and those of business law, to some extent, would be an expression of the well-known dialectic between *transcendence* and *immanence*.

Therefore, the fundamental constitutional principles of *legality, equality, inviolability, freedom, isonomy, contradictory and wide-ranging defense, property, sovereignty and self-determination, human dignity, and pluralism* will correspond to essential human values and, thus, this must be observed in the construction of norms (including constitutional) and sectoral principles.

The principles of business law, such as – the *principle of ownership, of free establishment, of the free movement of factors of production, of the mobility of people and goods, free competition, of good faith, of the sanction of unfair behavior, of appearance, of the publicity of the constitutive act, of the observance of uses and customs, of the autonomy of the will, of the prevalence of the contract, of uniformity, of the legitimacy of profit*, – obey their own, useful and profitable logic for the purposes of the business activity. These, however, are subordinated to the logic of essential values, not disconnecting from them, despite all the efforts made, by different theories and doctrines, in the opposite direction¹⁰, in some purely economic readings of the law.

3. Company, profit, and the role of business law

Every person who works is entitled to a remuneration. Profit is equivalent to the *salary* of the entrepreneur, who is also a kind of worker. Society allows this *salary* to be, at least theoretically, higher than the level of payment of the employed worker, considering that the entrepreneur, due to the physical and intellectual effort in the performance of his/her work activity, provided by any worker, still adds up to the corporate *risk*, and it is forbidden to transfer it to other social actors, such as his or her employees or the consumer.

The risks involving business activity can be divided into two types: those arising from the exercise of the activity and those related to the compromise of the holders' assets.

Every business activity is a risky activity. This is so true that all legal systems in the world that admit private property have some kind of bankruptcy regulation. When someone intends to start a company, they need more or less substantial material means, depending on the industry to be developed and the size of the enterprise. The risk lies in the company's failure and in the loss of the investment made and, eventually, in the compromise of the personal assets of those who are ahead of the company.

The legitimacy of profits, then, is based on the *tripod* formed by work, risk, and good faith. The pursuit of profit by those engaged in entrepreneurial activity is

¹⁰ "Businesses appear to be inherently unethical and ethical principles are only practical when they do not conflict with the priority businesses' interests. And if we leave the issue here, then being ethical in business is controversial: a constant struggle between morality and business is resolved only through concessions where ethics, more often than not, is left aside in relation to functionality and profit." HELD, J., *op. cit.*, p. 136.

universal and knows no boundaries, hence the *cosmopolitan* character of business law.

All corporate efforts and resources converge to obtain profit, which is the positive result of any business activity. If the expectation of profit is withdrawn from the company, it loses its meaning and there is no reason for its maintenance. Considering that the exercise of business activity results in social aggregates (jobs, tax revenue, technological advances, development, and facilitating access to goods and services¹¹), it is socially significant to maintain the company's prospect of profit.

The role of business law vis-à-vis entrepreneurs has historically been to ensure that the entrepreneur's elements to guarantee profit are protected. However, business law – *similar to any other branch of law* – currently has a broader social role, imposed upon it, which translates into a commitment to society as a whole, by *guaranteeing protection and security for the exercise of the company*, in such a way that does not disregard great social demands, which are based on human values.

Business law, today, continues to have the function of sheltering the entrepreneur's interests. But these concerns are no longer seen in isolation from the rest of society's interests. So, the great task of business law is to reconcile the protection of the entrepreneur with the interests of the communities where he/she operates¹².

Business law, due to the nature of the facts that it proposes to regulate, is dynamic and inductive. The changes and updates that humanity goes through improve this area of law since the company is a central phenomenon in contemporary societies. Not only do the means of doing business change, but the businesses themselves change, according to what society values and desires. "The company cannot be a corollary of philanthropy or savagery, but it should only be the privatist contribution to social development, through the gathering of productive factors."¹³

If a *company* has a prominent role in society and if it does not survive except in a direct relationship with a community, then it is possible that it contributes to overcoming humanities' greatest evils: poverty, illiteracy, insecurity, diseases, corruption, wars. In the end, it is not a matter of philanthropy, even if this might be the case, but of the company's regular exercise, with respect to laws, principles, and people.

Of course, business interest continues to be profit. In its very essence. The company exists to profit.

Yet, the way in which profit is sought cannot ignore important values for the society that sustains this gain.

The logic concerning profit must be revised so that it can remain legitimate. Along with the valuation of the principles of business law, based on useful values, the pursuit of profit must *be shaped by* essential values.

And there is no real novelty in this.

It is perfectly understandable that company managers focus on ensuring profit for investors. In other words, they seek to guarantee *social interest* – *social* here refers to the business society, to companies – thus, the partner in society's interest: profit. There are many theories that propose defending this position. The manager, in this light, should focus *exclusively* on the company's interest, since it is created with the purpose of generating profit. With this, it is intended to justify that the administrator is not obliged to attend any other external interest, which is not linked to the creation of the business. The company's only responsibility is with its partners.

¹¹ For details on the company's social aggregates, see our *Execução da tutela jurisdicional coletiva*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 124-125.

¹² "The problem with business ethics is its attempt to find the most attractive and efficient answer based on ethics. Without a common denominator, nor a common link, resolving these often-conflicting values is impossible. (...) both sides are talking over each other." HELD, J., *op. cit.*, p. 137-138.

¹³ SALLES, M.P.A. "A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, Malheiros, ano XXXIX, jul./set. 2000, p. 97.

This is a way of thinking about this issue. However, if this conception of exclusive interest is valid for *companies*, it being lawful to disregard any external developments – which it is now common to call *externalities* – so that the company does not lose the focus of its interest and purpose, it will be imperative that the same possibility is recognized by other social actors and the individual.

So, e.g., let's consider the consumer and his/her interests. The consumer's interest and purpose are to ensure that their life needs are met - whether they are more restricted or broader. This, therefore, would be the consumer's exclusive focus of interest. The consumer's responsibility to him or herself: to satisfy their needs. To do so, they will use the means available to obtain the life assets they need or desire. Satisfied with his/her interest, the external consequences of this satisfaction would not concern them, since the consumer's commitment is to satisfy their needs. Thus, if someone buys a good or a service to satisfy their needs and does not make the corresponding payment, the default, which is adjacent to the satisfaction and whose effects are external, should be borne by the seller.

If it is lawful for a *company* to transfer the burden of the effects of obtaining its profit to others, who do not take part in it, similarly it would be a stretch to admit that the consumer transferred the burden resulting from the satisfaction of his/her need to another, who does not participate in it.

It soon becomes clear that this model is unsustainable. This exclusive attention to self-interest is impossible to maintain in the context of relationships. If you are alone and completely isolated, your conduct can be exclusivist. However, when one is inserted in a relational collective, this is not possible.

The imperative to pay attention to the needs of others does not arise from human nature, but from the fact that they exist together, they coexist.

Not even Adam Smith recognized the overlapping of market interests over human well-being, as Jacob Held rightly points out¹⁴:

"[For Smith] the market is not an absolute good, it serves a greater purpose. Another way of putting it is that free markets are good only to the extent that they promote some greater interest, that is, the well-being of all those affected by it [according to art. 170 of the Brazilian Constitution determines¹⁵] (...) Smith really believed that selfishness and greed [as propelling human forces] work as positive mechanisms for economic progress *only when they move the economy in a way that is beneficial to the public.*"

Profit is not an asset in itself. In companies' internal environment it is. However, in the broader context of society in which companies are inserted and for their final recipients - partners and investors - profit is a means, an instrument, a utility, a resource to achieve another end, said to be greater, due to its scope and essence: human well-being¹⁶.

"Money and business serve an end."¹⁷

The great value that we have attached to money - and profit - is due to its exchange power. This is the function of money that causes the desire to accumulate. Nobody wants to obtain and accumulate money for its material characteristics, out

¹⁴ HELD, J., *op. cit.*, p. 143. On the biased or inappropriate interpretation of Adam Smith, see also SEN, A. *Sobre ética e economia*, Companhia das Letras, São Paulo, 1999, p. 31-44. No italics in the original.

¹⁵ "Article 170. The economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, *is intended to ensure everyone a life with dignity*, in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles (...)."

¹⁶ In this text, the expression well-being is used as a reference to satisfactions, rights, freedoms, opportunities, etc. of the human being and not to the merely utilitarian values of the welfare economy.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 145.

of appreciation for the money as an object¹⁸. It is valued because of what can be obtained from it: goods, services, power, prestige ... We value and desire what money and profit represent, what we plan to get through them. This is an undeniable fact and it obliges us to recognize that:

"Some things are more valuable than profit. (...) Business ethics should not be based on the assumption that profit is good in itself (...). Instead, we should ask what we value. Is it love, friendship, family, freedom, a combination of all of these, or some? So we can ask how profit serves these larger ends, and how we can accumulate profit in a manner consistent with these ends."¹⁹

That is the challenge.

4. Human dignity and business law

At this point, we come to the central question of our discussion: does human dignity have a place in business law?

Or, due to the peculiarities that surround business activity and its importance for the economic and social model in which we live, this activity is exempt from paying attention to this and other values and, in this case, business law must remove human dignity from its concerns?

Do the utilitarian values of business law justify its *axiological ostracism*?

4.1. Human dignity

The idea of dignity includes *respect, deference, and consideration*²⁰. Since dignity is a value, talking about human dignity would be redundant. According to scholars, only man perceives and lives values. Yet, the adjective "human", accompanying dignity, gives it the sense of being a universal and not an individual value.

Human dignity can be seen from the perspective of the intrinsic and distinctive quality belonging to every human being that makes him/her worthy of respect and consideration regarding the State, the community, his/her peers, and even him or herself. This implies a complex set of fundamental rights and duties that assure the person both against any and every act of degrading and inhumane nature. This also guarantees him/her the minimum existential opportunities for a healthy life. Moreover, it allows his or her active and co-responsible participation in the destinies of his/her own existence and life in communion with other human beings.²¹

It is also a condition of coexistentiality²².

But, above all, as a possibility of meeting the necessary conditions for the subject to reach satisfaction of the needs that allow man's *ontological realization*. So, dignity is everything that gives opportunity to man's ontological realization, in the eternal struggle between the individual and the collective.

This is why it is important to emphasize that, if man's most basic ontological attribute is freedom, which was granted to him by nature since he did not make himself bound

¹⁸ Jacob Held very opportunely recalls that Aristotle already distinguished economics and crematism... *Idem, ibidem*, p. 144.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 146.

²⁰ As Rubén Miranda Gonçalves well exposes, the roots of human dignity are found in ancient Rome, already with the meaning we know today. MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, p. 148-172, Mai./Ago. 2020.

²¹ Arguments close to this point-of-view are presented by SARLET, I.W. *Direitos fundamentais da Constituição*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012, p. 60.

²² SESSAREGO, C.F. *Derecho y Persona*, Normas Legales, Trujillo, 1995, p. 86.

to an existential condition predestined by his physical attributes – like the other beings of creation – also man is only realized ontologically by living with his peers. Hence, always the importance of the balance of freedom and human coexistence.

4.2. Business law and human dignity

Business law is a special right because it applies to a group of people. Adversely, civil law is a common right since it applies to everyone.

There are several peculiarities of business law that characterize and distinguish it, precisely because of its material source: the entrepreneurial activity, peculiar in itself. If business law proposes to discipline special relations, endowing them with security, it enjoys autonomy and has the duty to be attentive to the needs of this class, to keep business activities viable.

However, even though a high dose of technicality is required for the proper treatment of business relationships - as is the case in the specialization of any human activity - business law is not limited to a controlled and compact environment. On the contrary: it influences and is influenced by other areas of legal knowledge, society, and life, in a dynamic manner. In fact, dynamism is one of its outstanding characteristics.

Private law, in general, undergoes a real revolution of meaning due, in particular, to the country's *reconstitutionalization* movement and to new demands in the globalized scenario of its performance.

Yet, it is quite simply difficult to classify business law as a private right²³.

"In present-day Brazil - and in many countries in the world -, after the phase of economic liberalism passed, such a classification does not prove to be so resolved and finished, considering that the practitioner of the company is confronted, at all times, with rules that are seen as belonging to public law, as a determinant of the actions of entrepreneurs, punctuated by countless examples of state interventions in the private sector.

The entrepreneur and the business society, to exercise their economic activities, besides paying attention to the rules of business law, to the general theory of obligations and contracts, to labor rules, all of a private nature, must submit to constitutional rules, tax, criminal, economic, and administrative (...)

For this reason, we feel that it is no longer so easy to place business law as a branch of private law since it includes several public order issues, as occurs in the case of company registration, in the control of the real estate market, company recovery and bankruptcy, monitoring corporate transactions, etc."

This is the context in which Calixto Salomão Filho²⁴ states:

"Business law can no longer be merely a passive observer and receiver of the data of business life. By transforming this data into values, it influences the very knowledge of economic life. This transformation can only be done, on the other hand, with a deep understanding of both the individual and the collective dimension of human knowledge (...) At the theoretical level, this trend corresponds to recognizing the plurality of interests in the determination of social interests. More than that, it corresponds to the need to transform the internal organization of society to provide an efficient shelter for these objectives."

In light of this, Fábio Ulhoa Coelho²⁵ warns:

²³ BRUSCATO, W. *Manual de direito empresarial brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 38-39.

²⁴ SALOMÃO FILHO, C., *op. cit.*, p. 15.

²⁵ COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*, Saraiva, São Paulo, 2007, v. 1, p. 11-12.

"There is no longer any way to sustain the naive (or, quite the contrary, quite ingenious) view of equally free and capable men celebrating, in the trade of pretensions, irreversible pacts about their common interests. Employer and employee, entrepreneur and consumer, franchisor and franchisee, wholesaler and retailer are not on equal terms in the market, and, thus, the legal order, reinterpreting the principle of isonomy, has created mechanisms of formal inequality between economic agents, to mitigate real differences. (...) In short, the understanding of the private discipline of economic activities must be guided by the postulates of self-regulation of interests, observing the limits of the positive order, and of equalizing the conditions of the parties' performance."

This is not new to scholars of business law, since article 170 of the Brazilian Republic's Constitution establishes as a *goal* for the economic order *to ensure a dignified existence for all*²⁶.

Needless to say: *ensuring a dignified existence for all is the cause and destination of the economic order.*

Given that the economic order is the set of constitutional norms that outlines the guidelines for the current economic system, and considering that our system is capitalist, the Brazilian economic order addresses, in large part, the private initiative, i.e., *companies*.

This is equivalent to saying that we admit free initiative in Brazil so that everyone can have a dignified existence. Obviously, this task is not exclusive to the free enterprise, but it is predominantly directed towards it in a capitalist system.

Note that this is a constitutional command, which does not give the option of accession: the dignity of all is the objective to be pursued.

This however does not invalidate profit. It just *legitimizes* and *qualifies* it.

And what does this mean? It means that the business must seek profit so as not to cause negative disturbances to the community, which we will present later.

So, in fact, the Brazilian Constitution created a place for human dignity in business law. When we think of dignity in business law, we really consider its openness to essential values and principles as a whole. As we have seen, "the debate between which field to privilege, business or ethics, is fundamentally about values: what to prioritize and why?"²⁷

The imposition that companies fulfill a social function, increasingly common social responsibility actions, and the recognition of business ethics as an administrative strategy are already manifestations of the importance of humanistic values for companies and, therefore, for business law. It's already a reality.

5. Social meanings of the *business*

We are already used to the company's social function, to the company's social responsibility, and to business ethics. Although, recurrently through a utilitarian focus. Let us remember this briefly.

²⁶ The Italian Constitution, as cited, in its art. 41, also states that private initiative cannot develop in a way that causes damage to human dignity: "Private economic enterprise shall be free.

It may not be carried out against the common good or in such a manner that could damage safety, liberty and human dignity."

²⁷ HELD, J., *op. cit.*, p. 137.

5.1. Business' social function

When we talk about a company's social function, we understand that the use of the corporate property has effects and impacts for the community. Considering that a *business* is one of the most representative elements of contemporary societies, its exercise reverberates in the community. A *company's social function* means that the impact of the enterprise's exercise should be positive – or neutral – for the community, never negative. Otherwise, the advantages of the company's exercise would remain with the entrepreneur and the disadvantages would be borne by society, *which would make the profit obtained illegitimate*.

In this perspective, the practice of corporate acts incompatible with social rights and collective interests must be avoided, in compliance with the general obligation imposed on the entrepreneur, as provided by law No. 6,404/76, which regulates public limited companies in Brazil, in the sole paragraph of art. 116: A controlling shareholder shall use its controlling power in order to make the corporation accomplish its purpose and perform its social role²⁸. Further on, art. 154 declares that the purposes and interests of the company must be achieved *provided that the requirements of the public at large and the social function of the company are satisfied*.

The larger the size and impact of a *company* in society, the more widely it is perceived the need for its management, in pursuit of profit, to pay attention to its duties regarding its social function²⁹.

We should recall that ownership in business law is dynamic and not an end in itself. It is a *means* of obtaining products and producing economic factors. In other words, business assets have a function: to *generate wealth*, under the terms of item XXXIII of article 5 of the Brazilian constitutional text.

That said, how to reconcile the pursuit of profit with social function? Should the entrepreneur give up his/her gain to meet the constitutional parameter? Should every entrepreneur allocate portions of his or her profit to social assistance programs associated or not with the company?

There is nothing to prevent the entrepreneur, if possible, from directly contributing to meeting social needs, through his or her initiative or participation in social support programs and by providing incentives for his/her employees and family members or disadvantaged areas of the community, occupying the empty space left by the State.

However, we understand that the *entrepreneur fulfills the social purpose of his/her property* when, in developing his or her activity in search of profit, he/she is aware of ethical and legal values. A few examples are: he/she does not break the law, recognizes and rewards efforts of his/her employees, is concerned with environmental preservation, is integral in his/her competitive relations and admits consumer rights as legitimate, acting in a coherent manner with all these aggregated social values, which justify the company's preservation.

Thus, for a business to fulfill its social role, and for its profit to be legitimate, it must fulfill two basic and competing requirements. Let's see.

²⁸ Law 6.404/76 was a landmark legislation in Brazil since it recognized a company's social vocation, in the form of a corporation. Thus, it is in the sole paragraph of article 116, that the controlling shareholder "shall use its controlling power in order to make the corporation accomplish its purpose and perform its social role, and shall have duties and responsibilities towards the other shareholders of the corporation, those who work for the corporation and the community in which it operates, the rights and interests of which the controlling shareholder must loyally respect and heed".

²⁹ Thus, for example, in particular, fixed and mobile telephone operators, financial institutions, cable television operators, internet service companies, electronic service providers, large electronic retail stores, health plan operators, large manufacturers of electronics products, utilities, mining companies, industries with a high degree of pollution. In general, these businesses are among the thirty companies that are champions in consumer complaints.

Business ownership observes its social function when, in the first place, it is used according to the vision of business law – *as a means, as an instrument that bears fruit*.

Now, if currently, it is preached that the company deserves to be preserved because social values are added to it, the entrepreneur must use his business assets in an *active* and positive way, effectively, *exercising the activity*. Inactive production goods or economic circulation do not fulfill their social function.

Social interests are aggregated just by the company being active. Social values are added to the company's exercise even if it is not the entrepreneur's intention. They are: jobs, tax collection, technological advancement, development for the place and surroundings where business initiatives are installed, and by facilitating the population's access to goods and services. Even informal economy initiatives end up fulfilling, albeit in an incomplete way, a social function.

Thus, the company's exercise projected over time has positive consequences for society, creating opportunities for Brazilian constitutional programs to materialize. This is what it is all about.

Leading from the assumption that it is up to the owner of the business assets to give them an active destination, which is, moreover, his/her interest, there is another factor we should consider for the complete fulfillment of the business property's social function: *the limits of the law*.

It is not enough, then, that the entrepreneur develops his/her activity. It is necessary that the business practice takes place in a way that respects the rights of the workers at his/her service, of the consumers, of the competitors, the urban postures, the preservation of the environment, and the tax collection and fees that may apply. At the end of the day, all of this care results in human dignity.

In our opinion, the fulfillment of a business property's social function occurs, therefore, when the company is active and within the limits of the law. When this happens, the effects on the community will not be negative. It is at this point that it is worth remembering such *externalities*, which should not exist: the company must be fully responsible for its risks, as we have stated.

Many business initiatives resent the various laws to which they are subject, because, in general, this results in costs, which would take away their competitiveness. But in this case, there are no choices. Entrepreneurs must seek technological solutions that rationalize costs but cannot exempt themselves from complying with the law.

A company's social function is a constitutional command in Brazil. Thus, the company that fulfills it in the manner described here, legitimizes its profit.

5.2. Business' social responsibility

Although the social function of business property is fully served along these lines, some entrepreneurs *go beyond* the constitutional requirement and propose to execute tasks that would be essentially the State's duty, adopting practices called *social responsibility*.

They act parallel to the pursuit of profit, which is the private company's reason to exist. They go to the community and offer services, support, professional training, culture and art, leisure, environmental preservation, among other things.

They do this directly or, more often, through the creation of foundations and institutes or by establishing partnerships with the third sector.

However, this participation cannot be a requirement, given that the fundamental and social rights enshrined in the Brazilian Constitution are the duty of the State, for which the private sector contributes with the collection of taxes, which must be used to benefit society.

It is true that *companies* that demonstrate a social commitment have their image increasingly valued by those who hire them, whether in relations between

entrepreneurs or with consumers. But, in Brazil today, this is still a competitive quality, which adds to other elements of the establishment's profits.

From the perspective of the beneficiary of these actions, it does not matter why a *company* directs part of its profits towards social initiatives. Yet, these initiatives are not the obligation of the private sector, any more than any other member of society. *Companies*, in general, seek to gain market advantages in exchange for the support they provide to the community or the benefits they offer their employees, beyond the legal requirements.

5.3. Business ethics

The definition of what may be *ethics*, in any consideration of the subject, even in the most modest ones – such as this one –, is a deceptively simple task.

This is due to the fact that ethics can be confused with *morals*. Or not. As Henrique Cláudio de Lima Vaz reminds us³⁰:

"A study on *Ethics* that is intended to be philosophical should be preliminarily dedicated to delineating the semantic outline within which the term *Ethics* will be designated and thus defining, at first glance, the *object* to which its investigations and reflections will be applied, as well as to characterize the nature and establish the limits of the type of knowledge to be practiced in the study of *Ethics*."

Therefore, in a narrow synthesis, on the one hand, ethics and morals are considered synonymous expressions. They are used to designate appraisals, reflections, and human action according to values, principles, disciplinary norms, or guidelines of social reality. These involve both individual conducts (*habits*) as well as the socially legitimated guidelines (*customs*), in the search for what is best for the individual and the community. On the other hand, ethics will refer to social praxis and its theoretical structure, as a historical and social reality of customs or a meta-individual³¹ perspective. Morals, in contrast, deal with individual praxis and its motivations permeated by needs and interests. This clearly differentiates the two³².

It is customary, then, to designate ethics as the "part of the philosophy responsible for the investigation of the principles that motivate, distort, discipline or guide human behavior, reflecting especially on the essence of the norms, values, prescriptions, and exhortations present in any social reality."³³

For the purposes of these notes, ethics and morals are inseparable, either as synonyms or as an imperative consequence of each other. In any case, it seems clear

³⁰ VAZ, H.C.L. *Escritos de filosofia: introdução à ética filosófica*, Loyola, São Paulo, 2009, v. 4, p. 11.

³¹ MORIN, E. *O método 6: ética*, Sulina, Porto Alegre, 2011, p. 15.

³² "Probably the doubt about the different semantic hues of Ethics and Morals began to form since Kantian times and was accentuated by the distinction introduced by Hegel in the dialectical structure of his objective *Philosophy of Spirit* between *Moralität* and *Sittlichkeit*, the first designating the Kantian domain of inner morality, the second signifying the classic field of social and political ethics." Added to this "the recent tendency to attribute different nuances to Ethics and Morals to designate the study of human social and individual action is probably due to the increasing complexity of modern society and, in it, to the emergence of the individual, originally thought of in confrontation with the social whole." In addition, it is necessary to consider that "the term Ethics is undoubtedly one of the most widespread and most constantly used in contemporary language, whether in specialized literature or in political phraseology or in mass communication. On the other hand, the term's semantic deterioration in its incessant migration through so many different forms of language is evident." The author also mentions the sensitive "dissolution of ethical traditions in contemporary society whose first and inevitable effect is widespread ethical nihilism, which has been jeopardizing the very future of civilization." VAZ, H.C.L., *op. cit.*, p. 12, 15, 11 e 40.

³³ DE LUCCA, N., *Da ética geral à ética empresarial*, Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 60.

to us that "individual morality depends implicitly or explicitly on ethics".³⁴ Of the three social meanings of a business, this is the most significant, because it is linked to a generic concept.

Today, *companies* – and other institutions – have adopted internal ideas formulated through the adoption of principles, values, mission and vision of the company, which tend to be ostensibly displayed in their public spaces, such as reception, service, and waiting rooms and on their websites. These serve as an indication for their stakeholders to form a positive image about them. Many of these ideas are rhetoric without action; a mere additional instrument to seek acceptance and strengthen the image desired by the company. In other words, a marketing resource, in which the discourse differs enormously from the practice. Such initiatives based on genuine and robust moral attitudes and habits are still rare.

In this context, some companies develop *codes of ethics* or *deontological codes*, or even *codes of conduct* to guide the actions of their employees and customers.

Such *codes* cannot be empty products. Disclosed by the company, they create in the public, internal and external, the *expectation that things will happen in the manner established* in that document. We contend that this creates a legal obligation for the company, due to the application of objective good faith.

The vast majority of better-structured companies also maintain *ombudsman offices*, which represent channels for detecting failures of any kind in the company's performance. They are also an opportunity for the public's voice and criticism to be heard. In fact, the set of requests and manifestations with these services constitute the cheapest consultancy in the world, if the company understands this.

The growing demand for business ethics does not come into existence with the *company's* voluntary creation of ideas or other documents: *it is the result of social dynamics*. The adhesion of companies, to a greater or lesser degree, meets this marketing appeal. But ethical or moral behavior is everyone's duty.

When dealing with the duties of the administrator, Osmar Brina Corrêa-Lima contends:

"It is good to make it very clear that society, the law, laws and common sense only demand from the administrator, whatever he is, and whatever the company or thing administered is, the highest ethical standards. Information, decision and action are the steps of the administrative activity, emphasized by the science of business administration. Each of these steps requires an essential requirement, which are, respectively, truth, wisdom and courage. Added to this, for the path to lead in the right direction, the environment must be in good faith."³⁵

In the contemporary scenario, business ethics takes on the utmost importance in societies.

First, due to the relevance of the business activity itself to society³⁶. This was already identified by Fábio Konder Comparato³⁷, who considers the company a *key*

³⁴ MORIN, E., *op. cit.*, p. 15.

³⁵ CORRÊA-LIMA, O.B. *Sociedade anônima*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 253.

³⁶ "In the current economic scenario governed by the globalization process and technological advances, it is important to highlight the company's growing influence and participation as *contemporary society's heart*, which is undoubtedly at the center of the modern economy." MACHADO, D.C. "O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa". *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, n. 128, 2002, p. 31. No italics in the original.

³⁷ "If you want to indicate a social institution that, due to its influence, dynamism and power of transformation, serves as an explanatory and defining element of contemporary civilization, the choice is undoubtedly: that this institution is the company" COMPARATO, F.K. *Direito empresarial*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 3.

institution of civil society³⁸. The scholar points out that its social importance is not limited to the evident effects, but is radiated in its enormous influence in the fixation of other institutions and social groups' behavior³⁹.

Second, because it represents an administrative strategy for good corporate governance, especially in companies with multinational operations, because they disseminate this concept in different cultures around the world. This issue is well illustrated on the *Administradores.com*⁴⁰ website, in which, according to a document published by the magazine *Negócios para Responsabilidade Social*, an internal training program in business ethics can contribute to the security of the company's reputation, to the improvement of financial indicators and the creation of a global corporate culture. Employees aware of the company's ethical values are better able to make decisions ethically aligned with the strategic objectives and culture of their organizations⁴¹. This is because multinational *companies* need to maintain ethical training programs, according to their values, since they operate in different cultures and this can determine flaws in the answers given to problems of the same type, depending on the place in the world where they occur. These can cause financial losses and damage the *company's* institutional image. Of course, this only occurs as long as they are not operated in a purely formal manner. It is also good to remember that investors are increasingly interested in the behavior of the companies in which they invest⁴².

The very existence of organizations such as BSR – *Business for Social Responsibility*⁴³, whose motto is *business for a better world*, which has been for twenty years developing in every continent, attests to the growing worldwide interest of companies regarding an ethical and value-centered administration. In most cases, this should be done in search of a better marketing position, but it is already a start.

Moreover, the relevance and timeliness of the issue can also be seen in the effort of international entities, such as the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development, Paris), to develop complex recommendations and structures for ethical action (defined as *responsible* in the document) of multinational companies⁴⁴, although in practice this still remains just on paper.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 4.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 3.

⁴⁰ GAMA, C.M.A. "Estratégia: valores e princípios éticos fundamentais para alcance dos resultados estratégicos", *Administradores.com*. Acadêmico. Artigos. In: <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/estrategia-valores-e-principios-eticos-fundamentais-para-alcance-dos-resultados-estrategicos/70800/>. Acesso em 19.10.2021.

⁴¹ The article also mentions that as early as 1923, Oliver Seldon, in "Philosophy of Management" suggests that each administrator should adopt three basic principles: conducting the industrial and political methods to the common good, considering the highest moral principles to the application of social justice in its industrial practices, and responsibility for raising ethical standards and conceiving social justice. These ideas are supported by David A. Whetten, Gordon Rands and Paul Godfrey in "Quais são as responsabilidades dos negócios para a sociedade?", cited in A. Pettigrew, H. Thomas and Whittington in "Manual de estratégia e gerenciamento". *Idem, ibidem*.

⁴² So, the effective practice of essential values becomes *good business*.

⁴³ *Business of Social Responsibility*, is an organization with the following mission "to work with business to create a just and sustainable world", understanding that "everyone can lead a prosperous and dignified life within the boundaries of the Earth's natural resources". <http://www.bsr.org/en/>

⁴⁴ The "Guidelines for Multinational Enterprises" are part of the "Declaration of the Organization for Economic Co-operation and Development on International Investment and Multinational Enterprises", a comprehensive political commitment adopted in 1976 to promote investments among countries belonging to the OECD. The guidelines describe voluntary standards, recommendations for responsible business conduct on a wide range of social and environmental issues, such as human rights, disclosure of information, work and the environment. The Guidelines aim to ensure that the activities of these companies are in harmony with government policies, to strengthen the bases of mutual trust between the companies and the societies in which they operate, help to improve the climate for foreign

We should remember, in this matter, the work of the economist Amartya Sen in *Ethics and Economics*, which systematizes the economic means as the human being's promoters, signaling the new ages⁴⁵. In fact, perhaps, a return to the origin of ethics, *from which economy derived*.

"We separate ethics from economy to the point that we think that business ethics is a new field, a new creation as opposed to an old practice. Even though the economy has been a kind of ethics since Aristotle (384-322 B.C.), only today do we consider it is necessary to apply ethics to integrate the two. Ethics, economy and politics are essentially related"⁴⁶.

As previously mentioned,

"Adam Smith (1723-1790) is best remembered for an idea he never had and would never have endorsed: the idea that a free and ideal market economy is *laissez-faire*. (...) In this way, Smith's name is appropriate to the cause of regulation-free markets, even though he never endorsed the idea of free markets without regulations. (...) But what is forgotten is that Smith does not consider that all we need to do is let businesses take care of their own interests, and everything will work out for the best. Smith believes that free markets work only when they are based on the *virtue of justice*. (...) 'Smith is arguing that markets (the famous invisible hand) work better under better conditions of economic freedom based on commutative justice (the rule of law '), when people are thrifty and prudent, as well as competitive. '(...) Free markets work properly only when those who operate them are virtuous. Ethics, not greed, regulate the market for the benefit of all. Smith was, above all, concerned with ethics and the public good. For him, the market was a mechanism to guarantee *well-being*, not profit."⁴⁷

It was, in fact, as a professor of moral philosophy at the University of Glasgow that Adam Smith conceived his *Wealth of Nations (An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776)*, which was preceded - we should remember - from his Theory of Moral Feelings (*Theory of Moral Sentiments or An Essay towards an Analysis of the Principles by which Men naturally judge concerning the Conduct and Character, first of their Neighbours, and afterwards of themselves, 1759*).

According to Newton De Lucca⁴⁸ the authors of the draft of the law No. 6,404/1976, which regulates public limited companies in Brazil, have already highlighted the company's fundamental role in contemporary society, emphasizing:

"In the market economy, it is, at the business level, that most of the choices that drive economic development are made: product definition, investment guidance and primary income sharing, this driving role of the company is, certainly, one of the dominant features of our economic model: by its power of initiative, the company is at the origin of the constant creation of national wealth; it is also the place of innovation and renewal."

investments and contribute for the sustainable development produced by multinational companies. Compendium for sustainability. Available at: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>

⁴⁵ SEN, A., *op. cit.* P. 17-26.

⁴⁶ HELD, J., *op. cit.*, p. 137.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 142-143.

⁴⁸ LAMY FILHO, A.; PEDREIRA, J.L.B. *A lei das S.A, Renovar*, Rio de Janeiro, 1992, p. 155 *apud* DE LUCCA, N., *op. cit.*, p. 313-314.

However, today, the company's importance is no longer based only on large enterprises. It can be identified in companies of any size.

Honesty, decency, virtue cannot be empty words or that do not fit in a company's everyday operations and, therefore, in business law. Why wouldn't they fit?

6. Final divagations

Although they are said to be *final*, the following reflections actually represent the start of a deeper questioning concerning this theme.

Thus, everything argued in this paper must be considered a road map to reach the point of questioning and formulating a hypothesis: is there room for human dignity and other essential values in business law.

First, because business law is not a watertight, isolated, and hermetic element, apart from the context and human reality. It is human fulfillment, directed at humans and, consequently, must conform to human values.

In these times, when there is a comprehensive feeling that values are crumbling, when the public's most esteemed professions are soccer players or dubious musical interpreters, replacing others with greater responsibility; where idols are *reality show* participants; the extreme worship of artificially obtained physical beauty; a time of minor leaders; of unoccupied and disoriented youth; where a large number of people still find it normal to drive after drinking alcohol; in which slave labor still exists; in which *dirty* activities are exported to third world countries with the collusion of their governments; in which economic power is sometimes above human interests (in the media, in companies, governments, churches, schools, families ...), it might seem strange to speak of values.

But, in fact, it is this feeling that makes it opportune for us to reflect on them. Also, the law has a great deal of responsibility in the rescue and updating of sectorial values, because we still believe that "the law has a noble function to perform, as an instrument of realization and not of destruction of human nature."⁴⁹

Although not specified in the construction of business law in its various subjects, values supported and are what justifies the existence of profit's legitimacy, and a company's social function, social responsibility, and business ethics.

The pursuit of profit is no longer an airtight goal.

Accepting, among so many theories, that the law is a mechanism of social pacification, of harmonizing human existence, through certainty and security, for the achievement of harmony between men, between men and the most diverse types of institutions created, between institutions, between men and nature, between institutions and nature, it is clear that, in law, *everything begins and ends in the human being*⁵⁰.

Law, morals, ethics are also human creations directed at human beings.

They are creations whose purpose is to protect man from himself ("man is a wolf to another man..."⁵¹), to protect man's institutions, to protect man's nature.

The great arsenal of artificialities – some, brilliant! – that we created throughout human history and incorporated into our daily lives, including legal ones, makes it easier for us to feel separate from each other, independent of each other and of nature, powerful: we are in control.

⁴⁹ MENDONÇA, J.S., *op. cit.*, p. 231.

⁵⁰ At this point, we identify with Sérgio Mourão Corrêa Lima's arguments: "The most important thing in life and in the world are the people, around them and all branches of science turn to them. Law and economics are no exception; both must ensure the safety, tranquility, and happiness of people, individually and collectively, at any time and in every way." LIMA, S.M.C. "Análise Jurídica da Economia", Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, Malheiros, Nova Série, ano L, jul./dez. 2011, p. 53-54.

⁵¹ As the Latin playwright Tito Mácio Plauto (254 B.C. - 184 B.C.) already noted in his comedy *Asinaria* ("*homo homini lupus*"), a statement popularized by the English philosopher Thomas Hobbes (1588 - 1679) in *Leviathan*.

This control, understood as absolute, is, of course, just an illusion. It is true that we have mastered a lot, individually and collectively. But we don't control everything. There are times and situations when we run into limits beyond human control (and I am not referring here to any supernatural aspect!). This limit is in the very nature of things.

A nature that cannot be ignored or tortured, except in a transitory, punctual, fleeting way.

If we find that everything has an ontological destination, this is the limit with which humanity must work and live in peace, with tranquility.

And it is precisely in this perspective of ontological realization of things, of everything that is, that human ontology gives us the answer: why does man exist? What is a human's function?

First, the human function cannot be displaced from the whole in which it is inserted. Man is neither above nor on the edge of the universe: man composes it. So, its function, obviously, has to be explained in its context. In a physical context, which gives rise and creates the conditions for the existence of a social context, from which unfold countless other possibilities of perspectives of human appreciation.

Why does this happen? Because it is not satisfactory, nor sufficient, to explain human ontology only from a single perspective. Since man, by his essence, by *ontological determination*, is a complex, multifaceted, or, in a word, *free being*.

It is part of human ontology to be born, grow, multiply and die. This we share with millions of other living specimens - animals and plants. The difference between this living creation of nature and others is, precisely, that man does not attend to his ontological realization just by being born, growing, multiplying, and dying. Due to his characteristics, effects of his creation, it is speculated the reason why – the cause of his creation – we are endowed with extraordinary capacities such as reasoning, feeling, emotion, inventiveness, elaborated communication, value, desire, everything derived from his ontological freedom.

So, we deduce that our ontology dictates that we do much more than a head of lettuce or an ant.

We fulfill our ontological designation when we develop the latent potentials in us. Someone, in a romantic view, would say: man exists to be happy. Simple as that.

But things get complicated because happiness is a relative state. So, being happy for me is different than what it means to be happy for another person. To achieve happiness, some need very little and others need a lot. What made me happy yesterday, no longer makes me happy today. What makes a Korean person happy may not make a Brazilian, or Polish, or Filipino, or French, or American, or German, or Chinese happy ...

Happiness, sung in verse and prose, in all languages and times, is a state of mind (to complicate things even more!) influenced by several external factors (so mankind thinks ...). And, because of this, it varies in time and space, creating patterns of happiness. *Standard happiness*.

It is understood, then, that happiness – which we are considering here as a human being's ontological realization – is not for everyone: some are happier than others, some are more equal than others, some are freer than others, some can more than others ... This is a fact and it is up to us to accept that this is life

But, this cannot be a natural fact because it contradicts human ontology itself.

It is not in our genetic code that some must give up developing their potential in favor of others in an inexorable and permanent way. This does not make us human. This is not enough for our achievement as Humanity.

And why isn't it enough?

Because a human doesn't just live: he/she coexists!⁵²

⁵² For an exact understanding of this obvious finding: MENDONÇA, J.S. "O direito na crise social", in *Estudos de filosofia do direito*, LEUD, São Paulo, 1983, p. 5-7.

Thus, the ontological realization of man necessarily goes through the possibility of realization for all of his species, in harmony with the contexts in which humanity is inserted.

Our destiny is tied to the destinies of our race. This implies that my life is linked to other lives, which includes other human lives: those with whom I share my dwelling, those to whom I bonded affectionately, those who are with me in traffic, those who are with me in transport, those who share the same workspace with me, those with whom I share the same faith, the same values, the same urban spaces, the same desires, the same preferences, those whom I know, those who govern me or whom I govern, those to whom I pay and from whom I receive.

But the truth is that my life is linked in a much wider network or web: those that I don't even know, of whom I know nothing, who are on the other side of the globe, those of whom I don't understand the faith, the values, the arrangements, the desires, the preferences, those that are a little or very different from me. Those who live in contexts different from mine.

Everything is human and this trait of humanity, which is born out of our ontological freedom, inexorably binds us to one another. Therefore, we do not fully realize ourselves as humans when there is still a single human left who is compelled to live in subhuman conditions.

And what would be a subhuman condition? One that does not allow any of us to develop our potential, according to our talents and inclinations. This is unworthy of a human being because it does not respect our own ontology.

It is precisely in the respect for a different person, in the deliberate efforts at harmonization, that we are most human. This implies the existence of conditions for a dignified existence so that all those who want to can develop their potential. And those who do not want to will be respected within the limits of not interfering with the realization of others because, otherwise, they would also affront human realization.

This situation that enables and even favors the development of potential is what I call human dignity. Human respect. Promotion of the human being. But, attention: it is not a vicious process of giving, but rather the promotion of conditions that allow access to the means that give rise to development. It is emancipation.

The human being is one as a race, but, internally, he exists in an almost infinite gradation of personal evolution. This is what gives coexistence so much complexity. However, it is necessary to highlight the fact that: human dignity, like the righteous, *is an ideal to be achieved*.

Although things can seem very bad at times, because the media specializes in always showing humanity's worst side, it is necessary to recognize that the law, as well as societies in general, has already advanced a lot in its civilizing process and in promotion of well-being, of justice, of human dignity, when one looks throughout history. It is good to remember that modern man is only about 200 thousand years old, which is a very, very short time of evolution, and that what we call civilization is only around 12 thousand years old, while the planet is 4.5 billion years old. We are young and still in childhood or, perhaps, puberty. Anyway, we still have a lot to progress and we are doing it little by little. We are on the path.

Having made these broad considerations and taking into account that the *company* is one of the most representative elements of the arrangements of contemporary life, in this part of our path as humanity, it is clear that there must be space for human dignity in corporate culture. And if the company, as other private demonstrations have already been forced to do, frees space for the realization of people, even as an administrative strategy to optimize profits, the branch of law that proposes to *shape* it has no power to banish human dignity from its considerations.

Human dignity, then, is not just a conversation, from the *philosophy* of law, as some people *embarrassingly* might hope: they accept human dignity as long as it does not interfere with business law.

A company benefits society and fulfills a social function. But it was not always like this, and it still is not like this in many situations.

A company seeks profit: this will never change as long as companies exist, although their representation may change. The idea of profit remains its reason to exist, for which all of the entrepreneur's efforts converge.

What changes, then, is that there are ways to seek profit that are better adjusted. It remains the company's greatest value. The difference is that it is no longer considered separate and impervious to other human values. Thus, not all profit is legitimate. After all, "*business is a social practice and, like all other social practices, can and should be evaluated according to an ethical standard. The economy is judged on the basis of how well it serves our purposes. Business practices are justified with reference to whether or not they are effective means for these purposes.*"⁵³

It is not a question of romanticizing a company. It is about objectifying dignity and essential values.

In humanity's current stage, it is no longer acceptable or necessary that the pursuit of profit implies the externalization of social costs originated, in a carefree and even frivolous way.

Given the evidence that *companies* occupy such an extensive and strategic position in society's life currently, it is inevitable that they adjust their conduct in the pursuit of profit to the needs and values of society. The *company* is an essential part of today's societies. The *company* exists *according* to social organization. Not the other way around, which would be unthinkable: society comes into existence as a function of the *company*.

The aspiration for profit is legitimate.

However, as everything in law begins and ends with the human being, business practices must consider dignity as a standard of conduct. Because the law is a human construct and, in essence, it must attend to human well-being. Human dignity is the evaluative center from which other values emanate. Every action, conduct, human production must gravitate towards dignity, the promotion of the human being. The orientation of world governments should also gravitate towards this, yet they seem increasingly subservient to the great economic power.

It is noticeable that the company's role in generating profit for its partners and investors can no longer be exercised in a sectarian way. The company must consider essential values, since, above all, it occupies a training position in the medium and long term of a better, sustainable, inclusive society, because "the formation of habit is of paramount importance in the development of ethical behavior, and the repeated practice of ethical conduct is relevant so that moral standards within a company can be effectively implemented"⁵⁴, carried in all directions and multiplied.

There is a dynamic relationship between companies and society. Thus, in the same way, that the "constellation of values typical of the business world (...) ended up overwhelming all spirits"⁵⁵, the counterpart in this influence on the company's part is to be subject to social values.

Thus, for example, in Brazilian corporate law, there is a movement progressively shifting towards providing more protection to minority shareholders. In bankruptcy law, the global trend is to try to maintain the source of jobs and only remove the entrepreneur from administering the recovering company if there is a justification. It is also noticeable the gradual shift towards expanding the conditions for the regular exercise of smaller business activities. In Brazil, the national statute for micro and small companies⁵⁶, the creation of MEI (individual microentrepreneur) and EIRELI (individual limited liability company)⁵⁷, the adoption of SIMPLES – a simplified taxation system –, and REDESIM⁵⁸ – simplified business registration

⁵³ HELD, J., *op. cit.*, p. 147. No italics in the original.

⁵⁴ DE LUCCA, N., *op. cit.*, p. 315.

⁵⁵ COMPARATO, F.K., *op. cit.*, p. 3.

⁵⁶ In Brazil, Complementary Law nº 123/2006.

⁵⁷ Art. 980-A of the Brazilian Civil Code.

⁵⁸ In Brazil, law nº 11.598/2007.

system –, are all expressions of this shift. And even in foreign exchange law, the fact that its rules are well defined and disseminated practically all over the world gives it enviable stability, which creates legal certainty and allows people to make decisions and *expand their potential*, with the use of credit – although there are cultural distortions, such as consumer over-indebtedness, which need to be corrected, through education. In the area of commercial contracts, Brazil has incorporated the concept of a contract's social function. Just by simply observing, we find that the human beings' valorization is already present in business law.

If there are higher costs of doing things in a dignified way, to promote the humans involved in business processes, this cost will be assimilated by the national and international societies themselves. It is the price to be paid.

The entrepreneur is already, to some extent, working with it. It is not up to business law to ignore it.

In Brazil, there is a very clear constitutional command to justify the existence of an economic order: to ensure a dignified existence for all. That is the *purpose* of the economic order. And there would be no need for this to become a guideline in a country's constitution: it is of human essence.

In any case, in Brazil, the command is given and must be followed. The Constitution did nothing more than to register *what has been known since antiquity*: business must serve a purpose that transcends it.

The fulfillment of a company's social function, with activity and regularity, with actions of commitment to the community and the observation of ethical values in dealing with everyone and the legitimacy of profit preserve human dignity.

New generations of administrators are being formed around the world with this concept, because the market itself is in search of these professionals, as an administrative strategy. Professionals trained with this mindset will increasingly save costs for companies, which will no longer suffer social, legal, or judicial sanctions for acting in an unworthy manner.

If administrative sciences recognize the adoption of ethics as a strategy to contain costs and expand the market, business law, given its inductive character, should follow this trend, as odd as it may seem to some.

I cannot, of course, in these brief considerations, prescribe in detail the recipe for human dignity to be embraced in the field of business law. I can only say that due to the evolution we see in contemporary law, tending to consider more and more the promotion of the human being, and the positive disposition of societies to create means of inclusion, that the space for dignity exists in business law – because it exists everywhere. Resistances in the opposite direction must be overcome, as well as radicalisms in this direction must be avoided, as we walk our path as humanity.

What I can indicate is that this path goes through an increasing rigor to the great economic power, which distorts values and inverts human priorities. Therefore, it involves a greater citizens' demand from their governments, but also, at the same time, the appreciation of the small and the local. This appreciation must be part of not only the laws but the education of future generations.

Human dignity, therefore, is not displaced by business law. The issue is neither economic nor legal. It is good to think about this.

In the end, the question that remains: is it really necessary to choose between being worthy or profitable?

Bibliographic references

- BRUSCATO, W. *Manual de direito empresarial brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2011.
 COELHO, F.U. *Curso de direito comercial*, Saraiva, São Paulo, 2007, v. 1.
 COMPARATO, F.K. *Direito empresarial*, Saraiva, São Paulo, 1995.
 CORRÊA-LIMA, O.B. *Sociedade anônima*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
 DE LUCCA, N. *Da ética geral à ética empresarial*, Quartier Latin, São Paulo, 2009.
 GAMA, C.M.A. "Estratégia: valores e princípios éticos fundamentais para alcance dos resultados estratégicos", *Administradores.co*, Acadêmico, Artigos, in

- <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/estrategia-valores-e-principios-eticos-fundamentais-para-alcance-dos-resultados-estrategicos/70800/>. Acesso em 06.02.2021.
- GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. "SP Notícias (25.07.2013)", in http://www.procon.sp.gov.br/pdf/ranking_online_1_semestre.pdf. Acesso em 25.11.2013.
- HELD, J. "As regras de aquisição não podem ajudá-lo agora: o que os Ferengi nos ensinam sobre a ética nos negócios?" In EBERL, J.T.; DECKER, K.S. *Star Trek e a filosofia: a ira de Kant*, Madras, São Paulo, 2010, p. 135-147.
- JUNTA de Castilla y León. "Constitución Española", 2003. In: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionINGLES.pdf>. Acesso em: 06.02.2021.
- MACHADO, D.C. "O Novo Código Civil Brasileiro e a Teoria da Empresa". Revista Jurídica Consulex, Brasília, n. 128, 2002, p. 31-33.
- MENDONÇA, J.S. *Curso de filosofia do direito: o homem e o direito*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- MENDONÇA, J.S. *Estudos de filosofia do direito*, LEUD, São Paulo, 1983.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, p. 148-172, mai./ago. 2020.
- MORIN, E. *O método 6: ética*, Sulina, Porto Alegre, 2011.
- MUNHOZ, E.S. *Empresa contemporânea e direito societário*, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002.
- LIMA, S.M.C. "Análise Jurídica da Economia", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, Malheiros, Nova Série, ano L, jul./dez. 2011, p. 53-86.
- PIMENTA, E.G. "A eficiência na administração de sociedades empresárias privadas em face da legislação brasileira", *Revista de direito empresarial*, Juruá, n. 7, jan.-jun./2007, p. 99- 119.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*, Saraiva, São Paulo, 2005, v.1.
- SALLES, M.P.A. "A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, Malheiros, ano XXXIX, jul./set. 2000, p. 95-101.
- SALOMÃO FILHO, C. "Direito empresarial público", *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, RT, v. 43, n. 112, out/dez 1998, p. 15-17.
- SARLET, I.W. *Direitos fundamentais da Constituição*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.
- SEN, A. *Sobre ética e economia*, Companhia das Letras, São Paulo, 1999.
- SENATO della Republica. "Costituizione Italiana". *Ufficio della informazioni parlamentari*, 2021. In: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_INGLESE.pdf. Acesso em: 06.02.2021.
- SESSAREGO, C.F. *Derecho y Persona*, Normas Legales, Trujillo, 1995.
- TRENNEPOHLL, T.D. *Direito ambiental empresarial*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- VAZ, H.C.L. *Escritos de filosofia: introdução à ética filosófica*, Loyola, São Paulo, 2009, v. 4.

A agenda 2030 com foco na efetivação do direito humano à igualdade das identidades de gênero e seus reflexos para o *greening* universitário

The agenda 2030 focused in the effectiveness of the human right of equality of gender identities and its reflexes on university *greening*

Welington Oliveira de Souza dos Anjos Costa¹

Universidade de São Paulo

Lívia Gaigher Bósio Campello²

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Sumário: Introdução; 1. Agenda 2030 – Transformando Nosso Mundo – e o Objetivo n. 05 para a igualdade de gênero; 2. Para além de um gênero: as identidades trans e o desenvolvimento sustentável; 3. *Greening* Universitário: uma possibilidade para a garantia dos Direitos Humanos; Conclusão; Referências.

Resumo: Este artigo parte da problemática advinda da violação do direito humano à igualdade de gênero, trazendo como possível solução a aplicação do Objetivo n. 05 da Agenda 2030 pelo *greening* universitário, o qual consiste na introdução dos conceitos do direito humano ao desenvolvimento sustentável nos âmbitos das Universidades. Para tanto, a pesquisa divide-se em três eixos temáticos: o primeiro analisa o Objetivo n. 05 que se volta para a igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas e normativas nacionais e internacionais para o alcance do desenvolvimento sustentável; o segundo espousa a interpretação da palavra gênero de forma ampla e dissociada de binarismos, denominando-se identidade de gênero, o que significa a inclusão de mulheres transexuais na perspectiva da igualdade a ser obtida. O terceiro apresenta o *greening* universitário como alternativa à minimização da desigualdade de gênero nas Universidades, utilizando-se a evolução normativa da Universidade de São Paulo - USP como parâmetro. Em conclusão, verifica-se a efetividade da Agenda 2030 na garantia dos direitos humanos por ela aportados e a possibilidade de modificação do sistema violador desses direitos. O trabalho, na linha teórica pós-positivista, é uma revisão sistemática bibliográfica e documental desenvolvida a partir do método dedutivo.

¹ Pós-doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo – USP de Ribeirão Preto. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS. Especialista em Educação em Direitos Humanos e Gestão Pública pela Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS e Especialista em Direito Processual Civil e Responsabilidade Civil pela Escola de Direito de Campo Grande – EDCG. Advogado.

² Pós Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), doutorado em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e mestrado em Políticas Públicas e Processo pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Professora da graduação e mestrado na Faculdade de Direito (FADIR/UFMS). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos (PPGD/UFMS). Coordenadora local do Programa de Doutorado Interinstitucional (DINTER - USP/UFMS). Líder do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável Global" (UFMS/CNPq). Coordenadora do Projeto de Pesquisa "Cooperação Internacional e Meio Ambiente" (Fundect/MS). Editora-chefe da Revista Direito UFMS. Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPEDI) desde 2005 no qual ocupa atualmente o cargo de secretária de eventos. Filiada à Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) desde 2011. Representante da ANPG no Conselho Deliberativo do CNPq entre 2013-2014. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1233-1902>.

Palavras-chave: Igualdade de Identidades de Gênero; Agenda 2030; Desenvolvimento Sustentável; *Greening* Universitário.

Abstract: This article arises from the violation of the human right to gender equality's problem, bringing as a possible solution the application of objective n. 05 of Agenda 2030, through university *greening*, which consists in introducing the concepts of the human right to sustainable development in university sectors. The research was divided into three thematic axes: the first dealing with objective n. 05 that intends gender equality and empowerment of women and girls and its national and international regulations to achieve this goal; the second that espouses the interpretation of the word gender in a broad way and dissociated from binarisms, called gender identity, which means the inclusion of transsexual women in the perspective of equality to be achieved. The third presents university *greening* as an alternative to minimizing gender inequality into the Universities, using the normative evolution of University of São Paulo - USP, as parameter. As possible results we have the demonstration of the effectiveness of the Agenda 2030 in guaranteeing the human rights provided by it and the possibility of modifying the system that violates those rights. The work, in the post-positivist theoretical line, is a bibliographical and documental systematic review, developed by the deductive method.

Keywords: Gender identities equality; Agenda 2030; Sustainable development; University *Greening*.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está assentada na problemática decorrente da desigualdade de gênero, a qual, por seu turno, ofende diretamente o direito humano a ela correlato e, consequentemente, o direito humano ao desenvolvimento sustentável aportado pela Agenda 2030 e seus Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS). Por essa razão, no bojo deste documento, analisa-se o Objetivo n. 05, que pretende alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, sendo que, para tanto, contém uma série de eixos voltados à consecução das metas elencadas no objetivo.

O direito humano à igualdade de gênero aportado no referido ODS, nos termos da Agenda 2030, pode ser garantido de diversas formas, mas a questão fundamental a essa garantia está justamente na necessária análise do termo à luz das leituras identitárias aplicadas aos direitos humanos, que possibilitam considerar todas as identidades de gênero nas disposições legais; logo, impende-se que a igualdade entre homem e mulher e o empoderamento feminino pretendidos englobem também mulheres transexuais. Ademais, como proposta da implementação desse direito, espõsa-se a ideia de aplicar o *greening* universitário, ou seja, os ideais de desenvolvimento sustentável na aplicação dos direitos humanos nos âmbitos das Universidades, garantindo-se a paridade de representação de gênero, inclusive em termos identitários, o que vem ao encontro das proposições do direito humano ao desenvolvimento.

Com efeito, considerando a inter-relação do referido objetivo com os direitos humanos, a ofensa ao primeiro representa também um desrespeito aos direitos humanos que lhe são relacionados. Logo, aplicando o conceito do *greening* universitário, ao final da pesquisa, é sugerido projeto de modificação de norma dos colegiados universitários com o propósito de garantir o mínimo quantitativo de representatividade feminina, compreendida esta à luz das identidades de gênero. A pesquisa em comento se apresenta dividida em três partes: a primeira discorre sobre a Agenda 2030 e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n. 05 à luz das questões teóricas sobre a igualdade de gênero e os documentos nacionais e internacionais que lhe são relativos. Na sequência, a questão das identidades de gênero é abordada a fim de que seu conceito esteja incluído na leitura dos objetivos da referida Agenda, proporcionando, desse modo, a ampla implementação do direito humano à igualdade.

Ao final, o trabalho aprofunda o tema referente ao *greening* universitário, explicando sua utilização como mecanismo de proporção do direito humano à igualdade de gênero e ao desenvolvimento sustentável, propondo a modificação das normas dos

colegiados universitários para que seja garantido quantitativo feminino mínimo de acordo com as identidades de gênero. A pesquisa demonstra que a ofensa ao que dispõe o Objetivo n. 05 da Agenda 2030 afronta diretamente aos direitos humanos e, portanto, aponta, como possível correção, a modificação normativa atual por outra mais justa por meio do conceito de *greening*, tal como vem ocorrendo na Universidade de São Paulo - USP.

Por fim, no que tange à metodologia utilizada, o trabalho é uma revisão documental e bibliográfica, desenvolvido a partir do método dedutivo, calcando-se em marcos teóricos pós-positivistas para as leituras em direitos humanos e questões identitárias.

1. AGENDA 2030 – TRANSFORMANDO NOSSO MUNDO – E O OBJETIVO N. 05 PARA A IGUALDADE DE GÊNERO

A compreensão do que se entende como agenda (*agenda-setting*) é desenvolvida, principalmente, no âmbito do estudo das políticas públicas. As agendas são importantes ferramentas nesse contexto, estando geralmente afeitas à esfera governamental.

A agenda é a forma pela qual determinadas questões se identificam como relevantes para um governo, havendo, portanto, uma movimentação deste em direção a privilegiar tais pontos e a construir ações com o fim de alcançá-los. Ademais, ressalta-se que o estabelecimento de uma agenda é considerado uma das primeiras etapas para o estabelecimento de políticas públicas³.

Assim, a agenda governamental envolve decisões sobre quais políticas públicas devem ser formuladas e quais devem ser priorizadas, em busca da resolução dos problemas elencados. Em que pese sejam desenvolvidas em sede de determinado Estado, por intermédio das diversas instâncias, torna-se mais comum o estabelecimento de agendas de caráter internacional.

A partir dos anos 2000, as agendas começaram a ganhar relevância no cenário internacional, em especial no que diz respeito à temática do desenvolvimento humano. Nesse âmbito, foram desenvolvidas como uma forma de consubstanciar a tomada de ações, por meio de políticas públicas, nos Estados. Além disso, trata-se de um mecanismo que viabiliza a coordenação de ações conjuntas de organismos, organizações não governamentais, empresas e indivíduos em prol da concretização de objetivos comuns.

A tendência à promoção de agendas globais nasce em um contexto no qual o Direito Internacional e as instituições supranacionais têm seu expoente com seu fortalecimento, cabendo ressaltar, também, o direcionamento de muitos Estados para o desenvolvimento de respostas conjuntas a problemas comuns, pautados na coordenação e na solidariedade, cabendo aqui rememorar alguns documentos.

Nesse sentido, a Agenda do Milênio, de 2000, foi inaugural, pois trazia oito objetivos, os Objetivos do Milênio (ODM), que, se cumpridos, significariam um avanço relevante para o alcance do desenvolvimento sustentável. Tratavam-se de objetivos sintetizados, como “acabar com a fome e a miséria” e “oferecer educação básica para todos”, que representavam desafios relevantes em todas as esferas. Cada um deles era complementado por metas, totalizando 21, cuja aplicabilidade foi acompanhada com base em 60 indicadores. Tais metas tinham como parâmetro o atingimento de determinado nível de desenvolvimento no período de 1990 a 2015⁴.

A referida agenda foi vetor de mudanças, sustentando o avanço de políticas públicas e ações em variados níveis e locais do globo, alcançado, em partes, seus objetivos.

Com a aproximação do ano de 2015 que representava o prazo da Agenda do Milênio, a Organização das Nações Unidas (ONU) começou a trabalhar na elaboração da agenda sucessora. O primeiro passo para o desenvolvimento dessa nova agenda deu-se

³ KINGDON, J. *Agendas, alternatives and public policies*. Pearson Education, 2014, p. 58.

⁴ ROMA, J. C. “Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável”. *Cienc. Cult.*, v. 71, n. 1, p. 39.

em 2012, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio +20), ocorrida no Rio de Janeiro, em que se reconheceu a necessidade de criar uma agenda que, a partir de 2015, fosse capaz de dar continuidade aos avanços no que tange à sustentabilidade e de abranger aspectos não aventados, ou pouco explorados, pelos ODM. Com efeito, na Conferência foi adotado o documento denominado "O futuro que queremos", o qual lançou "as bases para que os países-membros da ONU construíssem, coletivamente e inspirados pela experiência exitosa dos ODM, um novo conjunto de objetivos e metas voltadas para o desenvolvimento sustentável, que passariam a vigorar no período pós-2015"⁵.

Assim, foi criada a nova agenda global intitulada "Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável", cuja denominação comumente adotada é a de "Agenda 2030". Em relação aos ODM, no que tange aos números, a Agenda 2030 traz 17 objetivos, intitulados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que comportam 169 metas, representando um salto considerável em comparação aos 8 objetivos e 21 metas de seu predecessor.

A Agenda 2030 é uma agenda política global construída com base em objetivos amplos e universais que conduzirão a humanidade ao alcance do desenvolvimento sustentável, com o estabelecimento de mecanismos para sua operacionalização. Diversas são as possibilidades de análises realizáveis a respeito dos ODS, seja avaliando a maneira como elas traduzem as aspirações da humanidade, suas características, e a maneira como propõem meios de instrumentalização.

Ademais, pensar o desenvolvimento sustentável partindo dos países em desenvolvimento como objetivo principal também promove uma falsa convicção de que em países ricos a necessidade de desenvolvimento é pouco relevante, o que não é verídico. A fome continua sendo um problema na República Democrática do Congo, mas também nos Estados Unidos, sendo clara a necessidade de globalização dos objetivos para o desenvolvimento, o que os ODS lograram êxito em realizar.

Como apontou a ONU:

Há quase quinze anos, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio foram acordados. Estes criaram um marco importante para o desenvolvimento, e progresso significativo tem sido obtido em diversas áreas. Mas esse progresso tem sido desigual, particularmente na África, nos países de menor desenvolvimento relativo, nos países em desenvolvimento sem litoral e nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento, e alguns dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio permanecem fora de alcance, em particular os relacionados à saúde materna, neonatal e infantil e à saúde reprodutiva. Comprometemo-nos novamente com o pleno cumprimento de todos os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio não alcançados, em particular por meio de assistência ampliada e voltada para os países de menor desenvolvimento relativo e para outros países em situações especiais, em conformidade com os programas de apoio relevantes. A nova Agenda inspira-se nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e pretende lograr o que estes não alcançaram, beneficiando particularmente os mais vulneráveis⁶.

No caso brasileiro, o estabelecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de sua ordem jurídica (BRASIL, 1988), consubstanciada por normas constitucionais que reprisam sua relevância e viabilizam interpretações constitucionais

⁵ ROMA, J. C. "Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável". Cienc. Cult., São Paulo, v. 71, n. 1, p. 38.

⁶ BRASIL. GOVERNO FEDERAL. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável [S. d.], p. 07.

mais abertas no que diz respeito, principalmente, aos direitos humanos, demonstra-se fundamental para que se considere a Agenda 2030 como reconhecida no ordenamento jurídico. Outrossim, revela-se hábil para traçar o estabelecimento da recepção da Agenda 2030, o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece o liame que a própria agenda preconiza entre o desenvolvimento econômico e a dignidade da pessoa humana.

No caso desta pesquisa, ater-se-á ao que preconiza o objetivo concernente a alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. A igualdade de gênero é pauta internacional desde muito tempo. A história conta sobre as diversas formas de desigualdade perpetradas contra mulheres em variadas esferas sociais, atos que, praticamente em sua maioria, eram cancelados por uma cultura patriarcal que ainda hoje reverbera em todo o mundo. Por essa razão, foi de suma importância a disposição sobre a igualdade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, em termos desses direitos universais, constitui-se marco teórico para diversas outras normativas mais consolidadas e específicas.

Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

[...]

Artigo 7. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação⁷.

Na verdade, o pleito por direitos humanos para mulheres era desde então patente e certamente permeou a confecção da posterior Declaração Universal de 1948. É o que leciona Severi⁸, no seguinte excerto:

A luta política dessas mulheres evidenciou que, embora formalmente presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, seus direitos não eram respeitados. Além disso, essas mulheres contribuíram, não sem resistência, para com a construção da perspectiva interseccional no marco normativo dos direitos humanos das mulheres, em especial do direito humano à igualdade e a não discriminação.

De outro norte, o que se deflui de todo o arcabouço legal sobre o tema é, ainda, a prevalência do patriarcado, ou seja, de uma sociedade criada por e para homens. Em outra pesquisa, Scott aprofunda a origem e construção do termo "gênero", apontando que este nasce sob uma ótica categorizada e de fundo patriarcal:

Os(as) historiadores(as) feministas utilizaram toda uma série de abordagens na análise do gênero, mas estas podem ser resumidas em três posições teóricas. A primeira, um esforço inteiramente feminista que tenta explicar as origens do patriarcado. A segunda se situa no seio de uma tradição marxista e procura um compromisso com as críticas feministas. A terceira, fundamentalmente dividida entre o pós-estruturalismo francês e as teorias anglo-americanas das relações de objeto, inspira-se nas várias escolas de psicanálise para explicar a produção e a reprodução da identidade de gênero do sujeito⁹.

⁷ UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

⁸ SEVERI, F. C. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil*. 2017. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2017, p. 23.

⁹ SCOTT, J. "Gênero: uma categoria útil para análise histórica, 1989. [Título original: *Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history*.]" Columbia University Press. 1989, p. 06.

Quanto ao patriarcado, a questão se refere ao intuito masculino de garantir a continuidade da geração e sua prevalência nas relações paternas sociais. A visão marxista procura a origem da temática em uma perspectiva do gênero negada às mulheres, assim como o produto do trabalho às pessoas. O pós-estruturalismo advém, na origem da formação da personalidade, da formação dos símbolos antes mesmo das palavras, leitura e escrita¹⁰.

A mesma autora defende que a igualdade não se caracteriza pela ausência de diferença, mas pela possibilidade de considerá-la ou ignorá-la, isto é, na mesma linha de pensamento aristotélico de que o tratamento deva ocorrer de forma igual entre os iguais e desigual entre os desiguais, na exata medida de sua desigualdade. Ademais, em termos sociais, a igualdade não se resume à consideração objetiva dos indivíduos, mas envolve a consideração de características e elementos. Embora sugira uma identidade matemática, na prática significa "possuir um grau semelhante de uma qualidade ou atributo especificado ou implícito; estar no mesmo nível em termos de posição, dignidade, poder, habilidade, realização ou excelência; ter os mesmos direitos ou privilégios"¹¹.

A compreensão de igualdade transformou-se e vem sendo transformada recorrentemente; contudo, determinados avanços vêm sendo observados, de modo que são poucos os sistemas jurídicos que mantêm a desigualdade formal, com a exclusão de indivíduos do acesso ao voto ou demais liberdades políticas e econômicas. Permanece, entretanto, a desigualdade no campo material, como, por exemplo, no que concerne ao acesso à saúde, à educação e ao trabalho, os quais representam problemas decorrentes de uma sociedade calcada na cultura centrada na figura masculina.

Nesse aspecto, Severi *apud* Jamarillo¹² esclarece que existem, ao menos, três possibilidades de relacionar o feminismo e o direito no âmbito das teorias críticas feministas. Na primeira, como crítica à teoria do direito, as análises têm caminhado no sentido de reconhecer que o direito, apesar de se apresentar como neutro, acaba por institucionalizar o ponto de vista do masculino, podendo ser identificado na organização e redação dos textos constitucionais, como, por exemplo, os genéricos masculinos (cidadãos, direito dos homens, entre outros) que negam a qualidade de sujeito político às mulheres. Na segunda, por meio da análise crítica do conjunto das instituições jurídicas atualmente existentes, coloca-se a ênfase nos aspectos culturais, além de se voltar à garantia dos recursos necessários para que as mulheres possam conquistar a plena autonomia. Por fim, na terceira estariam os métodos de análise do jurídico, resultantes propriamente das críticas feministas.

É a noção radical de que as mulheres são pessoas. Em outras palavras, o feminismo é um compromisso para alcançar a igualdade entre homens e mulheres. Essa noção radical não é exclusiva das mulheres. Os homens, embora se beneficiem de ser o sexo dominante, também têm aposta na superação dos papéis restritivos que os privam de plena humanidade^{13 14}.

Por intermédio desses pontos, depreende-se que há uma construção social totalmente marcada pelo machismo e, conseqüentemente, pela opressão às mulheres, o que resulta numa desestrutura refletida em todos os aspectos de convívio entre mulheres

¹⁰ SCOTT, J. "Gênero: uma categoria útil para análise histórica, 1989. [Título original: *Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history.*]" Columbia University Press. 1989, p. 06.

¹¹ SCOTT, J. "O enigma da igualdade". Estudos Feministas, n. 13, v. 1, p. 11-30, 2005, p. 16.

¹² JAMARILLO, I. C. *La crítica feminista al derecho, estudio preliminar. In.: WEST, R. Género y teoría del derecho.* Bogotá: Siglo de Hombres Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniades/Instituto Pensar, 2000. p. 330.

¹³ CHULU, J. *A feminist perspective that poverty is gendered: do women have lesser access to resources in comparison with men?* 2015, p. 04.

¹⁴ Tradução livre de: "Is the radical notion that women are people. In other words, feminism is a commitment to achieving the equality of both men and female. This radical notion is not exclusive to women. Men, while benefiting from being the dominant sex, also have a stake in overcoming the restrictive roles that deprive them of full humanity".

e homens. Tais nuances são diversamente trabalhadas no Objetivo de desenvolvimento n. 5 da Agenda 2030 contudo, não há o esgotamento da matéria, sendo necessário buscar o aprofundamento em camadas mais densas da desigualdade para que, mesmo quando haja a norma protetiva, esta seja corretamente aplicada. Por isso, é de grande relevância a inclusão do Objetivo n. 05 da Agenda 2030, mediata ou imediatamente, em todos os âmbitos sociais como norte à igualdade de gênero a ser obtida por meio da consecução das diretivas apontadas pelo documento em questão.

A legislação exerce papel fundamental na possibilidade de alcançar a igualdade de gênero. Nesse ponto, importa elencar as normativas internas e internacionais voltadas à efetivação dos direitos humanos das mulheres. Nacionalmente, destacam-se duas leis, a Lei n. 11.340, de 07.08.2006 (Lei Maria da Penha), e a Lei n. 13.104, de 09.03.2015 (Lei do Feminicídio), enquanto, no contexto internacional, são relevantes a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica (1969), a Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW (1979), além da III Conferência Mundial Sobre a Mulher (Nairóbi, 1985), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994) e da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Pequim, 1995). Inclusive, entre os anos 1975 e 1985 ocorreu a chamada década das mulheres nas Nações Unidas.

No que se refere à IV Conferência Mundial da Mulher, realizada no ano de 1995, em Pequim, esse evento constituiu um marco para a adoção do princípio da transversalidade de gênero no sistema judiciário, a fim de alcançar a igualdade entre homens e mulheres na formação das políticas públicas. Outrossim, Severi¹⁵ destaca, como instrumentos relevantes nesse contexto, a Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), de 1979, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994.

Ainda no âmbito internacional, é importante destacar dois instrumentos. Primeiramente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, de 1979, também chamada de “Convenção da Mulher”, a qual constitui o primeiro tratado internacional que dispõe sobre os direitos humanos das mulheres. Entre suas principais disposições, estabelece:

Artigo 1º Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher independentemente de seu estado civil com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos: político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Importa frisar que essa Convenção pretende garantir o pleno desenvolvimento da mulher, ou seja possibilitar que esta goze deste e de todos os demais direitos humanos de forma não discriminatória. Não obstante, importante instrumento da convenção em questão (cujá sigla em inglês se diz CEDAW) é o Comitê para análise dos relatórios sobre a situação das mulheres, preparação das recomendações e consideração das comunicações sobre violações de direitos previstos no documento internacional.

No segundo momento, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também denominada Convenção de Belém do Pará, de 1994, que constitui importante marco para a prevenção de violências praticadas contra mulheres. Em seu artigo 4º, o texto elencou uma série de mecanismos a serem observados para evitar a violência em questão e, conseqüentemente, possibilitar o desenvolvimento feminino:

¹⁵ JAMARILLO, I. C. *La crítica feminista al derecho, estudio preliminar*. In.: WEST, R. *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo de Hombres Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniades/Instituto Pensar, 2000. p. 578.

Artigo 4º Toda mulher tem direito ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos. Estes direitos abrangem, entre outros:

- a. direito a que se respeite sua vida;
- b. direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral;
- c. direito à liberdade e à segurança pessoais;
- d. direito a não ser submetida a tortura;
- e. direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família;
- f. direito a igual proteção perante a lei e da lei;
- g. direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos;
- h. direito de livre associação;
- i. direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei; e
- j. direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões (OEA, 1994).

Em termos nacionais, a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), além de ser instrumento de combate e proteção à mulher vítima de violência doméstica, equiparou a figura feminina independentemente de raça, etnia, orientação sexual (BRASIL, 2006)¹⁶, dentre outras características inerentes à sua personalidade, claramente sob um viés interseccional, amplo e inclusivo. Já a Lei n. 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) vem qualificar o crime de homicídio quando cometido contra a mulher por razão de ser mulher (BRASIL, 2015)¹⁷.

O reflexo das normativas internacionais é patente na legislação interna, o que, por outro lado, está diretamente associado aos movimentos de luta e política pela garantia de direitos humanos. As discussões sobre o gênero sempre serão políticas, pois sua pauta está totalmente imbricada aos modelos patriarcais erigidos em diversas camadas sociais e efetivamente reverberada em todas elas.

Por muito tempo esse modelo permaneceu intocado e somente veio encontrar resistência, recentemente, nos últimos séculos, por meio das normas internacionais e nacionais; razão pela qual, as discussões de gênero e sua inserção nas normativas são fundamentais. Eis a justificativa da Agenda 2030 para tanto:

Alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas representará uma contribuição essencial para o progresso em todos os Objetivos e metas. Aproveitar o potencial humano pleno e alcançar o desenvolvimento sustentável não é possível se à metade da humanidade continuam a ser negados seus plenos direitos humanos e as oportunidades. Mulheres e meninas devem gozar de igualdade de acesso à educação de qualidade, aos recursos econômicos e à participação política, bem como de igualdade de oportunidades com os homens e meninos em termos de emprego, liderança e tomada de decisões em todos os níveis. Trabalharemos para um aumento significativo dos investimentos para superar o hiato de gênero e fortalecer o apoio a instituições em relação à igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres nos âmbitos global, regional e nacional. Todas as formas

¹⁶ Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

¹⁷ VI – contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

de discriminação e violência contra as mulheres e meninas serão eliminadas, inclusive por meio do engajamento de homens e meninos. A integração sistemática da perspectiva de gênero na implementação da Agenda é crucial.

A Agenda para o Desenvolvimento Sustentável espousa as normativas dispostas, entre diversos pontos de promoção da igualdade e proteção de direitos humanos das mulheres e o que se vislumbra, claramente, é que a garantia de tais direitos não ocorre sob uma ótica essencialista ou exclusivamente binária. A ideia da interseccionalidade vem justamente para ampliar a aplicação dos direitos a todas as mulheres e efetivamente combater e, no futuro, erradicar a desigualdade de gênero.

2. PARA ALÉM DE UM GÊNERO: AS IDENTIDADES TRANS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O tripé ambiental, social e econômico, trazido pela ideia desenvolvimentista, contém, dentre todas as suas nuances, a diretiva de que o direito humano ao desenvolvimento inclua todos, sem exceções. Como esta pesquisa trata especificamente da necessidade do alcance da igualdade de gênero, não é possível que o conceito de gênero seja compreendido segundo uma perspectiva essencialista e reducionista. Inclusive, Seymour¹⁸ defende meios para que as pessoas transgênero desenvolvam-se em sociedade, vivendo em harmonia – e não o contrário – com o meio ambiente na perspectiva da vivência de sua identidade.

Ainda, segundo Seymour¹⁹, além dos altos índices de violência contra as pessoas trans, sua vulnerabilidade estende-se a outras áreas da vida, relacionadas, por exemplo, ao trabalho, emprego, à moradia e à saúde. Para além da injustiça social, trata-se de uma injustiça ambiental (*environmental injustice*), cujo conceito amplo que abarca não apenas discussões voltadas ao ambiente, *lato sensu*, no qual pessoas vivem e trabalham. Assim, urge a necessidade de expandir tal compreensão de acordo com a justiça social, haja vista que as narrativas sobre as injustiças em questão relacionam-se ao meio ambiente amplo, refletindo a construção social e histórica que força a homofobia, a heteronormatividade e o heterossexismo.

Por isso, o desenvolvimento sustentável, na forma como está configurado para viabilizar a igualdade de gênero, não o fará sob o viés reducionista, pena de ofensa aos direitos humanos. Do mesmo modo, o conceito de gênero não se restringe às matrizes binárias estáticas e pré-discursivas, ou seja, não pode ser considerado apenas para incluir tão somente mulheres sob um viés biologicista. Costa e Campello²⁰ ensinam que o gênero é constituído sob a maneira de ser e não de acordo com padrões socialmente impostos. Butler²¹ é precursora desse mesmo raciocínio ao defender a construção do gênero com base em diversos padrões sociais performativos. Logo, é dizer que o gênero é pessoalmente estruturado conforme as exigências de cada espaço social, o qual condiciona a *performance* do indivíduo. Assim, é preciso atentar-se à evolução dos conceitos, especialmente aquele relacionado ao gênero que, atualmente, aporta em si diversas outras questões de identidade²².

¹⁸ SEYMOUR, N. "Transgenders environments". In: MACGREGOR, Sherelyn (ed.). *Routledge handbook of gender and environment*. New York: Routledge, 2017. p.253.

¹⁹ SEYMOUR, N. "Transgenders environments". In: MACGREGOR, Sherelyn (ed.). *Routledge handbook of gender and environment*. New York: Routledge, 2017. p. 258.

²⁰ OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W.; GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L. "Cultura e multiculturalismo: identidade LGBT, transexuais e questões de gênero". *Revista Jurídica*, v. 1, n. 46, 2017, p. 156-157.

²¹ BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Civilização Brasileira, 2005.

²² BERGER, A. E. "La "difference sexuelle" ou les fins d'un idiome: réflexion sur la théorie en traduction". *Revue Asylon(s)*, n. 7, 2009-2010.

Por isso Seymour²³ questiona a forma como será construído o ambiente sustentável para pessoas transexuais se em muitos casos elas ainda são vistas sob a ótica patologizante e transfóbica²⁴, e não de acordo com sua identidade de gênero. Isso significa que o gênero, dentro de uma ótica sustentável, deve ser entendido como identidade de gênero, o que possibilita a interpretação inclusiva e desvinculada de padrões sociais excludentes. Piovesan²⁵ alça o reconhecimento das identidades à essência dos direitos humanos:

O direito à igualdade material, o direito à diferença e o direito ao reconhecimento de identidades integram a essência dos direitos humanos, em sua dupla vocação em prol da afirmação da dignidade humana e da prevenção do sofrimento humano. A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, transitando-se da igualdade abstrata e geral para um conceito plural de dignidades concretas.

Desse modo, não apenas como objetivo de desenvolvimento, mas como forma de possibilitar a aplicabilidade dos direitos humanos e fazer valer o que determinam diversos documentos internacionais, a igualdade de gênero deve ser alcançada e garantida da maneira mais ampla e humana possível.

Portanto, tentar diminuir a vulnerabilidade e as desvantagens sofridas pela população de mulheres, assim como contemplar o seu papel para a configuração de um desenvolvimento sustentável, se apresenta como uma das tentativas de auxílio na reunião de esforços para a efetivação dos direitos fundamentais da mulher e do direito humano a um meio ambiente sustentável para as próximas gerações²⁶.

Assim, o desenvolvimento, entendido dentro do conceito de sustentabilidade para a obtenção de um progresso mundial e humanitário, deve contar com a aplicação dos direitos humanos na efetivação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para demonstrar a possibilidade de, por meio deles, realmente garantir a igualdade de gênero há muito idealizada e esperada por toda a humanidade. Por sua vez, essa igualdade não deve estar restrita ao conceito hétero, mas àquele que melhor abranja todas as identidades. Com efeito, a interseccionalidade é fundamental para a leitura deste tema.

A perspectiva interseccional busca apreender de que forma o gênero, em interação com classe, raça, etnicidade, religiosidade, entre outras categorias, gera subordinações e discriminações específicas para as diferentes mulheres. Gera-se, portanto, uma relação de complementaridade, de forma que “não é possível, portanto, analisar as violências de gênero contra as mulheres sem abordar o lugar dessas outras categorias sociais nas experiências das mulheres, em especial das mulheres negras, pobres, lésbicas e transexuais”²⁷.

²³ SEYMOUR, N. “Transgenders environments”. In: MACGREGOR, Sherelyn (ed.). *Routledge handbook of gender and environment*. New York: Routledge, 2017. p.260.

²⁴ Sentimento de aversão, de matriz preconceituosa, às pessoas transexuais.

²⁵ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Saraiva, 2018, p. 59.

²⁶ TREVISAM, E; OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W. “Desenvolvimento sustentável e igualdade de gênero: uma via de diferenciação”. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27: 2018: Porto Alegre, Brasil, p. 164.

²⁷ CIPRIANO FIRMINO, I. F.; CAMPOS LEITE, J. “As convenções internacionais de direitos humanos e a necessidade de uma abordagem interseccional de gênero”. In: SEVERI, Fabiana Cristina; ZACARIAS, Laysi da Silva (org.). *Direitos humanos das mulheres*. Ribeirão Preto: FDRP, 2017. p. 21.

Inclusive, sob o viés da interseccionalidade, os direitos humanos vêm sendo proclamados sob a ótica feminista, racial, LGBTQIA+, dentre outras. Portanto, é dizer que, na confecção da legislação de direitos humanos, é fundamental considerá-la sob o viés crítico e plural, diferente da ideia de direitos pautados em perspectivas eurocêtricas e machistas, haja vista que o viés interseccional resolve a problemática da igualdade formal, a qual garantia apenas a aplicação da norma de direitos humanos de igualdade, sem, contudo, considerar fatores sociais e históricos, o que, por conseguinte, perpetua as desigualdades na prática e suplanta a estrutura discriminatória.

Ademais, há uma relação direta entre a desigualdade de gênero e o racismo. A raça e o local na estrutura social do indivíduo servem como plano de fundo para que este desenvolva e expresse seu gênero e sexualidade. Em um país marcado pelo racismo e pela marginalização das populações negras, ser mulher negra encontra-se diante de inúmeras dificuldades, privações e violações superiores se comparado às mulheres brancas, havendo, desse modo, uma dupla invisibilização. Esse fenômeno ocorre também com outros grupos, a exemplo do LGBTQIA+. Logo, recortes raciais e de gênero, bem como a interação entre ambos, devem ser considerados na criação de políticas que considerem a necessidade de cada segmento social, em conformidade com sua vulnerabilidade.

Uma vez mais tratando sobre a paridade de gênero no Judiciário, bem como sobre a necessidade da interseccionalidade, Severi²⁸ faz a seguinte reflexão:

A questão da composição mais plural dos quadros profissionais é uma das condições importantes para a realização dos desafios acima apontados. Um Judiciário democrático envolve não apenas a diversidade no acesso à justiça, mas também que ele tenha uma composição que seja reflexo, o mais possível, da sociedade, em termos de diversidade de gênero, sexualidade, étnico-racial e de classe social.

Dita medida é coerente na ordem de combater o chamado racismo estrutural, instalado em camadas mais densas e, consequentemente, não atingido apenas por uma garantia de igualdade formal. Para tanto, a interseccionalidade constitui-se mecanismo providencial, inclusive para incluir a temática das identidades de gênero ao estudo, por meio da aplicação dos Princípios de Yogyakarta, os quais constituem normativa internacional protetiva sobre o tema. Malgrado não possuam força cogente, sua importância não pode ser minimizada justamente por serem o único documento sobre o tema. Logo em seu intróito é marcante a seguinte reflexão acerca da igualdade de gênero em face das identidades:

Notando que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência²⁹.

²⁸ SEVERI, F. C. "O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres". *Direito e Práxis*, v. 7, n. 1, p. 81-115, 2016, p. 106.

²⁹ OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W.; GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L. "Direitos humanos e solidariedade: a campanha Stop the Transpathologization". *Revista Jurídica Direito & Paz*, 2020, ano XIV, n. 43, p. 74.

Ademais, a temática do desenvolvimento está permeada em todo o documento mencionado, na forma como se demonstra quando se trata das medidas corretivas decorrentes de violação de direitos relacionados à identidade de gênero.

Toda pessoa vítima de uma violação de direitos humanos, inclusive violação por motivo de orientação sexual ou identidade de gênero, tem direito a recursos jurídicos eficazes, adequados e apropriados. As medidas adotadas com o objetivo de fornecer reparação a pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, ou de garantir o desenvolvimento apropriado dessas pessoas, constituem elementos essenciais do direito a recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes³⁰.

Sobre a consideração do ser humano segundo sua identidade e não outro aspecto, Jesus³¹ discorre:

Os corpos das pessoas trans são tutelados, quando se obriga que elas tenham passado por algum procedimento cirúrgico nos genitais para serem legalmente reconhecidas como homens ou mulheres. Ser mulher não depende de ter uma vagina, ser homem não depende de ter um pênis, esse debate não tem só a ver tão somente com pessoas trans, estamos refletindo sobre o que acreditamos que nos generifica, como seres humanos, o que redundará na garantia, ou não, de direitos. Sexo é um conceito de biologia, gênero é uma construção social. Costuma-se atribuir maior potência ao que é considerado biológico do que ao psicossocial, como se como nós pudéssemos existir em um mundo sem qualquer relação como a nossa base psicológica. Essa crença é falaciosa porque tudo o que vivemos e o modo como percebemos a realidade é, fundamentalmente, resultado de construtos biopsicossociais.

O gênero, portanto, é concebido a partir de uma construção social que, como tal, varia conforme cada local e segmento social. Em geral, como já ensinado, a formação identitária parte de escolhas performáticas estéticas e estilísticas que, uma vez supridas, equiparam o masculino e o feminino, seja transexual ou não³². Assim, o conceito de gênero, sob o viés homem e mulher heterossexuais, não se sustenta em um documento que pretende promover o direito humano ao desenvolvimento sustentável. Para que realmente ocorra, a interpretação do ODS 5 deve ocorrer do modo mais abrangente e de acordo com os direitos humanos aplicáveis.

A questão tem sido bastante lógica na medida que um direito humano não pode ser compreendido sob um viés excludente, a exemplo do caso brasileiro do julgamento das uniões homoafetivas. Nesse aspecto, inclusive, Bahia e Veichiatti³³ são argutos ao apontar que, se não há divergências entre as uniões heterossexuais e as uniões homoafetivas, a não consideração destas últimas afigura-se inconstitucional. O raciocínio é exatamente o mesmo para o caso da igualdade de gênero, caso não sejam abrangidas todas as formas de vivências identitárias.

³⁰ PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2007, Princípio 28. Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, de julho de 2007.

³¹ GOMES DE JESUS, J. "Operadores do direito no atendimento às pessoas trans". Revista Direito & Praxis, v. 7, n. 3, 2016, 547.

³² BENTO, B. "A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual". Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p. 228.

³³ MELO FRANCO BAHIA, A. G.; IOTTI VECHIATTI, P. R. "ADI n. 4.277: constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família". Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, 2013, p. 75.

Não obstante, em estudo realizado sobre a declaração elaborada na ECO 92, Peres e Costa³⁴ já haviam concluído que o conceito de gênero contido no Objetivo 20 deve ser interpretado à luz das identidades de gênero. Desta feita, como o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 5, mais atual, também aporta em seu conteúdo a busca pela igualdade de gênero, não há sentido que tal seja compreendida sob o aspecto essencialista para sua aplicação nos ordenamentos globais.

3. GREENING UNIVERSITÁRIO: UMA POSSIBILIDADE PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Zottis³⁵ define a sustentabilidade social como o conjunto de princípios éticos voltados ao respeito dos direitos humanos cujos objetivos pretendem encontrar práticas para o bem social, com a diminuição das desigualdades sociais, corrupção e violência. Partindo dessa análise, pontua que os valores éticos, culturais e ambientais permanecem pouco discutidos na sociedade moderna, os quais guiam uma nova racionalidade social, transformando nossos costumes e ações. A sociedade sustentável, nesse ponto, significa uma cultura de paz, reforçando a não violência e o respeito à liberdade e aos direitos fundamentais dos indivíduos por meio da educação, destacando aqui o papel da universidade como ambiente propício para o aprendizado e desenvolvimento de novas práticas sociais.

[...] junto com o ensino e pesquisa, a extensão constitui a terceira sustentação da universidade, que é a ação da universidade em benefício da sociedade. A sociedade torna-se o gerador dos temas de pesquisa e a extensão é o difusor do conhecimento construído a partir dos problemas oriundos da sociedade.

O desenvolvimento sustentável acontece tendo como determinantes algumas características que permitam sua abordagem de maneira transversa e complementar, de modo a agregar hipóteses e ferramentas de proteção que, embora direcionadas muitas vezes à abordagem singular, formam um conjunto que beneficia o coletivo, a exemplo da função atribuída aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

Diferentemente dos instrumentos ordinários à disposição do Direito Internacional Público, os ODS possuem, sobretudo, a função de guia para o alcance do desenvolvimento sustentável e do progresso humano por outras vias diretivas além das jurídicas, o que é possível a partir da implementação de ações que tenham por finalidade o atingimento desses objetivos, cabendo não apenas aos governos, mas às comunidades, incorporá-los e aplicá-los. Trata-se de uma função educadora e, também, estratégica, a exemplo do Objetivo 17³⁶, que preconiza a revitalização da parceria global para o desenvolvimento sustentável e o fortalecimento dos meios para sua implementação.

Portanto, é possível afirmar que o desenvolvimento sustentável possui um caráter cooperativo que se esteia nas proposições dos direitos humanos, cuja construção foi sendo direcionada a partir da alteração na compreensão de que o desenvolvimento tem como uma de suas forças motoras a cooperação entre os Estados e indivíduos. Trata-se, também, de um reflexo das três dimensões subjetivas daqueles direitos: liberdade, igualdade e, sobretudo, fraternidade, o que ecoa na nomenclatura dada ao Relatório Brundtland, *Our common future (Nosso futuro comum)*, a qual, por sua vez, enseja a principal diretriz da Agenda 2030: que nenhum indivíduo fique para trás.

Importante destacar que, para além de abarcar as dimensões subjetivas dos direitos humanos, a participação desses atores, na construção do desenvolvimento

³⁴ DA SILVA PERES, A C.; OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W. "Comentários ao Princípio 20 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente & Desenvolvimento". In: CALIXTO, Angela Junk (org.); CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (coord.). Meio ambiente & desenvolvimento: os 25 anos da Declaração do Rio de 1992.

³⁵ HARTMANN ZOTTIS, G. A. "Violência e desenvolvimento sustentável: o papel da universidade. *Saúde e Sociedade*", São Paulo, v. 17, n. 3, p. 33-41, set. 2008.

³⁶ Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

sustentável, reflete também o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, o qual privilegia a participação ativa dos indivíduos e os insere como parte do processo de desenvolvimento, e não como meros espectadores ou agentes passivos em detrimento dos sistemas governamentais que os representam. Tal premissa vai totalmente ao encontro da ideia dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

Norberto Bobbio³⁷ aponta que a medida da democracia está na capacidade de participação ativa de cada indivíduo. Mesmo posta como a soberania do povo ou a vontade da maioria, a democracia é, na verdade, a expressão da junção das individualidades e da vontade dos cidadãos, na medida em que estes devem ser considerados parte ativa e integrante dessa soberania para fazer valer seus direitos humanos.

As decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem. Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna. Isso pode soar mal para quem só consegue pensar a sociedade como um organismo; mas, quer isso agrade ou não, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos.

Contudo, não se trata de fomentar o pensamento hiperindividualista que se contrapõe à noção da sociedade como em partes de um organismo, mas de compreender que cada indivíduo tem a possibilidade ativa para contribuir com a construção do direito humano ao desenvolvimento sustentável, como aponta Piovesan³⁸, ao explicar que “a afirmação dos direitos humanos como tema global vem ainda acenar para a relação de interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos”.

Assim, compreende-se que a atuação dos indivíduos, organismos e instituições para o fomento do desenvolvimento é de extrema relevância, podendo ser feita em várias instâncias e *locus*, inclusive no âmbito da universidade. A esse deslocamento de protagonismo e inserção do desenvolvimento sustentável em diversas instâncias sociais chama-se *greening*.

O *greening*, ou esverdeamento, traduz-se em uma orientação, não se identificando como um termo que se encerra em uma definição em si. Trata-se de um conceito aberto que concatena tendências de inserção da sustentabilidade e defesa dos direitos humanos de cunho ambiental em hipóteses que não são claramente de direito ambiental, mas que o circundam e que, de forma complementar, são responsáveis por garantir os referidos direitos humanos³⁹.

Assim, o *greening* pode ser compreendido como a inserção dos objetivos de desenvolvimento sustentável e orientações de autonomia e participação ativa da comunidade para seu alcance, principalmente após o advento da Agenda 2030. O termo advém da jurisprudência decorrente do julgamento de casos dos sistemas jurídicos de proteção dos direitos humanos, inicialmente na área ambiental, quando ainda não havia positividade específica nesta área.

Isto porque a Convenção Americana de Direitos Humanos não trouxe em seu teor qualquer norma que tratasse de direitos humanos relacionados ao meio ambiente, o que ocorreu apenas em 1988, com o Protocolo Adicional à Convenção Sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, chamado Protocolo de San Salvador. Esse instrumento trouxe em seu artigo 11 o direito humano a um meio ambiente sadio, compreendendo, para fins da convenção, a dimensão destes na forma do meio

³⁷ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Campus; Elsevier, 2004, p. 47.

³⁸ PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Saraiva, 2018, p. 782.

³⁹ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.; DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. “O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. *Revista de Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-262, jun. 2013, p. 210.

ambiente sadio e de serviços públicos básicos, estabelecendo, ainda, como função do Estado sua realização⁴⁰.

Atualmente o *greening*, por meio de seu conceito e aplicação, desponta a interdependência dos direitos humanos, garantindo que sejam aplicados em diversas outras esferas mesmo que não haja necessariamente uma positivação específica sobre o tema, de acordo com o conceito em questão. Exemplo disso são os casos judiciais de exploração das terras indígenas julgados pela corte, como o *Caso Mercedes Julia Huentes Beroiza*, no Chile, o das *Comunidades Indígenas Maia de Toledo v. Belize* e o do *Povo Indígena Kichwa de Sarayacu e seus membros v. Equador*, lembrados por Mazzuoli e Teixeira (2013).

No que diz respeito ao acesso ao meio ambiente sadio, a técnica de proteção pela via reflexa foi utilizada no sistema interamericano pela primeira vez na Resolução n. 12/85, ou seja, em data anterior ao próprio Protocolo de San Salvador. Em 05 de março de 1985 a Comissão Interamericana de Direitos Humanos constatou que a construção de uma estrada que passava pelo território do povo yanomami estava violando vários pontos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no que diz respeito ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e ao direito à preservação da saúde e do bem-estar⁴¹.

Ademais, a questão do *greening* procura solucionar um ponto bastante emblemático do citado Protocolo de San Salvador, o qual, apesar de garantir o direito ao meio ambiente, não possibilitou sua proteção por petição individual. É dizer que as ofensas ao meio ambiente somente são protegidas quando há violação de outros direitos salvaguardados pela convenção⁴². Por essa razão, o esverdeamento dos direitos humanos possibilita a ampla proteção de todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais⁴³ a fim de que seja possível, no caso aqui estudado, implementar os objetivos de desenvolvimento sustentável em diversas questões sociais que clamam por um olhar interseccional.

O grande destaque à implementação dos direitos humanos por meio do *greening* vislumbra-se na medida da consequente possibilidade do desenvolvimento sustentável, compreendendo-se que não basta a busca pelo meio ambiente saudável sem que se acure o olhar a questões como a desigualdade de gênero e a desigualdade econômica. Em que pese esses pontos não estejam diretamente ligados à dimensão ecológica da proteção do meio ambiente, privilegiam pontos complementares, os quais, ao se esverdearem, contribuem para o desenvolvimento sustentável, a exemplo da intersecção entre meio ambiente e gênero, que aponta correlação direta entre o empoderamento e protagonismo feminino, a preservação ambiental e a difusão do consumo e produção sustentável^{44 45}.

Portanto, é possível concluir que o *greening* possui importante função de agregar o fator ambiental às demais áreas dos direitos humanos, por meio de diversos atores e *locus*. Dito fator não se relaciona apenas à questão natural, mas desloca todos os pontos

⁴⁰ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.; DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. "O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos". Revista de Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-262, jun. 2013, p. 210.

⁴¹ DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. "Proteção dos povos indígenas e tradicionais em casos de temática ambiental: uma ponte ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos". Revista Videre, Dourados, v. 7, n. 14, p. 25-37, mar. 2015, p. 29.

⁴² DIMURE BENDER D'AVILA, C. et al. "A proteção reflexa do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos". Revista IIDH, San José, v. 60, 2014, p. 21.

⁴³ DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.; DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. "O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos". Revista de Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-262, jun. 2013, p. 207.

⁴⁴ DANESHVAR HOSEINI, N. "Gender inequality and sustainable development". Oida International Journal of Sustainable Development, Ontario, v. 7, n. 7, p. 65-74, out. 2014.

⁴⁵ CHULU, J. *A feminist perspective that poverty is gendered: do women have lesser access to resources in comparison with men?* 2015.

sociais subjacentes à sustentabilidade, aqui tratando da implementação do desenvolvimento sustentável em diversas esferas por meio de seus objetivos.

É dizer que o *greening* culmina na inclusão social contida no ODS n. 10, o qual trata da redução das desigualdades e, no seu subitem 10.2 objetiva a efetiva inclusão social independentemente de idade, gênero, deficiência, raça, dentre outros. Desta forma, o conceito em questão permite a conjunção das diversas dimensões dos direitos humanos na aplicabilidade de temas sociais, a fim de alcançar o desenvolvimento em determinados pontos que possibilitem redução de desigualdades, por exemplo.

Também no campo educacional, o *greening* tem-se demonstrado como meio de promoção, por intermédio da educação em direitos humanos e para o desenvolvimento sustentável, da recolocação dos fatores naturais e da sustentabilidade na estrutura social. Hoffman e Muttarak⁴⁶ apontam a existência de correlação entre o nível de educação, em especial a de nível superior, e a adoção de comportamentos direcionados para a preservação ambiental, partindo da consideração de que, em sendo maior o nível de formação, maior a probabilidade de o indivíduo compreender a relevância do desenvolvimento sustentável, com destaque aos países em ascensão política, econômica e social.

Nesse ponto, com a adoção dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o ambiente universitário torna-se propício para a construção de uma educação sustentável em todos os seus níveis, discentes e docentes. Trata-se do *greening* universitário, aspecto do já citado esverdeamento dos direitos humanos, construído e aprimorado no seio das Instituições de Ensino Superior (IES), as quais adotarão, em seus contextos, meios para sua promoção.

Campello e Silveira⁴⁷ lembram que a inserção do trabalho em prol da defesa dos direitos humanos no âmbito do ensino superior se deu na década de 1970, no contexto da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que, malgrado não tenha disposto sobre o *greening*, correlacionou os fatores humanos aos naturais para sua tutela.

Foi, contudo, alguns anos depois, com a Declaração de Tbilisi (1977) e a Declaração de Halifax (1991), que a inserção da dimensão universitária do *greening* tomou forma e disseminou o papel das universidades na busca pelo desenvolvimento sustentável, o que se identifica nas diversas ferramentas e ações empreendidas no sentido de reafirmar o potencial e o papel de liderança das universidades na busca pelo desenvolvimento sustentável⁴⁸.

Hoffman e Muttarak⁴⁹ identificam na formação superior o ambiente propício à promoção de práticas sustentáveis. Por outro lado, a questão deve ser analisada sob ótica ampla, de modo que o *greening* universitário atinja todos que façam parte do âmbito estudantil. Nesse ponto, Campello e Silveira (2016) esposam da vertente que considera as Instituições de Ensino Superior como espaços de inserção do desenvolvimento sustentável também em suas estruturas, como a administração. Segundo apontam os autores:

Dito de outro modo, a visão da Educação para o Desenvolvimento Sustentável se apresenta mais ampla e abrangente do que a Educação sobre o Desenvolvimento Sustentável, a qual se refere à discussão teórica e a tomada de consciência a partir de dados sobre

⁴⁶ HOFFMANN, R.; MUTTARAK, R. "Greening through schooling: understanding the link between education and pro-environmental behavior in the Philippines". *Environmental Research Letters*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 02.

⁴⁷ GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L.; OLIVEIRA DA SILVEIRA, V. "Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o greening das universidades". *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 551.

⁴⁸ GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L.; OLIVEIRA DA SILVEIRA, V. "Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o greening das universidades". *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 549-572, maio/ago. 2016.

⁴⁹ HOFFMANN, R.; MUTTARAK, R. "Greening through schooling: understanding the link between education and pro-environmental behavior in the Philippines". *Environmental Research Letters*, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 07-08.

o desenvolvimento sustentável. A Educação para o Desenvolvimento Sustentável engloba tanto a parte teórica quanto uma atuação mais prática por intermédio de políticas, programas, processos e operações no *campus* universitário⁵⁰.

De fato, neste ponto há um verdadeiro desdobramento do *greening* universitário: um mais preocupado com a educação sobre desenvolvimento sustentável, com o intuito de pesquisa e conscientização de docentes e discentes, e outro comprometido com a modificação das estruturas universitárias sobre o tema. Nos dois casos os objetivos da Agenda 2030 atuam como diretivas fundamentais para o alcance dessa pretensão. Isso demonstra que a prática do esverdeamento dos direitos humanos, no âmbito das universidades, pode ocorrer de diversas formas, seja por meio de situações concretas de violações de direitos, seja para efetivamente modificar uma estrutura que contém em si práticas que não estão de acordo com o direito humano ao desenvolvimento e consequente obtenção da igualdade de gênero. É dizer que, se há uma norma de direito humano que garanta a igualdade entre homens e mulheres, a deflagração de atos que não coadunem com a norma constitui ofensa direta aos direitos humanos.

Assim, a implementação do *greening* universitário, por meio dos objetivos de desenvolvimento sustentável, vem corrigir a ofensa aos direitos humanos reforçados pela Agenda 2030. Por isso é importante refletir sobre a modificação das normas internas das universidades que não garantam em seu bojo a paridade entre homens e mulheres em seus órgãos colegiados, os quais têm como função garantir o bom funcionamento dos projetos didático-pedagógicos que desenvolvem ações diretamente ligadas ao tripé do ensino universitário, promovendo o ensino, a pesquisa e a extensão no âmbito de cada um dos cursos de graduação e pós-graduação, seja de forma direta, com a aprovação dos projetos pedagógicos do curso, ou indireta, com a submissão ao colegiado de questões referentes aos demais processos.

Por essa razão, é imperioso que haja representatividade na composição do órgão, de modo a abranger docentes e discentes. Dita representatividade, entretanto, deve ser considerada em termos amplos e inclusivos, a fim de que o gênero feminino abranja a identidade de gênero feminina, tal como abordado na análise do ODS 5, que possibilita o desenvolvimento sustentável da instituição por meio do *greening* universitário. Isto porque o espaço administrativo acadêmico desempenha papel decisivo à boa administração e, por isso, necessita ser ambiente plural e representativo a ponto de influenciar todas as demais composições e assim garantir o acesso aos direitos humanos.

A relevância do órgão colegiado do curso diz respeito a sua competência, que abrange o desenvolvimento e o aprimoramento das atividades didático-pedagógicas daquele, promovendo, ainda, o atendimento e auxílio ao discente, sendo responsável por apreciar questões referentes ao processo de ensino. O modo como esses órgãos são formados envolve a realização de um sistema eletivo.

Referido órgão tem como função garantir o bom funcionamento dos projetos didático-pedagógicos que desenvolvem ações diretamente ligadas ao tripé do ensino universitário, promovendo o ensino, a pesquisa e a extensão no âmbito de cada um dos cursos de graduação e pós-graduação, seja de forma direta, com a aprovação dos projetos pedagógicos do curso, ou indireta, com a submissão ao colegiado de questões referentes aos demais processos.

A ausência de representatividade é reflexo da estrutura machista discutida neste trabalho e contrária ao direito humano à igualdade de gênero que se insurge por meio da implementação do desenvolvimento sustentável em todos os espaços. Logo, não é possível falar em desenvolvimento sem o empoderamento das identidades femininas.

Na esteira do que leciona Araújo (2001), a inserção da igualdade de gênero em cargos eletivos têm, historicamente, duas grandes vertentes: na primeira, sendo a adotada pelo Brasil, conforme norma a seguir disposta, reservam-se cotas partidárias para

⁵⁰ GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L.; OLIVEIRA DA SILVEIRA, V. “Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o *greening* das universidades”. Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 549-572, maio/ago. 2016, p. 564.

mulheres postulantes a cargos políticos, havendo a exigência de uma quantidade mínima; na segunda, pouco abrangente em análise aos sistemas democráticos liberais, há a utilização de uma reserva mínima de cargos que deverão obrigatoriamente ser ocupados por mulheres.

Art. 10. Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: [...]

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (BRASIL, 1997).

Muito embora o texto legal utilize o termo "sexo", a atualidade jurídica não permite uma leitura restritiva e reducionista, de forma que devem ser consideradas as identidades de gênero femininas na norma. Justamente por isso, o Tribunal Superior Eleitoral, ao ser demandado na Consulta n. 0604054-58.2017.6.00.0000 (BRASIL, TSE, 2018) decidiu pelo não reducionismo da hipótese legal ao sexo biológico, devendo ser consideradas, para efeitos dos 30%, mulheres transgênero, transexuais e travestis, estabelecendo, ainda, a possibilidade de utilização dos nomes sociais dessas candidatas nas urnas.

Dessa forma, a decisão do Tribunal Superior Eleitoral vem para sedimentar todo o esforço teórico desta pesquisa, a fim de que a promoção da igualdade de gênero esteja em conformidade com os direitos humanos, para que, realmente, seja possível tratar de desenvolvimento sustentável. Outrossim, é importante observar a garantia do percentual mínimo para as candidaturas, mesmo que, eventualmente, essa disposição seja objeto de fraudes eleitorais, pois a norma, antes de mais nada, empodera e incentiva as mulheres, de modo que sua aplicabilidade tem efeito jurídico e, sobretudo, social.

Seguindo o objetivo da pesquisa, a título de exemplificação analisaram-se as normativas da Universidade de São Paulo - USP, de formação dos autores da pesquisa, por meio das quais constatando que tanto em seu Regimento Geral (Resolução n. 3745/1990), como as normas relativas à pós-graduação (Resolução n. 7493/2018) e da graduação (Resolução n. 7817/2019), não garantiam critérios relativos à representatividade de gênero na composição de seus quadros quando tratavam dos requisitos eletivos para os colegiados (artigo 215 e seguintes do Regimento Geral).

Especificamente em atenção às normativas aplicáveis à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, pela Resolução n. 5377/2006 tampouco havia norma que estabelecesse equidade de gênero nas composições colegiadas ou mesmo suas congregações, até que, recentemente o quadro em questão passou a ser repensado e modificado em sua estrutura.

Assim, mais recentemente, no ano de 2020, a Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, em seu item IV (Resolução n. 7920/2020) regulamentou a formação das bancas de dissertações e teses, estabelecendo que tais, em sua composição, respeitem a paridade de gênero e ampliem a diversidade entre seus integrantes:

IV – NÚMERO DE MEMBROS COMPONENTES DAS COMISSÕES JULGADORAS DE DISSERTAÇÕES E TESES.

IV.1 As Comissões Julgadoras serão constituídas:

[...]

Parágrafo único – As comissões julgadoras serão compostas com vistas à paridade de gênero e à ampliação de diversidade entre os integrantes.

Ademais, mais adiante no mesmo ano, a Pró-Reitoria de Pós-Graduação, por meio da Circular n. 97/2020, inovou a situação da equidade de gênero na Universidade de acordo com imperativos sustentáveis, recomendando aos Programas de Pós-Graduação a sensibilização sobre as composições em seus quadros em termos de equidade de gênero,

raça, diversidade, dentre outros marcadores sociais, sendo este ponto que mais se aproxima da hipótese da pesquisa desenvolvida neste artigo.

Em suas razões de recomendar, o referido documento cita diversos dispositivos aqui trabalhados, a exemplo da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Constituição Federal de 1988, mas cabe destacar dois de seus “considerandos”, bem como o teor da recomendação:

CONSIDERANDO o esforço da Universidade de São Paulo em contribuir com o alcance do 5º Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (alcançar a igualdade de gênero), presente na Agenda 2030, por meio de compromissos concretos e ações sistemáticas para eliminar as desigualdades de gênero;

CONSIDERANDO as evidências científicas sobre a existência de inúmeros desafios para a participação, a visibilidade e o reconhecimento das mulheres na produção científica e nas instituições brasileiras de modo paritário e livre de discriminações, bem como as dificuldades de acesso, permanência e avanço das mulheres em áreas e carreiras nas quais estão subrepresentadas;

[...]

A PRPG recomenda, sempre que possível, que as Comissões de Pós-Graduação considerem: I – a paridade de gênero na composição das comissões julgadoras das defesas de Dissertações e Teses. II – a ampliação da diversidade étnico-racial e a inclusão de pessoas com deficiência na composição das comissões julgadoras das defesas de Dissertações e Teses. III – a sensibilização de docentes, discentes e funcionários dos PPGs sobre as temáticas de gênero, raça-etnia, deficiência e direitos humanos. IV – a realização, de modo sistemático, de diagnósticos sobre a composição de gênero, raça, etnia, deficiência e outros marcadores sociais, nos diferentes segmentos que formam os PPGs.

As normativas e diretrizes mencionadas dentro de um critério evolutivo demonstram que a Universidade em questão vem se atentando para a necessidade da implementação dos objetivos para o desenvolvimento sustentável com vistas a garantir, por meio deles, a modificação de sua estrutura, para a promoção da igualdade de gênero. Ademais, em atenção às normativas necessárias ao respeito a este direito humano tão caro, a Instituição tem convidado seus membros à reflexão sobre o tema das representatividades em seus âmbitos, o que espoca diretamente a proposta desta pesquisa.

Isto porque, é imperioso que haja representatividade na composição do órgão colegiado e congêneres, abrangendo docentes e discentes dentro de um critério amplo de paridade de gênero, que abarque as identidades de gênero, alterando-se realmente a estrutura da norma tendo como paradigma a legislação eleitoral brasileira, com a representatividade mínima de 30% (trinta por cento) de identidades de gênero femininas, modificando-se a norma atinente aos requisitos para composição dos órgãos, a qual poderá ser utilizada posteriormente como parâmetro nacional.

A proposta de modificação normativa vem ao encontro da previsão constitucional sobre o alcance da igualdade de gênero prevista no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), estando, portanto, em consonância com os instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e, por fim, de acordo com os ditames da Agenda 2030, direcionando esforços ao cumprimento do ODS 5 e suas respectivas diretivas, a exemplo da 5.c, que pretende adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas, em todos os níveis. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), adequando o caso à realidade brasileira, apontou todas as necessidades discutidas nesta pesquisa com o fito de alcançar a igualdade de gênero e possibilitar o desenvolvimento sustentável.

Adotar e fortalecer políticas públicas e legislação que visem à promoção da igualdade de gênero e ao empoderamento de todas as mulheres e meninas, bem como promover mecanismos para sua efetivação – em todos os níveis federativos – nas suas intersecções com raça, etnia, idade, deficiência, orientação sexual, identidade de gênero, territorialidade, cultura, religião e nacionalidade, em especial para as mulheres do campo, da floresta, das águas e das periferias urbanas.

Trata-se da qualificação das ações tendentes ao cumprimento do ODS 5, com a consideração da paridade em todos os níveis federativos, abrangendo-se, portanto, a possibilidade de inserção de propostas como a garantia de reserva de vagas nos Colegiados universitários, utilizando-se a norma eleitoral como parâmetro. Assim, a alteração legislativa proposta por meio do *greening* universitário coaduna diretamente a garantia da igualdade de gênero de acordo com as diretivas dos direitos humanos e possibilita realmente o alcance do desenvolvimento sustentável.

CONCLUSÃO

A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável tem o objetivo de reafirmar diversos direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões e, em seus objetivos e diretivas, aporta meios de consecução desses direitos e formas de implementá-los. Esta pesquisa debruçou-se sobre o Objetivo n. 05 que trata sobre a igualdade de gênero e empoderamento de mulheres e meninas. Na forma do esboço teórico sobre o tema, tem-se ampla pesquisa na temática da igualdade de gênero e normas nesse sentido que apontam a existência da igualdade formal que pretende viabilizar a igualdade material. As ofensas aos direitos das mulheres estão setorizadas em uma dinâmica estrutural machista que reverbera em diversos pontos. Por isso, o Objetivo em estudo pretende abranger, por meio de suas diversas orientações, o maior número de violações dos direitos das mulheres e suas respectivas soluções.

Ademais, a pesquisa aponta para que o termo “gênero” não seja compreendido sob um viés puramente biológico e restritivo, mas de modo a abranger todas as identidades de gênero, ou seja, as mulheres trans. Os direitos humanos identitários não coadunam com a leitura essencialista do termo “gênero feminino”, devendo ser possibilitada sua aplicabilidade de forma mais ampla, à luz da leitura mais inclusiva e de acordo com os direitos, internacionais e nacionais, mais atuais sobre o tema, com destaque à importância dos Princípios de Yogyakarta para esse fim.

Nesse passo, tendo o ponto identitário em foco, são diversos os meios para garantir a igualdade entre homem e mulher e o empoderamento de meninas e mulheres, por intermédio do desenvolvimento sustentável, tendo esta pesquisa se debruçado ao seu alcance pela alteração normativa das universidades a fim de que haja uma garantia mínima de quantitativo feminino nas composições dos colegiados, utilizando-se a norma da Universidade de São Paulo - USP como paradigma, que vem apresentando evolução sobre o tema, além do teor da legislação eleitoral brasileira como exemplo da modificação do quantitativo mínimo de cargos de acordo com as identidades de gênero femininas.

O *greening* universitário significa justamente o esverdeamento dos direitos humanos, ou seja, a incrementação dos ideais ambientais, estes não necessariamente ligados à natureza, à aplicabilidade dos direitos humanos em qualquer esfera social, sendo certo que o desenvolvimento sustentável se enquadra nesse conceito. O *greening*, no viés universitário, pode significar tanto a educação no tema quanto a efetiva proposta de modificação estrutural, como a que foi aprofundada nesta pesquisa por meio da proposta de norma que garanta percentual mínimo feminino, de acordo com as identidades de gênero, nos colegiados universitários, minimizando as ofensas aos direitos humanos e garantindo ainda o desenvolvimento sustentável.

Referências

- ARAUJO, C. "As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais". Dados, Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 ago. 2020.
- MELO FRANCO BAHIA, A. G.; IOTTI VECHIATTI, P. R. "ADI n. 4.277: constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família". Revista Direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a04v9n1.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.
- BENTO, B. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.
- BERGER, A. E. "La "difference sexuelle" ou les fins d'un idiome: réflexion sur la théorie en traduction". Jul. 2010. Revue Asylon(s), n. 7, 2009-2010. Disponível em: <https://www.reseau-terra.eu/article942.html>. Acesso em: 8 ago. 2020.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. São Paulo: Campus; Elsevier, 2004.
- BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Presidência da República, 6 nov. 1992c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 28 fev. 2020.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 maio 2019.
- BRASIL. GOVERNO FEDERAL. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável [S. d.]. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 5 set. 2020.
- BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, [...]. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 8 ago. 2006.
- BRASIL. Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 10 mar. 2015.
- BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: <https://diorc.ufms.br/resolucao-no-502012/>. Acesso em: 10 out. 2020.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Brasil_Amigo_Pesso_Idosa/Agenda2030.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – TSE. Consulta n. 0604054-58.2017.6.00. Brasília, DF, 2018. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 21 mar. 2018.
- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Resolução n. 3745, de 19 de outubro de 1990. Baixa o Regimento Geral da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=consolidada-resolucao-no-3745-de-19-de-outubro-de-1990>. Acesso em 9 jul. 2021.
- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Resolução n. 7493, de 27 de março de 2018. Baixa o Regimento da Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7493-de-27-de-marco-de-2018>. Acesso em 9 jul. 2021.

- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Resolução n. 7817, de 30 de agosto de 2019. Baixa o Regimento de Graduação da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-7817-de-30-de-agosto-de-2019>>. Acesso em 9 jul. 2021.
- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Resolução n. 5377, de 05 de dezembro de 2006. Baixa o Regimento da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=consolidada-resolucao-no-5377-de-05-de-dezembro-de-2006>>. Acesso em 16 jul. 2021.
- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Resolução n. 7920, de 19 de fevereiro de 2020. Baixa o Novo Regimento da Comissão de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-copgr-no-7920-de-19-de-fevereiro-de-2020>>. Acesso em 16 jul. 2021.
- BRASIL. Universidade de São Paulo - USP. Circular n. 97, de 23 de dezembro de 2020 da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.prpg.usp.br/attachments/article/6404/Circular_CoPGr_97_2020_Equidade.pdf>. Acesso em 16 jul. 2021.
- BUTLER, J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L.; OLIVEIRA DA SILVEIRA, V. "Educação para o desenvolvimento sustentável (EDS) e o greening das universidades". Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 549-572, maio/ago. 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9053>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- CHULU, J. *A feminist perspective that poverty is gendered: do women have lesser access to resources in comparison with men?* 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2663381> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2663381>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- CONVENÇÃO SOBRE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – CEDAW, 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.
- OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W.; GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L. "Cultura e multiculturalismo: identidade LGBT, transexuais e questões de gênero". Revista Jurídica, Curitiba, v. 1, n. 46, p. 146-163, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2003/1284>. Acesso em: 17 ago. 2017.
- OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W.; GAIGHER BOSIO CAMPELLO, L. "Direitos humanos e solidariedade: a campanha Stop the Transpathologization". Revista Jurídica Direito & Paz, 2020, ano XIV, n. 43. Disponível em: <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1123/539>. Acesso em: 3 jan. 2021.
- DIMURE BENDER D'ÁVILA, C. et al. "A proteção reflexa do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos". Revista IIDH, San José, v. 60, 2014, p. 11-38. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34017.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- CIPRIANO FIRMINO, I. F.; CAMPOS LEITE, J. "As convenções internacionais de direitos humanos e a necessidade de uma abordagem interseccional de gênero". In: SEVERI, Fabiana Cristina; ZACARIAS, Laysi da Silva (org.). Direitos humanos das mulheres. Ribeirão Preto: FDRP, 2017. p. 21-28.
- HOFFMANN, R.; MUTTARAK, R. "Greening through schooling: understanding the link between education and pro-environmental behavior in the Philippines". Environmental Research Letters, [s. l.], v. 15, n. 1, p. 1-15, 14 jan. 2020. Disponível em: <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/ab5ea0/pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- DANESHVAR HOSEINI, N. "Gender inequality and sustainable development". Oida International Journal of Sustainable Development, Ontario, v. 7, n. 7, p. 65-74, out. 2014. Disponível em:

- https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504217. Acesso em: 16 ago. 2020.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. Cadernos ODS: ODS 5 – Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas. Brasília: IPE, 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9378/1/Cadernos_ODS_Objetivo_5_%20Alcan%C3%A7ar%20a%20Igualdade%20de%20G%C3%AAnero%20e%20Empoderar%20Todas%20as%20Mulheres%20e%20Meninas.pdf. Acesso em: 10 dez. 2020.
- JAMARILLO, I. C. “La crítica feminista al derecho, estudio preliminar”. In.: WEST, R. Género y teoría del derecho. Bogotá: Siglo de Hombres Editores/Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes/Ediciones Uniades/Instituto Pensar, 2000. p. 27-66.
- GOMES DE JESUS, J. “Operadores do direito no atendimento às pessoas trans”. Revista Direito & Praxis, v. 7, n. 3, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25377/18211>. Acesso em: 9 jan. 2021.
- KINGDON, J. *Agendas, alternatives and public policies*. London: Pearson Education, 2014.
- DE OLIVEIRA MAZZUOLI, V.; DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. “O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”. Revista de Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 199-262, jun. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO (OM). 2000. Disponível em: <http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>. Acesso em: 23 set. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração e plataforma de ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 31 jul. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório Brundtland, 1987. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 24 set. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra A Mulher. Belém, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.
- DA SILVA PERES, A. C.; OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W. “Comentários ao Princípio 20 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente & Desenvolvimento”. In: CALIXTO, Angela Junk (org.); CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (coord.). Meio ambiente & desenvolvimento: os 25 anos da Declaração do Rio de 1992. Disponível em: https://www.academia.edu/37366502/MeioAmbiente_and_Desenvolvimento_Os_25_anos_da_Declara%C3%A7%C3%A3o_do_Rio_de_1992. Acesso em: 31 jul. 2019.
- PIOVESAN, F. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero, de julho de 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 19 nov. 2020.

- ROMA, J. C. "Os objetivos de desenvolvimento do milênio e sua transição para os objetivos de desenvolvimento sustentável". *Cienc. Cult.*, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 33-39, jan. 2019. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252019000100011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 ago. 2020.
- SCOTT, J. "Gênero: uma categoria útil para análise histórica", 1989. [Título original: Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history.] Tradução de Christiane Rufino Dabat e Marina Betânia Ávila. New York: Columbia University Press. 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 19 ago. 2020.
- SCOTT, J. "O enigma da igualdade". *Estudos Feministas*, Florianópolis, n. 13, v. 1, p. 11-30, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a02v13n1.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- SEVERI, F. C. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e a domesticação da Lei Maria da Penha: elementos do projeto jurídico feminista no Brasil*. 2017. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/107/tde-22062017-093152/pt-br.php>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- SEVERI, F. C. "O gênero da justiça e a problemática da efetivação dos direitos humanos das mulheres". *Direito e Praxis*, v. 7, n. 1, p. 81-115, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/issue/view/1206/showToc>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- SEYMOUR, N. "Transgenders environments". In: MACGREGOR, Sherelyn (ed.). *Routledge handbook of gender and environment*. New York: Routledge, 2017. p. 253-269.
- DE FARIA MOREIRA TEIXEIRA, G. "Proteção dos povos indígenas e tradicionais em casos de temática ambiental: uma ponte ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Revista Videre*, Dourados, v. 7, n. 14, p. 25-37, mar. 2015. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/3876>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- TREVISAN, E.; OLIVEIRA DE SOUZA DOS ANJOS COSTA, W. "Desenvolvimento sustentável e igualdade de gênero: uma via se diferenciações". In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27: 2018: Porto Alegre, Brasil, p. 155-172. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/4231mlz8/F04SIA9VSyOHo6fR.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.
- UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 9 set. 2017.
- HARTMANN ZOTTIS, G. A. "Violência e desenvolvimento sustentável: o papel da universidade". *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 33-41, set. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000300005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 1 set. 2020.

Legítima defensa y violencia de género en situaciones no confrontacionales. Un estudio de la doctrina y la jurisprudencia argentina ¹

Legitimate defense in cases of gender violence. a study of argentine doctrine and jurisprudence

Hernán Herrera²

Manuel Francisco Serrano³

Daniel Gustavo Gorra⁴

Universidad Nacional de San Luis (Argentina)

Sumario: 1. Introducción. 2. La violencia de género y su abordaje jurídico-institucional. 3. Legislación protectoria en Argentina y a nivel Internacional. 4. La violencia de género como una forma de tortura. 5. La legítima defensa en los casos de violencia de género. 5.1 Agresión ilegítima. 5.1.1 Actualidad de la agresión. 5.1.2 Inminencia de la agresión. 5.1.3 Agresión incesante. 5.1.4 Agresión que ya ha cesado. 5.2 La necesidad racional del medio empleado. 5.3 Falta de provocación. 5.4 La falta de voluntad de defensa (aspecto subjetivo). 6. Conclusiones

Resumen: Nuestro propósito es describir la aplicación de la legítima defensa en las denominadas *situaciones no confrontacionales*. Para ello, en primer lugar conceptualizaremos la violencia de género como aquella que se ejerce sobre la mujer, por su condición de tal y describiremos la ausencia por parte de los tribunales en la identificación de esta problemática. En segundo lugar, analizaremos la recepción de la legislación argentina e internacional sobre el tratamiento de la violencia de género y las recomendaciones y criterios a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley penal. Por último, expondremos el tratamiento de la legítima defensa en contextos de violencia de género analizando cada uno de sus elementos. Nuestras conclusiones se centrarán en necesidad de abordar las situaciones de violencia de género tomando como base las normativas internacionales para la aplicación de la legítima defensa en las situaciones no confrontacionales.

Palabras claves: Legítima defensa, Perspectiva de género, Argentina

Abstract: Our purpose is to describe the application of legitimate defense in so-called non-confrontational situations. To do this, we will conceptualize gender violence as that which against women, due to their condition as such, and we will describe the absence by the courts in the identification of this problem. Second, we

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación Consolidado "15-0120 Derecho y lenguaje: delimitación y alcance de los criterios judiciales" UNSL – CyT.

² Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Magister en Derecho Penal (Universidad de Sevilla), Profesor Adjunto de Derecho Penal I - Parte General (Universidad Nacional de San Luis), Juez Interino de la Cámara de Apelaciones en lo Penal y Correccional N° 1 de la Segunda Circunscripción Judicial de San Luis.

³ Abogado (Universidad Nacional de San Luis), Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Ayudante docente en Ética (Universidad Nacional de San Luis), becario del Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas (CONICET).

⁴ Abogado (Universidad Católica de Cuyo), Magíster en Criminología (Universidad de Mendoza), Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo), Profesor de Filosofía de Derecho (Universidad Nacional de San Luis).

will analyze the reception of Argentine and international legislation on the treatment of gender violence and the recommendations and criteria to take into account when interpreting and applying criminal law. Finally, we will present the treatment of legitimate defense in contexts of gender violence, analyzing each of its elements. Our conclusions will focus on the need to address situations of gender violence based on international regulations for the application of legitimate defense in non-confrontational situations.

Keywords: Legitimate defense, Gender perspective, Argentina

1. Introducción

En la actualidad la problemática sobre violencia de género ha abierto espacios de debate en diferentes áreas del derecho. En particular, el derecho penal es uno de los ámbitos donde más ha repercutido. A partir de la redefinición de algunos institutos, conceptos y categorías, la violencia de género se incorpora como una especie de "criterio evaluativo" o elemento a tener presente para la aplicación de la ley penal en determinadas circunstancias. Por ejemplo, las causas de justificación se están evaluando con eje en la violencia de género de acuerdo al caso particular. En efecto, la legítima defensa ha comenzado a redefinirse a partir de situaciones de contexto de violencia de género. Así, en algunos casos, aunque se den los elementos formales para su aplicación, esta se rechaza - siendo una víctima mujer -, o bien, cuando ante la ausencia de estos elementos la causa de justificación se aplica siendo una mujer la imputada. En ambos casos - su rechazo o procedencia - se ha argumentado sobre la base de tratarse de contextos de violencia de género.

Al respecto, nuestro propósito es describir la aplicación de la legítima defensa en las denominadas *situaciones no confrontacionales*. Estas se caracterizan por el hecho de que se ejercen en un momento en el cual el hombre violento no se encuentra realizando un acto de violencia en concreto. Ejemplos de estas situaciones son aquellas en la que la mujer asesina a su pareja violenta mientras duerme o se encuentra distraído. Para realizar esta tarea, en primer lugar conceptualizaremos la violencia de género como aquella que se ejerce sobre la mujer, por su condición de tal y describiremos la ausencia por parte de los tribunales en la identificación de esta problemática. En segundo lugar, analizaremos la recepción de la legislación argentina e internacional sobre el tratamiento de la violencia de género y las recomendaciones y criterios a tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar la ley penal. En este sentido, abordaremos el tratamiento que en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido la violencia de género, en particular, que ha sido reconocida como una forma de tortura y cómo las situaciones de vulnerabilidad y agresiones de todo tipo deben tenerse presente para la procedencia o rechazo de la legítima defensa. Por último, expondremos el tratamiento de la legítima defensa en contextos de violencia de género analizando cada uno de los elementos (agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de voluntad de defensa). Nuestras conclusiones se centrarán en necesidad de abordar las situaciones de violencia de género tomando como base las normativas internacionales para la aplicación de la legítima defensa en las situaciones no confrontacionales.

2. La violencia de género y su abordaje jurídico-institucional

Cuando hablamos de *violencia de género* nos referimos al tipo de violencia que se ejerce sobre la mujer por el sólo hecho de ser mujer. Debe destacarse que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica, ni doméstica, sino de género. Aquí no nos hallamos ante una forma de violencia individual, que se ejerce en el ámbito familiar o de pareja, sino que obedece a un contexto de discriminación

que tiene su origen en una estructura social patriarcal⁵. De esta manera, el género es producto de un proceso de construcción social según el cual se le atribuyen expectativas y valores diferenciados a los varones y las mujeres⁶. Así, mientras los valores propios de los varones se refieren a la racionalidad, la fortaleza, el liderazgo; los de las mujeres hacen referencia a la sensibilidad, la maternidad, la atracción sexual, generando que las expectativas de estas últimas se dirijan a ser esposa y madre. Aunque la mujer sea una profesional o asalariada, su rol de madre, esposa o atractiva no se deja de lado.

Siguiendo este razonamiento María Luisa Maqueda Abreu ha sostenido que:

Fruto de ese aprendizaje cultural de signo machista, unos y otras exhiben los roles e identidades que le han sido asignados bajo la etiqueta del género. De ahí, la prepotencia de lo masculino y la subalternidad de lo femenino. Son los ingredientes esenciales de ese orden simbólico que define las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, origen de la violencia de género [...] Esa explicación de la violencia contra las mujeres en clave cultural, no biológica, es la que define la perspectiva de género⁷.

En este sentido, a la teoría feminista se le debe el gran mérito de definir la violencia de género en términos estructurales, como un problema vinculado a la forma no equitativa en que se han construido en la sociedad las relaciones entre los sexos, destacándose que se trata de una situación de discriminación, derivada de la posición subordinada y dependiente que el patriarcado reserva a las mujeres limitándolas en sus posibilidades de autonomía⁸. La violencia de género aparece así como una manifestación de la opresión de las mujeres en la sociedad.

La doctrina⁹ y jurisprudencia internacional¹⁰ afirman que la violencia de género contra las mujeres debe ser considerada una grave violación a los derechos humanos porque esta vulnera la dignidad, la integridad y la seguridad de las mujeres y porque también debe ser leída en cuanto discriminación a las mujeres como colectivo, dado que este tipo de violencia es funcional al posicionamiento de las mujeres en un lugar de subordinación e inferioridad respecto de los varones¹¹.

⁵ COMAS DE ARGEMIR CENDRÁ, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *La violencia de género: política criminal y ley penal. Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, España, 2005, pp. 1204 y 1205.

⁶ BERGALLI, R. y BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, p. 53.

⁷ MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08.

⁸ Tal discriminación resulta estructural, dado que se manifiesta de modo ostensible en las distintas pautas de comportamiento social y en las relaciones interpersonales. Por eso, cuando se habla de la violencia de género como una forma de discriminación de las mujeres el punto de referencia "no es el acto concreto de un sujeto individual sino la propia estructura patriarcal que constriñe la libertad de las mujeres y las relega a roles secundarios y siempre dependientes". LAURENZO COPELLO, P., "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 783 – 830.

⁹ En este sentido se han expresado DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio: la legítima defensa en contextos de violencia doméstica", en *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 6, número 17, 2016, pp. 52; RODRIGUEZ, M. J. F., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México D.F., 2011, p. 10.

¹⁰ Siguiendo esta postura se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes casos: "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú", Sentencia del 25 de noviembre de 2006, párr. 303; "Fernández Ortega y otros Vs. México", Sentencia del 30 de agosto de 2010, párr. 118; "Rosendo Cantú y otra Vs. México", Sentencia del 31 de agosto de 2010, párr. 108; "Espinoza González Vs. Perú", Sentencia del 20 de noviembre de 2014.

¹¹ DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio...", ob. cit., p. 54.

Si bien es cierto que la privacidad doméstica o familiar constituye el ámbito más propicio¹² para la violencia de género, toda vez que es donde se configura el ejercicio de las relaciones de dominio propias de la violencia de género; esto no permite restringir el concepto de *violencia de género* a un ámbito tan reducido como es el hogar. En primer lugar, porque la violencia de género obedece a una estructura patriarcal que ubica a la mujer en una posición de inferioridad y subordinación con respecto al hombre. En segundo lugar – y vinculado con las normas jurídicas que regulan este asunto – es que tal reducción no se encuentra prevista en ninguna normativa de orden supranacional que aborda esta problemática¹³.

Así, Maqueda Abreu sostiene que ambas:

[s]on situaciones de riesgo no ya sólo por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, sobre todo, porque constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer los clásicos valores de subjetividad, cuidado y subordinación a la autoridad masculina¹⁴.

Los relatos de los casos de violencia contra las mujeres son más crudos cuando se refieren a los infructuosos intentos de obtener ayuda de la policía o a las malogradas procesiones por los tribunales¹⁵. Lo cierto es que la mujer es víctima de violencia en un porcentaje sumamente superior que el hombre, pues debe considerarse la cifra oculta de la criminalidad que las investigaciones oficiales no relevan. Como si fuera poco, la realidad nos demuestra que -en la República Argentina- aún con la sanción y funcionamiento de la Ley Nº 27.499 que establece la "Capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación" (artículo 1), los operadores siguen tratando a la violencia contra las mujeres como un problema menor - hecho evidenciado por el acelerado trámite de las actuaciones hacia el archivo - y con un manifiesto sesgo de género.

En este sentido, las diferentes resoluciones de los magistrados que omiten condenar la violencia contra las mujeres no sólo envían un mensaje a la sociedad acerca de qué es lo permitido y lo prohibido dentro del marco de las relaciones familiares, sino que también refuerzan la concepción cultural de la familia como un ente ideal libre de violencia¹⁶. Esta situación da cuenta de un trato hacia la mujer

¹² Según el Observatorio de las Violencias de Género "Ahora que sí nos ven" desde el 01/01/2021 al 29/05/2021 en Argentina hubieron 103 femicidios, de los cuales el 70,9% fue cometido por las parejas y ex parejas de las víctimas (<https://ahoraguesinosven.com.ar/reports/103-femicidios-y-4-transfemicidios-en-2021>). Descarga de fecha 20/06/2021.

¹³ No es nuestro interés desarrollar el concepto de violencia de género y su alcance de manera precisa o elucidatoria; sino más bien, dar cuenta que la violencia de género existe como una categoría propia dentro de la realidad social y, como tal, no puede escapar de la tarea judicial al momento de decidir un caso penal. Limitándonos a las decisiones judiciales que abordan casos en los que la mujer víctima de violencia de género asesina a su victimario, creemos suficiente con remarcar que la normativa aplicable a estos casos de manera alguna establece que la violencia de género únicamente se da en el ámbito familiar u hogareño, sino que abarca diversas situaciones y ámbitos, tal como se verá más adelante.

¹⁴ MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social...", ob. cit., p. 4.

¹⁵ Esta circunstancia es denunciada constantemente por el movimiento feminista. El pliego de demandas colectivo presentado por el Colectivo Ni Una Menos para la manifestación del 3 de junio de 2021 presenta varios puntos referidos a reclamos policiales y judiciales para investigar, perseguir y castigar casos de violencia de género desde una perspectiva de género no patriarcal. Ver <http://niunamenos.org.ar/manifiestos/pliego-demandas-colectivo/>. Descarga de fecha 20/06/2021.

¹⁶ En similar sentido se ha expedido la CIDH, en el caso "Véliz Franco vs. Guatemala", de fecha 9/5/2014, al decir que: "(l)a ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra

totalmente discriminatorio porque se le asigna un estatus sub-humano que violenta el principio de igualdad. Recién a fines del siglo XX es que comenzó a revisarse la desigual posición de la mujer, tanto como autora de delito como en calidad de víctima. Se constató la falta de protección que padecía en el sistema penal y también la importante diferencia respecto de la muy superior violencia masculina contrastada con la baja violencia cometida por la mujer, a excepción de los delitos de aborto e infanticidio. Lo cierto es que históricamente, "el paradigma de la ciencia moderna ha asegurado la dominación masculina"¹⁷ y, al mismo tiempo, lo esconde manteniendo así la diferencia de género ignorada.

Si bien el número de mujeres que responden a la violencia matando a sus agresores es ínfimo, paradójicamente, estos casos han tenido una notoria exposición en los medios masivos de comunicación. Por lo que parecería que en nuestros países el homicidio del esposo en manos de su pareja recibe una mayor condena social que el caso inverso. Esta valoración no es casual si se tiene en cuenta que tiempo atrás el homicidio al marido fue considerado tan grave como el delito de traición y que, además, el cónyuge varón podía golpear a su mujer como parte del ejercicio del derecho de corrección¹⁸.

Hace ya algunos años atrás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) habría reflexionado sobre el destrato asignado a la mujer víctima de violencia de género, sosteniendo que tales hechos deben ser no sólo ser erradicados, sino también investigados, juzgados y si es necesario sancionados, sentando un loable precedente en el caso "Góngora", oportunidad en la que se opuso a la concesión del beneficio de la suspensión del proceso a prueba a favor del encartado¹⁹. Ahora bien, dicho precedente jurisprudencial es desoído por muchos jueces inferiores de Argentina, quienes continúan concediendo este beneficio y por ende sobreseyendo a violentos y femicidas, lo que demuestra a las claras que éste tipo de magistrados actúan con un fuerte sesgo machista y desconocen la operatividad de los tratados de DDHH que protegen a la mujer.

Más recientemente, el Alto Tribunal de la Nación, en el caso "R., C.E."²⁰, dejó sin efecto una sentencia que condenaba a una mujer por lesiones graves a su ex

las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia" y en la medida que existan "indicios o sospechas concretas de violencia de género", la falta de investigación "puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género".

¹⁷ BARATTA, A., *"Criminología y feminismo"*, Porto Alegre, 1999, p. 20.

¹⁸ Cfr. BARRANCOS, D., "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", en GIL LOZANO, F.; PITA, V. S. e INIM. G. (dirs.) *Historia de las mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX*, Buenos Aires, 2000, p. 111.

¹⁹ CSJN, "Góngora, G. A.", Causa n°14.092 de fecha 23/04/2013. LA LEY 2013-E, p. 449 con nota de LLERA, Carlos Enrique, Suplemento Penal (Octubre de 2013). Dicho fallo sostiene que: "...la concesión de la suspensión del proceso a prueba al imputado frustraría la posibilidad de dilucidar en aquél estadio procesal la existencia de hechos que prima facie han sido calificados como de violencia contra la mujer, junto con la determinación de la responsabilidad de quien ha sido imputado de cometerlos y de la sanción que, en su caso, podría corresponderle. En segundo término, no debe tampoco obviarse que el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar el "acceso efectivo" al proceso (cfr. también el inciso "f" del artículo 7 de la Convención) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria. Cuestión esta última que no integra, en ninguna forma, el marco legal sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba. De lo hasta aquí expuesto resulta que prescindir en el sub lite de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la "Convención de Belem do Para" para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los aquí considerados."

²⁰ CSJN, "RCE s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", de fecha 29/10/2019, Nro. CSJ 733/2018/CS1. Los hechos se desencadenaron a partir de que ella no había saludado a su conviviente, quien reaccionó

pareja, destacando que no se había considerado el contexto de violencia por razones de género que rodeaba al hecho, y eludiendo que ella se había defendido de un ataque. Destacando que en estos casos: "la declaración de la víctima es crucial, y que la ausencia de evidencia médica no disminuye la veracidad de los hechos denunciados y tampoco la falta de señales físicas implica que no se ha producido la violencia". Añadiendo que: "la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados para la legítima defensa en otro tipo de casos, en tanto la violencia contra la mujer tiene características específicas que deben permear en el razonamiento judicial." Exponiendo que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género, podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento de la mujer.

Lo cierto es que el Estado Argentino tiene particular interés por constatar el alcance de tales conductas violentas y determinar la responsabilidad de sus autores -sean cuales fueren las condiciones de la sanción que eventualmente, quepa aplicar, para evitar que la impunidad fomente la repetición de esa clase de hechos.

3. Legislación protectoria en Argentina y a nivel Internacional

Lo cierto es que el sistema normativo penal es patriarcal y, en consecuencia, coloca a la mujer en desventaja, dándole menos recursos materiales, juzgándola con parámetros diferentes y poco apropiados. Una posible explicación –lo que no significa que sea la única– es que el sistema penal no ha sido estructurado pensando en la criminalidad de la mujer ni tampoco en su situación de víctima. Esto ha sido denunciado por el movimiento feminista al señalar las deficiencias de los tipos penales que tienen a la mujer como víctima, la falta de incorporación al elenco penal de determinadas figuras delictivas que incluyan conductas lesivas en su contra y la inadecuada aplicación de la ley penal que efectúan algunos jueces respecto de los hombres que delinquen contra mujeres²¹. Este tipo de orientación ideológica -que no es compartida por la mayoría de la doctrina penal contemporánea- se ve reflejada en las nuevas regulaciones legales dictadas sobre esta temática en Argentina y a nivel

pegándole un empujón y piñas en el estómago y en la cabeza. En ese contexto, ella tomó un cuchillo y se lo clavó en el abdomen. Inmediatamente se dirigió a la policía y desde el primer momento sostuvo que no quería lastimarlo pero que fue la única manera de defenderse que encontró. En la causa existían múltiples elementos probatorios que corroboraban el testimonio de RCE. Sin embargo, el Tribunal en lo Criminal N° 6 de San Isidro descreyó de la versión de la imputada y no valoró la prueba en forma adecuada. Por esta razón, RCE fue condenada a dos años de prisión en suspenso por el delito de lesiones graves. La decisión luego fue confirmada por la Sala Cuarta del Tribunal de Casación Penal de la PBA. Entonces, la defensa interpuso recursos de inaplicabilidad de la ley y de nulidad por entender que la resolución resultaba arbitraria y carecía de fundamentación.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia desestimó las presentaciones. En relación con el recurso de inaplicabilidad, consideró que no cumplía con los requisitos establecidos por el Código Procesal Penal provincial y que la arbitrariedad alegada no había sido planteada de forma adecuada. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso extraordinario federal. La CSJN decidió el caso con base en la doctrina de la arbitrariedad, pues si bien los aspectos de hecho, prueba y derecho común son ajenos a la instancia extraordinaria, las sentencias deben ser fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas en la causa (Fallos 331:1090). A su vez "las causales de arbitrariedad alegada se relacionan en forma inescindible con la cuestión federal, porque la aplicación de estereotipos de género afecta a la interpretación y aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (art. 14, inc. 3º, de la Ley N° 48 y Fallos 336:392) y del artículo 16, inciso i) y de la Ley N° 26485".

²¹ Asimismo, el feminismo ha tenido el mérito de contrarrestar la idea de que las mujeres corren menor riesgo de ser víctimas de la violencia que los hombres; y desmitificar los estereotipos de seres pasivos, inferiores, condicionados por su biología, mitos que no hacían otra cosa que legitimar su supuesta inferioridad femenina y su determinación biológica. (GARCÍA, C. A. "Feminismo y criminología" en *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 2, 1995, pp. 445 - 456).

internacional al incorporar entre sus normas una descripción previa acerca de la violencia que pretenden combatir. Un claro ejemplo de esto es la Ley N° 26.791 que incorpora como agravante del delito de homicidio a la violencia de género.

En este sentido, del *Corpus Iuris* de derechos humanos²² vinculados a la violencia contra la mujer es posible extraer el concepto de violencia de género y sus rasgos identitarios. De este conjunto normativo se desprende el nexo entre discriminación y violencia contra la mujer. Así, la discriminación en contra de la mujer, es materia específica de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) e incluye, según el comité "la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada"²³. Esa violencia de género es una forma de discriminación "que inhibe seriamente la capacidad de la mujer de gozar y ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales en pie de igualdad con el hombre"²⁴.

Este nexo *discriminación-violencia* aparece claramente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁵ pues el derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado (art. 3), también incluye "el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación" (art. 6, a)²⁶.

Por ello, la violencia a la que refieren estos instrumentos jurídicos internacionales tiene como rasgo característico el de configurar una manifestación de la discriminación por la desigualdad real entre varón y mujer, pues es ejercida contra la mujer "porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada"²⁷.

De lo expuesto se colige que en Argentina resulta irrelevante que el agresor integre o no una relación interpersonal con la víctima (que sea su cónyuge o ex-cónyuge, o bien esté vinculado por una relación análoga presente o pasada, con convivencia o sin ella), o que la violencia ocurra en un ámbito privado o público, siempre y cuando se posicione respecto de la mujer en un binomio *superior/inferior*, tratándola con violencia física, psicológica o sexual, entre otras, por su género. Es decir, como alguien que no es igual y por eso, no se le reconoce fácticamente que cuenta con un ámbito de determinación para su personal proyecto de vida. De allí la demostración de poder, dominación o control por la violencia²⁸.

Esta desjerarquización de la mujer como una igual, es cultural porque: "[s]u trasfondo son las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer" por ello "la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre"²⁹.

Recordemos que en nuestro país, rige la Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales³⁰, que plantea como objetivos promover y

²² Al hacer referencia al *Corpus Iuris*, aludimos al conjunto de instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones de los organismos supranacionales competentes) relativos a los derechos de las mujeres.

²³ Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, párr. 8, 11º período de sesiones, 1992.

²⁴ Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, párr. 19, 47º período de sesiones, 2010.

²⁵ También denominada "Convención de Belém do Pará", de fecha 9 de junio de 1994. Dicha convención Interamericana fue aprobada por la República Argentina por la Ley 24.632 otorgándosele a la misma jerarquía supralegal.

²⁶ Estas convenciones se vinculan con el derecho a la igualdad que en el Sistema Interamericano de DDHH está consagrado por los arts. 1.1 y 24 de la CADH.

²⁷ Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, 11º período de sesiones, 1992.

²⁸ Ver en este sentido, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), *Las lentes de género en la jurisprudencia internacional...*, ob. cit., p. 34.

²⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de fecha 20 de diciembre de 1993.

³⁰ Ley 26485.

garantizar el derecho a la mujer a vivir una vida sin violencia (art. 2), y específicamente a preservar su "integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial" (art. 3 inc. c).

Y es en razón de dichos instrumentos normativos, que la proyección contra la violencia de género debe ser entendida de modo transversal, en la medida que ésta tenga lugar dentro del grupo familiar o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal -con o sin convivencia del agresor- o en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea practicada o tolerada por el propio Estado o sus agentes donde quiera que ocurra³¹.

Por lo demás, cabe tener presente que, la violencia de género y la violencia familiar pueden o no concurrir simultáneamente en un caso concreto, pero ninguna de las dos se absorbe completamente³². De allí que resulte necesario referir que:

En la medida que la violencia contra las mujeres se entienda como parte de un fenómeno que va más allá de las solas normas penales, y no simplemente como una clase de lesiones, o una clase de delitos de violencia intrafamiliar, podrán también darse respuestas más adecuadas frente a la complejidad que reviste este tipo de delitos. Cuando no se entiende la violencia contra las mujeres de este modo, entonces se plantean todo el tiempo cuestiones tales como "*las mujeres también ejercen violencia*" o "*los hombres también son víctimas*", como si se tratara simplemente de quién da o no un golpe o insulto³³.

Por ello insistimos en que debe reconocerse que la violencia contra las mujeres es parte de un sistema social, en el que las mismas se hallan claramente en desventaja, por lo que el alcance de las normas penales debe abordarse desde la "perspectiva de género". Repárese que dicha *categoría de análisis* es un mandato de derechos humanos (reconocido por vía legal, convencional, supra legal y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁴ y de organismos y tribunales internacionales) y una garantía contra la arbitrariedad que generan los estereotipos de género (durante la investigación de un caso, su proceso judicial y el dictado de una sentencia, ya sea esta condenatoria o absolutoria). Así, la perspectiva de género sirve para evaluar las prácticas e instituciones del derecho que resultan discriminatorios, así como también los *estereotipos de género*³⁵ (latentes en la

³¹ Conf. art. 2 Convención "Belém do Pará".

³² Así se ha sostenido con razón que la violencia de género como expresión delictiva "se trata de una noción que permite aunar fenómenos que, aparentemente, pueden ser distintos –como los homicidios sexuales de mujeres por parte de desconocidos y aquellos homicidios cometidos por maridos o novios–, pero que encuentran una raíz común en cuanto se trata de crímenes contra mujeres motivados o basados en el lugar subordinado que ellas ocupan en la jerarquía de género"(TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Introducción", en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009, p. 15).

³³ TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes" en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009, p. 50.

³⁴ CSJN, Leiva, Maria Cecilia s/ homicidio simple, 01/11/2011, en donde se estableció que, en un contexto de violencia de género, al apreciar los presupuestos de la legítima defensa, los jueces deben seguir el principio de amplitud probatoria consagrado en los arts. 16 y 31 de la Ley 26.485.

³⁵ Los estereotipos de género fueron definidos por la Corte IDH en el caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 16/11/2009, Serie C, Nº 205, párr. 401, señalándose que implican: "una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente, y que es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes. En este sentido, su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan

sociedad, intrínsecos al derecho, o que los que moldean la interpretación y aplicación del derecho) con el objeto de erradicarlos y no replicarlos.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, es que a continuación analizaremos aquellos casos en los cuales la mujer le da muerte a su marido o pareja en el marco de un contexto de violencia de género.

4. La violencia de género como una forma de tortura

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la violencia de género es reconocida como una forma de tortura. En este sentido, cabe recordar que la tortura supone la concurrencia de dolor y sufrimiento físico o mental severos de una persona, que es infligido por un tercero de modo intencional, con un propósito específico y con algún tipo de participación oficial, ya sea activa o pasiva³⁶. Tales elementos, se encontrarían presentes en los casos de violencia de género. Dado que el quebrantamiento de la voluntad y el hecho de engendrarle miedo o terror a una mujer no requieren de armas o instrumentos especiales sino que pueden practicarse a través de medios disponibles en la vida diaria, tales como cuchillos, cigarrillos, objetos, golpes, patadas. Asimismo, diversos expertos, tribunales e instrumentos internacionales refieren que la violencia sexual, ya sea en la forma de violación³⁷, tocamientos, introducción de objetos, desnudos forzados³⁸, pueden ser considerados una forma de tortura específica. En igual sentido, las amenazas de muerte o el abuso sexual configuran una forma de sometimiento y/o dominación³⁹. Tales amenazas de violencia son tan efectivas como las agresiones físicas, ya que fuerzan a la mujer a actuar como lo desea su victimario, perpetuando de este modo la dependencia económica, social y psicológica que, a su vez, contribuye a colocar a la mujer en una posición de vulnerabilidad. Defendiendo esta postura, el Comité de Derechos

cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales.”

³⁶ Dicha conceptualización se desprende del artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que reza: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

³⁷ Ver Informe del Relator Especial sobre la Tortura, UN Doc. E/CN.4/1986/15, párr. 119; o su declaración a la Comisión de Derechos Humanos de 1992 en la que señala explícitamente que la violación constituye un acto de tortura, Resumen/Recopilación de 21º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1992/SR.21, párr. 35. Tales declaraciones fueron consideradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Martín de Mejía c. Perú”, Caso Nº 10970, Informe Nº 5/96, de fecha 28 de febrero de 1996, convirtiéndose en el primero de los organismos regionales en reconocer explícitamente que la violación podía constituir un acto de tortura. En dicha oportunidad se observó que la violación es un método de tortura psicológica cuyo objetivo suele ser la humillación de la víctima, así como la de su familia o su comunidad.

En igual sentido, se ha expedido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Aydin c. Turquía”, Nº 23178/94, Informe 1997-VI, ECHR, fallo del 25 de septiembre de 1997.

³⁸ El *desnudo forzado* importa una agresión directa a la intimidad de la mujer, y demuestra la intención del autor de generar una permanente vulnerabilidad sobre la persona abusada, así como también constituye un contexto orientado a facilitar otros abusos sexuales y degradarla moralmente.

³⁹ Dichas agresiones de carácter verbal, suponen un ataque a la identidad y la dignidad de la mujer, que van acompañados de un discurso y lenguaje misógino, con el objeto de someter e intimidar a su pareja, cuestionándola de promiscua y castigando su supuesta libertad sexual. Al tiempo que tiene constituye una estrategia de anulación de su personalidad.

Humanos de la ONU ha considerado que las amenazas de muerte o de grave daño físico son una forma de tortura⁴⁰. En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que las amenazas de muerte o las agresiones verbales de carácter sexual constituyen una forma de tortura⁴¹ y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) en su artículo 2 también hace énfasis en la suficiencia del componente psicológico como forma de tortura, al abarcar explícitamente los métodos que debilitan el control mental que no son experimentados como dolor o sufrimiento⁴².

De otro costado, cabe analizar la intencionalidad requerida para los casos de tortura. Así, en los supuestos de violencia de género basta con el mero conocimiento por parte del agresor de que sus actos previsiblemente producirán un sufrimiento severo en su pareja. Luego, en orden a los fines o propósitos perseguidos por el violento, cabe referir que la violencia de género suele ser funcional al posicionamiento de las mujeres en un lugar de subordinación e inferioridad respecto de los varones, poniéndose en juego su dignidad personal, integridad y seguridad. El propósito de la violencia de género es dominar a la mujer, someterla a través del terror, logrando de este modo cercenar la libertad y la autodeterminación anulando la personalidad⁴³. Desde esta perspectiva, cabe añadir que la tortura tiene por objeto provocar más que el dolor temporal, pretende reducir a una persona, destruir su autoestima, implica degradación, terror y vergüenza que sobreviven al dolor y marcan profundamente a la mujer. Y en este sentido, es que cabe tener presente la CISPT que prohíbe la violencia cuyo propósito sea disminuir las capacidades físicas o mentales de la persona. Por lo que cabe sostener que tanto los efectos psicológicos como los físicos de la violencia de género doméstica satisfacen los requisitos legales previstos en el art. 2 de dicha convención para constituir una modalidad de tortura.

En suma, los propósitos del violento son producir sumisión y dolor al igual que en otros supuestos de torturas. Diferenciándose que la violencia contra la mujer en el ámbito doméstico "opera como un sistema alternativo de control social, como una suerte de castigo personal extralegal, carente de reconocimiento jurídico formal, con el permiso explícito o implícito del Estado"⁴⁴. Desde otro ángulo, debemos analizar si el hecho de que la violencia no sea infligida en forma pública modifica su carácter tortura. Al respecto, se destaca que la participación de agentes estatales u oficiales no es una distinción que afecte esta cualidad, dada la magnitud y persistencia del daño ocasionado a la mujer víctima de violencia de género por su compañero. Por ello es que no puede sostenerse que la frecuencia o el alcance de la tortura oficial sean mayores. A ello se suma que el requisito de acción estatal perteneciente al concepto internacional de tortura, no responde al carácter atroz de la conducta que la constituye, sino más bien a la necesidad de la intervención de los Derechos Humanos internacionales para evitar su impunidad.

Lo cierto es que las acciones estatales suelen ser insuficientes - por no decir nulas - para evitar los episodios de violencia de género en el ámbito doméstico, por lo que su inacción consolida la impunidad del violento, lo cual genera un Estado paralelo informal. Tal situación deja a la mujer desolada, sin protección ni alternativas

⁴⁰Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU G.A.O.R., 37ava sesión, supp. N° 40 (1982), Anexo V, Comentario General 7, párr. 2.

⁴¹ Corte IDH, "Cantoral Benavides vs. Perú", Sentencia N° 69 del 18/08/2000, párr. 104. Ver también Corte IDH, "Urrutia vs. Guatemala", Sentencia N° 103 del 27/11/2003, párr. 92.

⁴² Si bien el artículo 6 de la CIPST establece que "los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción", dicho cuerpo normativo interamericano no ofrece una definición de ese comportamiento ni indica cuál es el límite que separa a la tortura de otras formas de malos tratos.

⁴³ COPELON, R. "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en COOK, R. J. (edit.) *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*. Colombia, 1997.

⁴⁴ DEL RÍO AYALA, Alejandra C. y otros, *El derecho a defenderse del femicidio...*, ob. cit., p. 62.

de escape efectivos a través del sistema de justicia, por lo que sostenemos que en estos casos no sólo se requiere la condena del agresor sino también la intervención de agentes oficiales para desmontar este Estado paralelo.

Además, el sometimiento en el que se encuentran muchas mujeres víctimas de violencia de género puede llegar a ser tan crítico que las mismas experimenten un estado de aislamiento de la ayuda, de no poder escapar de su situación. Ahora bien esta situación de dominio no requiere paredes o custodia en sentido tradicional, pues muchas mujeres tienen restringida su libertad y/o su capacidad para resistirse. En estos casos, la mujer es gradualmente aislada de todas las fuentes potenciales de ayuda y silenciada mediante amenazas o vergüenza para que no admita su situación ante otros. Asimismo, es probable que la víctima de la violencia íntima sea mucho más vulnerable a la manipulación que un prisionero político cuyo cautiverio nace de la fuerza y no del consentimiento y cuya resistencia será fortalecida por compromisos ideológicos y odio a su captor, en lugar de ser disminuida por el amor, la empatía y un sentido del deber femenino, dado que el maltratador suele atrapar a su víctima apelando a sus valores más preciados, por lo que es común que las convenza de regresar después de que esta ha tratado de huir de sus garras.

De allí que lo que hace peligroso tanto al violento como a un militar o policía que abusa de su función, es su presunción del derecho a ejercer dominio sobre una mujer. Y en este sentido, cabe destacar que el hecho de que uno esté respaldado directamente por el Estado y el otro indirectamente por la costumbre patriarcal que goza de la complicidad o la aceptación del Estado, no mitiga la experiencia de la mujer; por el contrario, en los casos de violencia de género por el compañero se incrementa la vulnerabilidad de la mujer.

Si bien existen autores que cuestionan la posición hasta aquí esbozada⁴⁵, cabe sostener que la impunidad de los casos de violencia de género resulta intolerable, en particular si se repara que la sentimentalización de la violencia desplegada en un ámbito doméstico aumenta su terrible impacto sobre la mujer privándola de sus mecanismos de defensa, curación y supervivencia. Por lo demás, las sanciones previstas en las leyes penales para casos de violencia de género se aplican en muy pocos casos, lo que genera un estado de impunidad que de algún modo legitima la dominación del violento y le quita la posibilidad a la mujeres de escapar o de recibir una protección apropiada a través del sistema de justicia. Este contexto de impunidad genera miedo en las víctimas, al tiempo que es frecuentemente utilizado por los agresores para desincentivarlas de denunciar los abusos. Es, en otras palabras, un instrumento para la impunidad del que los agresores son muy conscientes y hacen uso de él. De allí que coincidimos con lo sostenido por Alejandra Ayala quien refiere que:

El Estado interactúa con la violencia de género en el ámbito doméstico a través de la impunidad que existe en torno al reconocimiento formal de este tipo de agresiones. De este modo ser violento contra la mujer, deja de ser un acto individual, para convertirse en una práctica social, culturalmente enraizada y predominantemente inmune a la sanción legal⁴⁶.

Se reitera, las diversas omisiones de los Estados en orden a prevenir, erradicar, investigar y sancionar los casos de violencia en contra de las mujeres, generan una situación de impunidad, que implica de algún modo una forma pasiva de participación oficial. El hecho de que se naturalicen, reproduzcan y queden sin castigo los casos de violencia, deja de ser un acto individual, para convertirse en una práctica social, culturalmente enraizada y predominantemente inmune a la sanción legal. Así, la

⁴⁵ PETERS, E., *Torture*, Nueva York, 1985, pp. 3-4.

⁴⁶ DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., *El derecho a defenderse del femicidio...*, ob. cit., p. 63.

inacción del Estado frente a este estatus quodista enormemente de ser neutral⁴⁷, la falta de protección de las mujeres víctimas de violencia es una política pública⁴⁸.

En otras palabras, actos de violencia de género, como la violencia doméstica y la violencia sexual, constituyen graves violaciones a los derechos humanos calificables como tortura. A su vez, entre las diversas conductas que atentan gravemente contra la integridad de las personas, la tortura constituye la expresión más severa y su total prohibición tiene el carácter de norma imperativa de *ius cogens*. Ello da cuenta de la entidad de los bienes jurídicos lesionados y de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados tales como la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción de los responsables y reparación integral para las víctimas⁴⁹.

5. La legítima defensa en los casos de violencia de género

La legítima defensa como causa de justificación de la realización de un tipo delictivo es una de las categorías de la teoría del delito más universalmente aceptada. Existe un acuerdo mayoritario en la doctrina y la jurisprudencia acerca de que debe contener, como elementos básicos y estructurales, una agresión antijurídica inminente, una respuesta necesaria y proporcional a la agresión y una intención defensiva⁵⁰. Sin ánimo de desconocer las extensas discusiones acerca de la naturaleza jurídica de la legítima defensa, es posible afirmar que actualmente es aceptada la idea de una doble fundamentación: este instituto tiende a la protección de bienes jurídicos y a la protección del ordenamiento jurídico, en este sentido, Roxin ha referido que el derecho no está en la situación de soportar o ceder ante lo ilícito, de lo cual surge una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual (autodefensa) sino también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal (prevalecimiento o defensa del derecho)⁵¹. Lo cierto es que para que exista una acción defensiva es indispensable que nos encontremos frente a un supuesto necesidad de hacer algo para repeler una agresión o impedir que se consume.

⁴⁷ SCHNEIDER, E., *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*, en DI CORLETO, J. (comp.) *Justicia, género y violencia*, ob. cit., pp. 23-42. En idéntico Marcela Rodríguez sostiene que "en un contexto de desigualdad no es posible la neutralidad, o se combate la desigualdad activamente, o, al no hacerlo, se sustenta la desigualdad". RODRIGUEZ, M., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas" en BIRGIN, H (comp.) *Las Trampas del Poder Punitivo*, Buenos Aires, 2000, p. 143.

⁴⁸ La CIDH en el Informe Nº 54/01 del 16/04/2001 sobre el caso "María da Penha vs. Brasil", consideró a dicho Estado responsable por la violación a los derechos humanos de María da Penha Fernandes Maia. Esta mujer había sufrido durante años la violencia de su marido, violencia física, psicológica, moral, de enorme gravedad, había denunciado los ataques ante las autoridades de su país, pero nunca recibió la asistencia necesaria para salir de la situación de riesgo ni se tomaron medidas para investigar los sucedido y eventualmente sancionar a su marido por los delitos que había cometido contra ella. La violencia culminó con un intento de homicidio que tuvo como resultado la paraplejía irreversible de la misma y otros traumas físicos y psicológicos (párr. 8). La CIDH consideró que existía en Brasil una omisión sistemática de cumplir con las obligaciones de prevención, y una violación concreta al deber de investigación y sanción oportuna de estos hechos (párr. 45-46, 51, 55-56) y recomendó que Brasil realice todo aquello que fuere conducente a fin de concientizar a sus agentes para que puedan brindar la atención oportuna y adecuada en casos de violencia e impartir la formación necesaria para deconstruir los patrones culturales que llevan a la policía y a los órganos judiciales a desoír las denuncias (ap. VIII, párr. 4. a, c, d y e).

⁴⁹ SÁNCHEZ, L. y SALINAS, R., "Defenderse del femicidio", AAVV, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, 2012, p. 201.

⁵⁰ FLETCHER, G. P., *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicancias legales)*, Valencia, 1992, p. 53.

⁵¹ ROXIN C., "Las restricciones ético sociales al derecho a la legítima defensa", en Código Procesal Criminal, Madrid, 1982, p. 318; ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2003, p. 608.

Estas nociones, vinculadas a la amplitud de los bienes jurídicos defendibles (por ej. la vida, la integridad física o sexual), ponen de resalto que en casos de violencia de género es posible sostener la existencia de una situación en la que la legítima defensa pueda tener asidero, pues el agresor genera en su pareja y grupo familiar un verdadero clima de terror e incertidumbre, que coloca a la mujer en una especial situación de vulnerabilidad, no resultando razonable exigirle en tal contexto situacional que adopte otras alternativas como huir de su agresor o llamar a la policía, así como tampoco resultaría necesario un agresión física concomitante de parte de su agresor para que pueda aplicarse esta causa de justificación cuando la mujer lo lesiona o le da muerte. Por ello es que consideramos que resulta suficiente acreditar la existencia de una amenaza cierta, esto es el anuncio por parte de su victimario de un ataque inmediato posterior sobre su vida o integridad física o sexual.

De conformidad al artículo 34, inciso 6º del código penal argentino, los requisitos de la legítima defensa son: la existencia de una agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del defensor. En razón de los mismos y partiendo del análisis en clave de género de dicha eximente, es que surgen como problemáticos diferentes aspectos tal como seguidamente se explicita.

5.1 Agresión ilegítima

Denominamos acción agresiva a aquella conducta humana (portadora de significado y sentido) con voluntad de ofender o poner en peligro concreto a un bien jurídico penalmente protegido. Ahora bien, no debemos identificar los casos de agresión, única y exclusivamente con los supuestos de daño o lesión a un bien jurídico, pues debemos incluir como posibles aquellos supuestos de agresión en los que sólo se ha puesto en peligro un bien jurídico, aclarando que dicho peligro *ex ante*, debe ser objetivamente idóneo para lesionar un interés legítimo propio o ajeno⁵². Es más, dicho peligro debe ser concreto, algo verificable *ex ante* y comprobable *ex post*, por lo cual quedan excluidos los casos de peligro abstracto, tentativas imposibles, agresiones aparentes y agresiones *iocandi causa*⁵³.

Recordemos que esta agresión debe ser al mismo tiempo antijurídica, debe expresarse mediante contradicción (formal y material relevante) con el ordenamiento jurídico, al punto tal de constituir una acción penalmente típica y antijurídica. Desde este punto de vista: "[l]a antijuridicidad de la agresión coincide con el concepto de antijuridicidad de la teoría general del delito. Por tanto, una agresión no es ya antijurídica cuando amenace provocar un desvalor del resultado, sino que tiene que suponer también un desvalor de la acción"⁵⁴. Por tal motivo cabe referir que toda agresión física, verbal o sexual del hombre hacia su pareja mujer es ilegítima, máxime si se tiene en cuenta que dicha circunstancia se encuentra sancionada como una agravante o calificante de la penalidad para los casos de homicidios y lesiones⁵⁵.

En este punto es importante recordar antecedente sentado por la CSJN en la causa "LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio simple"⁵⁶. Aquí la corte sostuvo que aún en

⁵² BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Buenos Aires, 2016, p. 264.

⁵³ IGLESIAS RIO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Granada, 1999, p. 38.

⁵⁴ ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal... op. cit.*, p. 615.

⁵⁵ El artículo 80 incisos 11º y 12º del código penal argentino, contemplan las figuras del Homicidio calificado por femicidio íntimo y femicidio vinculado u homicidio transversal. Así, el inc. 11º del art. 80 del C.P. castiga pena de prisión o reclusión perpetua: "...al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género." Y el inciso 12º del art. 80 del C.P.a. castiga con idéntica pena al que matare a otro: "... con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1º." Este último supuesto legal hace referencia al cónyuge, ex-cónyuge, conviviente o con quien hubiere mantenido una relación de pareja.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio Simple" - Fallos 334:1204, rta, Sentencia del 1 de noviembre de 2011.

casos en los que la defensa alega una causa de justificación, la carga de la prueba respecto de todos los extremos de la imputación, se encuentra a cargo de la acusación y que, de ninguna manera, podía exigirse a quien se defiende de la imputación que pruebe más allá de toda duda que tenía derecho (estaba justificado) para actuar de tal manera.

En este caso, M.C.L. había sido condenada a 12 años de prisión por el homicidio de su pareja y padre de sus hijos. Dicho hecho, ocurrió en la casa que compartían, cuando se ella lo hirió con un destornillador. Durante el proceso, la imputada afirmó que actuó en legítima defensa, para repeler los golpes que estaba recibiendo de su pareja. Ella estaba embarazada y sintió temor por su propia vida y por la del feto. Según surge del expediente, ella presentaba varias heridas en el cuerpo y en su rostro, sumado a un persistente estado depresivo, constatado por psiquiatras. Tales circunstancias fueron relatadas por la mujer en su declaración indagatoria, respecto de la forma en la que fue agredida por su pareja, y las pericias sobre el cuerpo del occiso también daban cuenta de una única lesión con el elemento punzante, en concordancia con lo afirmado por la mujer. Sumado a ello, la imputada había sufrido previamente un aborto provocado por los golpes de su pareja y existía una denuncia previa de violencia intrafamiliar. Lo cierto es que el último episodio de violencia del que se defendió M.C.L. sólo se pudo reconstruir desde su versión de los hechos ya que no había testigos presenciales del mismo, motivo por el cual el tribunal que la juzgó en primera instancia consideró que no había existido una agresión ilegítima y esta tesis fue confirmada por la Suprema Corte de Catamarca.

El voto mayoritario de la C.S.J.N. refiere que, el tribunal provincial no había cumplido con los estándares de revisión señalados en el fallo Casal⁵⁷, ya que la defensa había planteado la existencia de una causa de justificación y el tribunal que la condenó consideró que no se encontraba probada la existencia de una agresión ilegítima que habilitara la legítima defensa prevista en el art. 34 inc. 6º del C.P.A. Lo cierto es que la CSJN consideró que de las constancias de la causa debía colegirse que había buenas razones para pensar que existió una agresión ilegítima que habilitaba la defensa de M.C.L. Añadiendo que frente a la duda respecto de la ilicitud de la conducta, debió adoptarse un temperamento absolutorio, en lugar de condenar.⁵⁸

Siguiendo dicho razonamiento, en el caso "R., C.E.", la CSJN indicó que la agresión ilegítima debe ser entendida como la amenaza o puesta de bienes protegidos, que está en curso o es inminente, y es, además emprendida sin el amparo del derecho. Agregando que el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "CASAL, Matías Eugenio" (Fallos 328:3399) En dicho precedente se censuró la práctica de los tribunales de casación de no revisar cuestiones de hecho y prueba, basándose en la concepción histórica del recurso de casación como un remedio extraordinario y dirigido principalmente a la unificación de la jurisprudencia. A la par que se determinó que el derecho al recurso debe implicar el máximo esfuerzo de revisión de todo lo que no esté condicionado por la inmediación.

⁵⁸ Cabe aclarar que en el caso "LEIVA", la mayoría de los integrantes de la corte suprema se remitieron al dictamen del procurador general para fundar su voto. Sin perjuicio de lo cual, la Dra. Maria Elena Highton De Nolasco, en su voto concurrente, sostuvo que, este tipo de casos deben ser juzgados con perspectiva de género, añadiendo que: "... existe un aspecto que no fue expresamente recogido en su dictamen, al cual deseo referirme. Para descartar la eventual existencia de legítima defensa, en el fallo en crisis se expresa que aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien "...se sometió a ella libremente...", de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo "...del concurso de su voluntad..." y "...por esa razón, no puede invocarla para defenderse" (considerando 2º); señalando que "... aquella afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso -a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario-, deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido" (considerando 5º).

de la Convención de Belem do Pará (MESECVI) - también conocido como el CEVI -, ha explicitado en la Recomendación General N° 1, del año 2018, que: "la violencia basada en el género es una agresión ilegítima definida por la Convención y que la inminencia debe ser considerada desde una perspectiva de género"⁵⁹; que en las relaciones de pareja la violencia basada en el género no debe ser analizada de forma aislada, sino como un continuo, porque en forma permanente se menoscaban los derechos como la integridad física o psíquica; que la inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia, que puede ser ejercida en cualquier momento y ser propugnada por cualquier circunstancia, y tiene carácter cíclico. Concluyendo que, todo eso se encontraba presente en el referido caso, pues la mujer era víctima de violencia en razón del género, que la misma había denunciado a su ex pareja con anterioridad por lesiones y, que el día del hecho, la violencia ejercida en su contra, se había originado por una simple discusión, que cesó cuando esta lo hirió con un arma blanca en el abdomen.

5.1.1 Actualidad de la agresión

Una de las cuestiones más polémicas en orden a la admisibilidad de la legítima defensa en los casos bajo estudio se relaciona con la actualidad de la agresión, pues gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia exigen que la mujer se defienda en el mismo momento en que se encuentra sufriendo un maltrato específico (golpes o amenazas reales y serias). Tal interpretación, aparentemente igualitaria, no se ajusta a la realidad de las mujeres que son víctimas de violencia de género por parte de su pareja, pues lo cierto es que en éstos supuestos las mismas no pueden defenderse con éxito.

Para Roxin una agresión ilegítima es actual: a) cuando aquella que se está produciendo, b) cuando la agresión es inmediatamente anterior (caso en el cual se asimila a la fase final de los actos preparatorios) y c) cuando la agresión es incesante⁶⁰. Dicho autor, añade que para considerar a una agresión como actual debemos partir de los actos preparatorios que son inmediatamente previos a la fase de la tentativa punible del delito. Así, pues, según él en "los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan la legítima defensa es donde encaja el disponerse inmediatamente a la agresión"⁶¹. Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar van más allá al considerar que los límites temporales de la acción defensiva se extienden "desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos"⁶².

Siguiendo esta línea de razonamiento la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, en la Causa: "Díaz", Expte. N° 59157 de fecha 17/10/2013, absolvió a una mujer condenada a 4 años y 6 meses de prisión, por el delito del delito de homicidio en legítima defensa putativa, que mató a su pareja y sufría violencia de género de forma regular. En dicho caso se tuvo por probado que la noche del hecho, el occiso (Benítez) amenazó de muerte a la mujer (Díaz) y la echó del hogar en el que convivían junto a sus hijos. Que con posterioridad, el hombre se fue a dormir y que la mujer se fue a llorar al garaje de la vivienda. Que cuando esta regresó al interior de la casa, el hombre se encontraba acostado. Entonces, este sujeto la amenazó con dispararle en la cabeza. La mujer sabía que su pareja guardaba un arma en la mesa de luz y, por tal motivo, cuando éste se estiró hacia el

⁵⁹ Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI), disponible en <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-CEVI-XV-doc.249-ES.pdf>, descarga del día 13/07/2021.

⁶⁰ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, ob. cit., págs. 618-621.

⁶¹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 619-620.

⁶² ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2011, p. 486.

mueble, ella corrió, tomó el arma y le disparó dos veces, causando su muerte instantánea.

En dicho fallo se sostuvo que la situación de agresión constante a la que fuera sometida la mujer (violencia de tipo psicológica y física) fue comprobada por los testimonios rendidos durante el debate, así como también por los informes: socio ambiental, psicológico y psiquiátrico, sumado a que se incorporaron copias de una causa penal en la que la mujer había sido víctima de lesiones por el disparo de escopeta manipulada por el occiso.

Señalándose que tal cuadro situacional debía ser interpretado como el de una “agresión ilegítima” a la que alude el art. 34 inc. 6º, lit. a) del código penal argentino, pues no solo deben estimarse aquellas conductas humanas antijurídicas dirigidas a afectar algún bien jurídico de un modo inmediato, sino que la amenaza o peligro de que ello pueda concretarse con premura, autoriza el ejercicio de la acción defensiva.

Destacándose que tal afirmación tiene su soporte legal en el literal b) de la norma citada, que contempla tanto el comportamiento defensivo tendiente a *repeler* la agresión, lo cual implica que ya se inició, como aquella que se dirige a *impedir* su realización, por lo que la acción defensiva puede desplegarse desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico aun cuando no se hubiere comenzado el conato de la conducta.

En este sentido, se resolvió que:

“Impedir la afectación antijurídica del bien que aún no se ha concretado, pero que es de inminente realización, con lo cual vale decir que se impide lo que todavía no es peligro ni lesión. [...] Si la ley penal no permitiera defenderse más que de actos de lesión o puesta en peligro, la función del instituto de la legítima defensa perdería todo su sentido ante una manifiesta desprotección de los bienes jurídicos. Así, no es exigible que la agresión se esté llevando a cabo para afirmar la posibilidad de una legítima defensa; la propia ley así lo determina, que sólo se puede ‘impedir’ lo que no se ha producido, con lo que se admite la justificante ante una agresión futura cuando implica en sí misma un peligro para el bien jurídico...”.

Por lo que, al contrario de lo concluido por el tribunal de juicio, la agresión ilegítima, como acto por el cual el occiso (Benítez) demostró inequívocamente su voluntad de lesionar a su pareja (Díaz), lo que podía concretar inmediatamente por poseer los elementos necesarios para ello – el arma al alcance de sus manos – tuvo existencia real y concreta como amenaza a concretarse en un futuro inmediato. “Tal fue el peligro que se cernía sobre su persona que impidió al apresurarse en tomar el arma de fuego y dispararla contra su pareja ‘para evitar que él [la] agarrara’, agresión ‘anunciada’ como se la califica en el dictamen psicológico”

5.1.2 Inminencia de la agresión

Como se advierte, el problema mayor reside en determinar el comienzo de la actualidad de la agresión en los delitos de realización instantánea, ya que en los delitos continuados y en los delitos permanentes (como por ejemplo la privación ilegítima de la libertad) la agresión perdura y durante ese lapso es posible defender el bien jurídico agredido. En este sentido, hay un acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia en referir que un ataque inminente es una agresión actual. Ahora bien, tal ataque inminente, no siempre ocurre concomitantemente con la agresión desplegada por el hombre, pues resulta factible que dicho proceso de concreción de la violencia sea de realización próxima, de lo contrario se llegaría al absurdo de que el ordenamiento jurídico autorice a un sujeto a defenderse sólo cuando ya se ha iniciado el ataque. De este modo, cabe sostener que una mujer víctima de violencia no tiene por qué esperar a que el ataque se inicie para ejercer su acción defensiva⁶³.

⁶³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General (Fundamentos y Teoría del Delito)*, Barcelona,

Por ello, afirmamos que una agresión actual no sólo es la que se está produciendo, sino también aquella que resulta inminente o que se manifiesta como razonablemente previsible, no resultando necesario que esta agresión alcance el grado de tentativa delictiva. Lo que sí deberemos tener presente es que tal agresión no haya agotado la situación antijurídica, de lo contrario cabe suponer que la agresión ha cesado⁶⁴. En otras palabras, es posible actuar en legítima defensa contra una agresión que aún continúe, y que, aunque esté formalmente consumada, aún no esté materialmente agotada o terminada. Ello por cuanto, la violencia de género se caracteriza por su permanencia, puesto que la conducta ilegítima del agresor hacia su víctima, en la situación de convivencia, aparece en todo momento y bajo cualquier circunstancia desencadenante, generando en la víctima temor, preocupación y tensión constantes que la tienen a la espera permanente de una agresión inminente.

Aceptar esta interpretación resulta sumamente relevante a efectos de tutelar la acción defensiva de la mujer homicida en casos de agresiones inminentes, malos tratos incesantes o permanentes y de amenazas de agresiones futuras por parte de su pareja. Desde esta perspectiva no resulta correcto asimilar la inminencia con la inmediatez en un sentido cronológico entre la agresión y la defensa.

Ahora bien, lo real es que las permanentes amenazas de muerte o lesión por parte del violento, deben ser consideradas especialmente para subsumir estos casos como supuestos de legítima defensa, dado que este tipo de agresiones reiteradas hacen peligrar la vida e integridad de la mujer, afectándose su libertad y autodeterminación. En efecto, el contexto de violencia de género acaecido y las circunstancias de los hechos sufridos por la mujer son exactamente los datos que expresan sentido o significado necesario para definir el inicio del peligro al bien jurídico, de modo que la actualidad de la agresión se encontraría acreditada en estos supuestos por actos exteriores objetivos (que tienen sentido y significado) caracterizadores de peligro a la vida e integridad física y psíquica de la mujer. Con razón Roxin afirma que "[l]a amenaza, aún después de haberse pronunciado, sigue perturbando la libertad de actuación de la voluntad mientras pende como una espada de Damocles sobre la cabeza de la víctima"⁶⁵.

Según Elena Larrauri, en estos supuestos "[e]l tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente"⁶⁶. De este modo, a la inminencia no la podemos medir con una precisión cronológica, sino que la debemos estimar con un criterio psicológico, en el sentido de otorgarle preeminencia a la subsistencia de la voluntad delictiva en el agresor. Por ello, cabe afirmar que la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa.

En este sentido, se ha expedido la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán, al decir que "[l]a actualidad también está dada por la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que son generalmente determinantes, y en muchos casos no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión"⁶⁷. De allí que nos encontramos frente a una situación que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento.

Siguiendo tales razonamientos, se ha expedido el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, al decir que:

1996, p. 431; en igual sentido LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, p. 33.

⁶⁴ VILLEGAS DIAZ, M., "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal" en *Revista Derecho*, Nº 23, 2010, pp.149-174.

⁶⁵ ROXIN, C., *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 623.

⁶⁶ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., págs. 36 y 38.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, "S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo", sentencia Nº 52/14 del 28 de abril de 2014.

En un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra entrampada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza...⁶⁸.

En dicho caso, la referida mujer había sido condenada por homicidio calificado por el vínculo, al haberle dado muerte a su esposo y el referido tribunal superior provincial la absolvió, considerándola como una verdadera víctima del fallecido, quién la sometió durante años a brutales golpizas y a diversas formas de tortura y persecución psicológica. En el referido fallo se sostuvo que los celos son, también, violencia de género, sentando un importante precedente judicial que reconoce los derechos de las mujeres que padecen la violencia machista y la desigualdad de poder en el seno de su hogar. Además, en dicha resolución, se cuestionó a los magistrados intervinientes en las instancias inferiores, dado que estos habían omitido aplicar normativas internacionales y locales específicas vinculadas a la violencia de género. Por ejemplo, se citó a la Ley Nº 26.485, cuyos artículos 4 y 5 definen como violencia a los celos excesivos; advirtiendo que no se puede omitir el análisis de este tipo de episodios fenoménicos, entre ellos: el aislamiento de la víctima, la negativa a formular denuncias por miedo y el irrefutable hecho de que sucesos como éstos se producen dentro del hogar y sin testigos.

En similar sentido, recientemente la corte suprema argentina - en el caso "R., C.E." - ha sostenido que la inminencia debe ser analizada desde la perspectiva de género donde

"la violencia de género no debe concebirse como hechos aislados sino en su intrínseco carácter continuo, porque en forma permanente se merman derechos como la integridad física o psíquica. La inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la continuidad de la violencia -puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia- y su carácter cíclico -si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo."

5.1.3 Agresión incesante

De otro costado, la legítima defensa puede apreciarse cuando la agresión es incesante, esto sucede en los delitos permanentes por ej. en los casos de privación ilegítima de la libertad, en los que la víctima se defiende de su captor mientras dure su situación de encierro. Entonces, si el privado de su libertad ambulatoria puede defenderse legítimamente de su captor, cabe preguntarse por qué no puede hacerlo la mujer víctima de violencia de género, en los casos de amenazas, coacciones y agresiones físicas reiteradas.

En nuestra opinión, la agresión ilegítima en contextos de violencia de género siempre es actual aun cuando el bien jurídico amenazado no sea la vida o la integridad física, porque de forma permanente se está lesionando la libertad y el derecho de autodeterminación de la mujer⁶⁹. En este sentido, ha sostenido Elena Larrauri que "las amenazas son una agresión ilegítima que permiten la defensa del mal anunciado cuando exteriorizan inequívocamente el propósito de causar un mal inminente"⁷⁰. Por

⁶⁸ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, "GÓMEZ, María Laura s/ Homicidio simple", Sentencia Nº 10/12 del 28 de febrero de 2012.

⁶⁹ En esta opinión seguimos a LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., p. 38.

⁷⁰ LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, Buenos Aires, 2008, p. 62.

otra parte, los delitos permanentes se caracterizan por la creación de un estado antijurídico de lesión o de puesta en peligro concreto para el bien jurídico, que subsisten a la acción u omisión inicial, por lo que el sujeto sigue cometiendo ininterrumpidamente el delito. Esto es lo que suele ocurrir en los casos de reiteratividad de coacciones y/o amenazas, pues su repetición crea un estado antijurídico de violencia inminente en el hogar. Por ello, es que cabe apreciar a estos casos como de agresión incesante, latente y por ende concurriría el requisito de actualidad.

Es posible encontrar ejemplos jurisprudenciales de esta propuesta interpretativa. En efecto, la Sala II de la Suprema Corte de Mendoza explícitamente sostuvo que la legítima defensa

no implica que el sujeto agredido deba esperar a ser atacado para defenderse, ya que la ley argentina permite la defensa no solo frente a la agresión que ha comenzado sino que abarca la última etapa de la preparación, situación permitida por la ley al permitir la defensa tanto para impedirla, como para repelerla (art. 34, inc. 6º del C.P.A.)⁷¹

La corte mendocina cita a Claus Roxin al fundar su resolución, quien refiere que

una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar, ninguna esposa tiene por que soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse⁷².

Ante una causa con características similares a las relatadas, la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires afirmó que:

Fragmentar la situación que vive la mujer en ese contexto, entendiendo que su defensa sólo puede tener lugar en el preciso momento en que sufre un golpe, sería olvidar que ha sido golpeada anteriormente y volverá a ser golpeada después, amén de su menor fuerza física respecto del hombre. Tanto el condicionamiento social de género como la especial situación de continuidad de la violencia a que está sometida la mujer golpeada, obligan a entender que el ámbito de la legítima defensa necesariamente debe extenderse más allá del momento preciso de la agresión ilegítima, y esto por cuanto la agresión ilegítima no es algo que ocurre en un momento aislado, sino que forma parte de un proceso en que se encuentra sometida la mujer golpeada y del cual no puede salir por razones psicológicas, sociales, e incluso por amenazas que sufre de parte del agresor. Y amén de ello, en las situaciones en que -como en el presente caso- conviven con la pareja niños menores de edad, el instituto de la legítima defensa no sólo tiene por objeto la propia vida de la mujer, sino también la integridad física y psíquica de aquéllos⁷³.

Precisamente en los casos de delitos permanentes, la agresión es incesante y aunque haya sido interrumpida por alguna circunstancia, esto no significa que haya

⁷¹ Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala II, "F.C./ Rojas Echevarrieta Cinthia Yasmín p/ Homicidio Simple s/ Casación", Sentencia del 23 de junio de 2014.

⁷² ROXIN, C., *Derecho Penal...*, ob. cit., p. 652

⁷³ Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I "N.H.M. s/Recurso de casación", Sentencia del 16 de agosto de 2005

cesado, subsistiendo así la necesidad de la defensa. Justamente por ello, en el conflicto entre inminencia y necesidad debiera prevalecer la necesidad, pues la actualidad de la defensa no es un requisito autónomo sino una forma de especificar que la defensa sea necesaria.

Así, se expresó la Corte Suprema de la Provincia de Tucumán al decir que “la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar, debe ser considerado como un ‘mal inminente’ que -a priori- habilita la materialización de una conducta defensiva”⁷⁴. En dicho precedente, la corte tucumana absolvió a una mujer víctima de violencia de género, señalando la necesidad de repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causa de justificación es una mujer víctima de violencia. En este tipo de violencia, hay un continuo, un proceso en el cual no se pueden establecer cesuras rígidas y precisas de cuándo comienza y cuándo termina la agresión. En sus palabras:

es preciso repensar los extremos del instituto de la legítima defensa cuando quien invoca la causal de justificación es una mujer víctima de violencia. Es que un análisis del asunto que ignore la complejidad del fenómeno de la violencia contra la mujer arraigaría aún más las características históricas de desigualdad de poder entre varones y mujeres y las notas propias del ciclo de la violencia en la que suelen permanecer las ‘víctimas’ de violencia devenidas en ‘victimarias’, profundizando el injusto jurídico.⁷⁵

En este caso el alto tribunal tucumano realizó una valoración integral del fenómeno de la violencia de género en el contexto social donde se encontraba inmersa la imputada, garantizando su derecho al acceso a la justicia. Otro aspecto relevante de dicho fallo es que introduce una variante radical en orden a la valoración de la declaración del imputado, pues dicho tribunal le otorga preponderancia a la versión de la imputada añadiendo que esta no ha sido desplazada con las pruebas de cargo aportadas por la fiscalía. Tal valoración de la declaración de la acusada como una versión calificada, es una de las futuras proyecciones del referido fallo para los casos de imputadas víctimas de violencia de género, dado que estructura nuevos roles en el proceso penal que conllevan a plantear nuevas estrategias de litigación: desde la defensa, en la visualización de la historia de vida; hasta la acusación, con nuevos estándares probatorios.

Igualmente, en la causa “H.C.”⁷⁶, la Cámara en lo Penal de Trelew, consideró que la inminencia del ataque debía ser ponderada con el criterio más favorecedor a la imputada, pues en el contexto de violencia contra la mujer, la agresión habitual y cíclica siempre se encuentra presente de manera latente e inminente.

5.1.4 Agresión que ya ha cesado

Es común que la mujer para defenderse espere que la agresión se interrumpa o cese, lo que llevaría a considerar la inexistencia del requisito de lesión inminente propio de la legítima defensa, y eventualmente a admitir la eximente incompleta del *exceso extensivo en la defensa*, tal como indica la doctrina mayoritaria⁷⁷ y reiterada jurisprudencia⁷⁸.

⁷⁴Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, “S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo”, sentencia N° 52/14 del 28 de abril de 2014.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Cámara en lo Penal de Trelew, Causa “HC”, Expte. N° 56280, de fecha 19/09/2018.

⁷⁷ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., pág. 39; SILVA SÁNCHEZ, J. M.; BALDÓ LAVILLA, F. y CORCOY BIDASOLO, M., *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Barcelona, 1997, p. 252; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa...*, ob. cit., p. 271.

⁷⁸ A modo de ejemplo, cabe citar un fallo dictado en fecha 30/05/2019 en los autos: “SANCHEZ BRISA NOEMI - AV. HOMICIDIO CALIFICADO” PEX 203396/16 por la Cámara Penal N° 2 de Villa Mercedes (San Luis), oportunidad en el que se condenó a la joven Brisa Sánchez a la pena

Por el contrario, la jurisprudencia argentina, en los casos de violencia de género en los cuales la agresión que ya había cesado, se ha inclinado por admitir la concurrencia de circunstancias extraordinarias de atenuación de la pena de conformidad con lo previsto en el artículo 80 *in fine* del código penal, pero no la legítima defensa⁷⁹.

Sin embargo, es posible encontrar jurisprudencia que admite la legítima defensa en las circunstancias que estamos abordando. Un claro ejemplo es la causa "S. B. L." en la cual el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora⁸⁰, absolvió a una mujer que mató a su marido con un disparo de arma de fuego mientras este dormía. En el caso concreto, se probó que S. B. L. durante el matrimonio y en la noche del evento que culminara en la muerte de su marido, sufrió maltratos, vejaciones, y agresiones físicas, psicológicas y sexuales de manera permanente y continua, así como también su hija – de apenas unos 45 días de edad – sufrió amenazas contra su vida. En concreto, la mujer declaró que desde el inicio de la relación, su pareja la maltrataba y amenazaba a punta de pistola, diciéndole que iba a matarla a ella junto a su familia. Situación que se repitió, luego de una violencia sexual exacerbada, en la noche en la que la imputada dio muerte a su marido, en su declaración manifestó que

Después sacó la pistola y me la ponía en la cabeza, en el ojo, en la boca, en el oído. No sé cómo hacía pero me gatillaba y no salía la bala. Luego le apuntó al bebé desde la cama y se reía y me decía querés que tire. Para todo esto me pegaba cachetazos y me tiraba de los pelos y yo le pedía por favor que deje el bebé, que no le haga daño ... Luego de apuntarme con la pistola a mí a mi bebé por horas tirándome de los pelos, me dice ahora me voy a dormir. Yo me acosté y me tapé, me dijo sacate la frazada, no te la merecés, entonces fui a buscar otras frazadas y se levantó y me las sacó por la fuerza, él se acostó y se dio vuelta y el arma estaba entre medio de los dos en la cama, entonces agarré el arma y le disparé⁸¹.

Este caso es sumamente ilustrativo de la razonabilidad de nuestra propuesta interpretativa porque da cuenta del cuadro de violencia constante a la que se encontraba sometida la mujer y lo irrazonable que se vuelve la postura que exige un acto de violencia concreto para que se pueda defender. Es un hecho indudable que

de 5 años de prisión domiciliaria por considerarla responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo convivencial cometido con exceso en la legítima defensa (art. 80 inc. 1º en función de los arts. 34 inc. 6º y 35 y art. 45 del Código Penal). En dicha resolución se tuvo por acreditado que la acusada se encontraba embarazada al momento del hecho y que era víctima de violencia de género sistemática por parte su pareja, observándose indicadores que daban cuenta que su personalidad se encontraba anulada por la manipulación sufrida. Añadiéndose que la acusada actuó amparada bajo la causa de la legítima defensa que realizó con exceso, desde que si bien se encontraban cumplidos y acreditados los extremos exigidos por la norma del art. 34 inc 6º del C. Penal, su accionar fue más allá de lo autorizado para repeler ese ataque actual, inminente y grave que puso en peligro su vida, su embarazo y la integridad física de su hermana y esto importó un error en la real apreciación del riesgo.

⁷⁹ A modo de ej. cabe citar la sentencia de fecha 11/10/2017 dictada por la Sala III del Tribunal de Juicio de Salta, en la causa caratulada "OMA" Expte. N° 139706/2017, en la que se condenó a la imputada a la pena de veinte años de prisión por el delito de homicidio agravado por el vínculo mediando circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 *in fine* del Cód. Penal Argentino), y en la que además se recomendó que la misma realice tratamiento psicológico en la unidad penitenciaria (juezas Sanguedolce y González y juez Farah). Repárese que este tipo de resoluciones ponen de manifiesto diferentes problemas: el primero vinculado a la prueba de la agresión, y en segundo lugar la insensibilidad, desconocimiento y prejuicio en cuestiones de género del sistema judicial. Concretamente, lo mucho que falta para transformar los paradigmas patriarcales sobre los cuáles se sustentan este tipo de resoluciones judiciales.

⁸⁰ Tribunal Oral Criminal N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.

⁸¹ Idem.

su vida y la de su hija se encontraba en peligro, sin contar la violencia que había sufrido y que con seguridad seguiría sufriendo. Por esta razón, afirmamos que la legítima defensa es plenamente aplicable en situaciones de violencia de género, aun cuando no haya una situación de violencia concreta de la cual defenderse, cuando la mujer ataca a su victimario.

En este sentido se ha expedido el Tribunal Oral en lo Criminal Nº3 de Mar del Plata⁸², al absolver a una mujer víctima de violencia de género que había matado a su esposo, tomando en cuenta el contexto de violencia permanente previo en el que vivía. Este pronunciamiento consideró que, en los casos de mujeres golpeadas, no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión; para ello se evaluó el pasado de abuso para redefinir el concepto de inminencia o la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente.

5.2 La necesidad racional del medio empleado

Aceptada nuestra propuesta interpretativa del requisito de la agresión inminente, el segundo aspecto que debemos desmenuzar es el vinculado a la necesidad racional de la defensa. En este contexto, para sostener válidamente que nos encontramos frente a un supuesto de legítima defensa, la acción defensiva (dispararle al agresor hiriéndolo o dándole muerte) debe ser necesaria y racional, pudiendo practicarse antes que el peligro desaparezca o sea neutralizado. Al mismo tiempo, dicha defensa se considerará necesaria si evaluándose ésta era la menos lesiva o gravosa, teniendo en cuenta si racionalmente era adecuada para hacer cesar, impedir o repeler el ataque. Tal racionalidad no debe ser interpretada como *proporcionalidad*, pues no constituye un mismo nivel de análisis la relación entre la naturaleza de la agresión y la defensa (racionalidad), por un lado; y la proporción entre el daño defensivo ocasionado y el que hubiera podido ocasionar el agresor (proporcionalidad), por el otro.

Lo cierto es que la mujer víctima de violencia de género no suele tener más alternativa que acudir a medios que son esencialmente gravosos para poder tener una defensa exitosa. En efecto, debe analizarse la contextura, fisonomía, edad, preparación física del agresor, y en razón de tales circunstancias analizar si la mujer se sirvió de un medio adecuado y racional, en particular si este se encontraba a su alcance para repeler la agresión que atentaba contra su integridad. Dicha necesidad debe ineludiblemente analizarse *ex ante*, conforme a la situación personal y específica que atraviese la mujer que se defiende, ponderando entre otros la perturbación psicológica del agredido y la posibilidad de elegir razonablemente el medio más adecuado, teniendo presentes los diversos instrumentos de los que se sirve la mujer que se defiende y sus capacidades personales, así como también deberá evaluarse la fisonomía y fuerza del agresor.

A fin de valorar si el uso de un arma por parte de una mujer víctima de violencia constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres⁸³. Finalmente, parece adecuado que el parámetro para medir la racionalidad de la respuesta en situaciones de violencia de género no ha de hacerse sobre la base del *hombre medio* sino de la *mujer media en ese contexto*⁸⁴. Repárese que esta perspectiva de análisis se encuentra presente en nuestro código de fondo, pues al exigirse la necesidad racional del medio empleado para defenderse, se hace referencia explícita a que su finalidad es para *impedir o repeler* una ofensa.

⁸² Tribunal Oral en lo Criminal Nº 3 de Mar del Plata, "BULACIO, Gladys Lery s/Homicidio Calificado", Sentencia de fecha 03 de junio de 2010.

⁸³ DI CORLETO, Julieta, "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 5/2006, Mayo de 2006, p. 11.

⁸⁴ LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica...*, ob. cit., p. 61.

Un claro ejemplo de un análisis del medio empleado desde la perspectiva de género es la causa "S. B. L.", ya que el tribunal de juicio sostuvo que no se observaba irracionalidad o desproporcionalidad en la necesidad del medio empleado utilizado a la luz de las amenazas proferidas contra ella y su hija bebé, las agresiones físicas y sexuales sufridas durante el matrimonio y en la noche del evento y las circunstancias generales de una violencia de género doméstica impeditivas de otras opciones pasibles de provocar un daño menor. Dicho tribunal decidió por mayoría absolver a la imputada, fundando dicha determinación en la existencia de una relación caracterizada por la violencia de género que padecía la mujer en su interrelación sentimental con su compañero, valorando el conjunto probatorio de la violencia de género desencadenante del hecho de muerte. A mayor abundamiento, el tribunal valoró lo manifestado por los profesionales que asistieron a la imputada, quienes sostuvieron

Que el relato de los hechos realizado por la evaluada, resulta coherente y creíble, pudiendo desprenderse del relato de la misma, ante la escalada de violencia que padecía y las características de personalidad del fallecido, que las agresiones y las amenazas recibidas pondrían en riesgo cierto e inminente a ella y a su hija de ser dañadas gravemente en su salud.⁸⁵

Dicho informe tiene particular importancia toda vez que la violencia de género que ocurre de manera doméstica, es decir, puertas adentro y en la intimidad del hogar sin la presencia de otros testigos que los propios actores en dicha violencia, se inviste de una clandestinidad que indefectiblemente se traduce en la existencia de problemas probatorios, que llegan al grado extremo de complejidad cuando existe únicamente la declaración de la víctima de violencia, quien, en el caso en cuestión, es a su vez imputada por el homicidio de su esposo. Y es justamente frente a esta coyuntura en donde el juez debe aplicar sus conocimientos interdisciplinarios, con la ayuda de expertos, para valorar la credibilidad de la declaración de quien fuera víctima de violencia de género.

Entre los fundamentos de dicha sentencia se destaca que

Ignorar la violencia de género preexistente y profesionalmente acreditada para comprender los hechos que dan origen a los trágicos sucesos que derivan en la muerte de M. y que conllevan como consecuencia directa la negación del sufrimiento físico y psicológico de S. B. L., resulta contrario a la normativa constitucional y de Derechos Humanos, cuando no irracional, toda vez que la violencia de género implica cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, así como las amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad, constituyendo no solamente una violación de los derechos humanos, sino también una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.⁸⁶

Esta sentencia fue recurrida por la acusación y el querellante particular, sin embargo, el tribunal superior confirmó la absolución. Entro los argumentos que arguyó destacan los siguientes:

⁸⁵ Tribunal Oral Criminal Nº 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.

⁸⁶ Ídem.

Cuando el juez aplica la norma tal como esta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer, puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos.

La indiferencia, minimización y/o rechazo de los antecedentes e indicadores de violencia de género obrantes en el caso originan asimismo responsabilidad estatal por la violación de las obligaciones asumidas mediante la normativa internacional de derechos humanos.

El enfrentamiento entre una mujer y un hombre requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación.

Pretender que la actualidad de la agresión ilegítima sea concebida de una manera puramente temporal y entendida como tiempo presente implicaría negarle a la mujer víctima de violencia de género toda posibilidad de salir airosa frente a este tipo de enfrentamiento.

No debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante, porque existen ataques en forma permanente a ciertos bienes jurídicos como la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica.

No resulta idóneo impedir o repeler una agresión en circunstancias de violencia doméstica utilizando medidas disuasivas y advertencias, pues estas podrían provocar reacciones aún más violentas; por lo tanto, el medio más idóneo será el medio más seguro, que es muchas veces el más grave o duro.

La diferencia hombre/mujer necesaria a la hora de analizar la violencia de género doméstica, se agrava en el caso, puesto que el marido de la imputada, por su condición de suboficial de la policía, tenía entrenamiento físico y con armas fuego, las que utilizaba para efectuar amenazas hacia ella y la hija que tenían en común.⁸⁷

Párrafo aparte, cabe traer a colación lo sostenido por la corte suprema argentina en el caso "R., C.E." con relación a la necesidad racional del medio empleado, en donde se sostuvo que se debe considerar el contexto en que se da la agresión y la respuesta. Que dicha situación:

"No requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. Se sostiene allí que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse. No se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión."

A su vez, señaló que el principio de menor lesividad no obliga a usar medios que sean de dudosa eficacia defensiva. Asimismo, destacó que el documento del CEVI requiere considerar el contexto en el que se produce la agresión y la respuesta que se ejerce; que tampoco se requiere proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque lo que existe es una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia ejercida; que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta pueden obedecer al miedo de la mujer respecto de las consecuencias a una defensa ineficaz. Agregando que según el referido documento, no se exige una proporcionalidad directa entre el medio utilizado, sino la falta de desproporción entre la agresión y la defensa. Explicitando que el caso concreto, la mujer había declarado

⁸⁷ Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, "S., B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 5 de julio de 2016.

que “tomó el cuchillo porque estaba sobre la mesada y fue lo que encontró más próximo para emprender su defensa”; que lo cortó porque le estaba pegando; y que las lesiones que tenía la imputada luego de la agresión habían sido constatadas por la médica que la examinó. Con base en todo ello, concluyó que las circunstancias del caso se ajustaban a las exigencias del art. 34 inc. 6 para la procedencia de la causal de justificación de la legítima defensa propia, y que así debieron ser consideradas por las instancias anteriores.

Por su parte, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata en la causa “Bulacio”, al analizar la racionalidad del medio empleado, se sostuvo que la mujer pretendió poner fin a la agresión que sufría, que la misma no encontró otra forma de proceder más que utilizar el revólver que el hombre había soltado en la creencia de que dominaba la situación y que, como sucedió otras veces, podía volver a usarlo y abusar sexualmente de ella. Que la mujer tomó el arma y disparó contra el hombre para que no pudiera volver a agredirla. Agregando que el agresor estaba armado, ebrio y había usado el revólver y sus puños minutos antes para amenazarla y golpearla, y que además la doblaba en peso. Asimismo, afirmó que, cuando la mujer se defendió el peligro subsistía, puesto que su pareja la esperaba en la cama para mantener relaciones sexuales. Repárese que durante el debate el Fiscal de la causa consideró que no se daban los requisitos para que se configurara la legítima defensa toda vez que la mujer no se había retirado del hogar en el momento en que cesó la violencia y que este tipo de razonamiento refleja el mito de que, si quisiera, la mujer podría abandonar el hogar y que si no lo hace es porque no quiere o porque le gusta ser maltratada, ignorando las características propias del ciclo de la violencia de género, en particular de la situación de aquellas mujeres que intentan huir de los ataques de sus parejas, y puso en funcionamiento los prejuicios sexistas que justifican la violencia contra las mujeres⁸⁸. Sin embargo, el referido tribunal resolvió que en el caso habían concurrido los requisitos que exigía la ley para la invocación de la legítima defensa toda vez que no solo procede contra una agresión actual sino también contra aquella que se presenta como inminente y, si la mujer no accedía a las pretensiones sexuales de su pareja, la agresión se reiniciaría.

Como se observa, el análisis en perspectiva de género efectuado por ambos tribunales permite realizar una interpretación razonable de las exigencias propias de la legítima defensa. En particular, la racionalidad del medio empleado es evaluada teniendo presente el contexto de violencia en su conjunto, y una acción violenta por parte del hombre. Esto le permite concluir a los jueces que el arma utilizada y el resultado obtenido es reconocido por la eximente de responsabilidad y, por lo tanto, conlleva a la declaración de absolución de la mujer víctima que se defiende.

5.3 Falta de provocación

Por otra parte, y en relación a la falta de provocación suficiente es necesario resaltar que interpretar cualquier comportamiento de la mujer anterior a la agresión es una “provocación” constituye un estereotipo de género. En este sentido, se ha expedido la CEDAW al señalar que:

“La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial.”⁸⁹

En relación a este requisito, cabe traer a colación lo sostenido por la corte suprema argentina en el fallo “R., C.E.”, en donde su recordó que la ley aplicable

⁸⁸ DI CORLETO, J., “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas” en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, N° 5/2006, Mayo de 2006.

⁸⁹ CEDAW/C/GC/35, párr. 26.

exige la falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende; que se entienda por suficiente la defensa que es idónea para provocar la agresión, aunque sea un concepto relativo que debe anclarse en el caso concreto; y, en ese sentido, meritó que la falta de un saludo y la posterior discusión de la mujer con su ex pareja en modo alguno eran idóneas para provocar un ataque como el que este último emprendió.

5.4 La falta de voluntad de defensa (aspecto subjetivo)

En relación con esta cuestión, un aspecto sobre el cual corresponde indagar es qué percepción tuvo la persona acusada respecto de la inminencia y gravedad de la conducta lesiva, teniendo en cuenta los abusos sufridos con anterioridad. En efecto, el juez al analizar casos como los referidos, no sólo debe evaluar si se encuentran reunidos los requisitos objetivos de la legítima defensa, sino que también debe examinar el grado de certeza que poseía la mujer que se defendió respecto de la existencia de la agresión, de su inminencia y de la necesidad de responder de una u otra manera⁹⁰.

Desde este punto de vista, cabe reflexionar que las autoridades públicas estatales, en particular las fuerzas de seguridad, en innumerable cantidad de casos no concurren cuando son convocadas por casos de violencia privada vinculada al género, así como también es frecuente que desestimen este tipo de denuncias por falta de testigos u otras probanzas. A su vez los vecinos u otros familiares de la mujer víctima no quieren involucrarse por temor a represalias, por lo que el análisis vinculado a la posibilidad de acceder a otras vías de solución no debe hacerse en abstracto.

En este sentido, cabe reflexionar sobre las creencias, percepciones o valoraciones de la mujer que se defiende y si tales razonamientos pueden modificar la percepción de los elementos objetivos de la legítima defensa. De tal modo, resulta necesario sopesar las valoraciones que fueron realizadas por una mujer respecto al riesgo o peligro que atravesaba al momento de darle muerte a su pareja. Ya que para una víctima de violencia, quizás lo más difícil sea explicar por qué después de haber pasado por tantas agresiones, en ese momento determinado, en esas circunstancias particulares, respondió de la manera en que lo hizo. Incluso, parecería que existe una contradicción entre el *desamparo aprendido* y la respuesta violenta que provoca la muerte del violento.

Partiendo de estas consideraciones, es que sostenemos que la mujer no se encuentra obligada a huir de su casa, ya que este no es un requisito impuesto por la normativa tanto argentina como española. Como señala la doctrina: "no es exigible al agredido que evite la agresión huyendo. Solo en casos que ésta provenga de un niño, de un enfermo mental, etc., se debe evitar la agresión por un medio distinto de la defensa"⁹¹, "incluso cuando la huida es posible, cabrá recurrir a otros medios defensivos, más nocivos para el agresor, pues el derecho no tiene por qué ceder ante el ataque injusto"⁹². Por lo demás, exigirle a la mujer que abandone su hogar trae consigo serias consecuencias en orden a su vida personal, vivienda, economía, así como también en sus relaciones parentales con sus hijos, dado que los mismos pueden quedar en situación de calle o lo que es peor aún bajo la custodia de un violento.

En la jurisprudencia argentina es posible reconocer algunas sentencias en las que se reconoce explícitamente lo irrazonable que resulta la exigencia a la mujer víctima de que abandone el hogar. Es particularmente ilustrativo el caso "S., K. L."

⁹⁰ SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 524-541.

⁹¹ BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 369.

⁹² COBO DEL CORRAL, V. A., *Derecho Penal*, Valencia, 1996, p. 470.

⁹³ por el cual la Cámara en lo Criminal y Correccional de Cruz del Eje de la Provincia de Córdoba absolvió a una mujer que mató a su pareja en la localidad de Bialet Massé y tiró su restos al lago San Roque. En dicha resolución, se sostuvo que la prueba incorporada daba cuenta de un claro cuadro de violencia de género y familiar, evidenciado en una situación de desigualdad real entre los integrantes de la pareja. Añadiéndose, que el hombre se ubicaba en una situación de superioridad respecto a la mujer, y que este imponía sus exigencias, aprovechando su condición física y el manejo de las armas de fuego, ejerciendo sobre la acusada violencia física, sexual y psicológica, situación que se agravaba en los momentos de ingesta alcohólica a tal punto que no respetaba su calidad de ser humano y mujer y la trataba como a una cosa. Dicho tribunal afirmó que el occiso aplicaba esa violencia al instigar a su hijo menor para que aprenda a maltratar a su madre y, por consiguiente, a las mujeres, en general. Asimismo, se señaló que el accionar de la imputada: "no fue un anticipo preventivo imaginario o un peligro remoto, sino una clara defensa ante el actual acto agresivo del que estaba siendo víctima", puesto que el occiso era agresivo, estaba alcoholizado y tenía un arma de fuego. Destacándose que resulta razonable que la mujer se haya defendido con la misma arma de fuego que tenía su agresor y que haya afectado el mismo bien jurídico que ella defendía, pues "No aparece lógico y razonable pensar que haya tenido otra alternativa menos gravosa, sin que su propia vida corriera real peligro". En este fallo se dijo que este accionar estuvo plenamente justificado ante las graves, continuas y cíclicas agresiones que ella recibía por parte del occiso, pues "[o]pinar lo contrario, implicaría lo mismo que afirmar que toda víctima de violencia no podría tomar una decisión de irse y alejarse de su agresor, bajo el riesgo de no poder luego defenderse legítimamente de la reacción que generó la noticia, lo que a todas luces se presenta como irrazonable y contrario al sentido común".

6. Conclusiones

De acuerdo al desarrollo de los apartados de este trabajo, el instituto de la legítima defensa se encuentra en casos, como los mencionados precedentemente que escapan a los estándares de su diseño primigenio. De esta manera, la aplicación de una perspectiva de género en estos casos, no surge como una alternativa que tiene el poder judicial, sino que constituye una obligación que surge de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw), la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o Convención de Belém Do Pará, del Bloque de Constitucionalidad Federal, y que filtra todos los institutos del derecho. Esta normativa es de suma importancia, porque a partir de esta, los jueces pueden argumentar y justificar el tratamiento de la legítima defensa para situaciones complejas. Así, el razonamiento judicial ofrecerá razones para las justificaciones de la mujer -en situaciones no confrontacionales- por vía de la legítima defensa. Por ello, es necesario un análisis de la situación de la mujer y sus condiciones físicas y psicológicas. Todo ello interpela a los jueces a un esfuerzo mayor en la interpretación y aplicación de la ley, para evitar decisiones ineficaces o indiferentes frente a casos individuales de violencia contra las mujeres, y que indudablemente constituyen una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia.

Bibliografía

- BACIGALUPO, E., *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, B de F, Buenos Aires, 2016.
BARATTA, A., *"Criminología y feminismo"*, Ed. Sulina Porto Alegre, 1999.

⁹³Cámara Criminal y Correccional de Cruz del Eje, "S., K. L. p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis", Sentencia de fecha del 10 de mayo de 2017.

- BARRANCOS, D.: "Inferioridad jurídica y encierro doméstico", *Historia de las mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX*, Gil Lozano, F.; Pita, V. S. e Inim. G. (dirs.), Taurus Buenos Aires, 2000.
- BERGALLI, R. y BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX*, 1992, pp. 43-74.
- COBO DEL CORRAL, V. A., *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COMAS DE ARGEMIR CENDRÁ, M. y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "La violencia de género: política criminal y ley penal" en AA.VV. *Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Bajo Fernández, M., Barreiro, A. J y Suárez González, C. J., Aranzadi, Navarra, 2005.
- COPELON, R.: "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura", en Cook, R. J. (edit.) *Derechos humanos de la Mujer. Perspectivas nacionales e internacionales*, PROFAMILIA, Colombia, 1997.
- DEL RÍO AYALA, A.; GONZÁLEZ IGARTÚA, M. N. y SPINA, M. P., "El derecho a defenderse del femicidio: la legítima defensa en contextos de violencia doméstica", *Papeles del Centro de Investigaciones*, año 6, número 17, 2016.
- DI CORLETO, J., "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas" *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Nº 5/2006, Mayo de 2006.
- FLETCHER, G. P., *En defensa propia (Sobre el caso Goetz y sus implicancias legales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARCÍA, C. A. "Feminismo y criminología" *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 2, 1995, pp. 445-456.
- IGLESIAS RIO, M. A., *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa. Consideración especial a las restricciones ético-sociales*, Comares, Granada, 1999.
- LARRAURI PIJOAN, E., *Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*, B de F, Buenos Aires, 2008
- LARRAURI PIJOAN, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Eub, Barcelona, 1995.
- LAURENZO COPELLO, P., "¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?" *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 783 – 830.
- MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, núm. 08.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría del Delito*, Repertor, Barcelona, 1996.
- PETERS, E.: *Torture*, University of Pennsylvania Press, Nueva York, 1985.
- RODRIGUEZ, M., "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas" en AA.VV. *Las Trampas del Poder Punitivo. El género del derecho penal*, Birgin, H (comp.), Biblos, Buenos Aires, 2000.
- RODRIGUEZ M. J. F., *Los Derechos Humanos de las Mujeres en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México D.F., 2011.
- ROXIN C., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Thompson Civitas, Madrid, 2003.
- "Las restricciones ético sociales al derecho a la legítima defensa", en *Código Procesal Criminal*, trad. de José Manuel Gómez Benítez, Madrid, Edersa, 1982.
- SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circumscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SÁNCHEZ, L. y SALINAS, R., "Defenderse del femicidio", en AAVV, *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, pp. 181 – 216.
- SCHNEIDER, E., *La construcción legal de la violencia contra las mujeres*, en AA.VV. *Justicia, género y violencia*, Di Corleto, J. (comp.), Librarias, Bs. As., pp. 23-42

- SILVA SÁNCHEZ, J. M.; Baldó Lavilla, F. y Corcoy Bidasolo, M., *Casos de jurisprudencia penal con comentarios doctrinales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- TOLEDO VÁSQUEZ, P., "Introducción", en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009.
- "Leyes sobre femicidio y violencia contra las mujeres. Análisis comparado y problemáticas pendientes" en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del femicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, 2009.
- VILLEGAS DIAZ, M., "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal" en *Revista Derecho*, Nº 23, 2010, pp. 149-174.
- ZAFFARONI, E. R.; SLOKAR, A. y ALAGIA, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

Jurisprudencia citada

- Cámara Criminal y Correccional de Cruz del Eje, "S., K. L. p.s.a. homicidio agravado por el art. 41 bis", Sentencia de fecha del 10 de mayo de 2017.
- Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "N.H.M. s/Recurso de casación", Sentencia del 16 de agosto de 2005.
- Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala IV, "S., B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 5 de julio de 2016.
- Cámara Penal Nº 2 de Villa Mercedes, Provincia de San Luis, ""Sanchez, Brisa Noemi - Av. Homicidio Calificado" (PEX 203396/16), Sentencia de fecha 30/05/2019.
- Cámara en lo Penal de Trelew, Causa "HC" (Expte. Nº 56280), Sentencia de fecha 19/09/2018.
- Corte Europea de Derechos Humanos, Informe 1997-VI, "Aydin c. Turquía", fallo Nº 23178/94 del 25 de septiembre de 1997.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Cantoral Benavides vs. Perú", Sentencia Nº 69 del 18 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Espinoza González Vs. Perú", sentencia del 20 de noviembre de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Fernández Ortega y otros Vs. México", sentencia del 30 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Nº 10970, Informe Nº 5/96, "Martín de Mejía c. Perú", sentencia del 28 de febrero de 1996.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú", sentencia del 25 de noviembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Rosendo Cantú y otra Vs. México", sentencia del 31 de agosto de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Urrutia vs. Guatemala", Sentencia Nº 103 del 27 de noviembre de 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Véliz Franco vs. Guatemala", Sentencia del 9 de mayo de 2014.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "Góngora, G. A.", Sentencia del 23/04/2013
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "LEIVA, María Cecilia s/ Homicidio Simple" - Fallos 334:1204, rta, Sentencia del 1 de noviembre de 2011
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "R., C. E. s/ recurso de extraordinario de inaplicabilidad de la ley en causa Nº 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV", Sentencia de fecha 29 de octubre de 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, "S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo", sentencia Nº 52/14 del 28 de abril de 2014.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, "GÓMEZ, María Laura s/ Homicidio simple", Sentencia N° 10/12 del 28 de febrero de 2012.

Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, Sala II, "F.C./ Rojas Echevarrieta Cinthia Yasmín p/ Homicidio Simple s/ Casación", Sentencia del 23 de junio de 2014.

Tribunal de Juicio de Salta, Sala III, "OMA" (Expte. N° 139706/17), Sentencia de fecha 11/10/2017.

Tribunal Oral en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, "BULACIO, Gladys Lery s/Homicidio Calificado", Sentencia de fecha 03 de junio de 2010.

Tribunal Oral Criminal N° 6 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, "S. B. L. s/ homicidio agravado por el vínculo y por ser cometido mediante el empleo de un arma de fuego", Sentencia del 9 de diciembre de 2014.

Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala I, "Díaz" (Expte. N° 59157), Sentencia de fecha 17/10/2013

Informes y recomendaciones

CIDH, Informe N° 54/01 del 16/04/2001 sobre el caso "María da Penha vs. Brasil"

Comité CEDAW, Recomendación General N° 19, 11º período de sesiones, 1992.

Comité CEDAW, Recomendación General N° 28, 47º período de sesiones, 2010.

Recomendación N° 1 (2018) del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI).

Informe del Relator Especial sobre la Tortura, UN Doc. E/CN.4/1986/15.

Informe del Comité de Derechos Humanos, ONU G.A.O.R., 37ava sesión, supp. N° 40 (1982).

Resumen/Recopilación de 21º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN4/1992/SR.21.

Breves notas sobre a proteção de dados no direito laboral português

Brief notes on data protection in Portuguese Labor Law

Susana Sousa Machado¹

Daniela Rodrigues²

Patrícia Anjos Azevedo³

Escola Superior de Tecnologia e Gestão/Politécnico do Porto

Sumário: 1. Introdução: breve resenha histórica sobre a proteção de dados e os dados pessoais. 2. O Código do Trabalho português: a proteção de dados dos trabalhadores. 3. Esclarecimento de alguns conceitos. 3.1. Dados Pessoais. 3.2. Dados Sensíveis. 3.3. O tratamento. 4. O Regulamento Geral da Proteção de Dados. 4.1. Generalidades. 4.2. A Comissão Nacional de Proteção de Dados. 4.3. O Encarregado de Proteção de Dados. 4.4. Direitos dos titulares dos dados. 4.4.1. Direito de acesso. 4.4.2. Direito de oposição. 4.4.3. Direito à não avaliação com base num tratamento automático. 4.4.4. Direito de retificação e eliminação. 4.4.5. Direito à limitação do tratamento dos dados pessoais. 4.4.6. Direito de apagamento. 4.4.7. Direito à portabilidade. 4.4.8. Direito de resposta. 5. O consentimento no contrato de trabalho. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo: Vivemos numa era digital e quanto a isso ninguém tem dúvidas. As tecnologias da comunicação existentes desempenham um papel importante e geram um fluxo mais facilitado de informação e de métodos de trabalho, o que acaba por levar a outros conflitos.

O tratamento dos dados pessoais vem permitir a definição do perfil de uma determinada pessoa, de acordo com a análise das suas preferências, caráter, comportamento, atitudes, entre outros. A verdade é que esta recolha pode ser utilizada não só para fins publicitários, com o objetivo do marketing como também no contexto laboral.

O objetivo deste nosso contributo é precisamente o de enquadrar, problematizar, apresentar os direitos dos trabalhadores, bem como a questão do consentimento, no âmbito da relação laboral, no contexto do Direito Laboral português.

Palavras-chave: proteção de dados; regulamento geral de proteção de dados; princípios da proteção de dados; direitos dos titulares dos dados; consentimento.

¹ CIICESI, ESTG /P. PORTO – Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação, Escola Superior de Tecnologia e Gestão / Politécnico do Porto, Portugal. Professora Adjunta no Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, scm@estg.ipp.pt.

² CIICESI, ESTG /P. PORTO – Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação, Escola Superior de Tecnologia e Gestão / Politécnico do Porto, Portugal. Licenciada e Mestre em Solicitadoria.

³ CIICESI, ESTG /P. PORTO – Centro de Inovação e Investigação em Ciências Empresariais e Sistemas de Informação, Escola Superior de Tecnologia e Gestão / Politécnico do Porto, Portugal. Professora Adjunta Convidada no Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Licenciada, Mestre e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, pamv@estg.ipp.pt.

Abstract: We live in a digital age and no one has any doubts about that. Existing communication technologies play an important role and generate a more streamlined flow of information and working methods, which ultimately leads to other conflicts. The processing of personal data allows the definition of the profile of a certain person, according to the analysis of his preferences, character, behavior, attitudes, among others. The truth is that this collection can be used not only for advertising purposes, with the purpose of marketing but also in the workplace.

The purpose of our contribution is precisely to frame, problematize, present workers' rights, as well as the issue of consent, within the scope of the employment relationship, in the context of Portuguese Labor Law.

Keywords: data protection; general data protection regulation; data protection principles; rights of data subjects; consent.

1. Introdução: breve resenha histórica sobre a proteção de dados e os dados pessoais

A proteção dos dados pessoais realiza-se através de diferentes ferramentas legislativas, nacionais e internacionais. A maioria destas ferramentas têm natureza generalista o que significa que se vão aplicar a qualquer relação jurídica⁴.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) no seu artigo 26.º consagra a base jurídica do direito à privacidade, no qual se prevê o reconhecimento a todos do direito à reserva da intimidade da vida privada adiante abordado. Importante, ainda, o direito ao acesso de dados informatizados que lhe digam respeito exigindo a retificação e atualização e, também, o direito a conhecer a finalidade do tratamento dos dados de acordo com o artigo 35.º da CRP. Note-se que todas estas soluções jurídicas, de forma a que sejam aplicadas as normas com vista à proteção dos dados pessoais, devem sempre reger-se e respeitar o artigo 8.º da Convenção Europeia de Direitos Humanos bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Devemos olhar para estes como o juiz natural de toda a relação com os direitos fundamentais e humanos, sendo referência quer a nível nacional quer a nível da União Europeia (UE)⁵.

Quanto ao Direito Internacional é ainda necessária a referência à Convenção 108 do Conselho da Europa no que respeita à proteção das pessoas singulares e ao tratamento automatizado dos dados pessoais. Assinada em Estrasburgo a 28 de janeiro de 1981, teve como principal objetivo estabelecer no "território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdades fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito («proteção dos dados»)", nos termos do seu artigo 1.º.

Pode afirmar-se que a referida Convenção serviu de base à Lei n.º 10/9, de 27 de abril, e à Lei n.º 28/94, de 29 de agosto, que veio aprovar medidas de reforço da proteção de dados pessoais e que em conjunto concretizaram no nosso ordenamento o predito direito constitucional⁶.

No âmbito do Direito da União Europeia, na década de 2000, relativamente a esta matéria da proteção de dados, surgiram vários diplomas legais, isto é, antes de 2009 esta matéria recebeu tratamento por parte das fontes de Direito Europeu. Neste

⁴ LAMBELHO, A.; DINIS, M., *La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el RGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, p. 402.

⁵ IDEM- *Ibidem*.

⁶ IDEM- *Ibidem*, pp. 402 e 403.

sentido, é importante a referência à Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, pois esta Diretiva era relativa à proteção das pessoas físicas e ao tratamento dos dados pessoais bem como à livre circulação dos mesmos. Esta veio trazer um novo marco jurídico levando à modificação da legislação interna.

Foi precisamente em 2009 que entrou em vigor o Tratado de Lisboa que veio introduzir a base legal para a proteção de dados pessoais na União Europeia, regulado no artigo 16.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE)⁷.

Como consequência, foi aprovada a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que se traduz na Lei da Proteção de Dados Pessoais (LPD) aplicada no nosso ordenamento jurídico até 8 de agosto de 2019.

De notar ainda que foi estabelecida como meta prioritária da União Europeia (UE) a construção de um *Digital Single Market*⁸, com funcionamento na Europa e com a entrada a partir de 2020. Para que este objetivo fosse efetivamente cumprido, a UE elaborou o Regulamento Geral de Proteção de Dados, doravante designado por RGPD, que foi aprovado em 27 de abril de 2016 (Reg. 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia)⁹. Este diploma entrou em vigor a 24 de outubro de 2016 e revogou a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

O RGPD, sendo um Regulamento da União Europeia, vigora de forma direta no nosso ordenamento jurídico bem como no de qualquer outro Estado-Membro, sem existir a necessidade do estado intervir legislativamente. Neste sentido, as regulamentações nacionais vêm apoiar a concretização do RGPD facilitando a interpretação do mesmo. No dia 9 de agosto de 2019, e como consequência, entrou em vigor na ordem jurídica nacional a Lei n.º 58/2019 que assegura a execução do RGPD.

2. O Código do Trabalho português: a proteção de dados dos trabalhadores

Um dos setores do ordenamento jurídico português mais exposto à influência de mudanças tecnológicas é o Direito do Trabalho. Estamos numa era de mudança que não se pode considerar somente estrutural mas, também, funcional uma vez que se alterou profundamente a maneira da prestação laboral ser efetuada¹⁰.

No âmbito de uma organização, departamentos como recursos humanos, jurídicos, financeiros, entre outros são dos departamentos mais afetados pelo RGPD uma vez que são os departamentos que irão recolher, tratar, processar e armazenar a maior parte dos dados pessoais da organização que é responsável pelo seu tratamento.

⁷ ALVES, L. D., *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral - O direito à privacidade do trabalhador*, Coimbra: Almedina, 2020, p.15.

⁸ *Digital Single Market* – o objetivo é assegurar que a economia, indústria e sociedades europeias possam tirar o pleno partido desta era. A UE já iniciou a criação deste mercado, onde os cidadãos europeus têm a possibilidade de efetuar compras *online* além das fronteiras e que as empresas também possam vender em toda a UE. Esta ideia surgiu no ano de 2015 através de proposta da Comissão Europeia e lançou as bases necessárias para uma sociedade digital europeia unida e sustentável. Nos anos de 2016 e 2017 podemos destacar algumas das realizações: fim do *roaming*; modernização da proteção de dados; portabilidade transfronteiriças de conteúdos *online*; o acordo para desbloquear o comércio eletrónico que põe fim ao bloqueio geográfico injustificado. O objetivo para um futuro próximo é o alargamento da economia digital da UE e derrubar as barreiras regulamentares entre os Estados-Membros da UE.

⁹ LAMBELHO, A.; DINIS, M., *La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el RGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, pp. 403 e 404.

¹⁰ MOREIRA, T. C., "Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0" – *Questões Laborais*, Ano XXIV – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina, pp. 10 e 11.

É, de facto, claro que no contexto laboral o tratamento dos dados pessoais tem um impacto enorme na medida em que, qualquer que seja o tamanho da empresa, estão obrigados a estar em conformidade com as exigências previstas no RGPD.

Assim, e de modo a proceder sempre em conformidade com o Regulamento, colocam-se às organizações/empresas, muitos desafios de complexidade técnica sendo os mais comuns a seleção e o recrutamento dos trabalhadores; a utilização de recursos de comunicação na empresa; a utilização destes mesmos recursos fora da empresa; controlo de tempos de trabalho; utilização de sistemas de monitorização de vídeo; monitorização da atividade dos trabalhadores nas suas redes sociais; utilização de veículos automóveis; divulgação dos dados pessoais de determinado trabalhador a terceiros e a transferência internacional de dados.

Uma questão complexa é a conformidade do RGPD com a aplicação informática da gestão de recursos humanos. Mostrou-se necessário a alteração das funcionalidades, nomeadamente no caso relativo à atividades e serviços de segurança e saúde no trabalho. Obrigatoriamente, será necessária a separação lógica entre a saúde e os outros dados pessoais; a aplicação do exercício do direito ao esquecimento e o controlo da assiduidade terá que ser adaptado.

Certo é que os trabalhadores estão sujeitos a um grande número de controlos específicos que doravante nos propomos a analisar.

O RGPD no seu considerando 4) rege que "O tratamento dos dados pessoais deverá ser concebido para servir as pessoas...O direito à proteção de dados pessoais não é absoluto; deve ser considerado em relação à sua função na sociedade e ser equilibrado com outros direitos fundamentais, em conformidade com o princípio da proporcionalidade. Contudo, também é realçado que "...respeita todos os direitos fundamentais e observa as liberdades e os princípios reconhecidos na Carta, consagrados nos Tratados nomeadamente o respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pelas comunicações, a proteção dos dados pessoais ...o direito à ação e a um tribunal imparcial¹¹..."

Assim, o Código do Trabalho português (doravante designado por CT) estabelece no seu artigo 17.º, n.º 1 que o empregador não pode exigir ao trabalhador informação relativa a aspetos referentes à sua vida privada exceto se estes se mostrarem estritamente necessários para o desenvolvimento da atividade profissional em causa e para a execução do contrato de trabalho.

Desta forma, ao empregador é proibido exigir ao candidato a trabalhador ou ao trabalhador qualquer tipo de informações sobre a sua vida privada, com exceção das que se mostram estritamente necessárias para o exercício da função em causa bem como para avaliar a sua capacidade para a execução dessas mesmas funções. Informações sobre, por exemplo, a gravidez, só poderão ser facultadas com a devida justificação escrita. Neste caso, quando a entidade empregadora está autorizada ao acesso a estas mesmas informações, não tem acesso de forma direta ao conteúdo destas pois apenas podem ser prestadas a um médico. O artigo 17.º do CT disciplina as situações em que o empregador solicita ao trabalhador ou a alguém candidato a emprego informações referentes à sua vida privada, regulando por outro lado o regime da proteção de dados pessoais que tenham sido fornecidos ao empregador. O âmbito da aplicação do artigo 17.º do CT é vasto pois, para além de abranger trabalhadores e empregadores, também se aplica a candidatos a emprego, isto é, aquele que se relaciona com o empregador nos preliminares da formação contratual, com vista a aceder ao emprego.

Assim, podemos salientar que ficarão sob a alçada do artigo 17.º do CT todos os atos e negócios jurídicos que integrem os preliminares da formação do contrato de

¹¹ ALVES, L. D., *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral - O direito à privacidade do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 19-21.

trabalho, nomeadamente os contratos-promessa de trabalho e as provas de seleção no âmbito de concursos públicos¹².

Note-se que, posteriormente o médico, informará a entidade empregadora da aptidão ou inaptidão do trabalhador para o desempenho da função em causa. Tal situação verifica-se por força do n.º 2 do artigo 17.º do CT mas, anteriormente, na redação inicial do CT se o trabalhador autorizasse a entidade empregadora, por escrito, era permitido o acesso a dados sobre a saúde e até mesmo sobre a gravidez¹³. Note-se ainda que o Código Civil português (CC) no seu artigo 80.º prevê o dever de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada e o CT no seu artigo 16.º n.º 1 prevê que o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade. Neste sentido, e salvaguardando sempre a reserva quanto à intimidade da vida privada estão abrangidos o acesso e a divulgação de aspetos referentes à vida familiar, afetiva e sexual das partes. Este artigo afirma como seu princípio geral a necessidade de um respeito recíproco sobre os direitos de personalidade da contraparte com especial relevo à reserva da intimidade da vida privada. Assim, pode-se salientar que este preceito regulado no artigo 16.º do CT tem uma dupla função pois por um lado vem afirmar a tutela geral da personalidade dos sujeitos laborais, equiparando-se ao artigo 70.º, n.º 1 do CC, e por outro lado eleva o direito à reserva da intimidade da vida privada daqueles sujeitos à categoria de direito de personalidade em especial, com os devidos contornos próprios. Apesar de o direito à reserva da intimidade da vida privada ser um direito recíproco, o legislador tem sempre como maior preocupação a proteção do trabalhador, pois este está integrado durante várias horas do seu dia numa determinada organização que exerce sobre ele poder de direção¹⁴.

Certo é que, devido à subordinação jurídica da relação laboral, existe um maior risco de ocorrer o abuso da utilização de dados pessoais dos trabalhadores e, neste sentido, o empregador não pode exigir dos trabalhadores informações referentes à sua esfera privada. Esta situação verifica-se uma vez que não é possível tratar essa informação, pela sensibilidade dos dados pessoais em causa.

Importa, para a análise do que nos propomos a estudar, a tutela dos direitos de personalidade dos trabalhadores, doravante abordados de uma forma mais aprofundada, bem como a defesa da sua privacidade, confidencialidade de mensagens ou qualquer outro tipo de comunicações que possam existir, assim como informações recolhidas através dos vários meios que, nos dias de hoje, temos à nossa disposição.

O CT nos artigos 14.º a 22.º configura esta situação. Podemos afirmar que, mantendo esta proteção legalmente regulada no CT e acrescentando o RGPD, é garantida uma maior proteção ao trabalhador. Contudo, não nos devemos esquecer da articulação dos artigos 14.º a 22.º do CT com a matéria que se encontra regulada nos artigos 23.º e ss no que respeita à igualdade e à discriminação bem como a proibição das situações de assédio. Esta subsecção do CT tem como objetivo a garantia da defesa dos direitos de personalidade dos sujeitos laborais. Contudo, a maior parte destes preceitos só fazem sentido em relação ao trabalhador. Atenda-se aos artigos 17.º a 22.º do CT. É considerada uma abordagem bastante “personalista” destas matérias laborais e, para confirmar esta afirmação, é necessário atender à matéria de liberdade de expressão e de opinião, de integridade física e moral ou da reserva da intimidade da vida privada¹⁵.

¹² MARTINEZ, P. R. [et.al], *Código do Trabalho Anotado, Anotação de Guilherme Dray*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 103.

¹³ LAMBELHO, A.; DINIS, M., *La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el RGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020, p. 405.

¹⁴ MARTINEZ, P. R. [et.al] – *Código do Trabalho Anotado, Anotação de Guilherme Dray*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 99.

¹⁵ AMADO, J. L. [et al.], *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 115 – 117.

Assim sendo, a principal preocupação do legislador é assegurar a posição igualitária de ambos os sujeitos contratuais uma vez que o empregador e o trabalhador não estão no mesmo patamar contratual¹⁶.

Quanto à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador, o empregador pode estabelecer regras de utilização de meios de comunicação, nomeadamente, pela imposição de limites, tempos de utilização, bem como a vedação a determinados locais, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 22.º do CT, sendo que estas regras devem revestir forma de regulamento interno e devem ainda ser adequadas e proporcionais, tendo sempre em conta as disposições do RGPD¹⁷. O n.º 2 do artigo 22.º do CT tem como objetivo repor um justo equilíbrio entre a tutela do direito à confidencialidade de que goza o trabalhador e a liberdade da gestão empresarial. Neste sentido, a reserva da intimidade da vida privada de determinado trabalhador não pode prejudicar a possibilidade do empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação e das tecnologias manuseadas na empresa, nomeadamente através da imposição de limites, tempos de utilização, acessos ou sítios vedados aos trabalhadores. Quanto à utilização deste preceito, vigora o princípio do consensualismo, isto é, qualquer meio utilizado pelas entidades empregadoras será lícito, desde que se revele adequado para que se torne possível o seu conhecimento por parte dos trabalhadores da empresa.

Relativamente à questão do incumprimento das regras estabelecidas neste artigo, esta consubstancia uma infração disciplinar, contudo, não legitima a violação, pelo empregador, do direito à confidencialidade regulada no n.º 1 do artigo 22.º do CT. Contudo, como forma de justificar o cumprimento defeituoso do contrato ou a inobservância das regras de utilização fixadas no n.º 2 do artigo 22.º do CT pode constituir uma hipótese típica de abuso do direito, elencada no artigo 334.º do CC¹⁸.

Note-se ainda que as imagens e outros dados pessoais que possam vir a ser gravados por meios tecnológicos de vigilância à distância apenas se podem utilizar no âmbito de processo penal ou em processo disciplinar conforme iremos abordar de seguida.

3. Esclarecimento de alguns conceitos

3.1. Dados Pessoais

O direito à proteção de dados pessoais emerge de um dos direitos fundamentais do ser humano, consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é o direito à proteção da vida privada. Os dados pessoais constituem informações acerca da nossa vida privada e a sua proteção deve ser devidamente assegurada. A CRP, nos seus artigos 26.º e 35.º, rege este direito à vida privada e a proteção dos dados pessoais. O artigo 26.º da CRP regula que “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação. Contrapondo com o artigo 35.º da CRP este rege que “todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei”¹⁹.

O RGPD no seu artigo 4.º, n.º 1 vem definir dados pessoais como a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»)”.

Neste contexto, o artigo 4.º do RGPD estabelece que “é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente,

¹⁶ IDEM - *Ibidem*.

¹⁷ NASCIMENTO R.; GAMA, A., *RGPD em contexto laboral*, 2019. [Consult. 4 set. 2020]. Disponível em <http://boletim.oa.pt/project/set19-rgpd-em-contexto-laboral/>.

¹⁸ MARTINEZ, P. R. [et.al], *Código do Trabalho Anotado, Anotação de Guilherme Dray*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020, pp. 117 – 119.

¹⁹ IDEM - *Ibidem*, p. 9.

em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

Dados pessoais caracterizam-se assim por serem todas as informações acerca de determinada pessoa singular passível de ser identificada direta ou indiretamente sobre a sua vida privada ou profissional. Dados pessoais não são apenas números de contribuinte, segurança social, entre outros. Caracterizamos os dados pessoais como uma avaliação profissional ou de outro género. Dados genéticos, dados relativos a saúde física ou mental ou ainda dados biométricos, isto é, tratamentos técnicos específicos relativos a características físicas, informações sobre a fisiologia ou comportamental de uma pessoa que possam vir a determinar a sua identificação.

Atentando aos considerandos do RGPD “a proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva” (n.º 14). Saliente-se ainda que a proteção de dados “deverá ser neutra em termos tecnológicos e deverá ser independente das técnicas utilizadas. A proteção das pessoas singulares deverá aplicar-se ao tratamento de dados pessoais por meios automatizados, bem como ao tratamento manual, se os dados pessoais estiverem contidos ou se forem destinados a um sistema de ficheiros. Os ficheiros ou os conjuntos de ficheiros bem como as suas capas, que não estejam estruturados de acordo com critérios específicos, não deverão ser abrangidos pelo âmbito de aplicação do presente regulamento”, nos termos do considerando n.º 15 do RGPD.

Devemos ainda salientar que, de acordo com o considerando n.º 26 do RGPD, os princípios da proteção de dados que doravante irão ser abordados de forma mais extensiva, deverão aplicar-se a qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável. Os dados pessoais que tenham sido pseudonimizados, que possam ser atribuídos a uma pessoa singular mediante a utilização de informações suplementares, deverão ser considerados informações sobre uma pessoa singular identificável. Para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios suscetíveis de serem razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa. Para determinar se existe uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica. Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação. Neste sentido, mostra-se também necessário referenciar que o RGPD não se aplica aos dados pessoais de pessoas falecidas, contudo, os Estados-Membros poderão estabelecer regras para o tratamento dos dados pessoais destas pessoas, de acordo com o considerando n.º 27.

Por último, e de acordo com os considerandos n.º 29 e 30 do RGPD e a fim de criar incentivos para a aplicação da pseudonimização durante o tratamento de dados pessoais, deverá ser possível a aplicação de medidas de pseudonimização permitindo-se simultaneamente, “uma análise geral, no âmbito do mesmo responsável pelo tratamento quando este tiver tomado as medidas técnicas e organizativas necessárias para assegurar, relativamente ao tratamento em questão, a aplicação do presente regulamento e a conservação em separado das informações adicionais que permitem atribuir os dados pessoais a um titular de dados específico.

O responsável pelo tratamento que tratar os dados pessoais deverá indicar as pessoas autorizadas no âmbito do mesmo responsável pelo tratamento". De salientar ainda que, "pessoas singulares podem ser associadas a identificadores por via eletrónica, fornecidos pelos respetivos aparelhos, aplicações, ferramentas e protocolos, tais como endereços IP (protocolo internet) ou testemunhos de conexão (*cookie*) ou outros identificadores, como as etiquetas de identificação por radiofrequência. Estes identificadores podem deixar vestígios que, em especial quando combinados com identificadores únicos e outras informações recebidas pelos servidores, podem ser utilizados para a definição de perfis e a identificação das pessoas singulares".

Para finalizar a definição de dados pessoais, no Parecer 4/2007, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.^{o20} vem classificar o conceito de dados pessoais com base em quatro elementos: "Qualquer informação"; "Relativa"; "Identificada ou identificável"; "Pessoa singular".

Estes quatro elementos estão relacionados e apoiam-se mutuamente. Neste contexto, vamos abordar cada uma das alíneas separadamente para melhor entendimento²¹.

Na alínea a) "qualquer informação" a expressão contida indica a intenção do legislador em prever um conceito para definição de dados pessoais alargado uma vez que, esta redação pode levar a uma ampla interpretação²².

Assim, o conceito de dados pessoais incluirá qualquer tipo de declarações acerca de uma determinada pessoa, isto é, abrange informações "objetivas" e "subjetivas". É este último tipo de informações que constitui uma grande parte do tratamento de dados pessoais, nomeadamente, no que respeita a setores como a banca, seguros e o emprego. Para esta informação ser definida como "dados pessoais" não necessita que seja verdadeira e comprovada até porque as regras da proteção de dados pessoais contemplam a possibilidade desta informação se encontrar errada. Neste sentido, prevê o direito da pessoa em causa avaliar esta informação e contestar através dos meios apropriados²³.

O conteúdo da informação para perspetivar o conceito de dados pessoais inclui qualquer tipo de informação, isto é, informação de especial risco como é o caso dos dados sensíveis, abordados no tópico seguinte e informação acerca de qualquer tipo de atividade realizada por determinada pessoa bem como as suas relações de trabalho ou o seu comportamento económico e social. Podemos definir "qualquer informação" sendo referente a pessoas singulares independentemente do seu estatuto ou papel²⁴.

Quanto ao segundo elemento enunciado na alínea b) "Relativa a", é um elemento importante para que seja possível identificar quais as ligações relevantes e distingui-las. A informação "relativa" é, em termos gerais, uma informação sobre essa pessoa. Na maior parte das situações esta relação é estabelecida facilmente²⁵.

Exemplo desta situação são os dados pessoais registados num ficheiro relativo à situação de determinada pessoa enquanto trabalhador. Contudo, existem ainda situações em que esta relação não é assim tão óbvia de atribuir a uma determinada pessoa. Em certas situações, a informação está inicialmente relacionada com objetos e não com pessoas mas, estes objetos normalmente irão pertencer a alguém ou

²⁰ O Grupo de Trabalho do Artigo 29.^o (GT Art.^o 29.^o) é o grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018 (data de aplicação do RGPD). [Consult. em: 25 set. 2020]. Disponível online https://edpb.europa.eu/our-work-tools/article-29-working-party_pt.

²¹ Grupo de Trabalho de Proteção de dados do artigo 29.^o - Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. Disponível online em: https://www.qdpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf, p. 6.

²² IDEM – *Ibidem*.

²³ IDEM – *Ibidem*, pp. 6 e 7.

²⁴ IDEM – *Ibidem*, p. 7.

²⁵ IDEM – *Ibidem*, p. 9.

podem manter algum tipo de vizinhança física ou geográfica com pessoas ou objetos e só assim se poderá considerar que a informação será relativa a essas pessoas ou objetos²⁶.

Em termos gerais e quanto ao elemento enunciado na alínea c) "Identificada ou Identificável", uma pessoa pode ser considerada "identificada" a partir do momento em que essa pessoa é distinguida de todos os outros membros do grupo. Esta identificação é obtida através de informações que identificam e que têm uma relação privilegiada e próxima com a pessoa em causa²⁷.

Relativamente à última alínea "pessoa singular", esta proteção aplica-se a pessoas singulares. Assim, podemos afirmar que o direito à proteção dos dados pessoais é universal e não se restringe a nacionais ou a pessoas residentes num determinado país. O conceito de pessoa singular é regulado no artigo 6.º da DUDH que define como "Todas as pessoas têm o direito a serem reconhecidas como sujeitos perante a Lei." Os dados pessoais são, em princípio, referentes a pessoas singulares vivas identificadas ou identificáveis, contudo, esta questão pode suscitar diversas dúvidas²⁸.

Este tema suscita dúvidas na medida em que a informação referente a pessoas mortas, em princípio, não deverá ser considerada como dados pessoais uma vez que, de acordo com o Direito Civil, as pessoas mortas já não são consideradas pessoas singulares²⁹.

No entanto, em alguns casos, as pessoas mortas poderão receber proteção de forma indireta porque, por um lado, a pessoa que está responsável pelo tratamento dos dados pessoais pode não ter informação se determinada pessoa ainda está viva e, por outro lado, a informação referente a pessoas mortas pode também referenciar pessoas vivas. Assim sendo, quando a informação sobre pessoas mortas puder ser considerada como igualmente relativa a pessoas vivas e constituir dados pessoais podem indiretamente gozar da proteção das regras sobre os dados pessoais³⁰.

Por fim, e quanto ao exposto, poderá colocar-se a questão do que acontecerá quando os dados não estejam abrangidos pela definição.

O facto de determinado dado não poder ser considerado como identificado ou identificável de uma determinada pessoa faz com que esta regra não se aplique. Contudo, tal não significa que as pessoas que se encontram nesta situação em particular fiquem desprotegidas até porque o Tribunal de Justiça Europeu deixou claro que nada impede que os Estados-Membros alarguem o âmbito da sua legislação nacional de execução a áreas onde não se encontrem incluídas³¹.

3.2. Dados Sensíveis

Anteriormente, com a Lei 67/98 de 26 de outubro (Lei da Proteção de Dados Pessoais), e nos termos do artigo 6.º desta lei, o tratamento de dados pessoais só podia ser efetuado se o titular dos mesmos tivesse dado de forma inequívoca o seu consentimento, se o tratamento fosse necessário para a execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados seja parte ou de diligências prévias à formação do contrato ou declaração da vontade negocial efetuadas a seu pedido: (a) para o cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento estava sujeito; (b) para a proteção de interesses vitais do titular dos dados, se este estivesse física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; (c) para a prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados; (d) para a execução de uma missão de

²⁶ IDEM – *Ibidem*, pp. 9 e 10.

²⁷ IDEM – *Ibidem*, p. 13.

²⁸ IDEM – *Ibidem*, p. 23.

²⁹ IDEM – *Ibidem*.

³⁰ IDEM – *Ibidem*.

³¹ IDEM – *Ibidem*, pp. 25 e 26.

interesse público ou no exercício de autoridade pública em que esteja investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados.

Revogado este artigo pela Lei 58/2019 de 8 de agosto, vem esta, no seu artigo 23.º permitir o tratamento de dados pessoais com carácter excecional, ou seja, este tratamento por entidades públicas para finalidades diferentes das determinadas pela recolha tem natureza excecional e deve ser devidamente fundamentado com vista a assegurar a prossecução do interesse público que de outra forma não possa ser acautelado.

A entidade empregadora tem, desde o momento da candidatura, acesso a diversos dados de cariz pessoal e íntimo de determinada pessoa. O RGPD, no fundo, autonomiza por categoria específica os “dados pessoais”. Dados como ideologia política, convicções religiosas, orientação sexual, localização, estado civil e a gravidez caracterizam-se por dizer respeito à vida privada de um trabalhador, enquadrando-se desde logo no conceito de dados sensíveis, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 4.º, n.º 1 e 9.º do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho³². Em suma, o tratamento dos dados sensíveis consiste em aspetos que se possam tornar relevantes da vida privada de determinado trabalhador e que merecem um tratamento mais cauteloso.

É, ainda, necessário salientar dados referentes a condenações penais ou infrações que possam ter ocorrido com os trabalhadores e, neste contexto, este tratamento de dados só pode ser efetuado sob o controlo de uma autoridade pública ou se este tratamento for autorizado por disposição de direito da União Europeia. No caso dos dados relativos a condenações penais ou infrações, o tratamento deste tipo de dados deve ser precedido de medidas adicionais que visam conferir se se encontram reunidas todas as condições necessárias para a licitude de tal tratamento. O tratamento de situações deste género deve ser objeto de uma avaliação do impacto e vai implicar obrigatoriamente a nomeação de um encarregado de proteção de dados³³.

No fundo, a Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, revogada pela Lei 58/2019, de 8 de agosto, que é a lei nacional de execução do RGPD veio oferecer uma proteção ainda mais cuidada e acrescida no que respeita ao tratamento de dados pessoais sensíveis desde o momento em que proíbe genericamente o seu tratamento, conforme o artigo 9.º, n.º 1 do Regulamento 2016/679 UE. O tratamento deste tipo de dados, só se deve verificar nas situações previstas no n.º 2 do artigo anteriormente mencionado, ou seja, será sempre necessário ou disposição legal ou o consentimento expresso do titular dos mesmos para o seu tratamento ou então se por motivos de interesse público for indispensável este tratamento³⁴.

3.3. O tratamento

O tratamento de dados pessoais é “uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição”, de acordo com o estipulado no n.º 2 do artigo 4.º RGPD.

³² Comissão Nacional de Proteção de Dados – Deliberação n.º 7680/2014, de 28 de outubro de 2014, p. 14.

³³ MAGALHÃES, F. M.; PEREIRA, M. L., *Regulamento Geral de Proteção de Dados - Manual Prático* 2.ª Edição, Porto: Vida Económica, 2020, pp. 60 e 61.

³⁴ Comissão Nacional de Proteção de Dados – Deliberação n.º 7680/2014, de 28 de outubro de 2014, p. 15.

Um exemplo de uma operação de tratamento são os processos de recrutamento, em que os dados tratados são todos os que constam no *curriculum vitae* de um determinado candidato através de formulário de candidatura. É, desde este momento que a entidade empregadora tem acesso a inúmeros dados pessoais de uma determinada pessoa singular³⁵.

4. O Regulamento Geral da Proteção de Dados

4.1. Generalidades

O RGPD tem como principal objetivo a proteção de dados pessoais de pessoas singulares. Considerando que essa proteção é um direito fundamental, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, existe uma contribuição para uma segurança e justiça com o objetivo de união económica e social dos cidadãos do espaço europeu³⁶.

No fundo, não só a defesa dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares está em jogo, como, também, se garante uma livre circulação de dados pessoais entre os estados membros da União Europeia. O RGPD caracteriza-se por ser um regulamento com aplicação direta no sistema jurídico de todos os estados membros sem a necessidade de ser transposto para o direito interno³⁷.

4.2. A Comissão Nacional de Proteção de Dados

Caracterizada por ser a autoridade de controlo, a principal responsabilidade da Comissão Nacional de Proteção de Dados, doravante designada por CNPD, é a fiscalização da aplicação do RGPD, de forma a que possam ser defendidos os direitos e as liberdades das pessoas singulares no que respeita ao tratamento e à circulação dos dados pessoais na UE, podendo ser estabelecidas uma ou mais autoridades públicas independentes, de acordo com o artigo 51.º n.º 1 do RGPD.

Quanto à sua constituição, fazem parte da CNPD membros de integridade e de mérito reconhecidos. O estatuto destes membros garante a independência das suas funções e têm um mandato com duração de cinco anos, tomando posse perante o Presidente da Assembleia da República.

Dado o exposto, a CNPD compõe-se por sete membros, a saber: o Presidente e dois vogais eleitos pela Assembleia da República (AR); um magistrado judicial, com mais de 10 anos de carreira, designado pelo Conselho Superior da Magistratura; um magistrado do Ministério Público (MP), com mais de 10 anos de carreira, designado pelo Conselho Superior do Ministério Público; dois vogais designados pelo Governo³⁸.

Atentando no artigo 57.º do RGPD, este determina que, sem prejuízo de outras atribuições previstas no Regulamento, cada autoridade de controlo atua no território respetivo: "Controla e executa a aplicação do presente regulamento"; "Promove a sensibilização e a compreensão do público relativamente aos riscos, às regras, às garantias e aos direitos associados ao tratamento (...)"; "Aconselha, em conformidade com o direito do Estado-Membro, o Parlamento nacional, o Governo e outras instituições e organismos a respeito das medidas legislativas e administrativas relacionadas com a defesa dos direitos e liberdades das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento"; "Promove a sensibilização dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes para as suas obrigações nos termos do presente regulamento"; "(...) presta informações a qualquer titular de dados sobre o exercício dos seus direitos nos termos do presente regulamento e, se necessário, coopera com

³⁵ SANTOS, P. A. B., *A Aplicação do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados no Contexto Laboral*. Lisboa: Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2019. Dissertação em Direito e Gestão na especialidade de Proteção de Dados Pessoais, pp. 26 e 27.

³⁶ SALDANHA, N., *Novo Regulamento Geral de Proteção de dados - O que é? A quem se aplica? Como implementar?* FCA, 2018, pp. 13-16.

³⁷ IDEM- *Ibidem*.

³⁸ Comissão Nacional de Proteção de Dados – Composição. [Consult. 5 dezembro 2020]. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/cnpd/composicao.htm>.

as autoridades de controlo de outros Estados-Membros para esse efeito”; “Trata as reclamações apresentadas por qualquer titular de dados, ou organismo, organização ou associação nos termos do artigo 80.º (...);” “Coopera, incluindo partilhando informações e prestando assistência mútua a outras autoridades de controlo, tendo em vista assegurar a coerência da aplicação e da execução do presente regulamento”; “Conduz investigações sobre a aplicação do presente regulamento (...);” “Acompanha factos novos relevantes, na medida em que tenham incidência na proteção de dados pessoais (...);” “Dá orientações sobre as operações de tratamento previstas no artigo 36.º, n.º 2”; “Incentiva a elaboração de códigos de conduta (...);” “Incentiva o estabelecimento de procedimentos de certificação de proteção de dados, e de selos e marcas de proteção de dados (...);” “Desempenha quaisquer outras tarefas relacionadas com a proteção de dados pessoais” (entre outras funções inúmeras no artigo 57.º do RGPD).

A CNPD caracteriza-se por ser a entidade administrativa com poderes de autoridade que funciona junto da AR. A principal função da CNPD é a fiscalização e o controlo dos dados pessoais, de acordo com os direitos do homem e pelas liberdades e garantias consagradas constitucionalmente³⁹.

A primeira atribuição da CNPD é o controlo e a fiscalização do cumprimento das obrigações legais e regulamentares em matéria de proteção de dados, sempre tendo em vista o respeito pelos direitos do homem e as garantias consagradas na CRP conforme estipula o artigo 22.º n.º 1 da Lei 67/98. Note-se, ainda, que a CNPD tem poderes de investigação e inquérito, poderes de autoridade e de emissão de pareceres prévios. Pode ainda intervir em processos judiciais em casos de violação das disposições legais. Neste sentido, a CNPD tem ainda o dever de denunciar ao Ministério Público as infrações que possa ter conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Por último é importante referenciar quais são as competências da CNPD. Esta, nos termos do artigo 23.º da Lei da Proteção de Dados, tem competência para a emissão de pareceres de várias ordens, autorizar ou registar tratamento de dados pessoais, determinar o tempo de conservação de dados entre outras medidas que visem o tratamento de dados pessoais. A CNPD pode ainda apresentar sugestões à AR de modo a que se possa verificar as suas atribuições e o exercício das suas competências⁴⁰.

4.3. O Encarregado de Proteção de Dados

Os receios, não infundados, relativos ao facto de uma máquina poder substituir o trabalho de um humano agravaram-se com a evolução da tecnologia. Contudo, e tal como também já mencionado podemos afirmar que a tecnologia poderá transformar o trabalho.

Porém, o RGPD trouxe a novidade de, em certos casos, nomear-se um encarregado de proteção de dados, nos termos e para os efeitos dos artigos 37.º a 39.º do RGPD. Este encarregado de proteção de dados caracteriza-se por ser um trabalhador ou prestador de serviços contratado pela entidade responsável pelo tratamento de dados ou pelo subcontratante. Este deve ser especializado em matéria de proteção de dados e é a ele que ficará confiada, com independência, a avaliação e promoção de implementação de mecanismos para cumprimento da legislação em vigor relativa à proteção de dados pessoais, prestar aconselhamento e cooperar com a autoridade de controlo.

O facto de se ter criado esta “figura” veio dar o exemplo das novas oportunidades que as novas tecnologias podem trazer porque, tal como já referimos

³⁹ Comissão Nacional de Proteção de Dados – O que é a CNPD. [Consult. 10 maio 2020]. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/home/cnpd/acnpd.htm>.

⁴⁰ Cf. Diário da República, Lei nº 67/98, 1ª série - A, nº 247, 26 de outubro de 1998, artigos 21.º a 23.º.

anteriormente, a automatização originou a perda de postos de trabalho, independentemente da complexidade técnica dos mesmos.

O encarregado de proteção de dados tem, entre várias funções, a função de informação e aconselhamento do responsável pelo tratamento ou o subcontratante bem como os demais trabalhadores que possam tratar os dados pessoais.

Em suma, o encarregado de proteção de dados deve estar envolvido em todas as questões relacionadas com o processamento dos dados e devem os trabalhadores das empresas ter a consciência da importância deste⁴¹.

4.4. Direitos dos titulares dos dados

Sabemos que o objetivo principal do RGPD é a garantia da aplicação prática da proteção de dados. Neste sentido, e de modo a garantir o exercício prático destes direitos, o legislador europeu tentou encontrar uma forma de garantir todos estes direitos do titular dos dados pessoais, de acordo com o previsto nos artigos 12.º e ss do RGPD.

4.4.1. Direito de acesso

O direito de acesso consiste no direito que o titular dos dados pessoais tem em aceder, conhecer os dados que o responsável pelo tratamento tem sobre si. Neste sentido, este direito deve ser exercido da forma mais ampla possível, isto é, sem restrições, sem demoras ou custos excessivos e obtendo as informações disponíveis sobre as origens desses factos. Este direito de acesso pode ser exercido junto do responsável pelo tratamento e através de um formulário *online* ou um *e-mail*, por exemplo.

Quanto aos dados de saúde ou dados genéticos, este direito deve ser exercido por intermédio de um médico escolhido pelo titular dos dados uma vez este médico ser a pessoa que tem acesso a estes dados⁴².

4.4.2. Direito de oposição

É conferido ao titular dos dados pessoais o direito a opor-se, a seu pedido e de forma gratuita, ao tratamento dos seus dados para efeitos de marketing direto ou uma outra qualquer forma de prospeção; tem o direito a opor-se ao facto dos seus dados de cliente poderem ser utilizados para efeitos de marketing da empresa e ainda o direito a opor-se a que os seus dados pessoais sejam comunicados a terceiros, exceto disposição legal em contrário⁴³.

4.4.3. Direito à não avaliação com base num tratamento automático

Não podem ser tomadas decisões com base em sistemas automáticos sem existir qualquer tipo de envolvimento humano conforme prevê o RGPD. É ainda proibido a definição de perfis sempre que se trate de um mecanismo automático, isto é, o titular dos dados pessoais não pode ser objeto de uma decisão baseada unicamente num tratamento automatizado, que elabore perfis, que produza efeitos jurídicos ou lhe possa causar qualquer tipo de danos.

Exemplo deste tipo de tratamento é o caso da criação de um software que procede à abertura de um procedimento disciplinar sempre que deteta que um trabalhador falta mais de cinco vezes seguidas injustificadamente. É necessária sempre a possibilidade de o indivíduo se opor ao resultado a que este tratamento chegou.

⁴¹ MOREIRA, T. C., "Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0" – *Questões Laborais*, Ano XXIV – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina, pp. 26-29.

⁴² VIEIRA, F., *RGPD para cidadãos atentos*, Manual de curso *online*. Lisboa, Direção Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas (INA), novembro de 2018, pp. 17 e 18.

⁴³ IDEM- *Ibidem*, p.19.

Nestes casos, o resultado só é considerado findado após a intervenção humana que vai avaliar a situação em concreto.

Contudo, note-se que no caso de o titular dos dados ter dado o seu consentimento, quando seja necessário para a execução de um determinado contrato ou quando esteja permitido pelo Direito da UE com medidas adequadas para proteger os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos este tratamento com tomada de decisão automatizada é permitido⁴⁴.

4.4.4. Direito de retificação e eliminação

Os titulares dos dados existentes numa determinada entidade podem exigir a retificação dos mesmos, e é assim que se designa o direito de retificação. Este direito está em relação direta com o direito de exigir que os seus dados sejam eliminados, como é exemplo o pedido de eliminação dos ficheiros de endereços que são utilizados para marketing numa determinada entidade.

Pode-se ainda dizer que o direito de retificação e o direito de eliminação são exercidos de forma direta pelo titular dos dados pessoais junto do responsável pelo tratamento. Posteriormente, é dever do responsável pelo tratamento indicar uma forma clara o meio pelo qual este direito pode ser exercido que terá, obrigatoriamente, de ser de simples utilização⁴⁵, sempre respeitando o princípio da transparência, anteriormente abordado que se caracteriza e implica que todas as informações inerentes aos direitos do titular dos dados pessoais devam ser de fácil acesso e de compreensão.

4.4.5. Direito à limitação do tratamento dos dados pessoais

O direito à limitação do tratamento dos dados pessoais confere ao responsável pelo tratamento a obrigação de colocar os dados pessoais em “espera” enquanto aguarda uma decisão final do que deve fazer em relação aos mesmos a pedido do titular dos dados. Nos termos das alíneas a) a d), do n.º 1, do artigo 18.º, RGPD, prevê-se a possibilidade de o titular dos dados pessoais poder impor a limitação do tratamento dos mesmos nos casos em que se contesta a exatidão dos dados; se o tratamento for ilícito e se opuser ao apagamento poder solicitar a sua limitação; se o responsável já não necessitar dos seus dados pessoais mas estes continuarem a serem necessários para efeitos do exercício de um direito no processo judicial e por último se se tiver oposto ao tratamento até que se verifiquem que os motivos legítimos do responsável pelo tratamento dos dados prevalecem sobre o próprio titular dos mesmos.

O exercício deste direito remete para a cessação do tratamento dos dados pessoais através do responsável pois, quando o tratamento tiver sido limitado nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do RGPD, os dados pessoais só podem, com exceção da conservação, ser objeto de tratamento com o consentimento do titular, ou para efeitos de declaração, exercício de um direito num processo judicial e salvaguarda de um interesse público que seja bastante relevante para a proteção de direitos de terceiros, conforme estipula o n.º 2 do artigo 18.º do RGPD. A exceção a este direito é a conservação destes dados uma vez já se encontrarem limitados⁴⁶.

4.4.6. Direito de apagamento

Também denominado como o “direito a ser esquecido” o direito ao apagamento define-se pelo direito em que o titular dos dados tem de impedir que os tratamentos dos seus dados pessoais continuem a ser tratados e de os mesmos serem apagados quando atingirem as finalidades para os quais foram recolhidos. Sempre que

⁴⁴ IDEM- *Ibidem*, p. 20.

⁴⁵ IDEM- *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶ IDEM- *Ibidem*, p. 38.

determinada pessoa singular pretenda que os seus dados pessoais sejam apagados e não existam razões legítimas para a sua conservação, os dados devem obrigatoriamente ser eliminados. Exemplo deste direito é o facto de eu estar inscrita num ginásio e por motivos profissionais ter de ir viver para Lisboa e solicitar ao ginásio em questão o apagamento dos meus dados⁴⁷.

4.4.7. Direito à portabilidade

Por vezes, o tratamento de dados pessoais é realizado por meios automatizados e, neste sentido, o titular tem direito a receber os seus dados pessoais que foram objeto de tratamento num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática; tem direito a solicitar que determinada organização transmita os seus dados pessoais a outra entidade sem que a primeira se oponha e tem ainda o direito à disponibilização dos dados que tem de ocorrer num prazo máximo de 1 mês e caso o responsável pelo tratamento dos dados não o faça deve explicar o porquê e por escrito. Exemplo desta situação é o caso de numa seguradora eu pretender que se verifique a portabilidade dos meus dados pessoais para uma outra seguradora. Neste exemplo, é necessário que os meus dados me sejam remetidos num formato de simples compreensão de modo a que eu consiga transmitir de uma organização à outra⁴⁸.

4.4.8. Direito de resposta

Se o titular dos dados pessoais exercer algum dos seus direitos regulados nos artigos 15.º a 20.º do RGPD, deve o responsável pelo tratamento dos mesmos, sem demora injustificada, no prazo de um mês a contar da data da receção do pedido, fornecer todas as informações sobre as medidas tomadas no exercício desses mesmos direitos contudo, este prazo de um mês pode ser prorrogado até dois meses devido à complexidade e ao número de pedidos de acordo com o estipulado no artigo 12.º n.º 3, do RGPD, sendo que o mesmo acontece quando o responsável pelo tratamento não der seguimento ao pedido que seja efetuado pelo titular dos dados pessoais, de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo.

Estas comunicações entre o responsável pelo tratamento dos dados e o titular devem ser fornecidas gratuitamente, contudo, no caso de os pedidos serem excessivos ou sem fundamento, o responsável pelo tratamento dos dados pode exigir o pagamento de uma taxa razoável tendo em conta os custos administrativos ou a recusa o seguimento ao pedido, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 12.º n.º 5, do RGPD.

5. O consentimento no contrato de trabalho

A definição de consentimento do titular dos dados pessoais no âmbito da relação laboral apresenta uma enorme relevância para o nosso estudo.

Atendendo ao considerando 43 este enuncia que "A fim de assegurar que o consentimento é dado de livre vontade, este não deverá constituir fundamento jurídico válido para o tratamento de dados pessoais em casos específicos em que exista um desequilíbrio manifesto entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, nomeadamente quando o responsável pelo tratamento é uma autoridade pública pelo que é improvável que o consentimento tenha sido dado de livre vontade em todas as circunstâncias associadas à situação específica em causa. Presume-se que o consentimento não é dado de livre vontade se não for possível dar consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados pessoais, ainda que seja adequado no caso específico, ou se a execução de um

⁴⁷ IDEM- *Ibidem*, p.19.

⁴⁸ IDEM- *Ibidem*.

contrato, incluindo a prestação de um serviço, depender do consentimento apesar de o consentimento não ser necessário para a mesma execução”.

Este considerando é relevante no sentido em que significa que para o tratamento dos dados pessoais do trabalhador, o empregador tem de assentar noutros princípios que não o próprio consentimento. E é neste contexto que reforça o artigo 4.º do RGPD quando define o consentimento como uma “manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita...” e o artigo 7.º nomeadamente nos seus números 1 e 4 estabelecem, respetivamente que “Quando o tratamento for realizado com base no consentimento, o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais” e que “Ao avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato”.

Dado toda a informação anteriormente exposta, é ainda relevante para a análise da importância do consentimento enfatizar o artigo 6.º, do RGPD, pois a primeira exigência imposta para um tratamento lícito é o consentimento do interessado. Contudo, podem existir exceções conforme o n.º 1 do mesmo artigo e, no caso da relação laboral, pode esta questão do consentimento ficar afetada. Para afirmar o anteriormente mencionado, saliente-se a sentença 39/2016 do Tribunal Constitucional Espanhol “en el ámbito laboral el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano pues el consentimiento se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”. Obviamente que estas exceções devem ser alvo de análise com precisão para nunca ofender os direitos do trabalhador.

E, face a esta situação, coloca-se a questão da “necessidade” pois qual é o âmbito da sua aplicação? Não conseguimos definir qual é a necessidade para a execução do contrato e para o cumprimento de todas as obrigações a ele inerentes bem como os dados pessoais que estão fora desta exceção. Quanto a isto a jurisprudência espanhola defende que em princípio o trabalhador não estará obrigado a proporcionar à sua entidade empregadora o seu correio eletrónico, os dados do seu perfil das redes sociais e o número de telemóvel⁴⁹. Assim, se o trabalhador não tem a obrigação de facultar estes dados, estes não vão ser considerados dados necessários no âmbito da relação laboral⁵⁰.

Por conseguinte, o único fundamento para legitimar o tratamento dos dados pessoais na relação laboral é a prossecução dos interesses legítimos do empregador, aferíveis em função de cada situação em concreto, tendo sempre por base os vários princípios⁵¹.

Contudo, também é necessário referenciar que só irá constituir um fundamento de legitimidade para o tratamento de dados, quando existe uma opção de aceitar ou recusar o tratamento destes, sem sair prejudicado caso seja recusado este tratamento. Pode-se afirmar que são vários os casos em que este tratamento é considerado inválido isto porque, muitas das vezes o trabalhador está perante algum

⁴⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2015, STS 4086/2015, recurso 259/2014.

⁵⁰ MURCIA, J. G.; CARDO, I. A. R., “Implicaciones laborales del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales” – *Questões Laborais*, Ano XXIV – N.º 51 – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina, pp. 55 -58.

⁵¹ MOREIRA, T. C., “Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0” – *Questões Laborais*, Ano XXIV – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina, pp. 21-26.

elemento que o possa pressionar ou influenciar e não vai exercer livremente a sua escolha⁵².

Nos termos do artigo 11.º do CT, o trabalhador tem a obrigação de prestação da sua atividade sob a autoridade e direção do empregador e, em contrapartida, receberá a remuneração baseada no exercício dessa função. Assim sendo, e tal como já referenciado, o trabalhador é a parte mais frágil nesta relação e muitas das vezes, depende totalmente da remuneração que auferir para se sustentar. Devido à dependência económica e à subordinação jurídica resultante da própria relação laboral, é gerada uma situação de desequilíbrio no que respeita ao consentimento do tratamento dos dados pessoais. Neste sentido, podemos ainda afirmar que é improvável a recusa deste consentimento sem que possa existir um risco caso o trabalhador queira tomar esta decisão⁵³.

6. Considerações finais

As tecnologias da comunicação existentes desempenham um papel importante e geram um fluxo mais facilitado de informação e de métodos de trabalho o que acaba por levar a outros conflitos. O tratamento dos dados pessoais vem permitir a definição do perfil de uma determinada pessoa, de acordo com a análise das suas preferências, carácter, comportamento, atitudes, entre outros.

A verdade é que esta recolha pode ser utilizada não só para fins publicitários, com o objetivo do marketing como também no contexto laboral.

Esta recolha de dados é a base da construção da inteligência artificial e dos algoritmos. A verdade é que a utilização indevida destes meios digitais pode prejudicar a vida íntima e privada dos titulares dos dados e, neste sentido, a relação laboral não é diferente. Aspetos como o desequilíbrio de poderes e o grau de subordinação resultante do próprio contrato de trabalho podem, muitas vezes, prejudicar a esfera privada dos trabalhadores.

A génese desta preocupação já advém com os Direitos Fundamentais no período pós Segunda Guerra Mundial. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) o principal objetivo é impedir que o poder legislativo de cada Estado ofenda os direitos, liberdades e garantias das pessoas singulares inerentes à Dignidade da Pessoa Humana, redigindo uma lei hierarquicamente superior a todas as leis nacionais⁵⁴.

Neste sentido, foi necessário implementar regras com o objetivo de proteger os dados pessoais das pessoas singulares. Articulados com esta proteção está o direito à privacidade e o direito à proteção de dados que, apesar de estarem relacionados, são direitos distintos uma vez que o primeiro se caracteriza por ser um direito que compromete a vida privada de uma determinada pessoa singular enquanto que o direito à proteção de dados só irá ocorrer no momento em que se verifique o tratamento destes dados pessoais⁵⁵.

Referências

ALVES, L. D., *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral - O direito à privacidade do trabalhador*, Coimbra: Almedina, 2020.

⁵² SANTOS, P. A. B., *A Aplicação do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados no Contexto Laboral*. Lisboa: Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2019. Dissertação em Direito e Gestão na especialidade de Proteção de Dados Pessoais, p. 60.

⁵³ IDEM – *Ibidem*, p.61.

⁵⁴ ALVES, L. D., *Proteção de Dados Pessoais no Contexto Laboral- O direito à privacidade do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2020, p.13.

⁵⁵ SANTOS, P. A. B., *A Aplicação do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados no Contexto Laboral*. Lisboa: Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2019. Dissertação em Direito e Gestão na especialidade de Proteção de Dados Pessoais, pp. 19 e 20.

AMADO, J. L. [et al.], *Direito do Trabalho – Relação Individual*, Coimbra, Almedina, 2019.

Comissão Nacional de Proteção de Dados – Deliberação n.º 7680/2014, de 28 de outubro de 2014.

Grupo de Trabalho de Proteção de dados do artigo 29.º - Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais. Disponível online em:

https://www.gpd.gov.mo/uploadfile/others/wp136_pt.pdf.

LAMBELHO, A.; DINIS, M., *La protección de datos de los trabajadores en Portugal: el diálogo entre el Código de Trabajo, el RGPD y la nueva Ley de Protección de Datos, vigilancia e control en el Derecho del Trabajo Digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2020.

MAGALHÃES, F. M.; PEREIRA, M. L., *Regulamento Geral de Proteção de Dados - Manual Prático 2.ª Edição*, Porto: Vida Económica, 2020.

MARTINEZ, P. R. [et.al], *Código do Trabalho Anotado, Anotação de Guilherme Dray*, 12.ª edição, Coimbra: Almedina, 2020.

MOREIRA, T. C., "Algumas Implicações Laborais do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais no Trabalho 4.0" – *Questões Laborais*, Ano XXIV – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina.

MURCIA, J. G.; CARDO, I. A. R., "Implicaciones laborales del Reglamento 2016/679 de la Unión Europea sobre Protección de datos personales" – *Questões Laborais*, Ano XXIV – N.º 51 – Jul/Dez 2017, Coimbra: Almedina.

NASCIMENTO R.; GAMA, A., *RGPD em contexto laboral*, 2019. [Consult. 4 set. 2020]. Disponível em: <http://boletim.oa.pt/project/set19-rgpd-em-contexto-laboral/>.

SALDANHA, N., *Novo Regulamento Geral de Proteção de dados- O que é? A quem se aplica? Como implementar?* FCA, 2018.

SANTOS, P. A. B., *A Aplicação do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados no Contexto Laboral*. Lisboa: Faculdade de Direito Universidade Nova de Lisboa, 2019. Dissertação em Direito e Gestão na especialidade de Proteção de Dados Pessoais.

VIEIRA, F., *RGPD para cidadãos atentos, Manual de curso online*. Lisboa, Direção Geral da Qualificação dos Trabalhadores em Funções Públicas (INA), novembro de 2018.

Círculos restaurativos: uma técnica contributiva na garantia do direito à dignidade humana no trabalho socioeducativo

Restoration circles: a contributive technique to guarantee the right to human dignity in socio-educational work

Cristina Silveira Braga de Souza¹

Elaine Cristina Francisco Volpato²

Samuelli Cristine Fernandes Heidemann³

Universidade Estadual do Oeste Do Paraná

Sumário: Introdução. A história dos direitos das crianças no Brasil. Direito fundamental à dignidade na infância e adolescência. Metodologia. Análise: os círculos restaurativos como possibilidade de intervenção. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente estudo tem como objeto central a contribuição dos círculos restaurativos no resgate da dignidade humana de adolescentes brasileiros em conflito com a lei. O reconhecimento da dignidade humana como direito, trouxe repercussões significativas na normatização dos direitos da infância e juventude, pois concede condições de cidadania, garante proteção integral e prioridade absoluta em razão da condição peculiar de ser um ente em desenvolvimento. Neste viés, através de uma pesquisa qualitativa e explicativa, com aporte bibliográfico dedutivo, aborda-se os círculos restaurativos no processo socioeducativo, avaliando seus métodos e objetivos, bem como, a concretude de ações e experiências positivas no sistema em estudo.

Palavras Chave: Direitos fundamentais; Adolescente em conflito com a lei; Novos paradigmas de Justiça.

Abstract

The central object of this study is the contribution of restorative circles to the rescue of the human dignity of young Brazilians in conflict with the law. The recognition of human dignity as a right has brought significant repercussions in the normatization of the rights of children and youth, grants citizenship conditions, guarantees full protection and absolute priority due to the peculiar condition of being a developing entity. In this vein, through a qualitative and explanatory research, with deductive bibliographic support the restorative circles are approached in the socio-educational process evaluating its methods and objectives, as well as the concreteness of actions and positive experiences in the system under study.

1 Psicóloga graduada em 1998 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC-PR. Pós-Graduada em Políticas de Atendimento a Crianças e Adolescentes em situação de risco: ênfase em educação (ISEPE); Especialista em Gestão de Centros de Socioeducação (Unioeste-PR); Especialista em Políticas Públicas e Socioeducação (ENS-UNB); Mestranda em Sociedade, Cultura e Fronteiras (Unioeste Foz do Iguaçu-PR). Exerce profissão no CENSE de Foz do Iguaçu há 22 anos.

2 Advogada e Professora do Curso de Bacharelado em Direito em Marechal Candido Rondon PR Brasil, junto à UNIOESTE – Universidade do Oeste do Paraná, professora do Programa de Pós- Graduação em Sociedade Cultura e Fronteiras em Foz do Iguaçu PR Brasil; Especialista em Direito; Mestre em Direito; Doutora em Direito.

3 Advogada. Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Sociedade, Cultura e Fronteiras da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE.

Keywords: Fundamental rights; Adolescents in conflict with the law; New paradigms of Justice.

INTRODUÇÃO

A dignidade, direito intrínseco e inalienável da pessoa, hoje é entendida como um dos grandes consensos éticos do mundo. Mencionada em incontáveis documentos nacionais e internacionais, constituições, tratados, resoluções, recomendações e decisões judiciais, é irrenunciável pela própria condição humana.

A conquista do direito à dignidade na infância e adolescência é fruto de um processo histórico e de mobilizações de diversos segmentos da sociedade que progressivamente reconheceram que todas crianças e adolescentes também devem gozar de direitos fundamentais inerentes a pessoa, sendo-lhes assegurado oportunidades e facilidades a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, como disposto no Estatuto da Criança e Adolescente.

Muito embora um aparato de leis estabelecidas para a Proteção Integral da criança e do adolescente no Brasil, quando se trata de adolescentes autores de ato infracional, várias linhas teóricas discutem a ineficácia das práticas dos sistemas de justiça juvenil, do atendimento e tratamento do adolescente autor de ato infracional, o que viola, entre outros, o direito a Dignidade.

O interesse pela temática advém da experiência profissional, da pesquisadora, de mais de 23 anos junto a adolescentes autores de ato infracional que cumprem medida socioeducativa de internação, a mais rigorosa das medidas, conforme disposto na lei 8.069/90. Na escuta terapêutica é muito comum o relato de episódios de violações, negligências e violências, dos mais diversos tipos, vividos na infância, o que incide na reflexão de que ainda há uma herança histórica cultural a ser superada, de que crianças e adolescentes ora continuam a ser tratados como objetos e que ainda, embora todo um aparato jurídico moderno, há violações nos direitos das crianças e adolescentes.

De fato, os gestores de políticas públicas e sociais precisam urgentemente se questionarem da efetividade das respostas socioeducativas, bem como os limites estruturais no atendimento do adolescente em conflito com a lei. O índice de reincidência de adolescentes em ato infracional em vários Estados brasileiros é um dos exemplos relevantes da necessidade de mudanças no paradigma de resolução de conflitos e de ações inovadoras que cumpram as condições necessários para garantir, com prioridade absoluta, os direitos das crianças e adolescentes.

A realidade e a necessidade de propostas diferenciadas que assegurem condições de dignidade e possam contribuir com a mudança desse panorama, discorre-se que a justiça restaurativa, através dos círculos restaurativos, é uma alternativa de intervenção junto a adolescentes em conflito com a lei. Para cumprir com seus objetivos, o trabalho foi dividido em 4 momentos:

No primeiro se realizou um resgate histórico da legislação no que tange à criança e ao adolescente, desde o Brasil Colônia até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, documento internacionalmente reconhecido por se tratar de uma lei avançada na garantia dos direitos das crianças e adolescentes, para possibilitar a compreensão dos eventos e movimentos históricos em prol do reconhecimento da dignidade e outros direitos das crianças e adolescentes.

Na sequência, o trabalho aborda a importância do direito fundamental da dignidade humana, como prioridade absoluta e proteção integral, referenciado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e Adolescente, ponderando que sua violação pode ecoar em prejuízos e malefícios àquele que o vive.

No terceiro, atrelado ao direito da dignidade humana, o trabalho fundamenta a análise de como os círculos restaurativos podem contribuir com as ações socioeducativas junto a adolescentes em conflito com a lei, uma vez que sua metodologia, pautada no diálogo, na ética e no respeito a história do outro,

favorecem reflexões que podem culminar em experiências positivas e de transformação cidadã.

Conclui-se, através das metodologias utilizadas, que o círculo restaurativo pode ser uma ferramenta relevante e contributiva no âmbito da socioeducação, uma vez que tal prática possibilita aos adolescentes vivenciarem, em condições de dignidade, uma proposta de ação restaurativa e favorece a superação de violações e conflitos intra e interpessoais, os quais podem ter significados expressivos no envolvimento do adolescente em práticas ilícitas.

A HISTÓRIA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS NO BRASIL

Durante o período que antecedeu o século XX, não há registro da existência de políticas sociais voltadas para o atendimento à criança e ao adolescente. No período da história denominado Brasil Colônia, 1500 a 1822, e Brasil Império, início em 1822 até 1889 com a Proclamação da República, não houve a preocupação na formulação de direitos à criança e ao adolescente. Vigorava no período Imperial uma legislação Penal conhecida como Código Penal Imperial, legislação aplicada para os adultos que praticassem atos contrários a lei. Por não haver legislação própria, a mesma também era aplicada às crianças e adolescentes⁴.

A primeira legislação específica para menores de idade, O Código de Menores, foi promulgado no Brasil no ano de 1927. Nesta época não havia distinção entre crianças e adolescentes e todo indivíduo com idade inferior a 18 anos era considerado como "menor", e, portanto, sujeito ao Código de Menores. Daí ainda hoje utiliza-se o termo, resquício da história, para referir-se a uma população menos favorecida e discriminada.

A lei agia na repressão e culpabilização da criança e do adolescente, que por fatores externos ligados a estrutura social e econômica encontravam-se em situação de risco, a chamada situação irregular. Para resolver esta situação aplicava-se os corretivos necessários, que envolvia assistência, proteção e vigilância à criança ou adolescente que estivesse nas ruas, exposto, fosse carente ou apresenta-se desvios de condutas⁵.

As crianças e adolescentes eram tratados pela legislação do Código de Menores de 1927 como seres inferiores, objetos tutelados pela Lei e pela Justiça. O bem-estar das crianças era reduzido aos serviços sociais prestados por entidades públicas ou privadas. O poder Judiciário era a única instância que controlava as omissões e abusos, sendo que cabia ao Juiz de Menores atuar nos segmentos da sociedade caso houvesse a existência de alguma irregularidade que pudesse causar "prejuízo" ao menor⁶.

Pelo Código, para as crianças e adolescentes que se encontrassem em situação irregular (doente mental, abandono material, delito, vítima de maus tratos), os encaminhamentos poderiam variar entre perda da liberdade de ir e vir ou perda dos vínculos familiares, presumindo-se que a criança e o adolescente estariam bem mais protegidos e amparados com esta medida.

A assistência religiosa era o único direito estabelecido no Código de Menores e não haviam medidas específicas aplicáveis a pais ou responsáveis em situação de maus tratos, opressão e abuso sexual, como hoje vemos no Estatuto da Criança e do

4 FILHO. S. F. da S. *Os desafios da escola pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE: produções didático pedagógicas*. Unioeste, Cascavel, 2013, p.07. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em 09 abr. 2021.

5 MICALI, J. M. *O Dilema da Descentralização de Poder: Um Estudo Sobre as Políticas de Atenção ao Adolescente Autor de Ato Infracional no Paraná*. Universidade Estadual de Londrina - UEL, Londrina, 2009, p.67.

6 FILHO. S. F. da S. *Os desafios da escola pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE: produções didático pedagógicas*. Unioeste, Cascavel, 2013, p.09. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em 09 abr. 2021.

Adolescente. Até o surgimento do Código de Menores, crianças e adolescentes "delinquentes" recebiam o mesmo tratamento dispensado a criminosos, vadios e mendigos, os quais quando capturados, eram encaminhados indiscriminadamente para a cadeia.

Em 1948, por intermédio da Assembleia Geral das Nações Unidas, o Brasil torna-se signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual apresenta um conjunto de princípios e valores morais, elaborados sob o impacto da 2ª Guerra Mundial, pautando nos direitos fundamentais, na dignidade e igualdade, dentre os quais se ressalta em seu artigo primeiro que: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos", ou seja:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um desenvolvimento dialético, que começa pela universalização abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais⁷.

Em concomitância aos processos de conversão em direito positivo, de generalização e de internacionalização dos direitos humanos, manifestou-se a tendência da "especificação", isto é, uma passagem gradual e para determinação dos sujeitos titulares de direitos. Mais de uma década após, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, inspirada na dignidade humana como valor maior, referência a elaboração da Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, a qual se trata de um conjunto de princípios que têm como formulação da Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância.

Neste documento, no artigo 3º, ratifica-se o reconhecimento da dignidade e dos direitos iguais e inalienáveis para todos os membros da família humana, incluindo as crianças, pois tem como princípio norteador "*the best interest of the child*"⁸. No Brasil, ainda que sob a égide da doutrina da situação irregular, a proteção dos interesses do "menor", hoje criança, já se encontrava presente no artigo 5º do Código de Menores.

De 1964 a 1985, período da história denominado Ditadura Civil-militar, pertencente a segunda metade do século XX, predominou a visão por parte dos nossos governantes, que a situação da criança ou do adolescente abandonado ou infrator era uma questão de segurança nacional⁹. Logo, caberia tão somente ao Estado buscar formas de discipliná-lo, reprimi-lo e reeducá-lo.

A doutrina da situação irregular não atingia a totalidade de crianças e adolescentes, pois destinava-se àqueles que representavam um obstáculo à ordem, os abandonados, expostos, delinquentes, infratores, vadios, pobres, que recebiam todos do Estado ações repressivas, higienistas, assistencialistas e institucionais.

Sucessor do Código de Menores de 1929, foi criado pela ditadura militar o Código de 1979, mas houve poucas mudanças e a perspectiva de situação irregular permaneceu vigente, mantendo a abordagem higienista e correccional nas questões ligadas a área da infância e adolescência. Com a instituição do novo Código de

7 BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Ed. Nova. Rio de Janeiro, 2004, p. 50.

8 A origem do melhor interesse da criança adveio do instituto inglês *parens patriae* que tinha por objetivo a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*. Oficializado pelo sistema jurídico inglês, o *best interest* foi seguidamente adotado pela comunidade internacional na Declaração dos Direitos da Criança, em 1959 (COLUCCI, 2014, p. 77).

9 FILHO. S. F. da S. *Os desafios da escola pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE: produções didático pedagógicas*. Unioeste, Cascavel, 2013, p.12. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em 09 abr. 2021.

Menores, em 1979, consagrando a Doutrina da Situação Irregular, o Brasil começou a apresentar legislações que tinham como orientação a Proteção Integral da Criança e Adolescente¹⁰.

Em 1988 promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida como "Constituição Cidadã", os rumos começam a mudar mais significativamente no trato da problemática em estudo.

A Constituição dedica seu título primeiro exclusivamente aos princípios fundamentais, dentre os quais resta elencado o princípio da dignidade da pessoa humana. No texto do artigo 227º, configura o princípio da Prioridade Absoluta às crianças e adolescentes quando determina que estes sejam tratados pela sociedade; e, em especial, pelo Poder Público com total prioridade pelas políticas públicas e ações do governo. Enfim, o texto alinha o ordenamento jurídico brasileiro com as perspectivas dos Direitos Humanos internacionais quando explicita:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão¹¹.

Muito embora a Carta Magna brasileira aponte deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e adolescente, foi necessário criar uma legislação especial destinada à criança e ao adolescente, de modo a estruturar a proteção integral em razão de sua condição específica de pessoas em desenvolvimento. Assim, tornou-se imperativo a existência de uma proteção especializada, diferenciada, integral, para evitar que os preceitos constitucionais fossem reduzidos a meras intenções¹².

A lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecido também como ECA, assim, foi capaz de trazer em si uma profunda distinção dos demais e antigos Códigos de Menores¹³, pois concede direitos às crianças e adolescentes, independentemente de sua condição social, familiar e econômica¹⁴.

O ECA adota em seu texto a Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente, a lei tem como escopo vários documentos como Declaração Universal dos direitos da criança de 1959, na Convenção da ONU de 1989 e Constituição de 1988¹⁵.

10 LASKOSKI, L.; OLIVEIRA, M. L. *História da legislação sobre o atendimento do adolescente em conflito com a lei*. In: Formação e Ação. Paraná: Secretaria de Educação, 2016, p.03. Disponível em:

<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/formacao_acao/1semestre2016/deja_fa_anexo1.pdf>. Acesso: 12 dez. 2020.

11 BRASIL. *Constituição Federativa da República Federativa do Brasil*. Senado, Brasília-DF, 1988.

12 VERONESE, J. R. P. *Direito da criança e do Adolescente*. Série Resumos. OAB/SC, Florianópolis, 2006, p.23.

13 Não é descabido recordar o Código de Menores, até então vigente, era apenas um lenitivo dos males sociais. A legislação de direito internacional sobre menores era um contraponto poderoso quanto a Doutrina da Situação Irregular instituída pelo Código de Menores de 1979, período histórico onde a criança era vista como problema social, um risco à estabilidade e, não raras vezes, até uma ameaça à ordem social, reduzida a mero objeto de intervenção do Estado (VERONESE, 2006, p 27-28).

14 BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

15 FILHO. S. F. da S. *Os desafios da escola pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE: produções didático pedagógicas*. Unioeste: Cascavel, 2013, p.15. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em 09 abr. 2021.

Na infância e adolescência, a criação do ECA chega então como um divisor de águas, trazendo princípios inovadores, ampliando e dividindo a responsabilidade da família, da sociedade e do Estado na Proteção Integral, trazendo também para seu centro a dignidade humana como valor fundamental dos direitos humanos.

A chamada Doutrina de Proteção Integral, concepção sustentadora do Estatuto, confirma o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, a necessidade do respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento e seu o valor prospectivo da infância e da juventude como portadoras da continuidade da espécie e do seu povo. Infere assim, que o reconhecimento da sua vulnerabilidade torna as crianças e adolescentes merecedores de respeito, dignidade humana e proteção integral¹⁶.

Estudada a evolução histórica das conquistas dos direitos das crianças e adolescentes, nos deparamos hoje com Estatuto da Criança e do Adolescente que reforça e traz para o universo jurídico e social, que a Dignidade é um direito fundamental e essencial também das crianças e adolescentes, o que lhes concede condições mais dignas e humanas de desenvolvimento e crescimento.

DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE NA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia e constitui-se um valor, conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso¹⁷. Situa-se ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade, o que a torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Muito embora os direitos humanos tenham um carácter universal, indivisível e inerente a pessoa, pois todos os seres humanos são iguais perante a lei, o que inclui as crianças e adolescentes, autores apontam um processo de categorização de novos sujeitos de direito, com o reconhecimento de grupos ou categorias de pessoas que se identificam por condições comuns.

Tal processo conflui num movimento do homem abstrato e singularmente considerado para a identificação de novos sujeitos de direitos, cada vez mais distintos do homem, mas inerentes a ele. Antes a dignidade é um valor espiritual e moral sempre inerente a pessoa, pois:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos¹⁸.

Não se fala apenas no ser humano abstrato, como nas clássicas Declarações de Direitos, mas em um ser humano cada vez mais específico – ser humano idoso, ser humano criança, ser humano adolescente, ser humano portador de deficiência, ser humano mulher, indígena, categorias de sujeitos que são reconhecidos por um denominador comum, possuindo interesses individuais, interligados a condições de

16 CIRÍACO, H. C. *Os profissionais educadores nos centros de socioeducação: as medidas socioeducativas no contexto do ECA e da SINASE*. UTFPR, Pato Branco, 2014, p.15. <<http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/22963>>. Acesso: 12 abr. 2021.

17 BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p.09.

18 MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 16.ed. Atlas, São Paulo, 2004, p. 10.

dignidade. Na complementação da idéia, Boaventura de Souza Santos¹⁹ afirma que apenas a exigência do reconhecimento e da redistribuição permite a realização da igualdade, acrescentando:

temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades²⁰.

O princípio da dignidade da pessoa humana “representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar”. Destaca a existência de um “mínimo existencial”, composto de um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade, cuja lesão, ainda que haja sobrevivência, suprime a “dignidade”²¹.

Assim se construiu a compreensão atual da dignidade humana a partir do pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo, em seu conteúdo elementos de individualismo, igualdade e solidariedade, bem como a centralidade do homem.

A dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos²².

No que tange ao ser humano adolescente em conflito com a lei, ao se afirmar para ele o direito a dignidade humana não se está a afirmar que sua essência seja diferente dos demais indivíduos, mas se ratifica a concepção de que a dignidade humana é inerente a pessoa e para sua efetiva proteção, deve ser vista de acordo com as peculiaridades, vulnerabilidades, necessidades, cultura e fases e condições de desenvolvimento em que se encontram.

Bobbio²³, aponta como singular a proteção destinada às crianças e adolescentes, os quais por causa de sua imaturidade física e intelectual, necessitam de uma proteção particular e de cuidados especiais. Nos direitos das crianças e adolescentes, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que guarda uma relação mais íntima com o princípio da absoluta prioridade, exercendo um caráter basilar tanto na fundamentação quanto na orientação da interpretação do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente.

O artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e que deve ser assegurado facilidades e oportunidades para que lhes seja possível o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade²⁴.

19 SANTOS, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56.

20 SANTOS, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

21 BARROSO, L. R. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional Brasileiro”. “Revista da EMERJ”, v.4, n.15, 2001, p. 26-27.

22 BARROSO, L. R. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 58.

23 BOBBIO, N. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Ed Nova, Rio de Janeiro, 2004, p.35.

24 BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

Para Dirley da Cunha Júnior²⁵, os direitos fundamentais são todas as posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas formalmente no teto da Constituição ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte.

Na lei é dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, assegurar a efetivação dos direitos referentes a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao esporte, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, ao respeito, a liberdade e a convivência comunitária, sendo que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, exploração, violências, crueldade e opressão²⁶.

O Estatuto pressupõe a criação de um Sistema de Garantia de Direitos, de caráter público, moldado na perspectiva de eixos de Promoção, Defesa e Controle, o qual se articula em rede para que se efetive a promessa da normativa jurídica, bem como, o compromisso de tornar alcançável para esses "sujeitos" seus direitos fundamentais de cidadania.

Muito embora completando mais de três décadas de todo um aparato jurídico destinado especificamente aos direitos das crianças e adolescentes, não tem sido muito simples efetivar o reconhecimento social e estatal, de que crianças e adolescentes possuem o direito a receber atendimento, atenção comprometida, diante de sua condição de ser em desenvolvimento e formação. Ainda que, o direito a dignidade humana lhe seja intrínseco e, indispensável para a efetivação dos demais direitos.

Violências sofridas na infância, conforme dados da Organização Pan Americana de Saúde²⁷, tem sido associadas a problemas de saúde física, sexual, reprodutiva e mental, bem como baixo rendimento escolar, envolvimento em gangues e crimes organizados, consequências que podem comprometer a vida, a dignidade e um desenvolvimento sadio e harmonioso, direitos garantidos na lei, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸.

O relatório Cenário Nacional da Infância e Adolescência, elaborado pela Fundação Abrinq, 2019, concluiu que 47,8% das crianças e adolescentes no Brasil (20 milhões), de 0 a 14 anos, vivem em situação de pobreza. O estudo divulgado também demonstra que 32 crianças e adolescentes com idades, principalmente, entre 10 e 17 anos, são assassinados por dia no país.

No Brasil, em 2019, 16,4% das adolescentes foram mães antes dos 19 anos; 70% das crianças de zero a três anos não tem vaga em creches; 2,5 milhões de crianças e adolescentes até 17 anos trabalham 11,7 mil crianças e adolescentes foram vítimas de homicídios em 2017.

O canal de denúncias "Disque 100" recebeu 86,8 mil denúncias de violações dos direitos de crianças e adolescentes e conforme dados do Fórum Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil, em torno de 2,4 milhões de crianças e adolescentes são explorados com trabalho infantil²⁹.

25 CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.573.

26 BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

27 OPAS. ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Resumen del informe sobre la situación regional 2020: Prevenir y responder a la violencia contra las niñas y los niños en las Américas*. OPAS, 2020, p. 10-13. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53036/OPSNMHN200036_spa.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso: 01 ago. 2021.

28 BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.

29 ABRINQ. Fundação. *Cenário da Infância e adolescência no Brasil*, 2019, p. 17-77. Disponível em: <<https://fadc.org.br/sites/default/files/2019-05/cenario-brasil-2019>>, Acesso em: 19 dez. 2020.

Segundo levantamento divulgado pela Sociedade Brasileira de Pediatria, aponta-se que entre 2010 e 2020, pelo menos 103.149 crianças e adolescentes com idades de até 19 anos morreram no Brasil vítimas de agressão. Do total, cerca de 2 mil vítimas tinham menos de 4 anos de idade³⁰.

Dados do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos no Brasil, registraram que em 2020, a violência contra crianças e adolescentes foi motivo de 95 mil denúncias, em média 260 por dia. Em 70% dos casos, o agressor é o pai, o padrasto ou a mãe, evidenciando que as violências são cometidas dentro de casa e por pessoas da família³¹.

Os índices revelam uma realidade que desperta um alerta para a vulnerabilidade e condições que crianças e adolescentes brasileiros estão expostos. O agravante é que não faltam leis com elo e interdependência com a dignidade humana, todavia a falta a execução e reconhecimento de sua importância, elide outros direitos imprescindíveis para a formação cidadã. Não há como exigir respeito ao outro, cidadania e ressocialização sem o respeito a dignidade humana, sem o respeito a vida e a integridade, seja física ou moral humanas:

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças³².

A violação dos direitos fundamentais em fase importante de formação repercute na vida, no desenvolvimento e na forma como aqueles que o viveram se relacionam com o mundo. Daí a importância dos círculos restaurativos, prática da justiça restaurativa, pode ser uma alternativa de intervenção junto a adolescentes em conflito com a lei, na medida em que gera possibilidades reais de que o adolescente, de forma digna e humanizada, ressignifique violências e violações, vividas e praticadas, de modo a favorecer o estabelecimento de relações mais harmoniosas consigo e com a sociedade.

METODOLOGIA

Este artigo científico está baseado numa abordagem de natureza qualitativa, a qual para Gil³³, propicia o aprofundamento da investigação das questões relacionadas ao fenômeno em estudo e das suas relações, mediante a máxima valorização do contato direto com a situação estudada, sendo aberta para a percepção da individualidade e dos significados múltiplos.

30 BRASIL. Sociedade Brasileira de Pediatria. *Mais de 100 mil crianças e adolescentes morreram vítimas de agressões na última década*. Comunicação Integrada 360º, 2021. Disponível em: <<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/mais-de-100-mil-criancas-e-adolescentes-morreram-vitimas-de-agressoes-na-ultima-decada/>>. Acesso: 20 jul. 2021.

31 BRASIL. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos / SMFDH. *Disque 100 e Ligue 180 registram cerca de 1 mil denúncias de violações de direitos humanos por dia em 2020*. Brasília: Assessoria comunicação social, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/marco/disque-100-e-ligue-180-registram-cerca-1-mil-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos-por-dia-em-2020>>. Acesso: 12 dez. 2020.

32 SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 65.

33 GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 Ed. Atlas, São Paulo, 2007. p. 25.

Para Yin³⁴, a pesquisa qualitativa é um campo multifacetado e de diversidades, pontuado por diferentes metodologias e orientações, que possibilita uma investigação científica aprofundada de uma variedade de temas relacionados à realidade singular ou a múltiplas realidades, capturando o significado de fenômenos subjetivos na perspectiva dos participantes do estudo.

Para o estudo, foi realizado uma análise explicativa dedutiva, possibilitando a interpretação e a compreensão da prática, o entendimento das repercussões e dos resultados, assim como a fundamentação dos fatores que justificam sua importância nas ações e propostas junto com adolescentes autores de ato infracional.

Para a análise dos dados, também utilizou-se uma investigação bibliográfica, que trata-se, segundo Boni e Quaresma³⁵, de um apanhado sobre os principais teorias e trabalhos científicos já realizados. Tal modo possibilita a utilização de estudos atuais publicizados por outros autores, relacionando-os com o tema abordado. Será realizada uma busca ampla sobre a temática, envolvendo teses, dissertações, revistas e estudos, por meio de acervos pessoais, internet e diferentes formas de bibliotecas.

ANÁLISE: OS CÍRCULOS RESTAURATIVOS COMO POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO

Já se argumentou sobre a importância da valorização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes mediante o reconhecimento imperativo das condições de dignidade para um desenvolvimento sadio. Também, em momento anterior, já se pode asseverar que apesar desse reconhecimento, nem sempre a lei positivada resta realizada. E, sem políticas públicas adequadas, a violação gera em prejuízos, às crianças e adolescentes, desconsiderando sua condição de crescimento.

A análise da técnica em estudo dos círculos de diálogo horizontal, neste ponto, é incisiva na restauração desses prejuízos, subjetivamente, mas diretamente ligados a dignidade humana, que justiça restaurativa, também, assume papel e repercussão relevantes.

Quase 90 países já têm adotado a prática da justiça restaurativa, por recomendação da Organização das Nações Unidas. Estudiosos e pesquisadores observam nos países que adotam este paradigma de justiça, alto nível de satisfação dos infratores e vítimas, baixa reincidência nas infrações e melhor entendimento entre as partes envolvidas.

A justiça restaurativa no Brasil teve início formalmente 2005, através da Secretaria da Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça, que elaborou o projeto "Promovendo Práticas Restaurativas" no sistema de Justiça brasileiro. A iniciativa foi acompanhada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento/PNUD, em Porto Alegre – RS, no âmbito da Justiça Infância Juvenil; em São Caetano do Sul – SP, em escolas; e em Brasília – DF, para infratores adultos, em trabalho com crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais³⁶.

No modelo restaurativo, há um processo de responsabilização e reparação de danos em detrimento a punição e a culpa. As necessidades das vítimas são o ponto de partida, sendo que o "norte" (absoluto) não são as regras violadas nem os interesses das partes, senão os danos que emergiram de uma situação conflitiva, que devem ser reparados, assim como as condições e relações anteriormente existentes que precisam ser restauradas.

Uma das principais diretrizes é conferir atenção às necessidades das pessoas que se sentem vítimas dos atos de outrem, com vistas a auxiliá-las na recuperação

34 YIN. R. K. *Pesquisa qualitativa do início ao fim*. Tradução de Daniela Bueno. Revisão técnica de Dirceu da Silva. Penso, Porto Alegre, 2016, p. 03.

35 BONI, V.; QUARESMA, S.J. "Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas em ciências sociais". *"Revista eletrônica dos pós graduandos em sociologia política"*. v.3, n.1, Jan/Jul, 2005, p. 68-80.

36 PARANÁ. Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. *Justiça Restaurativa e Socieducação: cadernos de socioeducação*. Curitiba, 2015, p. 31-32.

de sua estrutura psicoemocional, para lhes oferecer subsídios para a superação dos danos que sofreram.

A justiça restaurativa é prática incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça através da resolução 225/16 e pelo Sistema Nacional de Socioeducação (SINASE), Lei 12.599/12, a qual em seu artigo 35 prevê que se deve priorizar práticas restaurativas na execução das medidas socioeducativas³⁷.

Para Zehr³⁸ muitos crimes e atos infracionais praticados nascem de violações. Nesta corrente, é possível que atos infracionais praticados por adolescentes possam também ser determinados por violações anteriores, pois muitos adolescentes autores de violência foram vítimas de abusos e violências na infância e consequentemente carecem de habilidades e formações que lhe possibilitem uma vida significativa. O autor pondera que há indivíduos que prejudicam os outros porque também foram prejudicados, isto é, fazem uma reprodução da violência vivida, a qual tende a perpetuar de forma cíclica se não interrompida. O autor considera que o crime é uma forma de pedir socorro e afirmar sua condição de pessoa.

Na justiça restaurativa, o círculo restaurativo está entre as práticas mais comuns, ele pode ser realizado em diversos âmbitos, escola, trabalho, comunidades, vizinhos, pois são os próprios participantes os atores que detêm a autonomia e a responsabilidade de argumentar e dialogar uma solução para determinado problema³⁹. O processo conta com facilitador, capacitado, não necessariamente um jurista, que atua como guardião da qualidade do espaço coletivo. Não controla as questões, mas as conduz a conclusões e estimula reflexões do grupo⁴⁰.

Isto ocorre porque a justiça restaurativa trata os conflitos como inerentes à vida social e, portanto, não carentes de serem resolvidos, necessariamente, através de decisões forçadas por uma autoridade legítima, hierarquicamente superior e que possui o monopólio do poder de dizer o direito, deliberando sobre o que é correto ou o que deve prevalecer diante de um conflito⁴¹. De fato, na justiça retributiva ela ocorre sem o fracionamento polarizado e vertical imposto pelo sistema legal e pela administração judiciária.

A condução e metodologia dos círculos envolve pré-círculos, círculos e pós-círculos, para possibilitar as pessoas compreender-se a si mesmas e aos outros pela interface do próprio conflito. Em condições de igualdade, respeito e dignidade, visa à reparação dos danos e ao atendimento das necessidades daqueles mais diretamente envolvidos: as vítimas, os ofensores, os familiares e as comunidades afetadas.

Muito embora as necessidades das vítimas, Zehr⁴² pondera que não se deve negligenciar as necessidades do ofensor. Na esfera socieducativa, o adolescente muitas vezes teve seus direitos fundamentais e sua dignidade violada e precisa ser restaurado. O autor discorre que o ofensor precisa de tratamento, precisa ser questionado em seus estereótipos, racionalizações, falas, atribuições e em relação ao seu pensamento sobre a vítima e sobre o evento. Talvez precise aprendizados sobre responsabilidades, precise adquirir habilidades laborais e interpessoais.

37 BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional. Brasil, 2012.

38 ZEHR. H. *Trocando as lentes – um novo foco sobre o crime e a justiça*. Palas Athena, São Paulo, 2008, p.171.

39 ACHUTTI, D. S. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 77-82.

40 PRANIS. K. *Processos Circulares*. Palas Athenas, São Paulo, 2010, p. 26 -27.

41 NETO, N. M.; TAVARES, C. R. "*Círculos de Paz: Instituinto a Justiça Restaurativa e pacificando conflitos em Santarém-Pará*", Universidade Federal do Oeste do Pará. ed. vol. 1 n.1, "*Revista de Extensão da Integração Amazônica*", Brasil, 2019, p.05. Disponível em: <<https://acessoainformacao.ufopa.edu.br/acoes-e-programas/arquivos/programa-de-extensao-circulos-de-paz>>. Acesso em 09 dez. 2020.

42 ZEHR. H. *Trocando as lentes – um novo foco sobre o crime e a justiça*. Palas Athena, São Paulo, 2008, p. 189.

Ao adotar como ponto de partida a realidade de que o ofensor precisa de apoio emocional, ajuda para desenvolver uma autoimagem mais sadia e positiva, precisa aprender a canalizar a raiva e a frustração de modo apropriado, se favorece a capacidade, inata ao humano, de lidar com a culpa.

Atento as necessidades expostas pelo autor, os círculos restaurativos, em sua dinâmica e metodologia, vem a ser uma alternativa que pode contribuir de forma singular para reflexões do ofensor e mudanças de comportamento, pois possibilita a significação e a ressignificação da realidade. A superação de traumas e o aprendizado de uma convivência social pautada no respeito ao seu semelhante é o alicerce primeiro dos princípios inatos à dignidade humana.

A técnica, na prática, a partir do momento que oportuniza ao ofensor, um espaço seguro e orientado pelo facilitador para o manifesto de sentimento, emoções, violações, violências praticadas e vivenciadas, determinações e necessidades. Ela favorece o despertar de reflexões e de conexões ligadas à sua história, o que desperta o princípio de um processo de restauração e de rompimento do ciclo da violência.

A psicologia ensina que é através de vivências do sujeito, de espaços de escuta ética, respeitosa, responsável, condizentes aos princípios da dignidade humana, que se estabelecem conexões e condições de reconhecimento e de reparação dos mais diversos tipos danos sofridos.

Pranis⁴³ entende que os círculos possibilitam a liberdade para expressar a verdade pessoal, deixa de lado as máscaras e defesas para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.

A autora Pranis⁴⁴ fundamenta que na medida que os participantes revelam nos círculos aspectos desconhecidos ou ignorados sobre si mesmo através de uma orientação positiva dos facilitadores, aquilo que de negativo havia sido presumido pelos outros, começa a ruir e perder a força.

O que fundamenta que justiça restaurativa é se utilizar as funções emotivas e poéticas da linguagem, baseando-se num discurso narrativo, o que pode ser interpretado como um momento de "contar histórias", pois cada pessoa tem uma história, e cada história oferece uma lição. Assim, no círculo as pessoas se aproximam das vidas umas das outras através da partilha de histórias significativas, para elas as histórias unem as pessoas pela sua humanidade comum e as ajudam a apreciar a profundidade da experiência humana.

No contemplar da preparação cuidadosa de perguntas norteadoras e na provocação do diálogo, na comunicação não violenta, no respeito a história do outro e nas bases do processo circular que vão havendo manifestações, compromissos, reflexões e elucidações pessoais e coletivas. O que direciona e contribui para um processo de ressocialização pautado em direitos, respeito e condições de dignidade, a qual, mesmo sendo algo intrínseca e não palpável, está diretamente ligada a experiências e ações humanas que valorizam os direitos fundamentais e o respeito ao outro.

CONCLUSÃO

Na área da infância e adolescência, o Estatuto da Criança e do Adolescente desencadeou inúmeras mudanças normativas, doutrinárias, institucionais e jurisdicionais, norteado sempre em bojo pelo princípio da dignidade humana. Para a história dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil, o Estatuto vem a ser a expressão da tentativa de integrar à infância e a juventude à cidadania através de direitos fundamentais, o que possibilita condições e políticas para um desenvolvimento sadio e em condições de dignidade.

Em mais de 30 anos de vigência, não se pode negar que o Estatuto gerou muitos avanços na Garantia dos Direitos Fundamentais das crianças e adolescentes,

43 PRANIS. K. *Processos Circulares*. Palas Athenas, São Paulo, 2010, p.25.

44 PRANIS. K. *Processos Circulares*. Palas Athenas, São Paulo, 2010, p. 25.

mais ainda há uma distância considerável entre a Lei e a consolidação da prática, pois entre a previsão legal e sua execução, pesquisas apontam que se encontra milhares de crianças e adolescentes sendo violados em seus direitos e dignidade.

As violações nos direitos infantojuvenis incidem em repercussões, consequências e conflitos multifacetados em diversos âmbitos, entre eles a possibilidade do envolvimento de adolescentes em prática de atos infracionais, o que para alguns autores, vem a ser a reprodução de violências sofridas em fases importantes de formação.

Nesta ótica, a justiça restaurativa, através dos círculos restaurativos, no trabalho com adolescentes que cumprem medida socioeducativa pode ser um caminho percorrável, pois sua metodologia, pautada no diálogo, no respeito, na igualdade e nas relações horizontais, fatores intrinsecamente ligados o princípio da dignidade humana, indica ser técnica contributiva no trabalho e na garantia de direitos do adolescente autor de ato infracional.

REFERÊNCIAS

- ABRINQ. Fundação. *Cenário da Infância e adolescência no Brasil*, 2019, p. 17-77. Disponível em: <<https://fadc.org.br/sites/default/files/2019-05/cenário-brasil-2019>>. Acesso em: 19 dez. 2020.
- ACHUTTI, D. S. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 77-82.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948.
- BARROSO, L. R. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional Brasileiro". *"Revista da EMERJ"*, v.4, n.15, 2001, p. 26-27.
- _____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Renovar, Rio de Janeiro, 2010, p. 09.
- _____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 58.
- BOBBIO. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. – Nova ed., Elsevier, Rio de Janeiro, 2004, p. 50.
- BONI, V.; QUARESMA, S.J. "Aprendendo a entrevistar: como fazer entrevistas em ciências sociais". *"Revista eletrônica dos pós graduandos em sociologia política"*. v.3, n.1, Jan/Jul, 2005, p. 68-80.
- BRASIL. *Constituição Federativa da República Federativa do Brasil*. Brasília-DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990.
- BRASIL. *Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional. Brasil, 2012.
- BRASIL. Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos / SMFDH. *Disque 100 e Ligue 180 registram cerca 1 mil denúncias de violações de direitos humanos por dia em 2020*. Brasília: Assessoria comunicação social, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/marco/disque-100-e-ligue-180-registram-cerca-1-mil-denuncias-de-violacoes-de-direitos-humanos-por-dia-em-2020>>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- BRASIL. Sociedade Brasileira de Pediatria. *Mais de 100 mil crianças e adolescentes morreram vítimas de agressões na última década*. Comunicação Integrada

- 360º, 2021. Disponível em:
<<https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/mais-de-100-mil-criancas-e-adolescentes-morreram-vitimas-de-agressoes-na-ultima-decada/>>.
Acesso em: 20 jul. 2021.
- CIRÍACO, H. C. *Os profissionais educadores nos centros de socioeducação: as medidas socioeducativas no contexto do ECA e da SINASE*. Pato Branco: UTFPR, 2014, p. 15. Disponível em:
<<http://repositorio.utfpr.edu.br/jspui/handle/1/22963>>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- COLUCCI, C. F. P. *Princípio do melhor interesse da criança: Construção Teórica e aplicação prática no direito brasileiro*. USP, São Paulo, 2014, p. 77.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 225, 31 de maio de 2016. *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>>. Acesso em: 02 fev. 2021.
- CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Juspodivm, Salvador, 2008, p. 573.
- FILHO, S. F. da S. *Os desafios da escola pública Paranaense na Perspectiva do Professor PDE: produções didático pedagógicas*. Cascavel, Unioeste, 2013, p. 07-15. Disponível em:
<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/cadernospde/pdebusca/producoes_pde/2013/2013_unioeste_hist_pdp_sebastiao_ferreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.
- GIL, A C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4 Ed. Atlas, São Paulo, 2007, p. 25.
- LASKOSKI, L.; OLIVEIRA, M. L. *História da legislação sobre o atendimento do adolescente em conflito com a lei*. In: Formação e Ação. Paraná: Secretaria de Educação, 2016, p. 03. Disponível em:
<http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/formacao_acao/1semestre2016/deja_fa_anexo1.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- MICALI, J. M. *O Dilema da Descentralização de Poder: Um Estudo Sobre as Políticas de Atenção ao Adolescente Autor de Ato Infracional no Paraná*. Universidade Estadual de Londrina - UEL, Paraná, 2009, p. 67.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Linha de cuidados para a atenção integral de crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violências*. Brasília-DF: 2010. Disponível em:
<https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/linha_cuidado_crianças_famílias_violências.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 16.ed. Atlas, São Paulo, 2004, p. 10.
- NETO, N. M.; TAVARES, C. R. "Círculos de Paz: Instituinto a Justiça Restaurativa e pacificando conflitos em Santarém, Pará, Brasil". "Revista de Extensão da Integração Amazônica". Universidade Federal do Oeste do Pará. ed. vol. 1 n.1, 2019, p. 05. Disponível em:
<<https://acessoinformacao.ufopa.edu.br/acoes-e-programas/arquivos/programa-de-extensao-circulos-de-paz>>. Acesso em: 09 dez. 2020.
- OPAS. ORGANIZAÇÃO PAN AMERICANA DE SAÚDE. *Resumen del informe sobre la situación regional 2020: Prevenir y responder a la violencia contra las niñas y los niños en las Américas*. OPAS, 2020, p. 10-13. Disponível em:
<https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/53036/OPSNMHNV200036_spa.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 ago. 2021.
- PARANÁ. Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. "Justiça Restaurativa e Socieducação: cadernos de socioeducação". Arte Gráfica, Curitiba, 2015, p. 31-32.

- PRANIS. K. *Processos Circulares*. Palas Athenas, São Paulo, 2010, p. 25-27.
- SANTOS, B. de S. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, p. 56.
- SARLET, I. W. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 65.
- VERONESE, J. R. P. "Direito da criança e do Adolescente". "Série Resumos". OAB/SC, Florianópolis, 2006, p. 23-28.
- YIN. R. K. *Pesquisa qualitativa do início ao fim*. Tradução de Daniela Bueno. Revisão técnica de Dirceu da Silva. Penso, Porto Alegre, 2016, p. 03.
- ZEHR. H. *Trocando as lentes – um novo foco sobre o crime e a justiça*. Palas Athena, São Paulo, 2008, p. 171-189.

Sobre o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro de 2002: interpretação, correção e integração dos contratos

On the principle of good faith in the Brazilian Civil Code of 2002: interpretation, rectification, and integration of contracts

Leonardo Mattietto¹

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução e panorama histórico da boa-fé no direito privado brasileiro. 2. A boa-fé e a remodelação da autonomia privada. 3. Boa-fé subjetiva e objetiva. 4. As funções da boa-fé objetiva: interpretativa, corretiva e integrativa. 4.1. A função interpretativa: a boa-fé como postulado de hermenêutica. 4.2. A função corretiva: cláusula geral de vedação à abusividade contratual. 4.3. A função integrativa: fonte de deveres anexos. 5. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo discute como o princípio da boa-fé, como expressão de valores éticos, transforma o direito obrigacional brasileiro, promovendo uma remodelação da autonomia privada. A boa-fé, em seu conceito objetivo, passa a ocupar posição relevante no ordenamento jurídico, ao ser incorporada com destaque pelo Código Civil de 2002. Os efeitos dos contratos devem ser balizados por uma interpretação que privilegie a lealdade e a confiança como sínteses de um contexto que transcende a vontade dos contratantes (função interpretativa) e que igualmente justifica a correção do direito estrito, como cláusula geral de controle da abusividade (função corretiva), além de despertar os chamados deveres anexos (função integrativa).

Palavras-chave: boa-fé objetiva; autonomia privada; interpretação dos contratos; abusividade contratual; deveres anexos.

Abstract: The paper discusses how the principle of good faith, as an expression of ethical values, transforms the law of obligations in Brazil, leading to a redefinition of private autonomy. In its objective meaning, good faith becomes a relevant norm in the Brazilian legal system, being prominently admitted by the Civil Code of 2002. Good faith favors an interpretation of contracts that considers loyalty and trust essential context points beyond the parties' will. It justifies the correction of strict law as a general clause prohibiting abuse, and it also imposes some collateral duties that were not expressly provided for by the parties.

Keywords: objective good faith; private autonomy; interpretation of contracts; abusive contracts; duties of good faith.

¹ Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e na Universidade Candido Mendes (UCAM), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução e panorama histórico da boa-fé no direito privado brasileiro

O Código Civil de 2002 trouxe a boa-fé objetiva como um de seus mais destacados princípios, como protagonista de uma nova era para o direito privado brasileiro².

Não foi a primeira vez, certamente, que um texto legal no Brasil consagrou a boa-fé. De modo pioneiro, o Código Comercial de 1850 havia apontado, no art. 131, nº 1, que “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”³.

Por outro lado, o Código Civil de 1916 havia sido bastante tímido⁴, dispondo quanto à sua incidência para um dos contratos em espécie, o seguro, no art. 1.443: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Avanço notável se deu com o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que elegeu a boa-fé objetiva como um dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo (art. 4º, III) e positivou de modo expresso a sua função corretiva, como suporte para a invalidade das cláusulas contratuais abusivas (art. 51, IV).

O breve histórico revela o contexto normativo que antecedeu o atual Código Civil, que foi além dos diplomas anteriores, beneficiando-se da influência do direito comparado⁵, notadamente dos ordenamentos alemão, italiano e português, assim como de um horizonte constitucional⁶ propício à renovação do direito privado.

Para se aferir o alcance da evolução legislativa, faz-se necessário compreender a tensão com o clássico princípio da autonomia privada, assim como promover o cotejo entre as perspectivas conceituais da boa-fé: subjetiva e objetiva.

O trabalho abordará, na sequência, as funções desempenhadas pela boa-fé objetiva (interpretativa, corretiva, integrativa), reguladas pelo vigente Código Civil.

2. A boa-fé e a remodelação da autonomia privada

Nas grandes codificações do século XIX, o contrato se apresentou como a própria expressão da autonomia privada, reconhecendo-se às partes a liberdade de estipularem o que lhes conviesse, servindo, portanto, como instrumento eficaz da

² Nas palavras de inesquecível mestre, a boa-fé objetiva e a função social do contrato “serão os dois inexpugnáveis pilares de sustentação da teoria geral dos contratos, traduzindo necessário temperamento dos valores clássicos da autonomia da vontade e da força obrigatória”. SOUZA, S. C. de. *Comentários ao Código Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2004, v. VIII, p. XII.

³ A norma do art. 131, nº 1, do Código Comercial “(...) permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais”. AGUIAR Júnior, R. R. de. “A boa-fé na relação de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995, p. 378.

⁴ O acanhamento refletiu a mentalidade jurídica da época de sua elaboração, no final do século XIX, até mesmo em contraste com o Código Comercial de 1850. AZEVEDO, A. J. de. “Rapport brésilien”, in *La Bonne Foi (Journées louisianaises)*. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Litec, Paris, 1992, p. 77.

⁵ Para um panorama contemporâneo do direito comparado, inclusive quanto à evolução da noção de *Treu und Glauben* do direito alemão, veja-se: ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, S. “Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape”, in ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, S., *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 18 e seguintes.

⁶ NEGREIROS, T. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 185 e seguintes.

expansão capitalista. O direito contratual forneceu “os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesse”⁷.

Advogava-se a igualdade das partes, que, porém, tratada de um ponto de vista formal, não foi assegurada pela liberdade, pois logo os mais fortes se tornaram opressores⁸.

Durante o século XX, a diminuição da intensidade da autonomia privada⁹, diante do dirigismo estatal e da prática cada vez mais frequente dos contratos de adesão, operou o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Embora já se tenha afirmado o declínio e até mesmo a morte do contrato¹⁰, na realidade há a sua transformação para atender a novas realidades e desafios vividos pela sociedade:

A principal lição que se colhe da história dos contratos, o conhecimento das suas transformações por entre as vicissitudes dos séculos, é a sua permanente vitalidade, como dúctil, como dócil instrumento que ora se amplia ora se restringe, ora enfraquece ora adquire novo vigor, e sempre ao homem serve para satisfazer as necessidades fundamentais da vida de relação¹¹.

Nas palavras emblemáticas de Georges Ripert, “o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser”¹². A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à *vontade* o papel de criar direitos e obrigações¹³. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da definição de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos

⁷ “(...) não há exagero em dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa...” e “...se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiam de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas”. DANTAS, F. C. de S. T. “Evolução contemporânea do direito contratual”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, jan./fev. 1952, p. 5.

⁸ RIPERT, G. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1937, p. 133.

⁹ Lê-se que, entretanto, “o contrato ganhou por um lado o que perdeu por outro. A autonomia da vontade aumentou em extensão mas diminuiu de intensidade, porque hoje é mais débil, mais frouxa do que outrora”. TELLES, I. G. *Manual dos Contratos em Geral*, 3. ed., Lex, Lisboa, 1995, p. 62.

¹⁰ GILMORE, G. *The death of contract*, 2. ed., Ohio State University Press, Columbus, 1995.

¹¹ TELLES, I. G. *Op. cit.*, p. 65.

¹² RIPERT, G. *Op. cit.*, p. 313-314.

¹³ Para uma crítica dos subsídios históricos e filosóficos da teoria da vontade, veja-se: GORDLEY, J. *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Clarendon, Oxford, 2011, p. 214-229.

contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da *lex inter partes*¹⁴, que sofre a intervenção do legislador¹⁵ e pode submeter-se à revisão pelo juiz¹⁶.

Acentua-se o caráter da ordem pública¹⁷ como expressão da lógica intrínseca dos contratos, sendo esta uma das linhas mestras da ordem económico-social constitucional (Constituição de 1988, art. 170).

A autonomia privada, antes entronizada como garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da *justiça substancial*, deslocando-se o eixo da relação contratual da *tutela subjetiva da vontade* à *tutela objetiva da confiança*.

Estudando-se o tema da confiança negocial no painel da recentralização das relações jurídicas em torno da pessoa, descortina-se que:

(...) um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua revalorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema de tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e dos postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica¹⁸.

¹⁴ O art. 1134 do *Code Civil* traz a afirmação de que o contrato tem força de lei entre as partes. Essa é a expressão máxima, para muitos autores, da adoção, pelo código francês, da teoria da vontade, atribuindo-lhe o condão de se transformar numa verdadeira lei. Zimmermann sugere que a contribuição das práticas comerciais reforçou a visão, predominante na recepção moderna do direito romano, de que todos pactos deveriam ser suscetíveis de cumprimento forçado, superando-se a distinção, também romana, mas paulatinamente abandonada, entre *pacta vestita* e *pacta nuda*. Nos estados ultramarinos fundados pelos peregrinos das Cruzadas, era aplicada a máxima “*convenant vaint loi*”. Na prática costumeira francesa e italiana, o consensualismo igualmente parece ter ganhado terreno. A nobreza feudal, em particular, sentia-se honrada, vinculada à *convenientia* informal ou às convenções (“*toutes convenances sont à tenir*”). A terminologia derivou de *conventio*, no sentido cunhado por Ulpiano (D. 2.14.1.3). ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 540-541.

¹⁵ A qualificação contratual “(...) não é um procedimento discricionário, ou menos ainda arbitrário, que a lei confie com exclusividade aos contratantes. A autonomia privada permite modelar contratos, mas não subtraí-los da disciplina prevista no ordenamento”. Ademais, “qualificar adequadamente o contrato é uma exigência da contemporaneidade, da ordem jurídica que se renova e na qual o individualismo e a autonomia privada são contrastados pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva”. MATTIETTO, L. “Qualificação jurídica do contrato”, in NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.), *Direito & Justiça Social: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*, Atlas, São Paulo, 2013, p. 373-374.

¹⁶ Para o desenvolvimento histórico da via revisional, veja-se: RODRIGUES Junior, O. L. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2. ed., Atlas, São Paulo, 2006, p. 32 e seguintes.

¹⁷ “(...) a ordem pública não só pode ser induzida de um conjunto de normas ou quadros normativos que imperativamente organizam as instituições jurídicas e de certos valores fundamentais com assento constitucional (...), como pode ser a expressão da lógica intrínseca de uma instituição, ou ainda da ideia de ‘razoabilidade’, no sentido do que os americanos chamam o *negative clearing-test*: no sentido de que o direito se recusa a dar cobertura ao exercício de uma discricionariedade manifestamente irrazoável (proibição do excesso)”. MACHADO, J. B. “Do Princípio da Liberdade Contratual”, in *João Baptista Machado - Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, v. I, p. 642-643.

¹⁸ FACHIN, L. E. “O ‘atualização’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial”, in *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 145. Acrescente-se que, “contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização,

A proteção da confiança envolve o vínculo contratual, a partir das normas cogentes que visam a promover o equilíbrio das partes da relação jurídica, mediante a adoção de novos paradigmas interpretativos, a proibição da abusividade e a imposição de deveres aos contraentes, na perspectiva de prevenir riscos e reparar prejuízos¹⁹.

3. Boa-fé subjetiva e objetiva

Projeta-se a boa-fé no direito contemporâneo, ora significando a convicção individual de quem acredita observar as normas, ora estampando o sentido ético universal de “coerência nos preceitos de retidão na vida social, a justiça metajurídica”²⁰.

Apesar da notória dificuldade em se definir a boa-fé²¹, pelo menos duas perspectivas conceituais se revelam amplamente consagradas: a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

Em sentido subjetivo, a boa-fé corresponde à situação do sujeito que acredita atuar em conformidade com a ordem jurídica; é um estado mental, uma crença, uma situação subjetiva que redunde em conhecimento ou ignorância de dada realidade. Assim, por exemplo, é de boa-fé a posse se o possuidor ignora o vício que impede a aquisição da coisa (Código Civil, art. 1.201, *caput*).

Na acepção objetiva, a boa-fé sempre pode ser lembrada a partir da exitosa fórmula do § 242 do BGB²²: lealdade e confiança (*Treu und Glauben*). Refere-se que:

(...) por boa-fé objetiva se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo²³.

A referência à *lealdade* corresponde a um conjunto de qualidades positivas: não apenas lealdade, mas também, mais amplamente, probidade, veracidade,

entre outros, dos princípios de superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade (em sua face positiva) e da boa-fé em sua feição objetiva”. MARTINS-COSTA, J. “Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992, p. 141.

¹⁹ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., RT, São Paulo, 1998, p. 127.

²⁰ SACCO, R. “Interpretazione di buona fede”, in CENDON, P. (coord.), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 293.

²¹ A indeterminação é patente, o que reclama a valoração à luz do ordenamento e carece de preenchimento pelo intérprete. MOREIRA, J. C. B. “Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, jan./mar. 1978, p. 14-15.

²² Dispõe o § 242 do Código alemão (BGB) que o devedor é obrigado a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico negocial. O § 157 do BGB, por sua vez, define que “os contratos se interpretam como o exija a boa-fé, com consideração pelos bons costumes do tráfico”.

²³ MARTINS-COSTA, J. *Op. et loc. cit.*

honestidade, fidelidade, comprometimento, responsabilidade. Resgata-se, assim, a figura do *bonus pater familias* romano, que merece ser relida²⁴, nos dias atuais, como o padrão do homem médio²⁵, que serve para ilustrar as práticas socialmente aceitas²⁶.

Na persuasiva explanação de João Baptista Machado, lê-se que a *confiança*:

(...) é um princípio ético-jurídico fundamentalíssimo e que a ordem jurídica não pode deixar de tutelar a confiança legítima baseada na conduta de outrem. Assim tem de ser, pois, (...), *poder confiar* é uma condição básica de toda a convivência pacífica e da cooperação entre os homens. Mais ainda: esse *poder confiar* é logo condição básica da própria possibilidade de comunicação dirigida ao entendimento, ao consenso e à cooperação (...).

Podemos assim dizer que toda a conduta, todo o agir ou interagir comunicativo, além de carrear uma pretensão de verdade ou de autenticidade (de fidelidade à própria identidade pessoal), desperta nos outros *expectativas* quanto à futura conduta do agente²⁷.

A tutela da confiança²⁸ representa um avanço, ademais, em relação à teoria da declaração, que comunga com a teoria da vontade no seu antinormativismo²⁹. A verdadeira polémica não se situa, hoje, ao contrário do que o misoneísmo pretenda induzir, entre a vontade e a declaração, mas entre voluntarismo e normativismo, entre individualismo e solidarismo³⁰.

²⁴ "(...) a conduta de boa-fe é um comportamento objetivo, separado da vontade individual, que se inspira no modelo do *bonus vir* ou do *bonus mercator* e que pode impor a modificação, a adaptação, a correção da vontade das partes. *Treu und Glauben, bonne foi, correttezza*, são noções legais, objetivas, que impõem comportamentos aos sujeitos". BROGGINI, G. "L'abus de droit et le principe de la bonne foi - aspects historiques et comparatifs", in WIDMER, P.; COTTIER, B., *Abus de droit et bonne foi*, Editions Universitaires, Fribourg, 1994, p. 21.

²⁵ "A análise da relação jurídica é feita objetivamente; estará ausente a boa-fé objetiva se o comportamento em exame escapar do *arquétipo* que o homem de bem adotaria no lugar do sujeito, diante das peculiaridades do caso concreto". AZEVEDO, F. *Direito Civil – Introdução e Teoria Geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 93.

²⁶ A generalização, contudo, pode ser perigosa, pois, ainda que o "bom pai de família" constitua "um padrão jurídico, correspondente à atuação do homem normal, colocado nas circunstâncias", não se pode desprezar que "a boa-fé, embora comporte, nos seus modelos de decisão, a inclusão de padrões jurídicos, não se esgota num deles". CORDEIRO, A. M. *Da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 1230.

²⁷ MACHADO, J. B. "Tutela da Confiança e 'Venire Contra Factum Proprium'", in *João Baptista Machado - Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, v. I, p. 352-353.

²⁸ "(...) o juiz deverá aferir o contrato de forma global para analisar se de alguma forma o proceder de uma das partes – deliberado ou não – frustra as expectativas contratuais, abusando da confiança depositada". MELO, M. A. B de. *Novo Código Civil Anotado*, 2. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, v. III, t. I, p. 22.

²⁹ Natalino Irti, ao estudar a doutrina de Emilio Betti sobre o negócio jurídico, aduz o comum antinormativismo entre a teoria da vontade e a teoria da declaração. Esta, ao procurar "despsicologizar" a interpretação do negócio jurídico, não se afasta do primado da vontade, mas apenas privilegia a vontade declarada à intenção não declarada. Sustenta que "...a assídua polémica contra o dogma da vontade não significa nem comporta a dissolução normativa do negócio. 'Despsicologizar' não é 'normatizar': a primeira postura indica o primado da declaração sobre o querer interno; a outra, o primado da norma sobre o negócio". IRTI, N. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 48-49.

³⁰ "Na época da crise dos fundamentos, o negócio jurídico não deve ser mistificado, enquanto o sistema jurídico se vê pressionado pela complexidade social e pelos desafios tecnológicos, e notadamente entre tutela da pessoa e exigências do mercado. (...) O princípio da autonomia privada, com suas variantes de autodeterminação e autovinculação, cedeu lugar a um novo direito obrigacional, que acolhe em seu próprio âmago os princípios da dignidade da pessoa humana e da boa-fé objetiva. A interpretação dos atos jurídicos em geral deve levar em conta

4. As funções da boa-fé objetiva

A partir da doutrina e da jurisprudência alemãs, tornou-se amplamente aceito que a boa-fé objetiva abrange três funções: interpretativa, corretiva e integrativa. Influenciado pelo direito germânico, o vigente Código Civil brasileiro as preconiza, respectivamente, nos artigos 113, 187 e 422.

4.1. A função interpretativa: a boa-fé como postulado de hermenêutica

O art. 113 do Código Civil estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração”.

A interpretação deve ser pautada pela boa-fé objetiva não apenas quando houver dificuldade hermenêutica, ou quando aparecer divergência entre vontade e declaração³¹.

Assim, por exemplo, encontra-se julgado do Superior Tribunal de Justiça em que, em nome da boa-fé objetiva, operou-se extensão da cláusula penal em favor de promitente-comprador, em compromisso de compra e venda de imóvel no qual a cominação só havia sido disposta em favor do promitente-vendedor. Como consta do acórdão, “a cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes”³².

Explica-se que, sendo o compromisso de compra e venda um contrato *bilateral*, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro; *oneroso*, uma vez que traz vantagens para ambos os contratantes; e *comutativo*, ante a equivalência de prestações, é cabível a condenação do promitente-vendedor que não efetuou a entrega do imóvel no tempo previsto ao pagamento da cláusula penal, mesmo que a pena tenha sido contratualmente fixada apenas para o caso de inexecução do promitente-comprador, pois os contratos devem ser interpretados à luz do princípio da boa-fé, além dos princípios da função social e do equilíbrio, devendo ser considerado, também, o tipo de contrato celebrado e seus efeitos.

Em outro caso, a propósito de contrato de concessão comercial entre distribuidora e posto de combustíveis, o Tribunal assentou, em vista da boa-fé, que “deve haver equilíbrio e igualdade entre as partes contratantes, assegurando-se trocas justas e proporcionais. Desse modo, à obrigação contratual do posto revendedor de adquirir quantidade mínima mensal de combustível deve corresponder

não apenas as declarações que hajam feito as pessoas que deles tenham participado. Tampouco a tarefa do intérprete se resume a perquirir a vontade expressada, veiculada por meio da declaração. É preciso buscar o entendimento de cada ato no ambiente em que ele foi celebrado – no complexo de seus motivos e circunstâncias, bem como no contexto do próprio ordenamento jurídico”. MATTIETTO, L. “O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil”, in RAMOS, C. L. S. et al. (coords.), *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 31-32.

³¹ BIGLIAZZI-GERI, L. “L’interpretazione del contratto”, in BUSNELLI, F. D. (coord.), *Il Codice Civile – Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 213.

³² Superior Tribunal de Justiça (STJ), 3ª Turma, REsp 1.119.740-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 13.10.2011. No voto do relator, justifica-se que “caracterizadas, portanto, as recíprocas obrigações entabuladas pelas partes, não seria razoável, nem proporcional que, para uma delas o descumprimento contratual seguisse a cláusula previamente redigida na avença, de execução mais simples, e, para o outro, caminho diverso, de execução mais complexa. Entender-se de forma diversa é o mesmo que tratar os iguais, desigualmente, pois enquanto no descumprimento por parte do promitente-comprador já estaria definido o *quantum* indenizatório, sem a possibilidade de qualquer discussão, o inadimplemento do promitente-vendedor daria azo a discussões acerca do efetivo prejuízo sofrido pelo comprador”.

simétrica obrigação da distribuidora de fornecer, a cada mês, no mínimo a mesma quantidade de produto”³³.

4.2. A função corretiva: cláusula geral de vedação à abusividade contratual

O art. 187 do Código Civil reconhece a antijuridicidade da conduta do “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Para além da tese francesa da relatividade dos direitos subjetivos³⁴, com a proibição teleológica do excesso aos limites decorrentes das finalidades econômicas e sociais, faz-se presente, na norma, a influência germânica ao se vincular a noção de abuso ao princípio da boa-fé³⁵.

A função corretiva que a boa-fé desempenha sobre o *ius strictum*³⁶ tem contribuído para que se firme uma cláusula geral de vedação do abuso de direito. É digna de nota a:

(...) vocação específica, da boa-fé, de intervir em conjunturas que relacionem duas ou mais pessoas. Nos cenários do exercício inadmissível de posições jurídicas, quer a proteção da confiança, quer o relevo de situações jurídicas materiais, operam na base de um contato específico entre duas pessoas: trata-se de situações relativas, que a linguagem e a tradição jurídicas têm conectado com a boa-fé³⁷.

A abusividade é decotada pelo recurso à boa-fé como técnica de delimitação ou de modulação da força obrigatória dos contratos³⁸.

Pode-se exemplificar com o entendimento, com base na boa-fé, da abusividade e consequente nulidade da cláusula de decaimento³⁹, que impõe ao

³³ STJ, 3ª Turma, REsp 1.455.296-PI, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 15.12.2016. No caso foi ainda debatido o dever de mitigar o dano (*duty to mitigate the loss*).

³⁴ JOSSERAND, L. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2. ed., Dalloz, Paris, 1939.

³⁵ “Nessa perspectiva, revela-se com aplausos da doutrina o princípio da boa-fé, compondo o fundamento da teoria do abuso de direito em meio às relações contratuais, passando a se falar em ‘exercício inadmissível de posições jurídicas’. Trata-se de desenvolvimento do parágrafo 242 proporcionado pelas cortes germânicas, constituindo-se no mais importante paradigma de uma técnica legislativa que se fez presente sob as vestes de uma cláusula geral de boa-fé. Nesse dispositivo, encontra-se a boa-fé como standard, isto é, ‘um modelo ideal de conduta social’, a qual se considera paradigmática”. PINHEIRO, R. F. *O abuso de direito e as relações contratuais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 260-261.

³⁶ “(...) por envolver um juízo de relação, onde se destina a prevalecer, entre dois interesses, nem sempre é apenas aquele abstratamente privilegiado por uma norma de direito estrito, e porque está atenta à sua qualidade. É a este critério que pareceu necessário atribuir aquela função corretiva dos rigores do *strictum ius*, já referida, que deveria consentir, mesmo no âmbito da interpretação, uma espécie de valoração das situações de conflito diferente daquela que seguir-se-ia à verificação pura e simples da correspondência formal de um fato (portanto, também do fato-negócio) e/ou de um comportamento com uma disposição abstrata da lei e, portanto, permitir – em um ambiente normativo caracterizado por um princípio de sociedade real – aquele efetivo equilíbrio de exigências opostas que uma utilização míope do instrumento legislativo tornaria ilusória”. BIGLIAZZI-GERI, L. *Op. cit.*, p. 226.

³⁷ Acresça-se que “há outras conexões: a proteção da confiança prende-se, também, aos temas da aparência e da crença, com nível jurídico; o relevo de situações jurídicas materiais liga-se, de perto, com o movimento histórico no sentido da superação do formalismo: ambos os aspectos evocam, como é sabido, a boa-fé”. CORDEIRO, A. M. *Op. cit.*, p. 901.

³⁸ STOFFEL-MUNCK, P. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, LDGJ, Paris, 2000, p. 292.

³⁹ STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.809.838-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 30.08.2019.

devedor a perda de prestações pagas, assim como de cláusula que subverta a sistemática legal de reparação civil⁴⁰.

4.3. A função integrativa: fonte de deveres anexos

Estipula o art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Tem-se na boa-fé objetiva a fonte que irradia os chamados deveres anexos, ou seja, disposições não decorrentes da vontade dos contratantes⁴¹, podendo-se nela vislumbrar norma primária de responsabilidade sem culpa⁴².

Da lição de Ruy Rosado de Aguiar Jr., colhe-se que:

A boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se medem somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escape ao controle das partes⁴³.

⁴⁰ “Recurso especial. Contrato de representação comercial. Rescisão unilateral imotivada pela representada. Indenização. Art. 27, “J”, da lei 4.886/65. Cláusula contratual que prevê pagamento antecipado acrescido às comissões mensais. Ilegalidade. Forma de pagamento que não se coaduna com o conceito de indenização. 1. Ação ajuizada em 4/12/2013. Recurso especial interposto em 5/9/2018. Conclusão ao Gabinete em 20/8/2019. 2. O propósito recursal é definir se o pagamento antecipado da indenização, devida ao representante comercial por ocasião da rescisão injustificada do contrato pelo representado, viola o art. 27, “j”, da Lei 4.886/65. 3. A Lei 4.886/65, em seu art. 27, “J”, estabelece que o representante deve ser indenizado caso o contrato de representação comercial seja rescindido sem justo motivo por iniciativa do representado. 4. O pagamento antecipado, em conjunto com a remuneração mensal devida ao representante comercial, desvirtua a finalidade da indenização prevista no art. 27, “J”, da Lei 4.886/65, pois o evento, futuro e incerto, que autoriza sua incidência é a rescisão unilateral imotivada do contrato. 5. Essa forma de pagamento subverte o próprio conceito de indenização. Como é sabido, o dever de reparar somente se configura a partir da prática de um ato danoso. No particular, todavia, o evento que desencadeou tal dever não havia ocorrido – nem era possível saber se, de fato, viria a ocorrer – ao tempo em que efetuadas as antecipações mensais. 6. O princípio da boa-fé impede que as partes de uma relação contratual exercitem direitos, ainda que previstos na própria avença de maneira formalmente lícita, quando, em sua essência, esse exercício representar deslealdade ou gerar consequências danosas para a contraparte. 7. A cláusula que extrapola o que o ordenamento jurídico estabelece como padrão mínimo para garantia do equilíbrio entre as partes da relação contratual deve ser declarada inválida”. STJ, 3ª Turma, REsp 1.831.947-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.12.2019.

⁴¹ Como o legislador não pode prever tudo, a invocação da boa-fé na busca de soluções para os mais variados problemas se mostrou pródiga. Ainda que o BGB, na sua feição original, admitisse apenas a função interpretativa da boa-fé, a jurisprudência alemã não tardou a desenvolver a função integrativa. “A ideia da incapacidade do sistema para prever todas as necessidades, presentes e futuras, e a possibilidade de encontrar as soluções novas adequadas, com recurso à boa-fé, filtrou-se, ainda que de modo subconsciente, no trabalho dos codificadores. Estes acabaram, assim, por adotar um sistema aberto, capaz de, por desenvolvimentos internos ou externos, responder a problemas impensáveis a quando da codificação. A capacidade reprodutora do sistema devia ser assegurada por um instituto suficientemente amplo para não entravar os desenvolvimentos necessários e imprevisíveis e, em simultâneo, dotado de um peso juscultural capaz de dar credibilidade às soluções encontradas. A boa-fé tinha esse perfil”. CORDEIRO, A. M. *Op. cit.*, p. 331.

⁴² ROMAIN, J.-F. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 804 e seguintes.

⁴³ AGUIAR Júnior, R. R. de. *Op. cit.*, p. 24.

Os deveres emanados da boa-fé objetiva incidem em todas as fases do processo obrigacional⁴⁴, compreendida a relação jurídica como um ser dinâmico⁴⁵, que se desenvolve e transforma ao longo do tempo, refletindo o comportamento das partes. A depender da fase, a violação desses deveres enseja a responsabilidade pré-contratual, contratual ou pós-contratual.

Da boa-fé objetiva fluem os deveres de informação⁴⁶, transparência⁴⁷ e diligência:

Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, que impõe que o contratante seja alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente (...)

O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes (...)

Ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (*due diligence*), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (*standards*) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa⁴⁸.

Mencionem-se, ainda como exemplos de deveres anexos, os de colaboração e cooperação entre os sujeitos⁴⁹, especialmente nos contratos de longa duração⁵⁰.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, RT, São Paulo, 1999, p. 381 e seguintes.

⁴⁵ "Com a expressão 'obrigação como processo', tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência". COUTO E SILVA, C. V. do. *A obrigação como processo*, 2. ed., FGV, Rio de Janeiro, 2007, p. 20.

⁴⁶ STJ, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.260.150-PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 28.06.2019.

⁴⁷ STJ, Corte Especial, EREsp 1.325.151-SP, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.10.2020.

⁴⁸ STJ, 3ª Turma, REsp 1.862.508-SP, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 18.12.2020.

⁴⁹ "Nos contratos cativos de longa duração, também chamados de relacionais, baseados na confiança, o rigorismo e a perenidade do vínculo existente entre as partes pode sofrer, excepcionalmente, algumas flexibilizações, a fim de evitar a ruína do sistema e da empresa, devendo ser respeitados, em qualquer caso, a boa-fé, que é bilateral, e os deveres de lealdade, de solidariedade (interna e externa) e de cooperação recíprocos". STJ, 3ª Turma, REsp 1.479.420-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 11.09.2015.

⁵⁰ "(...) o tempo se revela um desafio quanto à manutenção do equilíbrio contratual, que, assim, pode ser superado pelos princípios clássicos do contrato – *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade, cláusula *rebus sic stantibus* – desde que harmonizados com os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, confiança e lealdade, de modo a não frustrar as legítimas expectativas dos contratantes e dos beneficiários dos contratos". GAMA, G. C. N. da. "Direito contratual, função social, boa-fé objetiva e exceção da ruína: comentários ao julgado no REsp 1.479.420/SP", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 963, jan. 2016, p. 501.

5. Conclusão

(...) o verdadeiro comércio inspira virtudes próprias: a economia, a boa-fé, a exatidão, a ordem e atividade leal⁵¹.

A boa-fé, com o seu peso cultural e histórico, transforma o direito obrigacional, promovendo uma remodelação da autonomia privada.

Em sua feição objetiva, retratada pela fórmula *lealdade e confiança*, passa a ocupar posição destacada no ordenamento, como princípio cardeal para as relações jurídicas privadas.

A lealdade sintetiza todo um conjunto de qualidades positivas (probidade, veracidade, honestidade, fidelidade, comprometimento, responsabilidade), que reconduzem ao padrão médio tido como correto na vida em sociedade e saudável para o tráfego negocial.

A confiança, por outro lado, mostra-se como uma baliza para a convivência pacífica, pois poder confiar nas outras pessoas é essencial, cabendo ao ordenamento sancionar a frustração das expectativas legítimas dos contratantes.

A determinação do sentido e dos efeitos dos contratos pelas partes é amainada em prol de uma interpretação que privilegia a lealdade e a confiança como sínteses de um contexto ético que transcende a vontade dos contratantes (*função interpretativa*) e que igualmente justifica a correção do direito estrito, como cláusula geral de controle da abusividade (*função corretiva*), além de deflagrar os chamados deveres anexos (*função integrativa*).

Referências bibliográficas

- AGUIAR JÚNIOR, R. R. "A boa-fé na relação de consumo", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, abr./jun. 1995, p. 20-27.
- AZEVEDO, A. J. "Rapport brésilien", in *La Bonne Foi (Journées louisianaises). Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Litec, Paris, 1992, p. 77-84.
- AZEVEDO, F. *Direito Civil – Introdução e Teoria Geral*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- BIGLIAZZI-GERI, L. "L'interpretazione del contratto", in BUSNELLI, Francesco D. (coord.), *Il Codice Civile – Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013.
- BROGGINI, G. "L'abus de droit et le principe de la bonne foi - aspects historiques et comparatifs", in WIDMER, P.; COTTIER, B., *Abus de droit et bonne foi*, Editions Universitaires, Fribourg, 1994, p. 3-21.
- CORDEIRO, A. M. *Da boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997.
- COUTO E SILVA, C. V. do. *A obrigação como processo*, 2. ed., FGV, Rio de Janeiro, 2007.
- DANTAS, F. C. de S. T.. "Evolução contemporânea do direito contratual", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, jan./fev. 1952, p. 5-13.
- FACHIN, L. E. "O 'aggiornamento' do direito civil brasileiro e a confiança negocial", in *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 115-149.
- GAMA, G. C. N. "Direito contratual, função social, boa-fé objetiva e exceção da ruína: comentários ao julgado no REsp 1.479.420/SP", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 963, jan. 2016, p. 495-515.
- GILMORE, G. *The death of contract*, 2. ed., Ohio State University Press, Columbus, 1995.
- GORDLEY, J. *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Clarendon, Oxford, 2011.
- IRTI, N. *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁵¹ QUEIROZ, E. de. *Prosas esquecidas II (Crítica 1867)*, Presença, Lisboa, 1965, p. 25.

- JOSSERAND, L. *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits*, 2. ed., Dalloz, Paris, 1939.
- MACHADO, J. B. "Do Princípio da Liberdade Contratual", in *João Baptista Machado - Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, v. I, p. 623-646.
- MACHADO, J. B. "Tutela da Confiança e 'Venire Contra Factum Proprium'", in *João Baptista Machado - Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, v. I, p. 345-423.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., RT, São Paulo, 1998.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, RT, São Paulo, 1999.
- MARTINS-COSTA, J. "Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992, p. 127-154.
- MATTIETTO, L. "O papel da vontade nas situações jurídicas patrimoniais: o negócio jurídico e o novo Código Civil", in RAMOS, C. L. S.; TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; GEDIEL, J. A. P.; FACHIN, L. E.; MORAES, M. C. B. (coords.), *Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 23-39.
- MATTIETTO, L. "Qualificação jurídica do contrato", in NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (coord.), *Direito & Justiça Social: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza*, Atlas, São Paulo, 2013, p. 368-375.
- MELO, M. A. B. de. *Novo Código Civil Anotado*, 2. ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, v. III, t. I.
- MOREIRA, J. C. B. "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 261, jan./mar. 1978, p. 13-19.
- NEGREIROS, T. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Renovar, Rio de Janeiro, 1998.
- PINHEIRO, R. *O abuso de direito e as relações contratuais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.
- QUEIROZ, Eça de. *Prosas esquecidas II (Crítica 1867)*, Edição organizada por Alberto Machado da Rosa, Presença, Lisboa, 1965.
- RIPERT, G. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*, Saraiva, São Paulo, 1937.
- RODRIGUES JUNIOR, O. L. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*, 2. ed., Atlas, São Paulo, 2006.
- ROMAIN, J.-F. *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000.
- SACCO, R. "Interpretazione di buona fede", in CENDON, Paolo (coord.), *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2010.
- SOUZA, S. *Comentários ao Código Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2004, v. VIII.
- STOFFEL-MUNCK, P. *L'abus dans le contrat: essai d'une théorie*, LGDJ, Paris, 2000.
- TELLES, I. *Manual dos Contratos em Geral*, 3. ed., Lex, Lisboa, 1995.
- ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, S. "Good Faith in European Contract Law: surveying the legal landscape", in ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER, S. *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 7-63.
- ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Referências jurisprudenciais

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1.119.740-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 13.10.2011.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1.455.296-PI, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 15.12.2016.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.809.838-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 30.08.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1.831.947-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.12.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1.862.508-SP, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 18.12.2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, AgInt no REsp 1.260.150-PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 28.06.2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, EREsp 1.325.151-SP, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14.10.2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp 1.479.420-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 11.09.2015.

Las asimetrías híbridas en el ordenamiento español: Una propuesta de clasificación

Spanish regulation on hybrid mismatches: A proposal for classification

Jaime García Puente¹
Universidad de Oviedo

Sumario: 1. Introducción. 2.El instrumento de transposición. 3. Las asimetrías híbridas como categoría jurídico tributaria. 3.1. La noción de asimetría híbrida. 3.2. La neutralización de sus efectos. 3.3. Tipología y clasificación. 3.3.1. Asimetrías derivadas de un instrumento financiero híbrido. 3.3.2. Asimetrías derivadas de una entidad híbrida. 3.3.3. Asimetrías producidas por la existencia de un establecimiento permanente. 3.3.4. Asimetrías relacionadas con la doble o nula residencia fiscal. 4. La regla secundaria española. 5. Las asimetrías temporales. 6. La inexigencia de un tipo mínimo de gravamen. 7. El perímetro de vinculación. 8. Conclusiones.

Resumen: Mediante Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, se transpuso al ordenamiento interno español la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, más conocida por su acrónimo ATAD I. Ésta venía, a su vez, a modificar la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, más conocida como ATAD I, en lo referente a las asimetrías híbridas con terceros países. Tal transposición ha supuesto, por lo que al Impuesto sobre Sociedades se refiere, la derogación del Art. 15 j) LIS y su sustitución *de facto* por el nuevo Art. 15 bis LIS. Los diferentes mandatos contenidos en este último precepto, dotado de una clara finalidad antielusiva, revisten ajustes al resultado contable cuya efectividad, al menos en vía de comprobación administrativa, queda supeditada a la existencia de un sistema eficaz de intercambio de información tributaria. Adicionalmente, su elevada complejidad técnica hace aconsejable acometer un intento de conceptualización y clasificación de los diferentes tipos de esquemas asimétricos.

Palabras clave: Impuesto sobre Sociedades, Asimetrías híbridas, Directiva ATAD, Intercambio de información, Operaciones vinculadas.

Abstract: By Decree-Law 4/2021, of March 9, Directive (EU) 2017/952 of the Council, of May 29, 2017, better known by its acronym ATAD I, was transposed into Spanish internal law. The latter to modified Council Directive (EU) 2016/1164, of July 12, 2016, better known as ATAD I, with regard to hybrid mismatches with third countries. Such transposition has meant, as far as Corporation Tax is concerned, the repeal of Art. 15 j) LIS and its *de facto* replacement by the new Art. 15 bis LIS. The

¹ Investigador predoctoral en la Universidad de Oviedo. Graduado en Derecho por la Universidad de Oviedo. Máster oficial de Acceso a la Abogacía por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Máster oficial en Protección Jurídica de las Personas y los Grupos Vulnerables por la Universidad de Oviedo.

different mandates contained in this last precept, endowed with a clear anti-avoidance purpose, imply the practice of accounting adjustments whose effectiveness, at least through administrative verification, is subject to the existence of an effective tax information exchange system. Furthermore, its high technical complexity makes it advisable to attempt to conceptualize and classify the different types of mismatches schemes.

Keywords: Corporate tax, hybrid mismatches, ATAD Directive, Exchange of information, related transactions.

1. Introducción.

El pasado 10 de marzo de 2021, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto-Ley 4/2021, de 9 de marzo, por el que se modifican la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, y el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en relación con las asimetrías híbridas. A través del mismo, y por lo que al Impuesto sobre Sociedades se refiere, se procedía a derogar el Art. 15 j) LIS, se introducía -en su lugar- un nuevo Art. 15 bis LIS y se modificaba parcialmente el Art. 16 LIS para acomodarlo a la nueva estructura formal de la norma.

Mediante dicho decreto-ley se transpone al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017, más conocida como ATAD II y que a su vez había modificado la Directiva (UE) 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, más conocida como ATAD I, en lo referente a las asimetrías híbridas.

Ambas directivas se encuentran fuertemente influenciadas por las conclusiones alcanzadas a propósito de los *BEPS 2015 Final Reports* de la OCDE y su fundamento competencial podría descansar, únicamente, sobre el Art. 115 TFUE. Dicho precepto, a diferencia del ámbito material de la imposición indirecta, habilita exclusivamente para el dictado de directivas que permitan la "*aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior*". Así, algunos autores han destacado la insuficiente base normativa de este intento aproximador².

La Directiva ATAD I identificó cinco ámbitos materiales desde los que acometer la lucha contra la elusión fiscal internacional. Así, además de las previsiones relativas a las asimetrías híbridas, la citada Directiva incorporó nuevos mandatos para los Estados miembros en relación con las cláusulas generales antiabuso, la deducibilidad de intereses, la imposición de salida y la transparencia fiscal internacional.

La transposición de las exigencias derivadas de estas dos últimas figuras pretende acometerse a través de futura ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal. En cambio, no se incluyen en la misma ni los mandatos dirigidos a limitar la deducibilidad de gastos financieros ni aquellos otros relacionados con las

² En este sentido, en BARREIRO CARRIL, M. C. "La controvertida base jurídica de la directiva antielusión fiscal. Un análisis a la luz de reglas de vinculación". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Nº 62, 2019. p. 170-173, se argumenta como la Directiva ATAD II no aproxima normas estatales que incidan en el funcionamiento del mercado interior, sino que obliga a que los Estados miembros introduzcan, en sus respectivos ordenamientos, una serie de previsiones para luchar contra ciertos comportamientos de los contribuyentes que inciden en dicho funcionamiento del mercado interior. De esta forma, concluye que el Art. 115 TFUE únicamente habilitaría para el dictado de directivas que bien eliminasen las disparidades entre legislaciones mediante la armonización de conceptos, bien eliminasen los efectos de tales disparidades - como la doble imposición y la doble no imposición- a través del reconocimiento mutuo.

cláusulas generales antiabuso. La explicación a esta circunstancia debe encontrarse en la preexistencia nacional de normas reguladoras de tales ámbitos. Ahora bien, en relación con la deducibilidad de gastos financieros, debe recordarse aún la subsistencia, para el Estado español, de determinadas obligaciones de transposición cuyo plazo máximo expirará el 31 de diciembre de 2023.

Como ya ha tenido ocasión de señalarse, las prescripciones y el plazo de transposición inicialmente previstos, en la Directiva ATAD I, para las asimetrías híbridas fue posteriormente alterado por la Directiva ATAD II. En esta última, se fijaba como fecha límite para la entrada en vigor de las normativas nacionales el 1 de enero de 2020, salvo en lo relativo a las asimetrías híbridas invertidas. Sin embargo, en el caso de España, el anteproyecto de ley para la transposición no fue sometido a trámite de información pública hasta noviembre de 2020. A la vista de tal retraso, la Comisión Europea requirió definitivamente al Estado español, bajo amenaza de denuncia ante el TJUE, para que hiciese efectiva la transposición, circunstancia ésta que motivó la aprobación del texto definitivo a través del Real Decreto-Ley cuyo estudio ahora nos ocupa.

El objetivo del presente artículo pasa por analizar, tras un breve análisis a propósito del instrumento de transposición, el propio concepto de asimetría híbrida y los aspectos más relevantes de la transposición operada en la LIS.

2. El instrumento de transposición.

No puede pasar desapercibido el hecho –ya habitual, por desgracia, en nuestro ordenamiento– de que se haya empleado, como instrumento de transposición, una norma del ejecutivo sobre la que pesa un presupuesto de hecho habilitante materializado en la concurrencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad.

Ante el ya señalado retraso del legislador español, la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 4/2021 pretendía justificar la procedencia de esta fuente normativa en *"la gravedad de las posibles sanciones económicas derivadas de la falta de incorporación al ordenamiento jurídico español de la citada Directiva y la evidencia de que su tramitación como ley por el procedimiento ordinario conllevaría unos plazos en los que se produciría la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por parte de la Comisión Europea"*³.

Más allá del reproche jurídico que de esta forma de legislar debiera derivarse, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional viene admitiendo la figura del decreto-ley como instrumento de transposición con independencia de que el agotamiento del plazo máximo conferido al efecto pueda constituir una "situación previsible y con origen en la inactividad de los poderes públicos"⁴. Ahora bien, para cumplir con el presupuesto de hecho habilitante de tal fuente normativa, al retraso en la transposición debería unirse la urgente necesidad de una regulación específica sobre la materia concernida⁵, circunstancia esta última que, en el caso concreto de las asimetrías híbridas, podría ser fácilmente identificada con la necesidad de prevenir la elusión fiscal internacional.

Otro aspecto destacable de la transposición española es su elevado grado de complejidad normativa⁶. En efecto, sin ánimo de desprestigiar la indudablemente complicada labor de concreción de los ya de por sí sofisticados mandatos contenidos

³ A este respecto, vid. la crítica contenida en MARTINEZ LAGUNA, F. D. "Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: El nuevo artículo 15 bis de la LIS". *Quincena Fiscal* Nº 10, 2021. p. 23-24.

⁴ Tal y como se conceptúa en SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. "Los decretos-leyes como instrumentos de transposición de directivas comunitarias". *Revista General de Derecho Administrativo* Nº 31, 2012. p. 14.

⁵ Entre otras SSTC 1/2012, de 13 de enero y 329/2005, de 15 de diciembre.

⁶ Esta complejidad normativa y los eventuales conflictos a los que puede dar lugar ya fueron advertidos en MERINO JARA, I. "Asimetrías híbridas". *Nueva Fiscalidad*, Nº 4, 2020. p. 12.

en la Directiva, consideramos que, en favor de una mayor seguridad jurídica, una construcción normativa más sencilla y ejemplificativa⁷ permitiría identificar mejor, al menos a nivel conceptual, cada uno de los supuestos prescritos de asimetría.

Dicha complejidad normativa se ve, además, acrecentada por la inclusión, en nuestro ordenamiento, de conceptos de nuevo cuño, tales como la "renta de doble inclusión" –definida a nivel interno por el Art. 15 *bis* 11 LIS– o los "mecanismos estructurados" a los que alude, en términos análogos a la Directiva, el Art. 15 *bis* 9 LIS.

Es de esperar que la Administración tributaria valore esta circunstancia, en consonancia con el principio de culpabilidad y las circunstancias del contribuyente, ante la eventual imposición de sanciones⁸. Pese a todo, no puede concluirse que la complejidad normativa del nuevo Art. 15 *bis* LIS suponga una carencia insalvable, pues la propia remisión que la exposición de motivos de la vigente LIS realiza a "*los últimos trabajos elaborados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y materializados en los planes de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*" facultaría para entender, como instrumento interpretativo, a los diferentes esquemas de asimetría contenidos y ejemplificados en el Informe final sobre la Acción 2 de BEPS. En cualquier caso, algunos Estados como Australia o Reino Unido han optado, adicional y convenientemente, por publicar sus propias directrices en la materia.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las diferentes disposiciones contenidas en las Directivas ATAD constituyen un nivel mínimo común de protección y obligado cumplimiento. Así, es posible que las legislaciones internas de los Estados miembros, o las normas de rango convencional, incrementen dicho nivel de protección⁹. En este sentido, con respecto a la labor transpositiva, son varios los aspectos que, tras una breve descripción de los principales esquemas de asimetría, merecen ser objeto de análisis y cometario.

3. Las asimetrías híbridas como categoría jurídico-tributaria.

Sin perjuicio de la existencia, en el ordenamiento jurídico español, de normas anti-híbridos con carácter previo a la aparición de la Directiva ATAD I, lo cierto es que la propia noción de "asimetría híbrida", incluida ahora a modo de rúbrica del nuevo Art. 15 *bis* LIS, reviste un concepto novedoso para nuestro derecho positivo¹⁰. Consecuentemente, se hace necesario ahondar en su definición, conocer sus efectos fiscalmente perniciosos y sistematizar brevemente sus principales manifestaciones prácticas.

3.1. La noción de asimetría híbrida.

La definición de una situación de asimetría híbrida no puede resultar unívoca pues, en realidad y como tendrá ocasión de exponerse, son múltiples los esquemas

⁷ En consonancia con la recomendación contenida en OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Párr. 316.

⁸ En este sentido, aunque finalmente no quedó incorporado al texto definitivo, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 27 de abril de 2017, sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2016/1164 en lo que se refiere a las asimetrías híbridas con terceros países, preveía enmendar el considerando Nº 7 para incluir que "*Los Estados miembros deberían plantearse la imposición de sanciones a los contribuyentes que se aprovechen de las asimetrías híbridas.*"

⁹ Tal y como se apunta en LOPEZ RIVAS, S. "Directiva contra las prácticas de elusión fiscal". *Carta Tributaria*. Nº 17-18, 2016. p. 1.

¹⁰ Con carácter previo, existían en nuestro ordenamiento las denominadas "*linking rules*" de los Arts. 15 j) y 21.1 LIS.

que pueden originarlas. Partiendo de esta premisa, interesa identificar, al menos, sus tres principales elementos definitorios¹¹.

En primer lugar, para que exista un esquema de asimetría híbrida, debe producirse una diferencia en el tratamiento fiscal dispensado, por parte de dos o más jurisdicciones, a un determinado instrumento financiero, a una determinada entidad o establecimiento permanente, o al propio instituto de la residencia fiscal.

En segundo lugar, es necesario que se genere un cierto efecto de elusión fiscal internacional. Conforme a la Directiva ATAD I, dicho efecto venía a identificarse, fundamentalmente, con supuestos de deducción de un mismo gasto ante dos o más jurisdicciones (doble deducción) o con situaciones en las que el gasto deducido ante una determinada jurisdicción fiscal no se incluía como ingreso correlativo en el Estado de la contraparte vinculada (deducción sin inclusión). Sin embargo, con las modificaciones operadas por la Directiva ATAD II, se amplía el catálogo descrito para dar igualmente cabida a situaciones de doble no inclusión –en las que una determinada renta no tributa ante ninguna jurisdicción fiscal- o de aprovechamiento plural de una misma retención o crédito fiscal por parte de dos o más contribuyentes. En el siguiente subapartado se acometerá un breve análisis a propósito de los diferentes instrumentos diseñados por la Directiva para neutralizar esos efectos fiscalmente perniciosos a los que se acaba de aludir.

Finalmente, es indispensable la existencia de vinculación –en los términos previstos en la propia directiva y que posteriormente se analizarán- entre los contribuyentes intervinientes en la operación, o bien la concurrencia de lo que la norma denomina “mecanismo estructurado”. Este vendría a identificarse, según el vigente Art. 2.10 de la Directiva, con cualquier tipo de acuerdo, negocio jurídico, esquema u operación que hubiera sido diseñado con la finalidad de producir los efectos fiscales propios –y ya descritos- de las asimetrías híbridas.

Por su parte, el concepto de asimetría híbrida admite también una delimitación negativa en relación, precisamente, con esa exigencia de vinculación. Así, de conformidad con el considerando nº 22 de la Directiva ATAD II, *“las diferencias de resultados fiscales que sean únicamente atribuibles a diferencias del valor imputado a un pago, también mediante la aplicación de la transferencia de precios, no deben entrar dentro del ámbito de aplicación de las asimetrías híbridas”*. Es decir, aun produciéndose entre partes vinculadas, se excluyen del ámbito de las asimetrías híbridas aquellos supuestos de deducción sin inclusión generados por la inobservancia o por la interpretación discordante del principio de plena competencia (*transfer pricing mismatches*)¹².

Pese a ello, debe destacarse como algunos Estados de nuestro entorno han optado, unilateralmente, por incorporar normas a sus ordenamientos internos que permitan contrarrestar o, al menos, minimizar los efectos fiscalmente perniciosos producidos por estas asimetrías de precios de transferencia¹³.

¹¹ De conformidad con el análisis realizado en SANZ GADEA, E. “La Directiva Antiabuso (III). Asimetrías híbridas”. *Revista Contabilidad y Tributación*. Nº 415, 2017. p. 49-51.

¹² En SALA GALVAÑ, G. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 380-387 se enumeran algunos de los supuestos que podrían originar estos esquemas de asimetría. Entre otros podrían mencionarse las diferencias cuantitativas en la aplicación del principio *at arm's lenght*, empleo del test de la razonabilidad objetiva, gravamen conforme al principio unitario, diferencias en los métodos de valoración empleados.

¹³ Es el caso de Holanda, donde el pasado 4 de marzo de 2021 se sometió a trámite de información pública una propuesta legislativa para combatir estas situaciones de asimetría generadas por las divergencias en la aplicación del principio de plena competencia. La noticia ha alcanzado trascendencia a nivel internacional y se espera que el texto definitivo de dicha propuesta entre definitivamente en vigor a principios de 2022. Los textos originales sometidos a información pública se encuentran disponibles, aunque en su versión neerlandesa, en el siguiente enlace: <https://www.internetconsultatie.nl/verrekenprijverschillen>

3.2. La neutralización de sus efectos.

Como acaba de exponerse, uno de los elementos definitorios de las asimetrías híbridas es la producción de un cierto efecto de elusión fiscal. Este último, a su vez, puede revestir la forma de una deducción sin inclusión, de una doble deducción, de una doble no inclusión o del aprovechamiento plural de una retención o crédito fiscal. Partiendo de dicha premisa, un breve análisis de los instrumentos diseñados por la Directiva para su neutralización permitirá una mejor comprensión de la clasificación propuesta en el siguiente subapartado.

Así, tratándose de supuestos de deducción sin inclusión y de doble deducción, la reacción originariamente prevista en la Directiva ATAD I consistía en la denominada “regla primaria” (*primary rule*), conforme a la cual, los Estados miembros deberían negar la deducibilidad fiscal del gasto correspondiente. Pese a sus efectos eventualmente positivos, lo cierto es que dicha regla no conseguía neutralizar los efectos de las asimetrías híbridas cuando la deducción del gasto pretendía operarse en un Estado tercero. Con el objetivo fundamental de corregir dicha deficiencia, la Directiva ATAD II incluyó, en los dos primeros apartados del Art. 9, una “regla secundaria” (*secondary or defensive rule*). Conforme a la misma, si la jurisdicción extracomunitaria no niega la deducibilidad del gasto correspondiente, será el Estado miembro implicado en el esquema asimétrico el que deba prohibir tal deducibilidad –tratándose de supuestos de doble deducción- o incrementar consecuentemente la base imponible del contribuyente –ante situaciones de deducción sin inclusión-.

Por su parte, como tendrá ocasión de analizarse con posterioridad, los supuestos de doble no inclusión se encuentran fundamentalmente generados a consecuencia de un establecimiento permanente no computado en la jurisdicción fiscal donde realiza sus actividades o bien de una entidad híbrida considerada transparente en su jurisdicción de residencia y contribuyente pleno en la de su dominante. Como solución para el primero de dichos supuestos, el Art. 9.5 de la Directiva exige que el contribuyente integre en su base imponible las rentas que, de otro modo, serían atribuibles al establecimiento permanente. Análogamente, tratándose de entidades híbridas, el Art. 9 *bis* de la Directiva opta por considerarlas residentes en la jurisdicción fiscal de su entidad dominante y someterlas, consecuentemente, a imposición.

Finalmente, en el caso de doble aprovechamiento de una retención o crédito fiscal, el Art. 9.6 de la Directiva ATAD II prevé que el Estado Miembro del contribuyente limite el beneficio de la compensación en proporción a la renta neta imponible derivada del pago que origina la retención.

Con carácter general, ante cualquiera de los supuestos anteriormente enunciados, será el propio contribuyente quien deba practicar, sobre el resultado contable, los ajustes que correspondan para lograr la efectividad de la normativa anti-híbridos. Ahora bien, en la medida en que su realización no quede suficientemente acreditada o presente indicios de incorrección, la Administración tributaria podrá iniciar el pertinente procedimiento de comprobación¹⁴ e imponer, en su caso, las sanciones oportunas¹⁵. A estos efectos, la existencia de un sistema eficaz y eficiente para el intercambio interjurisdiccional de información tributaria sobre entidades e instrumentos híbridos deviene indispensable¹⁶.

En este sentido, debe recordarse como la Directiva (UE) 2018/822 del Consejo, de 25 de mayo, más conocida por su acrónimo DAC 6, estableció la

¹⁴ En similar sentido, SANZ GADEA, E. Op. Cit. p. 57.

¹⁵ Como ya se ha apuntado anteriormente, sería deseable que la Administración tributaria valorase con especial cautela la concurrencia de culpabilidad y otras circunstancias relevantes del contribuyente, pues el mero aprovechamiento de las lagunas existentes entre dos ordenamientos fiscales no es *per se* indicativo de una clara voluntad elusiva.

¹⁶ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Párr. 314.

obligación para los intermediarios fiscales –y en determinadas situaciones también para los contribuyentes– de informar a las autoridades fiscales sobre determinados mecanismos transfronterizos que, por reunir ciertas señas distintivas o *hallmarks*, tendían a identificarse con prácticas de planificación fiscal agresiva. Entre tales señas, merecen especial mención, precisamente por referirse a esquemas propios de las asimetrías híbridas, las previstas en los apartados B.2. y C del Anexo IV de la DAC 6¹⁷.

En cualquier caso, no debe pasar desapercibido el hecho de que todos estos mecanismos, diseñados para la neutralización de los efectos de las asimetrías híbridas, revisten, en último término, ajustes permanentes al resultado contable¹⁸. Este tipo de ajustes contribuyen a alejar la base imponible del resultado contable como manifestación efectiva de renta neta. En consecuencia, se está construyendo un escenario que, si bien resulta fácilmente comprensible desde el prisma de la lucha contra la elusión fiscal, puede presentar difícil justificación en términos de capacidad económica¹⁹.

3.3. Tipología y clasificación.

Tanto la doctrina como la propia Directiva ATAD II, en su considerando nº 15, enuncian distintas alternativas de sistematización para los diferentes esquemas generadores de asimetrías híbridas²⁰. En cualquier caso, partiendo de los propios elementos que las originan, podrían diferenciarse las cuatro modalidades siguientes.

3.3.1. Asimetrías derivadas de un instrumento financiero.

Como punto de partida para el análisis de este supuesto de asimetría, es necesario identificar, con ánimo sintetizador y en los propios términos del Art. 2.9 de la Directiva, la noción de “instrumento financiero” con cualquier tipo de activo que genere rendimientos eventualmente sujetos a imposición en las jurisdicciones del ordenante y del destinatario²¹. Consecuentemente, quedarán incluidos dentro de dicha categoría tanto los valores representativos de deuda y de la participación en los fondos propios de entidades, como los derivados financieros.

¹⁷ A este respecto vid. MERINO GARCÍA, A. “Los Hallmarks (Análisis y descripción de las señas distintivas recogidas en la DAC 6 que determinan que una planificación fiscal es agresiva y su consecuente)”. *Carta Tributaria* Nº 65-66, 2020. p. 10 y ss.

¹⁸ Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que se excluye la producción de la asimetría híbrida debido a la compensación de gastos efectivos o ingresos no computados con rentas de doble inclusión (asimetrías temporales). Ante tales situaciones, el ajuste a practicar será de naturaleza temporal, pues la diferencia generada podrá revertir, de conformidad con la transposición española, en los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en que se devengaron los efectos de la asimetría. Similares efectos se producirán en relación con aquellos ingresos inicialmente no computados que vayan a incluirse, dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo del contribuyente, en la base imponible de la contraparte.

¹⁹ Así se señala en ZORNOZA PÉREZ, J. J. “El Impuesto sobre Sociedades: Un análisis desde los principios constitucionales tributarios” en *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad, 2019. Pág. 119. En similar sentido, BÁEZ MORENO, A. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2005. p. 120

²⁰ Entre otros BENITEZ CLERIE, P. “La incorporación al Impuesto sobre Sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II”. *Revista de Contabilidad y Tributación*. Nº 451, 2020. p. 98 y ss. También SANZ GADEA, E. Op. Cit. p. 56-57.

²¹ A propósito del concepto de instrumento financiero híbrido y los problemas que entraña su definición vid. PEETERS, B; VANNESTE, L. “The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD”. *Intertax*, Nº48, 2020. p. 16-17.

Partiendo de dicha premisa, las asimetrías híbridas generados por un instrumento financieros podrían originarse como consecuencia de una calificación discordante del mismo o de los pagos efectuados en su virtud; a resultas de la propia transferencia del instrumento financiero o como resultado de un doble aprovechamiento de la retención practicada sobre los rendimientos subyacentes.

3.3.1.1. Diferencias en la calificación del propio instrumento financiero o de los pagos efectuados en virtud del mismo.

Consignado en el Art. 2.9 a) de la Directiva, se trata, posiblemente, del esquema conceptualmente más sencillo de asimetría híbrida. Conforme al mismo, un pago efectuado entre dos entidades vinculadas residentes en distintas jurisdicciones fiscales es calificado de forma discordante. Así, mientras la jurisdicción del pagador u ordenante lo considera fiscalmente deducible, la legislación del Estado del destinatario no obliga a la inclusión en su base imponible.

Tal podría ser el supuesto de un pago efectuado en virtud de un préstamo participativo que fuese calificado como gasto financiero deducible por la jurisdicción del pagador y como dividendo exento por parte de la jurisdicción del perceptor.

Acometida la transposición de la Directiva al ordenamiento español, se deroga el antiguo Art. 15 j) LIS y la regla primaria diseñada para neutralizar este tipo de asimetrías queda ubicada en el Art. 15 *bis* 1 LIS. Por su parte, el párrafo penúltimo del Art. 21.1 LIS ya venía actuando, para estos supuestos, a modo de regla secundaria, al negar la exención *"respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora"*.

3.3.1.2. Transferencia híbrida.

Esta situación -igualmente prevista en el Art. 2.9 a) de la Directiva y sus homólogos internos anteriormente mencionados- se produciría ante operaciones transnacionales que, de conformidad con los respectivos ordenamientos internos de las jurisdicciones implicadas, recibieran una distinta calificación jurídica que incidiera en sus consecuencias tributarias²².

Como ejemplo en este sentido podría citarse una venta de acciones, con pacto de recompra, formalizada entre dos entidades vinculadas que residen en distintas jurisdicciones fiscales²³. Así, es posible que uno de dichos Estados se niegue a aceptar tal calificación contractual y, en su lugar, opte por someter a tributación lo que, en realidad, considera un préstamo con garantía de valores.

3.3.1.3. Aprovechamiento múltiple de una retención o crédito fiscal.

La transferencia de un instrumento financiero podría, igualmente, dar lugar a situaciones en las que una misma retención fuese aprovechada, de forma simultánea, por dos entidades distintas. Tal fenómeno resulta frecuente en relación con las operaciones de préstamo de valores que involucran a tres jurisdicciones fiscales

²² Nótese como el Art. 15 *bis* 1 LIS regula conjuntamente las transferencias híbridas y las asimetrías derivadas de diferencias en la calificación del instrumento financiero al disponer que *"no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas del gasto o de la operación, no generen un ingreso, generen un ingreso exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica"*.

²³ Ejemplo desarrollado en BENÍTEZ CLERIE, P. Op. Cit. p. 101-102.

diferentes: la de la entidad participada, la de la entidad prestamista y la de la entidad prestataria.

La primera de dichas jurisdicciones practicará una retención, a cuenta de su impuesto sobre la renta de no residentes, sobre el importe de los dividendos pagados. En este contexto, si las legislaciones de las otras dos jurisdicciones no resultan congruentes en cuanto a la atribución e individualización de dicho pago, la retención inicialmente practicada podría ser aprovechada, simultáneamente, en sede de la entidad prestamista y la entidad prestataria de los valores.

Éste y otros supuestos análogos aparecen enunciados en el Art. 9.6 de la Directiva, cuya manifestación en nuestro ordenamiento interno queda concretada en el actual Art. 15 bis 8 LIS²⁴. Ahora bien, no debe olvidarse como, ya con carácter previo a la transposición de la Directiva, los Arts. 21.2 y 32.2 LIS operaban a modo de regla secundaria, excluyendo de su ámbito de aplicación a aquellos dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe debiera *"ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores"*.

3.3.2. Asimetrías derivadas de una entidad híbrida.

La producción de una asimetría de este tipo requiere la presencia de una "entidad híbrida", realidad ésta que, en los términos de la propia Directiva, vendría a identificarse con cualesquiera entidades consideradas *"imponibles en virtud de la legislación de una jurisdicción y cuyas rentas o gastos se consideren rentas o gastos de otro u otros sujetos en virtud de la legislación de otra jurisdicción"*. Es decir, dichas entidades serían consideradas contribuyentes plenos para una de las jurisdicciones fiscales implicadas y "transparentes" conforme a la legislación interna de la otra. Más concretamente, tales entidades híbridas recibirían el calificativo de "directas", cuando fuesen consideradas contribuyentes plenos en su jurisdicción de residencia, o "inversas" en el supuesto contrario²⁵.

En este sentido, y desde la perspectiva española, no puede dejar de mencionarse la Resolución de 6 de febrero de 2020, de la Dirección General de Tributos, sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero. Conforme a la misma, para que una de estas últimas pueda ser considerada -desde el prisma de la administración tributaria española- como una entidad en régimen de atribución de rentas deben cumplirse tres requisitos: i) Que dicha entidad no sea contribuyente de un impuesto personal sobre la renta en el Estado de constitución; ii) Que las rentas generadas por la entidad se atribuyan fiscalmente a sus socios o partícipes, de acuerdo con la legislación del Estado de constitución; y iii) Que la renta obtenida por la entidad y atribuida a sus socios o partícipes conserve, de acuerdo con la legislación del Estado de constitución, la naturaleza de la actividad o fuente de la que proceda para cada socio o partícipe.

Por otra parte, a diferencia de los supuestos precedentes en los que la presencia de un instrumento financiero híbrido únicamente podía dar lugar a situaciones de deducción sin inclusión, las posibilidades de estructuración son mucho

²⁴ Conforme al mismo, únicamente será deducible de la cuota del IS *"el importe de la retención practicada a cuenta del mismo en la proporción que se corresponda con la renta integrada en la base imponible obtenida en una transferencia híbrida realizada con una persona o entidad vinculada no residente en territorio español"*.

²⁵ Tal y como se desprende de OCDE (2015): OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Action 2: Final Report, OECD Publishing, París. p. 16. En este sentido, resulta ampliamente ilustrativa la explicación contenida en JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS D. J. "Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso". *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales* Nº14, 2017. p. 21-23.

más amplias respecto de este tipo de asimetrías, pudiendo extenderse también a supuestos de doble deducción o de doble no inclusión²⁶.

3.3.2.1. Con efecto de deducción sin inclusión.

Partiendo de la distinción ya realizada entre entidades híbridas “directas” e “inversas”, existirían dos esquemas básicos de estructuración en los que, mediante el empleo de una de ellas, podría llegar a originarse el citado efecto de deducción sin inclusión.

En primer lugar, el art. 2.9 e) de la Directiva se refiere al supuesto de una entidad híbrida “directa”, considerada contribuyente pleno en la jurisdicción de su residencia, pero transparente en la de su entidad dominante, que realiza un pago a esta última. Dicho pago podría constituir un gasto fiscalmente deducible en sede de la pagadora, pues ésta tiene la consideración de entidad imponible en el Estado de su residencia. Sin embargo, el mismo no llegaría a integrarse en la base imponible de la perceptora, pues la jurisdicción de esta última consideraría que la otra entidad tributa en régimen de atribución de rentas.

Ahora bien, precisamente por su naturaleza híbrida, es posible que parte de los ingresos obtenidos por la entidad transparente sean calificados, en los términos de la Directiva, como “rentas de doble inclusión”, es decir, rentas que se encuentra incluidas con arreglo a las legislaciones de las dos jurisdicciones implicadas. En estos supuestos, el propio art. 2.9 de la Directiva aclara acertadamente que únicamente se producirá la asimetría si la jurisdicción de la entidad pagadora “permite que la deducción se compense con un importe que no sea renta de doble inclusión”. En otro caso, el efecto pernicioso del pago deducible y no incluido quedaría neutralizado con la doble inclusión del ingreso con el que se compensa a la hora de calcular la base imponible de la entidad pagadora.

La transposición al ordenamiento español de cuanto antecede, incluida la referencia a esa eventual compensación con rentas de doble inclusión, ha quedado plasmada en el actual Art. 15 *bis* 2 LIS.

En segundo lugar, el art. 2.9 b) de la Directiva se refiere al supuesto inverso, es decir, al de una entidad híbrida “inversa” que, considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia, pero no así en la de su entidad dominante, recibe un pago de esta última. Dicho pago podría constituir un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora, pero no se llegaría a integrar en la base imponible de la perceptora, al carecer ésta de la consideración de contribuyente pleno en el Estado de su residencia.

El legislador español, renunciando –como se expondrá posteriormente- a la implementación de una regla secundaria en este ámbito, transpone la regla primaria para neutralizar los efectos de este último tipo de asimetrías en el Art. 15 *bis* 3 LIS.

3.3.2.2. Con efecto de doble deducción.

Este esquema, derivado del art. 2.9 g) de la Directiva y quizás conceptualmente más sofisticado que los anteriores, podría plantearse respecto de una entidad híbrida, considerada contribuyente pleno en la jurisdicción de su residencia y transparente en la de su entidad dominante, que a su vez constituyera la cabecera de un grupo fiscal radicado en esta última.

Ante tal planteamiento, si la entidad híbrida no obtiene rentas y contrae cualquier gasto, este último podría resultar fiscalmente deducible en la jurisdicción de su residencia e imputarse igualmente, vía atribución de rentas, a la entidad

²⁶ Frente a las reglas anteriormente analizadas para hacer frente a estos efectos, algunos autores ponen de manifiesto la necesidad de una mayor coordinación internacional en lo que respecta a la calificación fiscal de entidades. En este sentido vid. PARADA, L. “Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination”. *Intertax*, Nº 47, 2019. p. 24-26.

dominante. En resumen, se lograría la deducción de un mismo gasto en sede de la entidad híbrida y de su dominante.

Hasta ahora se ha considerado que la atribución de rentas a la entidad dominante se realiza por imputación exclusiva de los ingresos obtenidos y los gastos soportados por la entidad híbrida. Sin embargo, en la medida en que esta última constituye la cabecera de un grupo fiscal radicado en su jurisdicción de residencia, dicha atribución de rentas podría practicarse, alternativamente, por el importe de los ingresos y gastos consolidados. En este último escenario, es posible que la deducción de gastos a nivel de la entidad híbrida llegara a compensarse con "rentas de doble inclusión" obtenidas por otros miembros del grupo, en cuyo caso, como ya se ha expuesto anteriormente, el art. 2.9 de la Directiva excluye el nacimiento de una asimetría híbrida²⁷.

El Art. 15 *bis* 4 LIS es el encargado de transponer al ordenamiento español las reglas que permiten neutralizar los efectos propios de este tipo de asimetrías híbridas. Para ello, diseña una regla primaria conforme a la cual *"no serán fiscalmente deducibles los gastos correspondientes a operaciones realizadas con o por personas o entidades vinculadas residentes en otro país o territorio que, como consecuencia de la diferente calificación fiscal de estas, sean, asimismo, gastos fiscalmente deducibles en dichas personas o entidades vinculadas, en la parte que no se compense con ingresos que generen renta de doble inclusión"*.

3.3.2.3. Con efecto de doble no inclusión.

Se trata de las denominadas "asimetrías híbridas invertidas", contempladas en el Art. 9 *bis* de la Directiva y cuya transposición al ordenamiento español aun no ha sido acometida al contar los Estados miembros con un plazo más amplio. En cualquier caso, se refieren a esquemas en los que una determinada entidad es considerada transparente en la jurisdicción fiscal de su residencia y contribuyente pleno en la de su dominante, de tal manera que las rentas obtenidas por aquella escapen de cualquier posibilidad de gravamen.

3.3.3. Asimetrías producidas por la existencia de un establecimiento permanente.

A diferencia de los supuestos anteriores, en los que la asimetría se produce como consecuencia del carácter híbrido de una de las entidades intervinientes, los esquemas asimétricos que involucran a un establecimiento permanente pueden generarse también por causas ajenas a la calificación eventualmente discordante otorgada al mismo por cada una de las jurisdicciones fiscales implicadas. Así, a la posible existencia de un "establecimiento permanente híbrido" en sentido estricto deberían añadirse otras situaciones, como las diferencias en el tratamiento dispensado a los pagos entre el establecimiento permanente y su casa central o la deducción de un mismo gasto en sede de ambos contribuyentes.

3.3.3.1. Establecimiento permanente híbrido no computado.

La propia Directiva identifica este tipo de establecimientos permanentes como aquellos que no son considerados tales en la jurisdicción fiscal donde realizan sus actividades, pero sí lo son con arreglo a la legislación del Estado de su casa central. Partiendo de tal situación, el efecto de la asimetría podría originarse como consecuencia de dos presupuestos diferenciados.

En primer lugar, de conformidad con el art. 2.9 d) de la Directiva, es posible que la casa central realice un pago a un establecimiento permanente no reconocido

²⁷ En cuanto a los efectos de una eventual compensación con renta de doble inclusión, nos remitimos, por su gran claridad, al ejemplo facilitado en SANZ GADEA, E. "Op. cit. p. 59-60.

como tal por la jurisdicción fiscal en la que el mismo realiza sus actividades. Dicho pago sería fiscalmente deducible para la primera, pero no se integraría en la base imponible del segundo, dando por tanto lugar a un supuesto de deducción sin inclusión. A la neutralización de dicho efecto fiscal responde el actual Art. 15 *bis* 5 b) LIS.

En segundo lugar, el art. 9.5 de la Directiva describe un escenario conforme al cual la casa central realiza actividades en una determinada jurisdicción (distinta a la de su residencia) a través de lo que considera un verdadero establecimiento permanente que, en cambio, no es considerado como tal en dicha jurisdicción. Ante dicha situación, el Estado de la casa central no gravaría las rentas resultantes al entenderlas producidas a través de un establecimiento permanente. Ahora bien, como éste no es computado en la otra jurisdicción implicada, tampoco se someterían a imposición por esta última. Se originaría de esta forma un supuesto de doble no inclusión a cuya neutralización respondería el actual Art. 15 *bis* 6 LIS. Conforme al mismo, no resultará de aplicación la exención del Art. 22 LIS *"en el caso de rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente que no es reconocido fiscalmente por el país o territorio de situación"*.

3.3.3.2. Diferencias en la atribución de pagos entre el establecimiento permanente y su casa central.

Puede suceder que los pagos realizados por un establecimiento permanente a su casa central no computen como ingreso en la misma o, a la inversa, que los pagos realizados por la casa central a un establecimiento permanente no se integren en la base imponible de este último. Con independencia de que dichos pagos sean efectivos -supuesto del Art. 2.9 c) de la Directiva, cuya transposición se materializa en el Art. 15 *bis* 5 a) LIS- o ncionales²⁸ -supuesto del art. 2.9 f) de la Directiva, cuya transposición se materializa en el Art. 15 *bis* 5 c) LIS-, estarían dando lugar a supuestos de deducción sin inclusión.

3.3.3.3. Deducción de un mismo pago en sede del establecimiento permanente y su casa central.

Se trataría, de un supuesto análogo al ya analizado a propósito de aquellos esquemas en los que la existencia de una "entidad híbrida" producía un efecto de doble deducción, a cuyo análisis nos remitimos en este punto para evitar reiteraciones.

En cualquier caso, los instrumentos disponibles para neutralizar los efectos propios de este tipo de asimetrías quedan consignados en el actual Art. 15 *bis* 5 d) LIS.

3.3.4. Asimetrías relacionadas con una doble o nula residencia fiscal.

Sin perjuicio de la importante función que a este respecto cumplen los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, en determinadas ocasiones, el mantenimiento de criterios divergentes por parte de dos o más jurisdicciones fiscales puede desencadenar en situaciones de doble o nula residencia fiscal.

Por lo que respecta al primero de dichos supuestos, tal y como se desprende del Art. 9 ter de la Directiva, si una entidad se considera residente, de forma simultánea, en dos o más jurisdicciones fiscales distintas, un mismo gasto incurrido

²⁸ A este respecto, pueden consultarse las precisiones al Art.7 MC OCDE contenidas en MAROTO SAEZ, A. "Atribución de beneficios a establecimientos permanentes" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.). *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016. p. 472-474.

podría llegar a deducirse a efectos del cálculo de cada una de las respectivas bases imponibles. De esta forma, salvo que el referido gasto se compensara en alguna de las jurisdicciones implicadas con "rentas de doble inclusión", se estaría generando una asimetría híbrida con efecto de doble deducción. La neutralización de dicho efecto podría acometerse, desde el prisma español, con base en el actual Art. 15 *bis* 10 LIS.

Por otra parte, cuando una entidad no se considerará residente -por aplicación de los criterios contenidos en los respectivos ordenamientos internos- en ninguna jurisdicción fiscal, podría llegar a producirse un efecto de doble no inclusión de rentas. Sin embargo, este es un supuesto no abordado por la Directiva²⁹.

4. La regla secundaria española.

A la hora de enunciar el funcionamiento y alcance de la regla secundaria, en relación con las asimetrías que producen efectos de deducción sin inclusión, el Art. 9.4 de la Directiva confería a los Estados miembros la potestad de excepcionar la aplicación de aquella ante esquemas como los descritos en los apartados b), c), d) y f) de su Art. 2.9. Por el contrario, en los supuestos restantes -apartados a) y e)-, la obligación de transposición abarcaba tanto la regla primaria como la regla secundaria.

El legislador español ha hecho uso efectivo de dicha potestad. Así, sólo ha explicitado -en los párrafos tercero y cuarto del actual Art. 15 *bis* 2 LIS- la mencionada regla secundaria para los supuestos contemplados en el Art. 2.9 e) de la Directiva y relativos a entidades híbridas directas que generan efecto de deducción sin inclusión.

En cambio, la transposición de la regla secundaria en relación con los esquemas de asimetría descritos en el Art. 2.9 a) de la Directiva no ha requerido del legislador la aprobación expresa de precepto alguno. Ello porque, como ya ha tenido ocasión de señalarse, el vigente Art. 21.1 LIS venía cumpliendo con dicho cometido al puntualizar que la exención prevista en el mismo no resultaría de aplicación "respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora".

5. Las asimetrías temporales.

Como ya ha tenido ocasión de exponerse, la neutralización de los efectos de una asimetría híbrida requiere, con carácter general, la realización de un ajuste permanente al resultado contable. Sin embargo, existen también determinados supuestos en los que la asimetría inicialmente producida queda posteriormente sin efecto, en un período impositivo futuro, legitimándose así la práctica de ajustes temporales.

Conforme al considerando Nº 22 de la Directiva, "*dado que las jurisdicciones utilizan diferentes períodos fiscales y aplican normas distintas para contabilizar cuándo las partidas de ingresos o de gastos han sido obtenidas o contraídas, en general no debe considerarse que estas diferencias temporales den lugar a asimetrías en los resultados fiscales. Sin embargo, procede considerar que los pagos deducibles en virtud de un instrumento cuya inclusión en la renta no pueda esperarse razonablemente en un plazo razonable de tiempo den lugar a una asimetría híbrida si la deducción sin resultado de inclusión es atribuible a las diferencias en la calificación del instrumento financiero o los pagos realizados en virtud del mismo*". Esos supuestos que, involucrando a instrumentos financieros híbridos, podrían llegar a producir una asimetría híbrida son los previstos en el Art. 2.9 a) de la Directiva, respecto de los cuales, nuevamente, el propio precepto excluye su producción si puede "*preverse razonablemente que el pago será incluido por la jurisdicción del destinatario en un período fiscal futuro*". Consecuentemente, junto a los supuestos

²⁹ SANZ GADEA, E. Ob. Cit. p. 87.

ya analizados de deducción sin inclusión "absoluta" podría llegar a producirse una eventual deducción sin inclusión "en plazo razonable"³⁰.

La concreción de qué deba entenderse por tal "plazo razonable" ha quedado plasmada en el actual Art. 15 *bis* 1 LIS. Conforme a dicho precepto, los gastos inicialmente controvertidos podrán llegar a ser deducibles siempre que el ingreso correspondiente de la contraparte se integre a efectos fiscales *"dentro de los doce meses siguientes a la conclusión del período impositivo en que se haya devengado el gasto para el contribuyente"*.

Por otra parte, ante supuestos de doble deducción, el Art. 9.1 de la Directiva excepciona la aplicación de la regla primaria cuando el correspondiente gasto pretenda compensarse *"con una renta de doble inclusión resultante de un período fiscal actual o futuro"*. Dicha previsión resulta razonable, toda vez que permite contrarrestar entre si dos efectos fiscalmente perniciosos, uno a favor y otro en contra del contribuyente.

Más allá de los apartados 4 y 5 d) del Art. 15 *bis* LIS, que trasponen la norma descrita al ordenamiento interno para tales supuestos de doble deducción, lo cierto es que el legislador español ha optado por extender también esta posibilidad de compensación a los esquemas de deducción sin inclusión previstos en el Art. 15 *bis* 2 LIS. En todos estos supuestos, la norma permite la deducibilidad de los gastos inicialmente no deducidos *"dentro de los tres años siguientes a la conclusión del período impositivo en el que se devengaron tales gastos"* y en la medida en que se compensen con *"renta de doble inclusión"*.

Frente a la expresa concreción de dicho horizonte temporal, cuya extensión trianual no alcanzamos a comprender desde el prisma de la prescripción u otras instituciones internas, no deja de resultar curioso como el Art. 15 *bis* 10 LIS, relativo –como se ha visto– a las asimetrías híbridas por residencia, ordena la integración de los gastos doblemente deducidos en la base imponible del contribuyente correspondiente al concreto período impositivo en que la contraparte opera su deducción.

6. La inexigencia de un tipo mínimo de gravamen.

Con carácter previo a la transposición de la Directiva ATAD II, el ya derogado Art. 15 j) LIS constituía la única regla primaria disponible en nuestro ordenamiento para hacer frente a las asimetrías híbridas. Concretamente, venía a proscribir la deducibilidad fiscal de aquellos gastos *"correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento"*. Es decir, consagraba un supuesto de asimetría generada por un instrumento híbrido en términos similares al actual Art. 15 *bis* 1 LIS, el cual, a su vez, transpone al ordenamiento interno el esquema descrito en el Art. 2.9 a) de la Directiva.

Un importante factor diferencial entre ambos preceptos internos viene a identificarse con la exigencia, por parte del primero de ellos, de que el eventual ingreso generado en la contraparte vinculada se encontrara *"exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento"*. La segunda de estas dos posibilidades, si bien se conservaba en el anteproyecto de ley sometido a información pública en noviembre de 2020, terminó desapareciendo del texto definitivamente aprobado. Así, el actual Art. 15 *bis* 1 exige que el ingreso que, en su caso, pudiera llegar a generarse en la contraparte vinculada se encuentre *"exento o sujeto a una reducción del tipo impositivo o a cualquier deducción o devolución de impuestos distinta de una deducción para evitar la doble imposición jurídica"*.

³⁰ CALVO VÉRGEZ, J. "La aprobación de la Directiva (UE) 2017/952, por la que se modifica la Directiva antielusión fiscal, y su proyección sobre los llamados mecanismos híbridos". *Revista Aranzadi Unión Europea*, Nº 2, 2019. p. 28.

La renuncia a incluir tal exigencia de tributación en el texto definitivo podría resultar acertada desde una doble perspectiva. Así, en primer lugar, de haberse mantenido, se estaría introduciendo un criterio discriminatorio con respecto a determinadas operaciones vinculadas internas que generasen efectos fiscales análogos a las asimetrías híbridas descritas pero sin desencadenar los mecanismos propios para su neutralización³¹. En segundo lugar, no debe olvidarse que, al amparo del *Pillar II* de la Acción 1 de *BEPS*, relativo al establecimiento de un estándar de tributación mínima a escala global, aun no se ha logrado alcanzar un sólido consenso internacional para la fijación de un tipo mínimo de gravamen.

7. El perímetro de vinculación.

Como ya ha tenido ocasión de señalarse con anterioridad, la constatación de una asimetría híbrida requiere que la concreta operación controvertida se lleve a cabo entre dos o más entidades vinculadas o bien en el marco de un "mecanismo estructurado". Por lo que respecta al primero de dichos escenarios, el Art. 2.4 de la Directiva se encarga de definir los supuestos de vinculación, pudiendo éstos reconducirse –al menos resumidamente– a tres grandes categorías.

Así, en primer lugar, se considerará que existe vinculación cuando se ostente una participación de, al menos, el 25% en los derechos de voto, la propiedad del capital o los beneficios de una entidad. No obstante, tratándose de los supuestos de asimetría enunciados en los apartados b), c), d), e) o g) del Art. 2.9 de la Directiva, dicho requisito de participación se elevará hasta el 50%. En cualquier caso, la Directiva exige la agrupación de los derechos de todas aquellas entidades o personas que actúen conjuntamente.

En segundo lugar, se considerará que existe igualmente vinculación cuando dos o más entidades formen parte de un grupo consolidado a efectos de contabilidad financiera. En este sentido, el propio Art. 2.10 de la Directiva identifica dicha situación con un "*conjunto de entidades que están plenamente incluidas en los estados financieros consolidados elaborados de conformidad con las Normas Internacionales de Información Financiera o con el sistema de presentación de información financiera de un Estado miembro*".

Finalmente, también existirá vinculación cuando una entidad pueda ejercer "influencia significativa" sobre otra. A diferencia del presupuesto anterior, la Directiva no clarifica tal concepto, siendo lo más razonable acudir a las definiciones contenidas en la NIC 28. Así, habrá de entenderse que concurre tal circunstancia cuando una entidad posea "*el poder de intervenir en las decisiones de política financiera y de operación de la participada, sin llegar a tener el control ni el control conjunto de ésta*".

La transposición al ordenamiento interno de todos los anteriores supuestos de vinculación ha incrementado el nivel de protección inicialmente dispensado por la Directiva en dos ámbitos concretos y diferenciados.

Así, por un lado, junto a las relaciones anteriormente descritas, el Art. 15 *bis* 12 LIS incluye todos los supuestos de vinculación contenidos en el Art. 18.2 LIS. Dicha remisión general habrá de comprender también la referencia al grupo consolidado, el cual no ha sido expresamente incluido dentro del tenor literal del Art. 15 *bis* 12 LIS.

Por otro lado, el legislador español no ha previsto la posibilidad de que el requisito de participación se eleve al 50% para los concretos esquemas mencionados

³¹ Tal podría ser el supuesto de un pago por arrendamiento de inmuebles satisfecho a una entidad vinculada que se encuentra exenta por aplicación del régimen previsto en el Título II de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. A este respecto, nos remitimos a la Consulta Vinculante V0054-20, de 14 de enero, en la que se analiza un esquema análogo.

en el Art. 2.4 de la Directiva y cuya materialización interna se concreta en los apartados 2, 3, 4 y 5 letras a), b) y d) del Art. 15 *bis* LIS.

Con todo, consideramos que se ha contribuido a dificultar, aún más si cabe, las ya de por sí complejas relaciones entre los perímetros contable y fiscal de vinculación. Así, a los dos anteriores se une ahora un tercer elenco de supuestos cuya aplicabilidad queda circunscrita al ámbito de las asimetrías híbridas.

8. Conclusiones.

La implementación coordinada de normas anti-híbridos a escala comunitaria debe ser positivamente valorada desde el prisma preventivo de la elusión fiscal internacional. Pese a ello, la cobertura normativa dispensada al efecto por el Art. 115 TFUE podría resultar controvertida, habida cuenta de su carácter meramente aproximador de legislaciones que incidan sobre el funcionamiento del mercado interior.

Por otra parte, los mecanismos de reacción previstos en la Directiva incitan, en tanto que ajustes permanentes, al progresivo alejamiento entre las nociones de base imponible y resultado contable, con todas las consecuencias que de ello pudieran derivarse para con el principio de capacidad económica. Tal situación se hará especialmente patente en aquellos Estados que, como España, calculan el importe de la primera a partir del segundo.

Tampoco puede desconocerse el importante binomio formado por las previsiones contenidas en la Directiva y los regímenes internos de operaciones vinculadas. En efecto, la constatación de un esquema asimétrico requiere de la existencia de vinculación entre los intervinientes o, alternativamente, de la presencia de un mecanismo estructurado. Sin embargo, los supuestos de vinculación exigidos por la Directiva no serán necesariamente coincidentes con los definidos en la normativa interna.

Además, en cierta relación con lo anterior, debe recordarse como los supuestos de deducción sin inclusión generados por la inobservancia o por la interpretación discordante del principio de plena competencia quedan expresamente excluidos del ámbito de las asimetrías híbridas.

En cuanto a la labor de transposición se refiere, no cabe olvidar que la Directiva ATAD implica un nivel mínimo de protección que puede ser voluntariamente superado por los Estados miembros respectivos. De esta forma, el propio legislador español se ha apartado del texto comunitario en aspectos tales como la regla secundaria, las asimetrías temporales o el perímetro de vinculación. En cualquier caso, el respeto a la seguridad jurídica quizás hubiera hecho aconsejable el empleo de una técnica legislativa más sencilla, comprensible y ejemplificativa.

Finalmente, no por habitual y admisible constitucionalmente debe considerarse aceptable la transposición tardía de directivas comunitarias a través de decreto-ley. Ello especialmente cuando estas últimas establecen un amplio plazo para su implementación. Sin embargo, todo apunta a que la situación descrita volverá a producirse a propósito de la transposición de los mecanismos para neutralizar las asimetrías híbridas invertidas.

Bibliografía

- BÁEZ MORENO, A. *Normas contables e Impuesto sobre Sociedades*. Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra, 2005.
- BARREIRO CARRIL, M. C. "La controvertida base jurídica de la directiva antielusión fiscal. Un análisis a la luz de reglas de vinculación". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* Nº 62, 2019.

- BENITEZ CLERIE, P. "La incorporación al Impuesto sobre Sociedades español de las asimetrías híbridas. Transposición de la Directiva ATAD II". *Revista de Contabilidad y Tributación*. Nº 451, 2020.
- CALVO VÉRGEZ, J. "La aprobación de la Directiva (UE) 2017/952, por la que se modifica la Directiva antielusión fiscal, y su proyección sobre los llamados mecanismos híbridos". *Revista Aranzadi Unión Europea*, Nº 2, 2019.
- JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS D. J. "Las asimetrías derivadas del empleo de entidades híbridas en la planificación fiscal transfronteriza en la Directiva anti-abuso". *Documentos-Instituto de Estudios Fiscales* Nº14, 2017.
- LOPEZ RIVAS, S. "Directiva contra las prácticas de elusión fiscal". *Carta Tributaria*. Nº 17-18, 2016.
- MAROTO SAEZ, A. "Atribución de beneficios a establecimientos permanentes" en CARMONA FERNÁNDEZ, N. (dir.). *Nuevo régimen fiscal de las operaciones vinculadas*. Wolters Kluwer. Madrid, 2016.
- MARTINEZ LAGUNA, F. D. "Las asimetrías híbridas en el Impuesto sobre Sociedades: El nuevo artículo 15 bis de la LIS". *Quincena Fiscal* Nº 10, 2021.
- MERINO JARA, I. "Asimetrías híbridas". *Nueva Fiscalidad*, Nº 4, 2020.
- MERINO GARCÍA, A. "Los Hallmarks (Análisis y descripción de las señas distintivas recogidas en la DAC 6 que determinan que una planificación fiscal es agresiva y su consecuente)". *Carta Tributaria* Nº 65-66, 2020.
- PARADA, L. "Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination". *Intertax*, Nº 47, 2019.
- PEETERS, B; VANNESTE, L. "The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD". *Intertax*, Nº48, 2020.
- SANZ GADEA, E. "La Directiva Antiabuso (III). Asimetrías híbridas". *Revista Contabilidad y Tributación*. Nº 415, 2017.
- SALA GALVAÑ, G. *Los precios de transferencia internacionales. Su tratamiento tributario*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003.
- SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M. "Los decretos-leyes como instrumentos de transposición de directivas comunitarias". *Revista General de Derecho Administrativo* Nº 31, 2012.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J. "El Impuesto sobre Sociedades: Un análisis desde los principios constitucionales tributarios" en *Imposición sobre el beneficio empresarial: Evolución reciente, perspectivas de futuro*. Fundación Impuestos y Competitividad, 2019.

El concepto de persona en el ordenamiento jurídico argentino. Reflexiones desde tres etapas históricas

The legal concept of person in argentina's normative system.
ideas from three historical stages

Helga María Lell¹

Conicet, Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Santa Rosa, Argentina

Sumario: 1. Introducción. 2. "Persona" como metáfora. 3. Algunos hechos históricos del concepto jurídico de persona en la Argentina. 3.1. Primera etapa. 3.2. Segunda etapa. 3.3. Tercera etapa. 4. Desafíos al concepto jurídico de persona. 5. Consideraciones finales

Resumen: Este trabajo presenta el concepto jurídico de persona como construido sobre una metáfora que muestra qué implica que un sujeto pueda gozar y ejercer derechos o tener obligaciones en el marco de un ordenamiento jurídico. Para esta tarea, se presenta el marco teórico que hace referencia a una postura juspositivista y a otra no positivista en sentido amplio. Luego, se muestran estas ideas teóricas en el marco de la historia argentina a partir de tres etapas: una que utiliza el vocablo conforme al lenguaje natural, otra que postula una visión técnica y una tercera que combina ambas. Finalmente, se exponen algunos desafíos actuales a este concepto. El objetivo aquí es el de mostrar la complejidad de la noción y observar cómo en las concreciones históricas la idea de la máscara teatral sigue vigente como forma de acentuar el escenario en el que actúa un sujeto.

Palabras clave: persona; concepto jurídico, Argentina; sujeto de derechos; historical perspective

Abstract: This paper presents the legal concept of person as grounded on a metaphor that implies that a subject can enjoy and exercise rights or have obligations within the framework of a legal system. We present the theoretical framework that refers to a juspositivist position and to a non-positivist one (in a broad sense). Then, we describe these theoretical ideas in the framework of Argentine history from three historical stages: one that uses the word according to natural language, another that postulates a technical vision and a third that combines both. Finally, some current challenges to this concept are presented. The aim here is to show the complexity of the notion and to observe how in historical concretions the idea of the theatrical mask is still in force as a way of accentuating the scene in which a subject acts.

Keywords: person; legal concept; Argentina; subject of rights; historical perspective

¹ Investigadora Adjunta de Conicet, Santa Rosa, Argentina. Docente de Filosofía del Derecho en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa. Doctora en Derecho (Universidad Austral), Magíster y Especialista en Estudios Sociales y Culturales (UNLPam), Maestranda en Filosofía con orientación en Filosofía Política y Social (UNQ); Diploma Superior en Metodología y Construcción de Proyectos en Ciencias Sociales (UNLP, Conicet) y Abogada (UNLPam). helgalell@conicet.gov.ar

1. Introducción

Paul Veyne, en *Les Grecs ont-ils cru à leur mythes?*², explica que los griegos habrían dejado de creer en la mitología muy tempranamente. No obstante, habrían mantenido dichos relatos como forma de significar el mundo por su capacidad pedagógica, es decir, por la facilidad con la cual permitían enseñar y perpetuar un marco simbólico común y cultural desde el cual entender aquello que los rodeaba.

Este trabajo parte de una idea similar. Tanto en la teoría general del derecho como en muchos textos normativos de carácter internacional y nacional aparece de manera recurrente el término "persona". Este proviene de una metáfora que lo relaciona con las máscaras utilizadas en los rituales mortuorios etruscos y también en los teatros griego y romano de la Antigüedad³. Sin embargo, cuando utilizamos "persona" en los ámbitos jurídicos, no solemos hacer referencia a la respectiva tecnología corporal ni pensar en ella. Quizás la imagen más inmediata que venga a nuestra mente al oír este significante sea la de un ser humano, puesto que, en el lenguaje común, este es el significado⁴. Ahora bien, si el vínculo con el escenario teatral se ha olvidado, ¿por qué se mantiene esta palabra? ¿Qué es lo que nos enseña el concepto de "persona" en el ámbito jurídico?

Este trabajo se enmarca en las reflexiones a que da lugar esta pregunta en el ámbito del ordenamiento jurídico argentino. Si se consideran las distancias espaciales, temporales y culturales entre las antiguas Grecia y Roma, pareciera extraño que la metáfora subsista. No obstante, el carácter dinámico de esta y la revisión respecto de su variabilidad significativa puede permitir pensar en las controversias semánticas que este concepto presenta. Aquí no se pretende llevar adelante un estudio histórico exhaustivo sino presentar algunas problemáticas que surgen de la carencia de una noción referencial clara respecto de qué es persona para el ordenamiento jurídico argentino.

En el primer apartado se expone la concepción jurídica de "persona" como una metáfora y se comenta brevemente el origen etimológico del término. La segunda sección se centra en tres etapas del uso de la noción en cuestión en la historia argentina con el fin de mostrar las variaciones en el reconocimiento de los seres humanos como sujetos de derechos. Finalmente, la tercera parte expone algunos casos que ponen en cuestión quién puede ser persona.

2. "Persona" como metáfora

Las metáforas son elementos retóricos que, en el marco de una expresión lingüística, agregan una connotación a la denotación, es decir, exceden el significado meramente literal para generar un sentido nuevo mediante el cual interpretar un elemento menos conocido por sus semejanzas con uno que resulta más familiar⁵. Así, trasladan características del fenómeno mencionado hacia otro no tan conocido. Ejemplo de ello son "el pie de la montaña" para referirse a la ladera de un accidente geográfico o "un cuello de botella" para explicar la ralentización de la fluidez de un proceso. Las expresiones literales, en sí mismas, carecen de sentido en un contexto determinado en el cual no podemos encontrar las partes del cuerpo mencionadas,

² VEYNE, P. *Les Grecs ont-ils cru à leur mythes?* Editions de Seuil, 1983.

³ Ribas Alba menciona que las máscaras también eran parte de escenarios preliterarios, generalmente relacionados con rituales fúnebres y religiosos. Cfr. RIBAS ALBA, J. M. *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*. 2º ed. Comares: Granada, 2012.

⁴ Corominas explica que "persona" ha sido utilizado en el castellano en todas las épocas como un cultismo pero que desde fines del siglo XI y principios del XII se popularizó como forma simple de decir "uno, la gente". Cfr. COROMINAS, J. *Persona. Diccionario Crítico Etimológico Castellano e hispánico*. ME-RE, 1981. Con la colaboración de J. A. Pascual. Madrid: Gredos. La RAE menciona como primer significado "individuo de la especie humana". Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. 23º ed. 2014. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z>

⁵ Cfr. LAKOFF, G. y JOHNSON, M. *Metáforas de la vida cotidiana*. Madrid: Cátedra, 1991.

pero cuando el sentido metafórico se comprende, es la realidad la que adquiere otra dimensión. La realidad no cambia, aunque varía la forma de percibirla.

Una cuestión que debe tenerse en cuenta es que las metáforas hacen referencia a algo que no está allí, a un elemento concreto que está ausente pero que es invocado por la expresión y es la imaginación la que debe interpretar la realidad a la luz de las categorías que la metáfora invoca. Por ejemplo, si en el marco de un proceso penal se cuestiona la violación de la "cadena" de custodia de las pruebas, no se hace referencia literal a una serie de eslabones metálicos, pero es a partir de la imagen de una cadena que puedo comprender la abstracción de una sucesión de hechos y pasos.

El caso de "persona" en el campo jurídico es semejante. El origen etimológico de esta palabra remite a tres tipos de máscaras que tienen un sentido simbólico. En primer lugar, en la cultura etrusca, estaría relacionada con "Phersu", que sería un personaje que intervenía en rituales mortuorios. No era esta deidad la que estaba presente sino alguien que al portar la máscara permitía que apareciera en la escena. El segundo y tercer elementos son las máscaras que se utilizaban en los teatros romanos y griegos: "personae" ("para sonar") y "prósopon" ("ante la vista"), respectivamente. La primera de ellas apunta a la posibilidad de hacerse oír, de hacer resonar la voz. La segunda enfatiza en la imagen que se proyecta y que se percibe. De acuerdo con estos tres significados, la persona en el plano jurídico es alguien que se hace presente como personaje, que es oído y percibido como tal. Lo que haga cuando no interpreta el personaje, fuera de la escena, no es relevante.

Es a partir de la idea de un personaje interpretado en un escenario que es posible comprender la referencia a un sujeto que, según la relación jurídica en que se encuentre actuando, tendrá ciertos derechos y obligaciones (pero no otros). Por ejemplo, en un contrato de locación de un inmueble, la parte locadora tiene la obligación de entregar la cosa a la par que tiene el derecho de cobrar el precio; su contraparte debe pagar una suma de dinero y tiene derecho al uso y goce de la cosa durante el período acordado. Los roles que las partes deben interpretar son claros y predeterminados por el tipo de relación jurídica entablada. El locador pone en marcha este papel en el marco de un respectivo contrato y en este no tienen relevancia otros estatus que pueda tener el mismo individuo. En virtud de un contrato de locación no es importante el derecho a elegir o ser electos autoridades, tampoco lo son, en principio, los caracteres de hijo, de empleador, de condenado, etc. No puede reclamarse la libertad religiosa, el derecho a circular libremente, el derecho a la vida, etc. en el contexto del contrato de locación.

Por lo dicho en última instancia, el concepto jurídico de persona pareciera producir una atomización del actor que porta la máscara. Para el derecho solo importaría el rol que se interpreta y no el sujeto que actúa. No habría una unidad detrás de la mera interpretación normativa o, más bien, esta unidad sería irrelevante. Esto no necesariamente es así. Aquí cabe marcar una distinción relevante que puede conducir a dos propuestas ontológicas muy diferentes. La primera, que podría caracterizarse con la postura de Kelsen⁶, implica afirmar que para el derecho la persona solo es un conjunto roles en relaciones específicas según los derechos y obligaciones que las normas jurídicas establezcan. La persona existiría, entonces, con posterioridad y por causa del derecho. Si esto es así, no existe nada intrínseco en la noción de persona que permita reclamar ciertos tratos para los individuos en términos jurídicos más allá de lo que ya se encuentra establecido⁷. La segunda, en cambio,

⁶ KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de R. Vernengo. México: FCE, 1982.

⁷ En este sentido, cabe recordar que el positivismo jurídico puede ser caracterizado como conservador por cuanto, si el derecho positivo brinda razones para actuar solo por existir (esto es, el positivismo jurídico como ideología de la justicia, como lo denomina Bobbio— BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1991—) no brinda razones internas para promover su transformación (Cfr. NINO, C.S. *La conexión conceptual entre el derecho y la moral. Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1994, pp. 21-46).

parte de que la persona se manifiesta a través de las relaciones jurídicas, es decir, de los roles interpretados, pero es algo más que ellos. La persona, como la máscara, representa la exterioridad o la objetividad en una relación de alteridad. Así como las máscaras requieren actores, escenario, libreto y público, la persona implica al menos un sujeto que ejecute acciones, otro individuo frente al cual se actúa y al menos alguna norma jurídica que dé sentido a esa interrelación. En este caso, la atomización es epistemológica pero no ontológica. No se niega la existencia de un sujeto previo al derecho que sea la unidad frente a los diversos roles, sino que esta persona se reconoce a través de su exteriorización. Si esto es así, la reclamación de ciertos tratos acordes a lo que un individuo merece por ser persona cobra sentido.

A la luz de lo dicho, podemos ver que la metáfora habilita a más de una forma de definir a la persona en el plano jurídico. En lo que sigue, mostraré que en la historia argentina la atribución de derechos y obligaciones a entidades ha sido y es muy dispar. Esta multiplicidad permite visualizar que, si se sostiene un punto de vista netamente positivista, eventualmente, cualquier ente puede ser persona (por ejemplo, una piedra podría ser persona si una sentencia le reconociera u otorgara derechos) y también dejar de serlo (por ejemplo, un ser humano podría dejar de ser persona si se le quitaran sus derechos y obligaciones, esto es, si se lo redujera al estatus de objeto). Sin embargo, en muchas ocasiones, se invoca la persona como fundamento relevante para cierta tutela, o sea, que merece cierto trato por el mero hecho de ser persona⁸. Esta idea no es congruente con la mirada positivista. Este sentido, que podría denominarse moral, apunta que hay ciertos seres que meritan un trato especial, un respeto diferente al que merecen otros seres⁹. Lo anterior implica, a su vez, que "persona" tenga un componente descriptivo (que responde a la pregunta de quiénes son personas) y otro prescriptivo (que apunta a cómo debe tratarse a las personas).

El breve repaso histórico que se presenta a continuación intenta mostrar que la atomización en los roles ejercidos en las relaciones jurídicas es parte del concepto de persona; pero si se pretende que la personería sea el fundamento de cierto trato, entonces, el uso jurídico no puede desligarse de un sentido moral sustantivo ontológicamente fuerte. Un enfoque analítico puede poner de manifiesto que son dos usos totalmente distintos: uno es jurídico y el otro es moral. Si bien esto es cierto, pareciera existir una expectativa de que el derecho recepte cierto trato moral hacia las personas que haría inescindible el uso conjunto de ambos sentidos del vocablo. Cabe realizar una aclaración: la exposición que continúa no es exhaustiva ni detallada puesto que ello excedería el rango de lo posible en un trabajo de esta extensión. Por el contrario, solo se centra en algunos hechos que sirven como ejemplos para la reflexión sobre el concepto de persona en la Argentina.

3. Algunos hechos históricos del concepto jurídico de persona en la Argentina

La historia del concepto jurídico de persona en el sistema legal argentino puede dividirse en al menos tres grandes etapas. La primera de ellas transcurre entre 1810 y 1869/1871, esto es, en el período temporal que transcurre entre la Revolución de Mayo, y la sanción y posterior entrada en vigencia del Código Civil. Si bien la Revolución de Mayo no declaró la independencia, sí constituye un umbral de

⁸ Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la anteposición de la palabra "persona" frente a cierta categorización de un grupo vulnerable con el fin de no olvidar que, a pesar de cierta condición, se es persona. Esta expresión se ha hecho común como técnica legislativa donde podemos encontrar conceptos como "persona en contexto de encierro", "persona con discapacidad", "personas mayores", "personas con trombosis", "persona gestante", "persona con trastorno del espectro autista", "personas con movilidad reducida", "personas con necesidades especiales", "personas víctimas de delitos", entre otros casos.

⁹ MORALES ZÚÑIGA, H. Estatus moral y el concepto de persona. *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago: Librotecni, 2015.

irreversibilidad¹⁰ respecto de la formación de una nación y la búsqueda de su soberanía. La segunda etapa se extiende entre 1869/1871 y 2014/2015, es decir, durante el período de vigencia del Código Civil. Finalmente, la tercera etapa es aquella desde la sanción y entrada en vigencia del Código Civil y Comercial hasta la actualidad.

3.1. Primera etapa

La primera etapa, que se extiende entre 1810 y la sanción y entrada en vigencia del Código Civil, se caracteriza por el uso cotidiano o común del término "persona". Las referencias que aparecen en diferentes documentos realizan un uso indistinto de "hombre", "individuo", "ciudadano", "nacional", "vecino", "habitante", "persona", a pesar de que no son sinónimos¹¹. En buena medida, esto se debe a que aún no existía claridad respecto de qué significaba ser un nacional del Estado que aún se estaba gestando¹² y, en parte, a que algunas de las declaraciones de derechos y garantías se inspiraban en fuentes extranjeras y a veces la terminología que resultaba de las traducciones no respondía al uso más frecuente en el castellano rioplatense.

Cabe destacar que, en esta etapa, a pesar de la aparente equivalencia que aparecería entre el ser humano y la persona en el lenguaje común, esta relación no se reproduce en el plano jurídico. Una situación paradigmática y clara es la de los esclavos que, aunque su humanidad no era negada, no eran considerados personas. Su estatus jurídico era el de objetos sometidos a una relación de dominio. Si alguien les hubiera dado muerte, este hecho no hubiera sido considerado un delito contra la persona sino un daño patrimonial cometido contra el dueño. La esclavitud se extinguió definitivamente en la Argentina al sancionarse la Constitución Nacional de

¹⁰ La idea del "umbral de irreversibilidad" en la configuración de un Estado Nación es tomada de BALIBAR, E. La forma nación: historia e ideología. Balibar, E. y Wallerstein, I. *Raza, Nación y clase*. Madrid: IEPALA, 1991.

¹¹ Ejemplos de ello son el Reglamento Orgánico del 22 de octubre de 1811, el Estatuto provisional del Gobierno superior de las Provincias Unidas del Río de La Plata a nombre del Señor D. Fernando VII, seguido de los decretos de seguridad individual y libertad de imprenta (los decretos son de fechas 26 de octubre y 23 de noviembre de 1811, respectivamente), el Decreto de convocatoria a la Asamblea fechado el 24 de octubre de 1812, el Estatuto Provisional de 1815, el Reglamento Provisional de 1817, o las constituciones de 1819 y 1826. (Reglamento Orgánico (22 de octubre de 1811) en *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811-1898)*. Publicado por el Instituto de Historia Argentina "Dr. Emilio Ravignani" (Facultad de Filosofía y Letras, UBA); pp. 16 y ss.; Estatuto provisional del Gobierno superior de las Provincias Unidas del Río de La Plata a nombre del Señor D. Fernando VII, seguido de los decretos de seguridad individual y libertad de imprenta (los decretos son de fechas 26 de octubre y 23 de noviembre de 1811, respectivamente) *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811-1898)*. Publicado por el Instituto de Historia Argentina "Dr. Emilio Ravignani" (Facultad de Filosofía y Letras, UBA); pp. 28 y ss.; Decreto de convocatoria a la Asamblea fechado el 24 de octubre de 1812. En Lorenzo, Celso. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo II. Rosario, UNR, 2004; pp. 78-82; Estatuto Provisional de 1815 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 597-618; Reglamento Provisional de 1817 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 618-640; Constitución Nacional de 1819 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 640-649; Tratado con Inglaterra sobre amistad, comercio y navegación entre los Gobiernos de las Provincias Unidas y de Su Majestad Británica (2 de agosto de 1825) en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 588-592; Constitución de 1826. en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 649-661)

¹² SALVATTO, F. y BANZATO, G. Poderes locales y gobierno central ante el cambio de régimen en Buenos Aires: Cartas de ciudadanía, cargos públicos y práctica de oficios, 1812-1815. *VII Jornadas de Historia y Cultura de América. La construcción de las independencias: Documentos, actores y representaciones*. 25 al 26 de Julio de 2013, Montevideo. Disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.7751/pr.7751.pdf

1853. Anteriormente, en 1813, la Asamblea del año XIII había intentado tomar esta medida, aunque no pudo hacerlo por la presión de Brasil. A pesar de ello, declaró la libertad de vientres¹³.

Un caso que suele postularse como semejante al de la esclavitud, pero que reviste una diferencia sustantiva, fue el de los indígenas sometidos a diferentes regímenes de trabajo y cuidado (mita, encomienda, yanaconazgo, etc.) ya que estos sí eran considerados personas, es decir, individuos con derechos y obligaciones, aunque eran equiparados a incapaces o a menores. Además de estar bajo la tutela y la servidumbre de aquellos a quienes se les atribuía su cuidado, tenían otras cargas como, por ejemplo, tributar¹⁴. Su situación, aunque en algunos casos podía parecerse a la de los esclavos, ciertamente era otra ya que no eran objetos sino sujetos de derecho¹⁵. En siglos anteriores y en las colonias españolas, la naturaleza de los indios fue ampliamente discutida¹⁶.

Un tercer caso apunta a la distribución de derechos y obligaciones, es decir, toma como punto de partida que se está en presencia de un sujeto de derechos y, por ende, una persona, pero establece distintas potencias e impotencias conforme a ciertos criterios. El ejemplo que interesa traer a colación aquí tiene que ver con la idea de cómo se construye la ciudadanía y el rol que el sistema jurídico ha tenido en ello. A partir de 1810, la búsqueda de una identidad nacional y la meta de lograr la declaración y reconocimiento internacional de la soberanía de las entonces Provincias Unidas del Río de La Plata, se fundó en la clasificación de los habitantes libres y de su intervención en el ámbito público. Al margen de la distinción entre hombres y mujeres, la nacionalidad y la adhesión a la causa independentista constituían criterios para poder ejercer empleos públicos, para poder votar y para poder ser representantes. A raíz de estos criterios, los españoles no adherentes a la causa del gobierno tenían menos derechos que los extranjeros de otras naciones. Por ejemplo, en diciembre de 1810, mediante una Circular de la Junta Provisional Gubernativa, se exigió la ciudadanía de las Provincias Unidas del Río de la Plata para ejercer cargos en la administración pública. Quedaron exceptuados aquellos extranjeros que adhirieran al gobierno sin importar su nacionalidad y los provenientes de Estados que no estuvieran en guerra con las Provincias¹⁷. Una medida semejante fue efectuada por la Asamblea del año XIII, el 3 de febrero de dicho año, a la par que destacó lo loable de tomar esta decisión mediante decreto y no por la mera fuerza¹⁸. Otros casos se pueden encontrar en el Estatuto Provisional de 1815 y en el Reglamento Provisorio

¹³ Sobre la presencia de la población afrodescendiente en Argentina, ver YAO, J.A. Negros en Argentina: integración e identidad. *Amnis*, Nro. 2, 2002. Consultado el 10/09/2019 y GOMES, Miriam Victoria. La presencia negroafricana en la Argentina. Pasado y permanencia. *Bibliopress*. Boletín digital de la Biblioteca del Congreso de la Nación. Nro. 2, Homenaje a la negritud, 1970. En cuanto al carácter de personas físicas pero no jurídicas y las representaciones en la etapa colonial y posrevolucionaria, ver CANTERA, C. Representaciones de los afro-descendientes en Argentina. El proceso abolicionista y la permanencia de estereotipos. Miranda, L.R. y Lell, H.M. (eds.). *Persona, cuerpo y discursos. Aportes interdisciplinarios sobre un concepto variable*. Olejnik editores, 2021, pp. 83-100.

¹⁴ Esta obligación fue abolida por la Asamblea del año XIII.

¹⁵ Hay que destacar que, aunque el trato a los indios sometidos era como personas, aquellos que eran considerados enemigos eran reducidos al estatus de cosas a ser eliminadas.

¹⁶ Una clásica remisión a los debates sobre cómo debía tratar la Corona española a los nativos americanos es el debate entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas (Junta de Valladolid, sobre la polémica de los naturales) en el siglo XVI. Al respecto, para ampliar, ver DUMONT, J. *El amanecer de los derechos del hombre: La controversia de Valladolid*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.

¹⁷ Circular de la Junta Provisional Gubernativa de la Capital de Buenos Aires exigiendo la ciudadanía para ejercer empleos (3 de diciembre de 1810. Gaceta nº 27) en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 551-557

¹⁸ LAMBRÉ, T. (coord.) *El redactor de la Asamblea del año XIII*, Buenos Aires, Del nuevo Extremo, 2010, p.10.

de 1817¹⁹, documentos que permitían votar a los extranjeros que cumplieran ciertos requisitos de permanencia en el territorio, de nivel educativo y de estatus patrimonial. Los españoles no adherentes a la causa del gobierno tenían este derecho²⁰. En 1825, tras celebrarse un tratado de amistad y libre comercio entre los gobiernos de Gran Bretaña y de las Provincias Unidas, los nacionales británicos obtuvieron derechos especiales que ningún otro habitante tenía: testar y practicar públicamente su culto, aunque fuera diferente al católico. No obstante, cuando el gobierno francés, en 1838, reclamó la equiparación de sus ciudadanos al trato proporcionado a los estadounidenses e ingleses en cuanto a la exclusión del deber de ser reclutados para la guerra en las milicias de la Confederación, el gobierno de las Provincias Unidas respondió con una negativa dado que Francia no había reconocido la independencia de la incipiente nación²¹. Tanto un español como un francés como un nacional del posterior Estado argentino eran considerados personas, pero cada uno de ellos revestía estatus jurídicos diferentes. La distinción se fundaba en una meta estatal y, respecto de ella, las personas eran solo medios.

Estos ejemplos muestran que la atribución de derechos y obligaciones no siempre ha estado ligada a la esencia humana. Aún más, algunos derechos y obligaciones eran reconocidos en función de la conveniencia de los fines estatales. De esta etapa se pueden destacar dos cuestiones. La primera de ellas es que no existe un concepto técnico de persona. El lenguaje común, que proveería de un criterio descriptivo para reconocer quién es o no un sujeto de derechos, muestra que en el imaginario social no todo ser humano era persona y, aún aquellos que lo eran, no accedían al mismo trato jurídico en comparación de unos con otros. Qué papel jurídico personificaran resultaba determinante para determinar sus derechos y obligaciones. La segunda cuestión es que, al no existir un criterio descriptivo claro para determinar a priori quién es persona (en el sentido en que lo entendería la teoría general del derecho), tampoco es factible establecer con claridad cuál es el trato jurídico que esta merece. Simplemente, se atribuyen los derechos y obligaciones conforme el derecho positivo estipule. Ahora bien, si es posible reconocer una dimensión crítica a la luz de la cual juzgar los resultados de la normativa vigente (como, por ejemplo, la injusticia de la institución de la esclavitud o el trato dado a los indígenas o las diferencias que perjudicaban a los españoles o que beneficiaban a los ingleses frente a otros extranjeros), entonces es necesario reconocer que existe una ontología sustantiva de lo que es ser persona. Esta noción acerca de qué es una persona no asegura que el derecho positivo sea justo, pero sí que su justicia o injusticia pueda ser evaluada. Por el contrario, si se es persona de acuerdo a lo que el ordenamiento jurídico establezca y en tanto este impute derechos y obligaciones, entonces, en el plano jurídico, nada cabe argumentar sobre los resultados normativos.

¹⁹ Estatuto Provisional de 1815 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 597-618; Reglamento Provisional de 1817 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 618-640

²⁰ Sobre la remoción de los españoles de los cargos y empleos públicos, se recomienda la lectura de CANTERA, C. *Déspotas, invasores, usurpadores y anarquistas. Representaciones rioplatenses de los 'otros': enemigos y extranjeros durante las primeras décadas del siglo XIX*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2016.

²¹ Las misivas entre el consulado francés y Arana, en su calidad de Ministro de Relaciones Exteriores, puede ser consultado en FRANCE. CONSULAT (Buenos Aires, Argentina). Oficio del Cónsul encargado interinamente del Consulado General de Francia e Buenos Aires al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina, reclamando a nombre del derecho de gentes, para que los franceses, que pública y notoriamente se hallan establecidos en la República con los mismos goce de libertades civiles que los ciudadanos argentinos, no sean considerados como domiciliarios del lugar en donde están establecidos. Contestación del Sr. Ministro, y otros documentos relativos al mismo asunto. Buenos Aires: Imprenta del Estado. 1838.

3.2. Segunda etapa

La segunda etapa, que se extiende durante la vigencia del Código Civil, se caracteriza por una definición técnica del concepto jurídico de persona. El Código Civil redactado por Vélez Sarsfield fue sancionado por el Congreso de la Nación en 1869 y entró en vigencia en 1871. El Libro Primero se denomina "De las personas", la Sección Primera "De las personas en general" y el Título I "De las personas jurídicas". El autor del proyecto explica en una nota que el concepto "persona jurídica" es utilizado para contraponerlo a "persona natural", "persona moral" o al individuo ya que estas realidades son externas al derecho y que, si son relevantes para este es en tanto fines jurídicos. Luego menciona una serie de fuentes y concluye que sigue en este punto a Freitas que, a su vez, sigue a Savigny²².

Por su parte, Freitas, en el *Esboço*, en la Parte General, Libro Primero "De los elementos de los derechos", Sección I "De las personas", Título I "De las personas en general", señala que "todos los entes susceptibles de adquirir derechos son personas" (art. 16)²³. En la nota, explica que no desea efectuar disquisiciones ontológicas respecto de qué es un ente o en qué consiste la existencia de las personas. Menciona que en una primera observación se puede ver que los hombres en su manifestación visible son los únicos sujetos que adquieren derechos y obligaciones. En una segunda instancia, se puede notar que a veces no actúan solo para y por sí sino en representación de entidades que no son ellos mismos. Así, aparece la representación. Finalmente, el autor distingue entre el mundo visible y el ideal (lo cual dará lugar a la clasificación de las personas que efectúa en el art. 17). En cuanto a la adquisición de derechos, Freitas expone que la libertad regulada por las leyes son las personas. La libertad civil es la que da lugar a que, en relación con cada uno de los hechos y relaciones en que se manifiesta, puede derivar la adquisición de derechos. Las personas son el elemento permanente de todas las relaciones mientras que el variable son los derechos que resultan de ellas. Hasta aquí, pareciera que Freitas tuvo en mente a los seres humanos como fuente de acción y como significado central de las personas. Aun cuando reconoce a las personas de existencia ideal, estas son una extensión de las acciones humanas.

El artículo 30, incluido en el título I "De las personas jurídicas", señala "[s]on personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones". Como puede notarse, ha tomado como fuente directa al *Esboço* de Freitas por lo que, en principio, Vélez Sarsfield no habría tenido en mente algo distinto y, por lo tanto, la referencia habría sido a los seres humanos, actuando por sí mismos o en representación de otras entidades. Asimismo, las personas son clasificadas en aquellas de existencia visible o ideal. Estas últimas son definidas por la negativa: son aquellas que no son de existencia visible (arts. 31 y 32 CC).²⁴

Para intentar dilucidar la imagen concreta que representaba una persona en el imaginario de la época cabe mencionar dos ensayos políticos. El primero de ellos es *Facundo. Civilización y barbarie*²⁵, publicado en 1874 y de la autoría de Domingo Faustino Sarmiento quien, además, fue presidente cuando se redactó, sancionó y entró en vigencia el respectivo Código. En dicha obra se retrata la sociedad argentina, se describe negativamente lo vasto del territorio nacional ya que, sumado a la escasa población, daba lugar a los gauchos, de costumbres bárbaras y de poco trabajo. Esta situación es contrapuesta por Sarmiento a la civilización cuyo modelo era el europeo. El segundo de los ensayos es *Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina*²⁶, publicado en 1852 y de la autoría de Juan Bautista Alberdi. Esta obra sirvió de insumo para la Constitución Nacional de 1853. En ella se

²² Ley nacional nº 340. Código Civil.

²³ FREITAS, A.T. de. *Código Civil-Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1952.

²⁴ Ley nacional nº 340. Código Civil.

²⁵ SARMIENTO, D.F. *Facundo. Civilización y barbarie*. Buenos Aires: Hyspamérica, 1874/1982..

²⁶ ALBERDI, J.B. *Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1852/1998.

defendía la inmigración europea, principalmente del norte ya que allí es donde los ciudadanos se cultivaban en las buenas costumbres.

A partir de lo dicho y sumado a una coyuntura económica (la necesidad de desarrollar el modelo agroexportador) y social internacional (crisis agraria en Europa), es posible entender la instauración de políticas tendientes a fomentar la inmigración. En particular, cabe detenernos en la Campaña del Desierto, llevada a cabo en los años 1878-1885 (aproximadamente) por cuanto tuvo como meta ganar territorio a ser incorporado al modelo productivo y correr la frontera contra los indios. Precisamente, esta misión militar implicó la matanza masiva de poblaciones indígenas. En este caso, la representación de los indios varió por cuanto de ser considerados personas en la primera etapa, se convirtieron en enemigos a ser exterminados de manera legítima por motivos económicos y políticos, en el marco de un plan de gobierno²⁷.

En cuanto al factor migratorio, en las primeras dos décadas del respectivo aluvión, surgieron diferentes problemas sociales. En primer lugar, los sujetos que llegaron no fueron los ilustrados deseados sino más bien, gente que había cruzado el océano con el fin de "hacerse la América" pero que, en términos generales, no tenían altos niveles educativos ni un buen nivel económico. La concentración de la población en algunos centros urbanos generó problemas de hacinamiento e insalubridad. Ello, sumado a malas condiciones laborales, dio lugar a conflictos sociales (entre los más notorios, se encuentran huelgas y protestas que acarrearón muertes). Como consecuencia, la representación social sobre los inmigrantes varió: ahora subsistía la imagen del europeo como factor de civilización con aquella del extranjero como factor de problemas sociales y portador de ideas anarquistas y socialistas²⁸.

Si nos preguntamos cuál es la imagen que acompaña al término "persona" en los primeros años de este período podemos pensar que el modelo era un hombre de rasgos europeos, ideario de tendencia liberal, al menos de clase media, que hubiera atravesado algún nivel de escolaridad y que pudiera ser considerado un ser racional. Esta idea se traduce, por ejemplo, en materia contractual. El contratante es un sujeto capaz de calcular los costos y beneficios de la relación que entablaría en un acuerdo de voluntades celebrado de manera autónoma. Esta concepción, con el tiempo, requirió repensar si efectivamente los sujetos se encuentran siempre en un pie de igualdad. Dos ejemplos respecto de cambios legislativos que ocurrieron a la luz de esta necesidad de adaptación fueron los derechos de los trabajadores y los de los consumidores, ambos concentrados en grupos vulnerables. Si bien los cambios legislativos ocurrieron en contextos políticos y sociales específicos que los hicieron posibles, el contraste entre los distintos momentos permite ver el cambio en la imagen de "persona". Los estatus especiales aparecen para atomizar el concepto genérico de persona, pero también para corregir los problemas prácticos que podrían suscitarse.

²⁷ Cabe recordar que, tal como se aclaró anteriormente, en la primera etapa convivían ambas representaciones: la de los indígenas sometidos y la de aquellos que debían ser eliminados por ser una amenaza. En este período ocurre algo similar solo que, en virtud de la Campaña del Desierto, cobra notoriedad la imagen del indio como objeto a erradicar.

²⁸ Ejemplos de ello son la ley 4144, de Residencia y Extrañamiento de Extranjeros, que disponía que el Poder Ejecutivo podía ordenar la expulsión de los extranjeros cuya conducta comprometiera la seguridad nacional o perturbara el orden público y la ley 7029, de Defensa Social, que prohibía la entrada al país de extranjeros que hubieren tenido condenas por ciertos delitos, que fueren anarquistas o que simpatizaran con actos de violencia contra funcionarios públicos o las instituciones. Ver Ley nacional n° 4144. Extranjeros. Radicación de Extranjeros. Boletín Oficial n° 2751. 25 de noviembre de 1902; Ley nacional n° 7029. Admisión y permanencia de extranjeros. Boletín Oficial n° 4969. 8 de julio de 1910

3.3.Tercera etapa

La tercera etapa se inaugura en 2014 con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación mediante la ley 26994²⁹. En el año 2011, la presidente Cristina Fernandez de Kirchner había designado mediante decreto 191/11 una comisión a los efectos de que elaborara un proyecto que pudiera reemplazar los anteriores Código Civil y Código de Comercio³⁰. Este órgano realizó su tarea que, tras ser debatido en el Congreso, el proyecto fue aprobado y promulgado. Su fecha de entrada en vigencia se estipuló inicialmente para el día 1 de enero de 2016. No obstante, posteriormente, mediante ley 27077, de diciembre de 2014, se decidió adelantar dicha fecha para el día 1 de agosto de 2015³¹.

En el Libro I "Parte General", el Título I se reserva para las personas humanas y el Título II, para las personas jurídicas. Las primeras comienzan a existir desde el momento de la concepción (art. 19 CCyC) y son caracterizadas por su dignidad e inviolabilidad (art. 51 CCyC). A diferencia del Código Civil derogado, no se utiliza el criterio de la visibilidad para categorizar a las personas. Además, no existe una definición de "persona humana" aunque sí existe una para las personas jurídicas: "entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" (art. 141 CCyC). El contraste entre una y otra situación permite ver que la humanidad no es un fenómeno jurídico sino externo al derecho y autoevidente.

Como puede notarse, en esta etapa, el concepto de persona tiene como analogado principal al ser humano. Sobre él no se aporta una definición lo que implicaría que cualquier ente que haya experimentado ser un humano mediante la razón práctica puede comprender el significado.

4. Desafíos al concepto jurídico de persona

Estas tres etapas permiten distinguir tres concepciones del concepto jurídico de persona: el lenguaje común, pero sin reflexión sobre si existe o no una definición técnica; el lenguaje de disciplina; y el lenguaje de disciplina que toma el lenguaje común. En ellas podemos notar cómo los individuos son personajes en la escena jurídica y a partir de ella tienen derechos y obligaciones. No obstante, al margen de estas categorías abstractas y de finalidad pedagógica, la casuística continúa mostrando los inconvenientes que presentan las definiciones jurídicas. Ahora la pregunta se traslada desde qué implica portar una máscara a quién puede portarla. Un ejemplo de ello es el de los derechos de los animales. En la Argentina, en diciembre de 2014 (es decir, en el período entre la sanción y la vigencia del Código Civil y Comercial) fue ampliamente conocido el caso de la orangutana Sandra, cuya aparente tristeza en el cautiverio en el zoológico de Buenos Aires motivó la presentación de un hábeas corpus. Sandra fue considerada sujeto de derechos no humano, lo cual implica reconocerle personería³². Este caso desafía las definiciones existentes puesto que, a la luz del Código Civil hoy derogado pero entonces vigente, no es una persona de existencia ideal. Si bien es de existencia visible, no es un ser humano, algo que aparentemente Vélez Sarsfield habría tenido en mente como requisito. A la luz de la nueva legislación, no es una persona humana. La pregunta es si podría ser caracterizada como una persona jurídica diferente a las que se enumeran entre las de carácter públicas o privadas o si pueden existir otro tipo de

²⁹ Ley nacional nº 26994. Código Civil y Comercial. Boletín Oficial nº 32984. 8 de octubre de 2014.

³⁰ Decreto nacional nº 191/11 (PEN). Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de códigos. Comisión. Boletín Oficial nº 32101. 28 de febrero de 2011.

³¹ Ley nacional nº 27077. Código Civil y Comercial de la Nación. Vigencia. Modificación. Boletín Oficial nº 33034. 19 de diciembre de 2014.

³² Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Argentina, Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ Hábeas Corpus. 18 de diciembre de 2014.

personas que no sean humanas ni jurídicas. En ese marco, en Colombia, dos ríos han obtenido el estatus de sujetos de derecho ecocéntricos (el río Atrato, en 2016 y el río Cauca en 2019³³). En Argentina no hay ejemplos de este tipo aún.

Otro caso que ha resultado problemático y que, en la actualidad pareciera no dejar dudas, es el del estatus jurídico de los cadáveres. En el año 1881, tras el robo del cadáver de la Sra. Dorrego del cementerio de la Recoleta (Buenos Aires) y pedido de una suma de rescate a los familiares se generó el interrogante respecto de si la acción de los delincuentes era un secuestro extorsivo o no dado que la presunta víctima ya no era una persona viva. La pregunta es si existen las personas muertas. En lo penal, tras la reforma del Código, un caso como este es un delito contra la propiedad y, por lo tanto, al día de hoy un cadáver es una cosa. No obstante, cabe destacar que han existido diferentes debates a nivel teórico³⁴.

Si bien la personería de las personas jurídicas —valga la redundancia— no es cuestionada, sí existen diferentes inconvenientes a la hora de determinar los alcances de sus acciones y, por lo tanto, sus derechos y obligaciones. Por un lado, se discute su aptitud para ser titulares de derechos fundamentales. Por ejemplo, en el sistema interamericano esta titularidad se encuentra negada, con excepción de las comunidades indígenas y, en algunos casos excepcionales, los sindicatos de trabajadores que, más que titulares, son entidades que pueden reclamar en nombre de sus representados. Por otro lado, la discusión se ha centrado en la posibilidad de que las personas jurídicas cometan o no delitos penales. Hasta el año 2017, esto no era posible. En la materia, fue conocido el voto en disidencia de Zaffaroni en el caso "Fly Machine"³⁵ que defiende que los crímenes solo requieren una conducta humana como exigencia mínima. Sin embargo, desde diciembre de 2017, tras la sanción de la ley 27401, las personas jurídicas pueden ser responsables penalmente por delitos de corrupción contra la administración pública³⁶.

En otro orden de ideas, paulatinamente crece la preocupación por la regulación de la inteligencia artificial. En Japón, el caso de Michihito Matsuda ha puesto en escena el vínculo entre la tecnología y una posible personería. Este robot no pudo postularse a elecciones por no ser una persona humana (que es una de las exigencias legales para ser candidato). No obstante, un individuo humano se postuló formalmente para alcalde, pero su campaña se basó en dejar el gobierno en manos del robot en cuestión. Las imágenes de los afiches eran del robot. Esta propuesta obtuvo el tercer lugar en cantidad de votos. En el ámbito de la Unión Europea, la resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, recomienda crear una personalidad para robots que puedan tener cierta autonomía en la toma de decisiones³⁷. En el ámbito argentino, aún no existen experiencias de este tipo³⁸.

³³ Corte Constitucional, Colombia, Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016 y Superior Tribunal de Medellín, Colombia, Castro Córdoba, Juan Luis y Ochoa, Diego Hernán David c/ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros s/ Acción de tutela, 17 de junio de 2019.

³⁴ Una revisión de las diferentes posturas y el tratamiento actual en la legislación argentina puede encontrarse en GUZMÁN LOZANO, J. A. (2018). La naturaleza jurídica del cadáver. Revisión y tendencia. *Prudentia Iuris*. Nro. 86.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, "Fly Machine s/ recurso extraordinario", 30 de mayo de 2016.

³⁶ Ley nacional n° 27401. Responsabilidad penal. Boletín Oficial n° 33763. 1 de diciembre de 2017.

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica

³⁸ Un análisis respecto de la consideración o no de la inteligencia artificial como persona puede verse en Muñiz. Allí el autor hace una comparación con las personas jurídicas y los animales para concluir en una perspectiva humanista. Cfr. MUÑIZ, C. "Para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los robots del mundo que quieran habitar el suelo argentino". ¿Puede la inteligencia artificial ser sujeto de derecho? *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018.

Finalmente, pero no menos importante, los cuestionamientos al concepto jurídico de persona en la Argentina han ocupado el centro de la escena con los debates legislativos por la despenalización y legalización del aborto³⁹. Relacionado con este tema, también se ha presentado recientemente un proyecto para regular, en el marco del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, el uso de embriones no implantados⁴⁰. Este último tópico conlleva discutir cuál es el momento de la concepción y también si estos embriones son meras cosas o revisten un estatus especial y, en todo caso, en qué consiste este último. Como puede vislumbrarse, la definición de qué es una persona y qué puede regular el derecho es la base para la toma de posición en estos debates.

5. Consideraciones finales

La pregunta inicial de este trabajo fue qué enseña la metáfora de la máscara en el campo del derecho en el ordenamiento jurídico argentino. La mención de "persona" implica el ejercicio de roles sociales que acarrear consecuencias jurídicas. La metáfora permite comprender algo a partir de trasladar características de otro fenómeno. En este caso, la metáfora de "persona" hace hincapié en la percepción de un individuo y en cómo este se hace presente en el escenario jurídico, a través de qué imagen el derecho lo recepta. El problema es que dos interpretaciones son factibles. Por un lado, alguien es persona en cuanto se le imputan derechos y obligaciones. Por lo tanto, no existe una ontología sustantiva que preste atención a un ser detrás de las normas. Solo importa el centro de imputación normativa. Por el otro, la metáfora de la máscara también puede enseñar que el actor existe y que el derecho se fija en él en relación con los roles que ejecuta. En parte, esto puede ocurrir con el fin de proveer mejores tutelas, como suele ocurrir, por ejemplo, con los derechos de los consumidores, los derechos de los trabajadores, el cupo femenino en el ámbito político, la regulación en materia de niñez y adolescencia, etc. Se trata de distinguir, de concentrarse en solo un aspecto, una apariencia con el fin de tutelar de manera más efectiva, pero ello no implica negar una esencia detrás de dichos roles. Más bien, requiere lo contrario.

En el marco de la protección más efectiva, cabe prestar atención a cómo se utiliza el término "persona" ya que es usual que se esgrima con el fin no solo de describir quién tiene derechos y obligaciones sino para prescribir el respeto de los derechos. En la historia argentina, el uso ha sido variable. En el curso de las tres etapas comentadas podemos notar que, inicialmente, no fue un concepto relevante en la práctica jurídica, aunque sí existían claramente sujetos de derecho. La segunda y la tercera etapa cuentan con una presencia del concepto jurídico de persona, pero se diferencian respecto de la concepción. Mientras una presenta un vocabulario técnico y centrado en la creación normativa, la otra se combina con el lenguaje común y acentúa en la esencia humana.

La diacronía del concepto en el ordenamiento jurídico argentino muestra que si no existe una referencia sustantiva fuerte a la esencia humana que brinde un criterio para atribuir derechos y obligaciones, cualquier resultado es posible: la esclavitud, la sumisión de los indígenas solo por ser tales, la negación de derechos en función de las relaciones internacionales entre Estados, etc. Por el contrario, si la definición involucra al ser humano, las distinciones por estatus siguen siendo posibles, pero no deberían operar en perjuicio de los individuos sino en función de optimizar la concreción de derechos. Si por reconocer que alguien o algo es persona se espera un trato especial, un contenido que el derecho positivo no puede avasallar ni desvirtuar, entonces, el uso del término no es solo jurídico sino también moral.

³⁹ La ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo fue sancionada mediante ley nacional 27610 el día 30 de diciembre de 2020 y entró en vigencia en enero de 2021. Ley nacional n° 27610. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Boletín Oficial 15 de enero de 2021.

⁴⁰ Cámara de Diputados, Congreso de la Nación Argentina, Proyecto de ley "Protección de embriones no implantados. Régimen". Expte 1541-D-2019. 5 de abril de 2019.

En otro orden de ideas, la pregunta sobre la dimensión pedagógica de la metáfora abre un camino problemático a recorrer a la hora de señalar quiénes pueden y hasta dónde pueden utilizar esta máscara para aparecer en la escena jurídica. La casuística muestra que la cuestión es compleja y de difícil solución. En general, los reclamos para reconocer personería a los animales no humanos o a los recursos naturales ha tenido un fundamento moral. Ello explicita que el concepto de persona no puede definirse solo por lo que el derecho positivo ya reconoce, sino que existe al menos un vínculo con las expectativas morales.

Como puede notarse, dar cuenta de manera definitiva de qué implica la metáfora de persona en el ordenamiento argentino es una tarea quizás imposible. No obstante, intentar responder a esta pregunta aporta reflexiones que muestran que el derecho difícilmente pueda replegarse sobre sí mismo sin recurrir al ámbito moral a la hora de pensar la práctica jurídica.

Referencias bibliográficas

- ALBERDI, J.B. *Bases y Puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1852/1998.
- BALIBAR, E. La forma nación: historia e ideología. Balibar, E. y Wallerstein, I. *Raza, Nación y clase*. Madrid: IEPALA, 1991.
- BOBBIO, N. *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara, 1991.
- CANTERA, C. *Déspotas, invasores, usurpadores y anarquistas. Representaciones rioplatenses de los 'otros': enemigos y extranjeros durante las primeras décadas del siglo XIX*. Bahía Blanca: EdiUNS, 2016.
- CANTERA, C. Representaciones de los afro-descendientes en Argentina. El proceso abolicionista y la permanencia de estereotipos. Miranda, L.R. y Lell, H.M. (eds.). *Persona, cuerpo y discursos. Aportes interdisciplinarios sobre un concepto variable*. Olejnik editores, 2021, pp. 83-100.
- COROMINAS, J. *Persona. Diccionario Crítico Etimológico Castellano e hispánico*. MERE. Con la colaboración de J. A. Pascual. Madrid: Gredos, 1981.
- DUMONT, J. *El amanecer de los derechos del hombre: La controversia de Valladolid*. Madrid: Ediciones Encuentro, 2011.
- FRANCE. CONSULAT (Buenos Aires, Argentina). Oficio del Cónsul encargado interinamente del Consulado General de Francia e Buenos Aires al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores de la Confederación Argentina, reclamando a nombre del derecho de gentes, para que los franceses, que pública y notoriamente se hallan establecidos en la República con los mismos goce de libertades civiles que los ciudadanos argentinos, no sean considerados como domiciliarios del lugar en donde están establecidos. Contestación del Sr. Ministro, y otros documentos relativos al mismo asunto. Buenos Aires: Imprenta del Estado, 1838.
- FREITAS, A.T. de. *Código Civil-Esboço*. Brasília: Ministério da Justiça, 1952.
- GOMES, M. La presencia negroafricana en la Argentina. Pasado y permanencia. *Bibliopress*. Boletín digital de la Biblioteca del Congreso de la Nación. Nro. 2, Homenaje a la negritud, 1970.
- GUZMÁN LOZANO, J. A. La naturaleza jurídica del cadáver. Revisión y tendencia. *Prudentia Iuris*. 2018, Nro. 86.
- KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de R. Vernengo. México: FCE, 1982.
- LAKOFF, G. y JOHNSON, M.. *Metáforas de la vida cotidiana*. Madrid: Cátedra, 1991.
- LAMBRE, T. (coord.). *El redactor de la Asamblea del año XIII*, Buenos Aires, Del nuevo Extremo, 2010.
- MORALES ZÚÑIGA, H. "Estatus moral y el concepto de persona". *Problemas actuales de la filosofía jurídica*. Santiago: Librotecnia, 2015.
- MUÑIZ, C. "Para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los robots del mundo que quieran habitar el suelo argentino". ¿Puede la inteligencia artificial ser sujeto de derecho? *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018.

- NINO, C.S. "La conexión conceptual entre el derecho y la moral". *Derecho, moral y política*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1994, pp. 21-46.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Persona". *Diccionario de la Real Academia Española*. 23º ed., 2014. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z>
- RIBAS ALBA, J. M. (2012) *Persona: desde el derecho romano a la teología cristiana*. 2º ed. Comares: Granada.
- SALVATTO, F. y BANZATO, G. Poderes locales y gobierno central ante el cambio de régimen en Buenos Aires: Cartas de ciudadanía, cargos públicos y práctica de oficios, 1812-1815. VII Jornadas de Historia y Cultura de América. La construcción de las independencias: Documentos, actores y representaciones. 25 al 26 de Julio de 2013, Montevideo. Disponible en http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.7751/pr.7751.pdf
- SARMIENTO, D.F. *Facundo. Civilización y barbarie*. Buenos Aires: Hyspamérica, 1874/1982.
- VEYNE, P. *Les Grecs ont-ils cru à leur mythes?* Editions de Seuil, 1983
- YAO, J.A. "Negros en Argentina: integración e identidad" *Amnis*, Nro. 2, 2002. Consultado el 10/09/2019

Fuentes históricas referenciadas

- Circular de la Junta Provisional Gubernativa de la Capital de Buenos Aires exigiendo la ciudadanía para ejercer empleos (3 de diciembre de 1810. Gaceta nº 27) en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 551-557.
- Reglamento Orgánico (22 de octubre de 1811) en *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811-1898)*. Publicado por el Instituto de Historia Argentina "Dr. Emilio Ravignani" (Facultad de Filosofía y Letras, UBA); pp. 16 y ss.
- Estatuto provisional del Gobierno superior de las Provincias Unidas del Río de La Plata a nombre del Señor D. Fernando VII, seguido de los decretos de seguridad individual y libertad de imprenta (los decretos son de fechas 26 de octubre y 23 de noviembre de 1811, respectivamente) *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas (1811-1898)*. Publicado por el Instituto de Historia Argentina "Dr. Emilio Ravignani" (Facultad de Filosofía y Letras, UBA); pp. 28 y ss.
- Decreto de convocatoria a la Asamblea fechado el 24 de octubre de 1812. En Lorenzo, Celso. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo II. Rosario, UNR, 2004; pp. 78-82.
- Estatuto Provisional de 1815 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 597-618
- Reglamento Provisional de 1817 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 618-640.
- Constitución Nacional de 1819 en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 640-649.
- Tratado con Inglaterra sobre amistad, comercio y navegación entre los Gobiernos de las Provincias Unidas y de Su Majestad Británica (2 de agosto de 1825) en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 588-592.
- Constitución de 1826. en Galletti, A. *Historia Constitucional Argentina*. Tomo 1. La Plata: Platense, 1987; pp. 649-661.

Normativa referenciada

- Ley nacional nº 4144. Extranjeros. Radicación de Extranjeros. Boletín Oficial nº 2751. 25 de noviembre de 1902.
- Ley nacional nº 7029. Admisión y permanencia de extranjeros. Boletín Oficial nº 4969. 8 de julio de 1910

Ley nacional nº 340. Código Civil.

Ley nacional nº 26994. Código Civil y Comercial. Boletín Oficial nº 32984. 8 de octubre de 2014.

Ley nacional nº 27077. Código Civil y Comercial de la Nación. Vigencia. Modificación. Boletín Oficial nº 33034. 19 de diciembre de 2014.

Ley nacional nº 27401. Responsabilidad penal. Boletín Oficial nº 33763. 1 de diciembre de 2017.

Ley nacional nº 27610. Interrupción Voluntaria del Embarazo. Boletín Oficial 15 de enero de 2021.

Decreto nacional nº 191/11 (PEN). Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de códigos. Comisión. Boletín Oficial nº 32101. 28 de febrero de 2011.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica

Jurisprudencia referenciada

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Argentina, Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ Hábeas Corpus. 18 de diciembre de 2014.

Corte Constitucional, Colombia, Sentencia T-622/16, 10 de noviembre de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, "Fly Machine s/ recurso extraordinario", 30 de mayo de 2016.

Corte Suprema de la Justicia de la Nación, Argentina, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas, 1 de diciembre de 2017.

Superior Tribunal de Medellín, Colombia, Castro Córdoba, Juan Luis y Ochoa, Diego Hernán David c/ Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, EPM, Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y otros s/ Acción de tutela, 17 de junio de 2019.

Proyecto de ley referenciados

Cámara de Diputados, Congreso de la Nación Argentina, Proyecto de ley "Protección de embriones no implantados. Régimen". Expte 1541-D-2019. 5 de abril de 2019.

Estado de vigilância Surveillance state

José Adércio Leite Sampaio¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Christiane Costa Assis²

Universidade do Estado de Minas Gerais

Sumário: 1. Introdução. 2. A hipervigilância como traço da sociedade digital. 3. Vigilância e securitização. 4. A vigilância massiva em exemplos. 5. Vigilância em massa – A situação no Brasil. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo: A “revolução” da tecnologia da informação tem produzido reflexos em todos os domínios da existência humana. Prenuncia-se a emergência de uma nova sociedade do mundo digital e pós-alfabético. As ambivalências desse prenúncio e sociedade ainda não foram adequadamente compreendidas pela epistemologia, menos ainda pelo Direito. Na novidade o que se tem de certo é o velho instrumento de controle: a vigilância. A economia é cada vez mais uma economia de vigilância. O Estado, antigo protagonista da técnica de vigia, é cada vez mais também um Estado de vigilância. As comodidades da vida são o argumento da economia. A “pax social”, a promessa desse velho novo Estado. O constitucionalismo da Modernidade e suas garantias parecem uma arqueologia da política e do Direito. Em seu lugar, instaura-se um constitucionalismo da concórdia civil, em última instância, do mercado.

Palavras-chave: Estado de vigilância; Sociedade digital; Constitucionalismo digital; Big data; Informação.

Abstract: The “revolution” of information technology has had repercussions in all areas of human existence. The emergence of a new society in the digital and post-alphabetic world. The ambivalences of this foreshadowing and society have not yet been properly understood by epistemology, still less by law. In the novelty, what is certain is the old instrument of control: surveillance. The economy is increasingly an economy of surveillance. The State, the former protagonist of the watching technique, is also increasingly a State of surveillance. The comforts of life are the case for economics. The “pax social”, the promise of this old new state. The constitutionalism of Modernity and its guarantees seem like an archeology of politics and law. In their place, a constitutionalism of civil concord, ultimately, of the market, is established.

¹ Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara. Procurador da República.

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais.

Keywords: State of surveillance; Digital society; Digital Constitutionalism; Big data; Information.

1. Introdução

O desenvolvimento da tecnologia de informação tem causado uma série de transformações no diversos domínios de existência e reprodução humana. As pessoas nunca estiveram tão conectadas umas com as outras, mas, paradoxalmente, tão distantes. O próprio conceito de distância pode vencer o paradoxo. Do ponto de vista virtual, nunca existiu tanta proximidade como hoje nem faltam os afetos entre os que vivem a milhares de quilômetros de distância física. Distâncias físicas evaporadas por monitores eletrônicos; afetos expressos em símbolos como “emojis” que parecem expressar um retorno à linguagem pictórica. A economia se torna cada vez um território de algoritmos e de dados, num outro tipo de mineração e de comércio que se alia à política, a velha política de Estado, que, na busca de prevenir os novos (velhos) inimigos sociais, os criminosos e o terrorismo, esforça-se por intensificar seus olhos e ouvidos. O controle do mercado e o controle social se tornam, no mundo virtual, sócios do mesmo projeto, às vezes com interesses iguais; às vezes com interesses distintos.

Parece haver uma emergência de um novo tipo de cultura, de um novo tipo de economia, de um novo tipo de sociedade, de um novo tipo de política. Se for isso verdade e não ilusão da ótica do contemporâneo que não enxerga bem o real e menos ainda o virtual, por seu cristalino cognitivo já dá sinais de catarata, os aparatos epistemológicos e as formas de lidar com a realidade, por meio dos antigos símbolos, podem estar a viver sua obsolescência. Estaria havendo o alvorecer de um tempo pós-alfabético, um tempo, por assim dizer, digital? Se, de novo, assim for, quais os efeitos para os sistemas regulatórios, especialmente o direito? Note-se que, do pouco que foi dito, no esforço de estimular à leitura do que se segue no texto, duas coisas parecem seguir a velha lógica: o mercado e o Estado. A técnica que se mencionou, a vigilância, tradicionalmente foi uma ferramenta usual de controle do Estado, tendo sido mais recentemente apropriada pelo mercado de modo central. O Estado e o capitalismo se valem da vigilância para seus fins, o controle da sociedade e o controle do mercado. Esses elementos do velho mundo invadem os novos horizontes, abrindo, de modo intencional ou de rebote, as clareiras de compreensão. É preciso tentar entender o que está acontecendo, ainda que com o cristalino embaçado.

As estruturas constitucionais e seus sistemas de garantias podem estar sendo corroídos de dentro, pelo Estado que, numa leitura termidoriana da histórica, autolimitou-se para deixar que as autonomias se pudessem expressar na esfera privada, principalmente, no mercado. E, pelo mercado, na exteriorização de uma intenção antes deliberadamente latente de moldar, controlando com o Estado, a sociedade. Os sinais são ambíguos sobre a emergência de um novo digital, teoria, práxis, teoria em práxis, práxis em teoria.

O presente artigo busca, na revisão da bibliografia sobre o tema, discutir o suposto fenômeno da “mutação digital”, identificando, mais por dedução do que por indução, talvez um vezo de uma episteme caduca, os traços que a caracterizam. O leitor notará que se faz uma associação entre o novo e o velho, esse binômio complicado, como espelho imperfeito do virtual e do analógico, do digital e do alfabético, com o antigo discurso de segurança ou “pax social”, garantido primeiramente pela vigilância. E esse realmente é o novo de novo, não no sentido da recauchutagem, a não ser do pretexto ou justificativa, mas de sua hiperpotencialização pelas tecnologias da informação. A estrutura do artigo tenta ela mesma denunciar essa dualidade ou contradição com o debate em torno do tempo digital e suas confusões de sentido, mas que tem a hipervigilância como território mais explorado, em primeiro lugar, pelo mercado, e em seguida pelo Estado. Uma sequência de sentidos e não uma cronologia de intenções. Após a discussão, tenta-

se a relevar o que se encontra expresso no debate e subentendido na prática: uma vigilância estatal massiva. O abuso da dicotomia novo/velho serve de alerta para que se tente, ao menos, tente-se imaginar em que lugar se situam as “velhas” ferramentas e os “antigos” institutos que, por meio do direito, especialmente, constitucional tentavam por freios ao Estado e ao mercado.

2. A hipervigilância como traço da sociedade digital

Os indivíduos vivem sob intensa vigilância, pretensamente para sua comodidade e seus projetos de felicidade. A hipervigilância é, sobretudo, uma “datavigilância” ou, por tributo à sua cunhagem original, uma “dataveillance”^{3;4}. Querem-se os dados que estão no histórico ou no armazenamento dos dispositivos eletrônicos, mas que também trafegam entre eles ou se alojam nas nuvens; alguns que são postos à disposição em perfis de redes sociais como ofertas (ou “dados”)⁵ ou capturados pelos diversos instrumentos de coletas e monitoramento, visíveis ou clandestinos, legais ou não, de imagens, vídeos, sons, fichários, registros⁶. Dados e metadados⁷. A datavigilância combina o mundo dos negócios com os interesses de Estados e governos, se é que se pode separar tão claramente os dois domínios. O capitalismo, na sua ânsia e ambição de “construir” o(s) futuro(s) e dele(s) se apropriar⁸, migrou para o mundo digital.

As poderosas empresas “.com” e “de plataformas” estão entre as mais valiosas do mundo^{9;10;11}. Sua mercadoria principal são exatamente os dados e seus métodos, a vigilância em seus múltiplos aspectos, coleta, armazenamento, mineração, filtragem, análise, emprego e disseminação. Uma vigilância que, todavia, provoca os indivíduos a serem vigiados, recombina-os em ajustes e agrupamentos, estimulando-os a interações e comportamentos individuais ou de manada^{12;13;14}. O volume de dados coligidos e tratados cresce exponencial e

³ CLARKE, R. A.. “Information, Technology and Dataveillance”. *Communications of the ACM*, v. 37, n. 5, 1988, p. 498-512.

⁴ VAN DIJCK, J. “Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology”. *Surveillance & Society*, v. 12, n. 2, 2014, p. 197-208.

⁵ LEMOS, A.. “Cibercultura como Território Recombinante” em (Martins, C. D.; Silva, D. C.; Motta, R. Orgs.), *Territórios recombinares: arte e tecnologia - debates e laboratórios*, Instituto Sérgio Motta, São Paulo, 2007, p. 35-48.

⁶ MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data: A Revolution that Will Change How We Live, Work and Think*. John Murray, London, 2013, p. 150 e ss.

⁷ VAN DIJCK, J. “Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology”. *Surveillance & Society*, v. 12, n. 2, 2014, p. 205.

⁸ SANTOS, L. G. “A informação após a virada cibernética”, em (Santos, L. G.; Kehl, M. R.; Kucinsk, B. eds), *Revolução tecnológica, internet e socialismo*, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2003, p. 9-33.

⁹ FORBES. “The World's Most Valuable Brands”, 30/4/2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/>>. Acesso em: 3 mai. 2020.

¹⁰ STATISTA. “Brand value of the 25 most valuable brands in 2020”, 30/4/2020. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/264875/brand-value-of-the-25-most-valuable-brands/>>. Acesso em 3 mai. 2020.

¹¹ Em agosto de 2019, as dez maiores empresas de tecnologia do mundo valiam algo em torno de US\$ 5,7 trilhões. DIVINE, J., “The 10 Most Valuable Tech Companies in the World The world”, *US News*, 16/08/2019. Disponível em: <<https://money.usnews.com/investing/stock-market-news/slideshows/the-10-most-valuable-tech-companies-in-the-world>>. Acesso em: 3 mai. 2021.

¹² GILLESPIE, T. “The relevance of algorithms”, em (Gillespie, T.; Boczkowski, P. J.; Foot, K. A. Eds), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, The MIT Press, Cambridge, 2014, p. 167-194.

¹³ ROUVROY, A.; BERNIS, T. “Governamentalidade algorítmica e perspectivas da emancipação: o dispar como condição de individuação pela relação?”, *Revista Eco-Pós*, v. 18 (Tecnologia e Vigilância), n. 2, 2015, p. 40-41.

¹⁴ As técnicas nem precisam de tanta sofisticação e estão incorporadas no cotidiano dos usuários da internet. “APIs” e “feed” permitem que conteúdos publicados pelos indivíduos

continuamente, e em altíssima velocidade, podendo ser criado em tempo real¹⁵. É o tempo dos “big data” e dos dados como “commodities” ou “um novo petróleo”, todavia, renováveis^{16;17}, empregados e vendidos no rico e quase inesgotável mercado digital. A “Google” oferta em sua prateleira eletrônica, de modo ativo ou passivo, inúmeros serviços e produtos de multiusos, tanto no ambiente “online”, quanto “offline”, sendo provavelmente a maior exploradora e tratadora de informações obtidas na rede mundial de computadores¹⁸. Há um bilionário mercado de “intermediários de dados” ou “data brokers”, como a Acxiom (LiveRamp), a CoreLogic, a Datalogix, a Epsilon e a Experian (e seu braço no Brasil, a Serasa

sejam coletados automaticamente. Programas como “Radian6”, “Scup” e “Brandwatch” monitoram, por filtros de palavras ou indexadores, os conteúdos públicos na web. O “Klout PeerIndex” e similares medem o grau de influência de perfis, podendo orientar tanto negócios como a política, o “engajamento” e a perseguição. SILVA, T. “Web 2.0, Vigilância e Monitoramento: entre funções pós-massivas e classificação social”, Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais, Salvador, 2011. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/tarushijio/web-20-vigilancia-e-monitoramento-entre-funcoes-posmassivas-e-classificacao-social-9661816>>

¹⁵ O volume de dados digitais duplica-se a cada dois anos, o que pode ser incrementado ainda mais com novos sistemas de armazenamento “International Data Corporation (IDC)”. SAMPAIO, A. C. *Data brokers: um novo modelo de negócios baseado em vigilância de dados*, Dissertação de Mestrado. Campinas: Unicamp, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322483/1/Sampaio_AliceCastaldi_M.pdf>. Acesso em 20 abr. 2021, p. 22.

¹⁶ HIRSCH, D. D., “The glass house effect: Big Data, the new oil, and the power of analogy”. *Maine La Review*, v. 66, 2013, p. 373-395.

¹⁷ Os big data são caracterizados ainda pela (a) diversidade, a incluir os ditos dados “estruturados”, disponíveis ao armazenamento; os “semiestruturados”, como os “sms”; e “não estruturados” ou “sujos”, na pluralidade de arquivos de texto, de áudios, imagem e vídeos coletados; (b) exaustividade em seu alcance, tanto em sentido objetivo – dos dados em si –, quanto subjetivamente – dos seus produtores, buscando capturar populações ou sistemas inteiros; (c) refinabilidade de seu conteúdo –, em busca de categorizações e individualizações; (d) relacionabilidade das informações, assim, obtidas, a envolver, prévia ou posteriormente, nexos ou relações entre os perfis e dados, gerando novas e mais refinadas associações. As técnicas de “perfilização” (“profiling”) e de “mineração” (“mining”) conseguem extrair informes e correlações não triviais, em geral, desconhecidas ou implícitas, dotados de capacidade de prever em bases probabilísticas ou mesmo estimular condutas e acontecimentos; (e) extensionalidade de seus propósitos, proporcionada pela capacidade de adaptação a novas ou incidentes demandas e a inclusão de novos domínios; e (f) escalabilidade ou exponenciabilidade de sua produção. FRAWLEY, W. J.; PIATETSKY-SHAPIO, G.; MATHEUS, C. J., “Knowledge discovery in databases: an overview”, *AAAI Magazine*, Palo Alto, v. 13, n. 3, 1992, p. 57-70; BOUNSAYTHIP, C.; RINTA-RUNSALA, E., “Overview of data mining for customer behavior modeling”, *VTT Information Technology Research Report*, v. 1, 2001, p. 1-53; RUBINSTEIN, I. S.; LEE, R. D.; SCHWARTZ, P. M., “Data mining and Internet profiling: Emerging regulatory and technological approaches”, *University of Chicago Law Review*, v. 75, 2008, p. 261-185; BRUNO, F., “Rastrear, classificar, performar”, *Ciência e cultura*, São Paulo, v. 68, n. 1, 2016, p. 34-38; MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data: A Revolution that Will Change How We Live, Work and Think*. John Murray, London, 2013, p. 19 e ss.; KITCHIN, R., “Big Data, new epistemologies and paradigm shifts”, *Big Data & Society*, [S.l.], 2014, p. 1-22. Disponível em: <<http://bds.sagepub.com/content/1/1/2053951714528481>>. Acesso em: 1º jul. 2016; SAMPAIO, A. C. *Data brokers: um novo modelo de negócios baseado em vigilância de dados*, Dissertação de Mestrado. Campinas: Unicamp, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322483/1/Sampaio_AliceCastaldi_M.pdf>. Acesso em 20 abr. 2021, p. 24.

¹⁸ ZUBOFF, S., “Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization”, *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015, p. 75-89. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1057/jit.2015.5>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

Experian), em que se negocia uma gigantesca base de dados coligida da internet e de fontes secundárias, com ou sem o conhecimento dos usuários e titulares^{19;20;21}.

O Estado também possui e desenvolve seu aparato tecnológico, de modo a capturar, tratar e usar os "big data", procurando imprimir a seu trabalho a desenvoltura das empresas privadas, embora seja mais comum buscar com elas a cooperação, em vez da competição. As empresas a ela se submetem por pressão ou conveniência^{22;23;24}. A "National Security Agency – NSA" estadunidense, por exemplo, tem estreita relação com diversas delas, incluindo a AT&T, Google, Yahoo e Microsoft^{25;26;27}. Vê-se no quadro dessa combinação que o mundo da "dataficação" é um território de controle e fora de controle. A assimetria de informação que domina nesse mundo transfere o poder dos titulares dos dados para os controladores, privados e públicos^{28;29}. Capitalismo e vigilância, Estado e mercado se autodefinem

¹⁹ RODERICK, L., "Discipline and power in the digital age: The case of the US consumer data broker industry", *Critical Sociology*, v. 40, n. 5, 2014, p. 729-746.

²⁰ ZUBOFF, S., *Google as a Fortune Teller: the secrets of surveillance capitalism*. *Frankfurter Allgemeine*, 2016. Disponível em: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshana-zuboff-secrets-of-surveillance-capitalism-14103616.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

²¹ Segundo a própria Acxiom, ele teria informações de cerca de 10% da população mundial. Em 2010, ela teria adquirido a brasileira "GoDigital". Essas intermediárias violam direitos e podem trazer sérios riscos à democracia. A interferência da Cambridge Analytica nas eleições presidenciais dos Estados Unidos e no "Brexit" britânico só foi possível pelos dados de que dispunha. De acordo com ela mesma, havia em seus arquivos os perfis psicológicos de 220 milhões de cidadãos norte-americanos. DOMENICO, T., *Big Data and the Computable Society: Algorithms and People in the Digital World*, World Scientific, New Jersey, 2019, p. 59; BUSINESSWIRE, *Acxiom Expands into South America with Acquisition of GoDigital*, 12/05/2010. Disponível em:

<<https://www.businesswire.com/news/home/20100512006274/en/Acxiom-Expands-South-America-Acquisition-GoDigital>>. Acesso em: 11 abr. 2021; KRISHNAN V, G., "Aadhaar in the hand of spies Big Data, global surveillance state and the identity project", *Fountain Ink Magazine*, 03/06/2017. Disponível em: <<https://fountainink.in/reportage/aadhaar-in-the-hand-of-spies->>. Acesso em: 11 mar. 2021; WARD, K., "Social networks, the 2016 US presidential election, and Kantian ethics: applying the categorical imperative to Cambridge Analytica's behavioral microtargeting", *Journal of media ethics*, v. 33, n. 3, 2018, p. 133-148.

²² SUSKIND, R., *One Percent Doctrine: Deep Inside America's Pursuit of Its Enemies Since 9/11*, Simon and Schuster, New York, 2006, p. 35.

²³ MICHAELS, J. D. "All the President's Spies: Private-Public Intelligence Partnerships in the War on Terror", *California Law Review*, v. 96, 2008, p. 914-915.

²⁴ A atitude das empresas de plataformas em relação aos órgãos estatais é ambivalente. Quando lhes convém, requerem adoção de políticas públicas e leis. Outras vezes, queixam-se do excesso de regulamentação, reivindicando a efetividade da autorregulação. BROWN, B.; CHUI, M.; MANYIKA, J., "Are you ready for the era of 'big data'?", *Trend Report McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data#>>. Acesso em: 11 fev. 2021; SCHMIDT, E.; COHEN, J., *The New Digital Age. Reshaping the Future of People, Nations and Business*, Knopf, New York, 2013; VAN DIJCK, J., "Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology". *Surveillance & Society*, v. 12, n. 2, 2014, p. 205.

²⁵ BAGLEY, A. W., "Don't be evil: The Fourth Amendment in the age of Google, national security, and digital papers and effects", *Albany Law Journal of Science & Technology*, v. 21, 2011, p. 153-191.

²⁶ KOSCIEJEW, M., "The Individual and Big Data", *Felicitier*, v. 59, n. 6, 2013, p. 32-35, Disponível em: <<https://www.highbeam.com/doc/1P3-3158119951.html>>. Acesso em: 15 mar 2020.

²⁷ VAN DIJCK, J., "Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology", *Surveillance & Society*, v. 12, n. 2, 2014, p. 205-206.

²⁸ SCHNEIER, B., "Metadata = Surveillance", *IEEE Security & Privacy*, v. 12, n. 12, 2014, p. 84. Disponível em: <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6798571>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁹ ZUBOFF, S., "Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization", *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015, p. 75-89. Disponível em:

no ambiente de uma cultura que, epistêmica e praticamente, promove por diversos giros, sendo também por eles promovidos. O “giro matemático” ou “numérico”, a contagiar com racionalidade matemática a visão de mundo e as ciências sociais, a lógica, a filosofia da linguagem³⁰, e o próprio direito³¹. Ou o correlato “giro computacional”, especialmente das humanidade, seduzidas pelas técnicas e metodologias da ciência da computação, a valer-se da multiplicidade de fontes e dados, seu tratamento, sua mineração e seu gerenciamento, para entender-se a si e ao mundo, numa imbricada “datificação” do saber e da cultura³². Além de um “giro pós-humano”, que abandona a ilusão da descontinuidade do humano com o seu meio (em seu viés ecocêntrico)^{33;34;35;36}, e com as máquinas que fabrica (viés cibernético e transhumanista)^{37;38}.

O “giro normogênico” tem moldado os sistemas regulatórios em direção de uma diversidade de fontes supra e infraestatais, caracterizadas por normativas fluidas, tanto estatais, quanto decorrentes de autorregulações privadas, na maioria dos casos, dominadas pela lógica de indicadores econométricos de eficiência³⁹. A Constituição jurídico-política há de ser, nesse ambiente, um ordenamento polimorfo, a resultar mais dos experimentos sociais e do sentido da frustração de validade (ou de vigência) de expectativas de direitos, mesmo, fundamentais⁴⁰. Seu papel seria ordenar o quanto possível essa “governança mista” público-privada^{41;42}, sendo, paradoxalmente, dela emergida ou, menos paradoxal, a ela se adaptando continuamente, por ser, ao fim, resultado de “constituições civis”⁴³. É dizer que,

<<http://link.springer.com/article/10.1057/jit.2015.5>>. Acesso em: 25 abr. 2021, p. 73; p. 83 e ss.

³⁰ BOCHNER, S., “Mathematical reflections”, *The American Mathematical Monthly*, v. 81, n. 8, 1974, p. 827-852.

³¹ AMARILES, D. R. “The mathematical turn: l’indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale”, en (Fryman, B.; Van Waeyenberge, A. Dir.). *Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume au rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 193-234.

³² HALL, G., “Towards a post-digital humanities: cultural analytics and the computational turn to data-driven scholarship”, *American Literature*, v. 85, n. 4, 2013, p. 781-809.

³³ CHAGANI, F., “Critical political ecology and the seductions of posthumanism”, *Journal of Political Ecology*, v. 21, n. 1, 2014, p. 424-436.

³⁴ BRAIDOTTI, R., “Posthuman critical theory”, en (Banerji, D.; Paranjape, M. R. Eds). *Critical posthumanism and planetary futures*, Springer, New Delhi; San Francisco, 2016, p. 13-32.

³⁵ CHAGANI, F., “Critical political ecology and the seductions of posthumanism”, *Journal of Political Ecology*, v. 21, n. 1, 2014, p. 424-436.

³⁶ BRAIDOTTI, R., “Posthuman critical theory”, en (Banerji, D.; Paranjape, M. R. Eds). *Critical posthumanism and planetary futures*, Springer, New Delhi; San Francisco, 2016, p. 13-32.

³⁷ MAZLISH, B., *The Fourth Discontinuity The Co-Evolution of Humans and Machines*, Yale University Press, New Haven, 1995.

³⁸ HUXLEY, J., “Transhumanism”, *Ethics in Progress*, v. 6, n. 1, 2015, p. 12-16; JAUVERT, V. “Cooment la France écoute (aussi) le monde”, *L’Obs*, juillet 2015. Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>>. Acesso em 14 abr. 2020.

³⁹ Há quem chame a essa reviravolta de “giro empresarial” ou “do governo à governança”. MORAIS, J. L. B., “O fim da geografia institucional do estado. A “crise” do estado de direito”, en “Oliveira, C. M. Org), *Novos direitos: a interdisciplinaridade do direito na sociedade contemporânea*, CPOI/UFSCar, São Carlos, 2017, p. 21.

⁴⁰ TEUBNER, G., *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 231.

⁴¹ FITZGERALD, B., “Software as discourse? A constitutionalism for information society”, *Alternative Law Journal*, v. 24, n. 3, 1999, p. 144-149.

⁴² SUZOR, N. P., *Digital constitutionalism and the role of the rule of law in the governance of virtual communities*. PhD Thesis, Queensland University of Technology, 2010. Disponível em: <<https://eprints.qut.edu.au/37636/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

⁴³ TEUBNER, G., “Societal Constitutionalism; Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?” en (Joeges, C.; Sand, I. J.; Teubner, G. Eds.), *Transnational Governance and*

mesmo com ideias remanescentes do “velho” constitucionalismo de Estado, não inteiramente aceitas nem renunciáveis^{44;45}, guias da arqueologia alfabético-jurídica, a “constituição digital” seria mais produto da “maieutica” social de normogênese ou do confronto ou das sínteses de regulação dos diversos segmentos da sociedade^{46;47}. Tudo a somar-se (e, talvez, resumir-se) num “giro digital”, a compreender-se como uma “ratio” e mente pós-analógicas e mesmo pós-alfabéticas^{48;49}. A tecnologia e cultura do hipertexto^{50;51} produziram uma ruptura que se move a tornar obsoletas a mente alfabética e as ferramentas que a modernidade construiu para tentar conhecer, ordenar e mesmo comandar o mundo⁵².

A queda da razão alfabética teria tornado o mundo ilegível ou incompreensível, criando um caos cognitivo e de discernimento sobre a verdade, a correção e a estética. O direito e sua arquitetura institucional e retórica não acharam ainda seu lugar⁵³. Não se sabe se em decorrência da transição ainda entre o analógico pleno e o digital completo⁵⁴, certo é que foram aumentadas as incertezas e os riscos⁵⁵, gerando um campo propício ao discurso securitário, sobretudo, pelo Estado⁵⁶. A paz que abençoa, por seu turno, o mercado.

3. Vigilância e securitização

A vigilância encontra na hiperconectividade a ampliação de seus velhos poderes de controle social, com a reprodução do medo generalizado⁵⁷, mas também do “personal fear”, o medo individualizado ou direcionado. Os algoritmos, essas ferramentas poderosas do mundo e tempo digitais, são capazes de, com um número relativamente pequeno de informações e rastros eletrônicos, identificar que tipo de temor ou de ameaça mais sensibiliza ou (i)mobiliza os indivíduos, bombardeando-o

Constitutionalism. International Studies in the Theory of Private Law, Hart, Oxford; Portland, 2004, p. 3-28.

⁴⁴ RODOTÀ, S., “Una Costituzione per Internet?”, *Politica del diritto*, v. 3, 2010, p. 337-351.

⁴⁵ ZICCHITTU, P., “I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti”, *Liber per Amicorum Pasquale Costanzo*, 5/3/ 2020. Disponível em: <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/zicchittu_scrittiCostanzo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁴⁶ KARAVAS, V., “Governance of Virtual Worlds and the Quest for a Digital Constitution” en (Graber, C. B.; Burri-Nenova, M. Eds), *Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity Transdisciplinary Enquiries*, E. Elgar, Cheltenham, 2010, p. 167-168.

⁴⁷ O grande problema é que nem a internet como um todo nem os algoritmos ou as plataformas são neutras, como se tentou demonstrar no texto. GILLESPIE, T., “The relevance of algorithms”, en (Gillespie, T.; Boczkowski, P. J.; Foot, K. A. Eds.), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, The MIT Press, Cambridge, 2014, p. 167-194.

⁴⁸ WESTERA, W., *The digital turn: How the internet transforms our existence*, AuthorHouse, Bloomington, 2012.

⁴⁹ RICCIARDI, M., “La Costituzione del digitale”, *DigitCult*, v. 3, n. 3, 2018, p. 41-60.

⁵⁰ DELANY, P.; LANDOW, G. *Hypermedia and Literary Studies*, MIT Press, Cambridge, 1991.

⁵¹ LÉVY, P., *Cibercultura*, Ed. 34, São Paulo, 2000.

⁵² HAVELOCK, E. A., *The Muse Learns to Write: Reflections on Orality and Literacy from Antiquity to the Present*, Yale University Press, New Haven, 1986.

⁵³ CELESTE, E., “Digital constitutionalism: a new systematic theorization”, *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, 2019, p. 76-99.

⁵⁴ RICCIARDI, M., “La Costituzione del digitale”, *DigitCult*, v. 3, n. 3, 2018, p. 45.

⁵⁵ O’NEIL, C., *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publisher, New York, 2016, p. 161.

⁵⁶ OMAND, D., *Securing the State*, Hurst and Company, London, 2010.

⁵⁷ FUCHS, C., “Como podemos definir vigilância”, *Matrizes*, n. 1, 2011, p. 129. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/download/38311/41154#:~:text=A%20vigil%C3%A2ncia%20%C3%A9%20o%20poder,de%20ver%20sem%20ser%20visto.>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

com notícias e mensagens direcionadas^{58;59}. As subjetividades se converteram em meros objetos de manipulação privada e pública, na suposição de deterem um livre poder de decisão⁶⁰. Essa estratégia de convencimento se dá de maneira intensiva e transversal nos diversos domínios da vida. As interações sociais passam a ser induzidas pelos próprios algoritmos, de modo a tanto criarem ou estimularem direcionadamente nichos ou enclaves ideológicos, que se alimentem reciprocamente dos medos compartilhados; quanto a expandir num universo de usuários ampliados a verossimilhança dos riscos e das ameaças^{61;62}. É preciso que se proteja a segurança dos indivíduos, dos grupos, da política, da economia, da nação⁶³. A narrativa da securitização é um apelo estratégico de ativação do sistema límbico social⁶⁴. E ganha a musculatura de uma necessidade social e de um valor constitucional com a mobilização, pelo Estado, do medo e da violência simbólica⁶⁵. Hobbes nunca esteve tão em moda^{66;67}.

Esse é o campo fértil de convencimento individual e coletivo de que a hipervigilância é necessária, ordinarizando o que seria extraordinário; normalizando e rotineirizando o que seria emergencial ou exceção, justificando ações que pareceriam fora dos quadrantes jurídicos e das fronteiras da política⁶⁸. É nesse ambiente polimorfo ou atípico que se situam as legislações sobre o tema. Em geral, são diversas as fontes legais, criando-se um emaranhado de normas de complicada hierarquização. As suas enunciações costumam ser semanticamente abertas e repletas de lacunas interpretativas, deixando um amplo espaço de

⁵⁸ BUZAN, B.; WAEVER, O.; DE WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder, 1998, p. 211-212.

⁵⁹ O'NEIL, C., *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publisher, New York, 2016, p. 68 ss; p. 179 e ss.

⁶⁰ ZUBOFF, S., *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, Profile, 2019, p. 34

⁶¹ FOGG, B. J., "Creating persuasive technologies: an eight-step design process", en (Chatterjee, S. Ed) *Proceedings of the 4th international conference on persuasive technology*, Association for Computing Machinery, 2009, p. 1-6. Disponível em: <<https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/1541948.1542005>>. Acesso em: 12 mar. 2020; FOGG, B. J., "Persuasive technology: using computers to change what we think and do", *Ubiquity*, v. 3, n. 44, 2002, p. 89-120. Disponível em: <<https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/764008.763957>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

⁶² Esse, aliás, é um dos empregos mais usuais nas redes sociais de oferta de contatos e perfis que aproximem os que pensam parecido ou tenham preferências similares. BOYD, D. M.; ELLISON, N. B., "Social Access Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, n. 1, 2007. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x?scrollTo=references>>. Acesso em 11 mar. 2021, p. 02.

⁶³ PORTER, G., "Environmental security as a national security issue", *Current History*, v. 94, n. 592, 1995, p. 218-222.

⁶⁴ BUZAN, B.; WAEVER, O.; DE WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder, 1998, p. 211-212.

⁶⁵ WALT, S. M., "The renaissance of security studies", *International Studies Quarterly*, v. 35, n. 2, 1991, p. 213-214.

⁶⁶ DEBRIX, F.; BARDER, A. D. "Nothing to fear but fear: Governmentality and the biopolitical production of terror", *International Political Sociology*, v. 3, n. 4, 2009, p. 398-413.

⁶⁷ CEYHAN, A., *Surveillance as biopower*, Routledge, New York, 2012, p. 38-45.

⁶⁸ BUZAN, B.; WAEVER, O.; DE WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder, 1998, p. 211-212.

discrecionalidade ou de indefinição entre a licitude e o seu contrário^{69;70;71}. Os tribunais que as aplicam, especializados ou não, têm dificuldades práticas de compreensão dos limites de atuação, dada a sua complexidade técnica; quanto não são também envolvidos no próprio discurso de securitização e do medo^{72;73}. A ambivalência da prática, das normas e dos juízos revela a parcial substituição da lógica jurídica dos juízos assertórios do normativamente devido pelos juízos de probabilidades ou de mera possibilidade de riscos a serem mitigados, sem se dar conta dos próprios e talvez igualmente sérios riscos que cria. Nesse território de indeterminação, os próprios serviços de inteligência tentam se autoprogredir, levando junto seus instrumentos de controle⁷⁴.

É a “ratio” da digitalização que se mostra nos domínios do controle político e que não encontra ainda a resposta jurídica de um regime de contenção adequado. O pensamento jurídico “análogo” tenta se atualizar num programa de submissão quase incondicional a uma mentalidade e funcionamento que desconhece, abrindo mão de garantias que lhe parecem ultrapassadas. Em troca de nada ou muito pouco^{75;76}. São necessários momentos de rupturas, provocados por escândalos, para se ter ideia de que o “virtual” mundo digital já é realidade, que relativiza os aparelhos de proteção que o mundo autoprogredido real detinha, quando não passava mesmo de uma simples virtualidade.

4. A vigilância massiva em exemplos

As revelações de Edward Snowden sobre a extensão do monitoramento realizado, principalmente, pela Agência de Segurança Nacional (NSA) nos Estados Unidos levantaram a poeira de uma dúvida e suspeita que assombravam muitos estudiosos, estrategistas e políticos, mas que eram desdenhadas pelo direito. Havia um sistema de vigilância intensiva e de escala planetária, empreendida por um conjunto de programas de coleta, de armazenamento, de análise e ao compartilhamento de informações digitais. A pretexto de combate ao terrorismo e da defesa da segurança interna, estava-se coletando clandestinamente um grande número de informações de pessoas várias, anônimas e famosas, representações diplomáticas e instalações militares, incluindo o quartel-general da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN); empresas, autoridades e governantes, incluindo

⁶⁹ JAUVERT, V. “Comment la France écoute (aussi) le monde”, *L’Obs*, juillet 2015. Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>>. Acesso em 14 abr. 2020.

⁷⁰ MOREL, C., “Stratégie maritime – Le réseau mondial de câbles sous-marins: une toile dans la Toile”, *Revue Défense Nationale*, v. 2015/9, n. 784, 2015, p. 117-120.

⁷¹ TARROW, S., *War, states, and contention: A Comparative Historical Study*, Cornell University Press, Ithaca, 2015, p. 165-166.

⁷² BALZACQ, T., “The three faces of securitization: Political agency, audience and context”, *European journal of international relations*, v. 11, n. 2, 2005, p. 171-201.

⁷³ DIXIT, P., “Securitization and terroristization: analyzing states’ usage of the rhetoric of terrorism” em (Koch, B. Ed.) *State Terror, State Violence: Global Perspectives*, Springer, Wiesbaden, 2016, p. 31-50.

⁷⁴ CAPARINI, M., “Controlling and Overseeing Intelligence Services in Democratic States”, em (Born, H.; Caparini, M. Eds.), *Democratic Control of Intelligence Services. Containing Rogue Elephants*, Ashgate, Aldershot, 2007, p. 3-24.

⁷⁵ RODOTÀ, S., “Una Costituzione per Internet?”, *Politica del diritto*, v. 3, 2010, p. 337-351.

⁷⁶ ZICCHITTU, P., “I movimenti “antisistema” nell’agorà digitale: alcune tendenze recenti”, *Liber per Amicorum Pasquale Costanzo*, 5/3/ 2020. Disponível em: <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/zicchittu_scrittiCostanzo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

os de países como Alemanha, Brasil, França e México, além do Secretário-Geral das Nações Unidas e o Papa^{77; 78; 79}.

Os Estados Unidos da América eram centrais, mas não estavam sozinhos. Havia uma rede de parceiros, distribuídos em níveis de importância. Em primeiro plano, estava a “aliança dos cinco olhos”, composta pelos norte-americanos, australianos, canadenses, britânicos e neozelandeses, que compartilhavam suas informações de modo abrangente⁸⁰. Entre os “sócios” de segundo nível estavam países como Alemanha, Arábia Saudita, Argélia, Áustria, Bélgica, Cingapura, Coreia do Sul, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Jordânia, Noruega, Países Baixos, Paquistão, Polônia, República Tcheca, Romênia, Suécia, Tailândia, Taiwan e Turquia^{81; 82}. Muitos deles foram “vítimas” da própria vigilância norte-americana ou dos “five eyes”, o que

⁷⁷ BALL, J., “NSA monitored calls of 35 world leaders after US official handed over contacts”, *The Guardian*, 25 Out 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillance-world-leaders-calls>>. Acesso em: 27 mar 2020.

⁷⁸ GREENWALD, G., *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State*, Henry Holt and Company, New York, 2014, p. 146, 152.

⁷⁹ Em outubro de 2018, uma decisão proferida pela Corte estadunidense da FISA (“Foreign Intelligence Surveillance Court”), especializada em conceder autorizações para vigilâncias, revelou que o FBI era, nos Estados Unidos, o mais prolífico vigilante e minerador em massa de dados de nacionais ou estrangeiros legalmente estabelecidos lá. Em 2017, o FBI realizara aproximadamente 3,1 milhões de buscas relacionadas a essas pessoas, incluindo seus próprios agentes (uns aos outros), enquanto a CIA e a NSA fizeram juntas cerca de 7.500 buscas. Muitas das buscas do FBI foram ilegais, segundo a Corte. Teriam sido usados dados de vigilância em massa para investigar testemunhas e informantes em potencial que não eram suspeitos de crimes nem estavam envolvidos com atividades que ameaçassem a segurança nacional. Havia também indicativos de que estivesse usando a chamada “construção paralela” de provas, para inserir aquelas colhidas pelo programa de vigilância em massa da NSA em processos criminais. A vigilância permite que se busquem mandados apenas para legalizar a prática de obtenção de provas. ESTADOS UNIDOS. *Foreign Intelligence Surveillance Court, Memorandum Opinion and Order*, 18/10/2018. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/6464604-2018-FISC-Ruling-Shows-How-FBI-Abused-NSA-Mass.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021; NATIONAL SECURITY AGENCY – NSA. Snowden’s Papers. *NSA Strategic Partnerships*, 13/05/2014, Data de publicação. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2014/05/15/nsa-strategic-partnerships/>>. Acesso em: 22 abr. 2021; SAVAGE, C., “F.B.I. Practices for Intercepted Emails Violated 4th Amendment, Judge Ruled”, *The New York Times*, 08/10/2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/10/08/us/politics/fbi-fisa-court.html>>. Acesso em: 04 nov. 2021.

⁸⁰ NATIONAL SECURITY AGENCY – NSA. Snowden’s Papers. *FY2013 Foreign Partner Review*, 01/01/2013. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2014/06/14/fy2013-foreign-partner-review/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁸¹ NATIONAL SECURITY AGENCY – NSA. Snowden’s Papers. *FY2013 Foreign Partner Review*. 01/01/2013. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2014/06/14/fy2013-foreign-partner-review/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁸² A literatura identifica camadas de parcerias. Os “Nove Olhos” são integrados pelos “Cinco Olhos” mais a Dinamarca, França, Holanda e Noruega. Os “Quatorze Olhos” são constituídos pelos mesmos países dos “Nove Olhos”, além da Alemanha, Bélgica, Itália, Espanha e Suécia. O nome real desse grupo é “SIGINT Seniors Europe (SSEUR)”, tendo por objetivo a coordenação do intercâmbio de inteligência de sinais militares entre seus membros. BIGO, D. “Beyond national security, the emergence of a digital reason of state(s) led by transnational guilds of sensitive information: the case of the Five Eyes Plus network”, em (Wagner, B.; Kettemann, M. C.; Vieth, K. Eds). *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology Global Politics, Law and International Relations*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2019, p. 33-52.

demonstrava que o lema da NSA de “saber tudo, coletar tudo, processar tudo, explorar tudo”⁸³ não poupava nem os aliados⁸⁴.

A parceria com os Estados Unidos indicava que a vigilância intensiva era uma prática rotineira nos países, democráticos ou não. Investigações feitas, na França, revelaram que, no início de 2008, o presidente Nicolas Sarkozy autorizara a agência francesa de inteligência, a “Direction générale de la Sécurité extérieure” (DGSE), a espionar as comunicações internacionais que passavam pelos cabos submarinos que conectavam a Europa ao resto do mundo, com a ajuda da operadora de telefonia “Orange” e do grupo Alcatel-Lucent. A DGSE firmou uma série de acordos de inteligência com outros pares no exterior, assim como fez o próprio governo francês^{85;86}. Na Alemanha, a “Bundesnachrichtendienst (BND)”, a agência de inteligência alemã, coletou, armazenou e tratou metadados da internet e de comunicações telefônicas, coligidos de pessoas dentro e fora do País⁸⁷. Dois exemplos de países que criticaram publicamente a investida norte-americana e a defesa dos direitos violados dos seus cidadãos, mas que também eles, na clandestinidade, realizavam as mesmas práticas e também os violaram^{88;89}. A vítima, o algoz e o veneno se confundiam na retórica da securitização, legitimando com o apelo ao escândalo e ao esconderijo das práticas o atentado ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais⁹⁰.

Embora essas práticas tivessem sido condenadas por órgãos da União Europeia como o Conselho da União Europeia⁹¹, a Comissão Europeia de Direitos Humanos⁹² e a Comissão das Liberdades Cívicas Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu⁹³, a própria União estava envolvida em vigilâncias controversas. Em nome do controle de fronteiras, foi criada uma vasta rede de centros de controle e bancos de dados. O Sistema Europeu de Vigilância de Fronteiras (Eurosir) interliga diversos bancos de dados, como aqueles da Agência Europeia de Segurança Marítima

⁸³ NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *New Collection Posture*. 2011, Disponível em: < <https://edwardsnowden.com/2014/05/13/new-collection-posture/>>. Acesso em: 22 abr. 2020; NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *Boundless Informant. Describing mission capabilities from Metadata records*. 13/07/2012, Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2013/06/08/boundless-informant-slides/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

⁸⁴ GREENWALD, G., *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State*, Henry Holt and Company, New York, 2014.

⁸⁵ JAUVERT, V. “Cooment la France écoute (aussi) le monde”, *L'Obs*, juillet 2015. Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>>. Acesso em 14 abr. 2020.

⁸⁶ MOREL, C., “Stratégie maritime – Le réseau mondial de câbles sous-marins: une toile dans la Toile”, *Revue Défense Nationale*, v. 2015/9, n. 784, 2015, p. 117-120.

⁸⁷ SCHALLER, C., “Strategic Surveillance and Extraterritorial Basic Rights Protection: German Intelligence Law After Snowden”, *German Law Journal*, v. 19, n. 4, 2018, p. 941-980.

⁸⁸ SCHULZE, M., “Patterns of surveillance legitimization. The German discourse on the NSA scandal”, *Surveillance & Society*, v. 13, n. 2, 2015, p. 197-217.

⁸⁹ BAINÉE, O.; NICOLAS, F., “Security, Terror, and Freedom: The Dynamics of Public Opinion in the French Surveillance Debate”, *Journalism and the NSA Revelations: Privacy, Security and the Press*, Reuters Institute/IB Tauris, London, 2017 p. 91-112.

⁹⁰ SCHULZE, M., “Patterns of surveillance legitimization. The German discourse on the NSA scandal”, *Surveillance & Society*, v. 13, n. 2, 2015, p. 197-217.

⁹¹ UNIÃO EUROPEIA, *Democratic and effective oversight of national security services*, Council of Europe, Strasbourg, 2015. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680487770>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁹² UNIÃO EUROPEIA, *Surveillance by intelligence services: Fundamental rights safeguards and remedies in the EU: Mapping member states' legal frameworks (2015)*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.

⁹³ UNIÃO EUROPEIA. *Report on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs (2013/2188(INI))*, 21 February 2014. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=A7-2014-0139&type=REPORT&language=EN&redirect>>. Acesso em: 11 abr. 2020.

(EMSA), dos Centros Nacionais de Coordenação (NCCs), Frontex, e do Centro de Satélites da União Europeia (SatCen), possibilitando o intercâmbio de informações entre todos os estados membros da UE^{94;95}. O Eurosur assegura que as informações trocadas não incluem dados pessoais. Há dúvidas, todavia, pois a Frontex está vinculada ao centro de operações EU-LISA, que gerencia os três principais sistemas de tecnologia da informação que lidam com vistos, solicitações de asilo e troca de informações para garantir a segurança do espaço Schengen⁹⁶. Esses repositórios de dados armazenam informações de cerca um milhão de pessoas procuradas pela polícia, trinta e dois milhões de solicitantes de visto e mais de cinco milhões de requerentes de asilo⁹⁷.

Nota-se que são práticas típicas dos Estados autoritários ou com regimes mistos como a China e a Rússia. O método e a lógica de vigilância, ancorados no discurso securitista, estão espalhados entre, praticamente, todos os Estados, ricos, emergentes ou pobres. O que diferencia é o maior ou menor grau de sofisticação dos instrumentos jurídicos e técnicos empregados. Os escândalos se sucedem, mas as práticas continuam. A legalidade fluida do mundo digital é o recurso usual de legitimidade das práticas, segundo os discursos de necessidade pública. Os serviços de inteligência da Índia requisitou às empresas de telecomunicações o envio de todos os registros de dados de chamadas de seus usuários. O governo estaria criando um “banco de dados de 360 graus” para rastrear a vida de todos os indianos. Nenhuma das medidas parece ter previsão legal nem segue o devido processo legal⁹⁸.

5. Vigilância em massa – a situação no Brasil

O Brasil também foi vítima da vigilância da Agência norte-americana. Servidores da NSA coletavam e processavam intensivamente dados da internet e da telefonia no Brasil. Calcula-se que foram coletados 2,3 bilhões de dados de comunicação no Brasil^{99;100}. Entre tantos alvos, estava a embaixada do Brasil em Washington e a representação do País junto à ONU, em Nova York. O caso ganhou maior repercussão com a notícia de monitoramento das comunicações de autoridades brasileiras, incluindo a então Presidente Dilma Rousseff e seus assessores mais

⁹⁴ UNIÃO EUROPEIA, *Frontex EUROSUR*, 2017. Disponível em: <<http://frontex.europa.eu/intelligence/eurosur/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA, 6215/18 ADD 1 FRONT 34 COMIX 57. Brussels, 15/12/2018. Disponível em: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6215-2018-ADD-1/en/pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA, *EU-LISA Operational Management*, 2017. Disponível em: <<http://www.eulisa.europa.eu/AboutUs/MandateAndActivities/CoreActivities/Pages/OperationalManagement.aspx>>; Acesso em: 10 abr. 2020.

⁹⁷ SIMANTKE, E.; SCHUMANN, H., “Surveillance without limits – How Europe creates a dysfunctional border regime”, *Investigate Europe*, 22/12/2016.

⁹⁸ SUBRAMANIAN, N. “The government has stopped even trying to justify mass surveillance as necessary for the public good”, *ScrollIn*, 05/03/2020. Disponível em: <<https://scroll.in/article/956586/the-government-has-stopped-even-trying-to-justify-mass-surveillance-as-necessary-for-the-public-good>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

⁹⁹ GREENWALD, G., *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State*, Henry Holt and Company, New York, 2014.

¹⁰⁰ O então diretor da Agência de Segurança Nacional (NSA) e comandante do Comando Cibernético dos Estados Unidos, General Keith Alexander, negou que estivesse realizando monitoramento das pessoas no Brasil, quando muito, usando metadados, não apenas no País, mas ao redor do mundo com vistas a identificar atividades terroristas. ALEXANDER, K., “Clear and Present Danger: Cyber-Crime; Cyber-Espionage; Cyber-Terror; and Cyber-War”, *Aspen Security Forum*, Press department, 18/07/2013. Disponível em: <<https://www.intelligence.gov/index.php/ic-on-the-record-database/results/40-clear-and-present-danger-cyber-crime-cyber-espionage-cyber-terror-and-cyber-war-video>>. Acesso em: 21 abr 2021.

próximos¹⁰¹. Os indícios eram de que teria havido uma atenção maior às informações sobre a tecnologia de exploração em águas profundas da camada pré-sal. Não foi possível saber a extensão da espionagem, tampouco se houve acesso às informações armazenadas nos computadores da Petrobrás. Em resposta protocolar, a NSA negou que roubasse segredos corporativos para benefício de empresas norte-americanas, limitando-se a coletar informações econômicas destinadas a prevenir crises financeiras e suas repercussões nos mercados internacionais^{102;103}.

No Senado Federal, foi instalada uma comissão parlamentar de inquérito, mais conhecida como a "CPI da Espionagem". O relatório dessa CPI considerou improvável a comprovação da materialidade dos crimes de espionagem, duvidando do êxito do inquérito instaurado pela Polícia Federal¹⁰⁴, o que fez os senadores darem maior atenção ao "aprimoramento dos sistemas de segurança das comunicações e de contrainteligência"¹⁰⁵. O tráfego de dados, originado e terminado no Brasil, pode ter seu roteamento realizado fora do País, principalmente em Miami, nos Estados Unidos, onde se concentram os servidores centrais da internet. Pouco adiantava, portanto, o fato de a infraestrutura física da "infovia" que atende aos órgãos governamentais ser operada pelo Serpro. Seus dados transitavam pelos Estados Unidos¹⁰⁶.

O relatório sugeriu uma série de medidas com o objetivo de reduzir a notável vulnerabilidade do País, definidas em quatro eixos: tecnológico, pessoal, processual e institucional. Dentre as medidas estavam o estabelecimento de uma Política Nacional de Inteligência de Sinais, a criação de uma agência para segurança cibernética, a aprovação de normas que dessem respaldo à atividade e ao pessoal de inteligência e que proteja o conhecimento sigiloso sob a guarda dos serviços secretos, e a determinação de que todo tráfego de internet originado e terminado no Brasil fosse trocado localmente¹⁰⁷.

Algumas constatações da CPI davam alertas para o limbo em que se encontrava a política de inteligência. Além de um estrutura pública descoordenada e de uma agência central, a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), sem poderes jurídicos e instrumentais para o exercício de suas atividades, havia inúmeras empresas que realizavam "inteligência privada", tudo, atividades privadas ou públicas, sem mecanismos efetivos de controle¹⁰⁸. A ABIN não dispunha de poderes jurídicos para interceptar comunicações telefônicas nem telemáticas. A Lei

¹⁰¹ BBC BRASIL. *EUA espionaram Petrobras, dizem papeis vazados por Snowden*, 08/09/2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130908_eua_snowden_petrobras_dilm_a_mm>. Acesso em 11 fev. 2020.

¹⁰² G1. *Petrobras foi espionada pelos EUA, apontam documentos da NSA*, 08/09/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/petrobras-foi-espionada-pelos-eua-apontam-documentos-da-nsa.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

¹⁰³ O Ministério das Minas e Energia também teria sido espionado, mas pela "parceira", Agência Canadense de Segurança em Comunicação [Communications Security Establishment Canada (CSEC)]. SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 17.

¹⁰⁴ SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020., p. 131.

¹⁰⁵ SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 141.

¹⁰⁶ SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 284-285.

¹⁰⁷ SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 117, 132ss.

¹⁰⁸ SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 84, 87, 96.

9296/1996 não a incluiu entre os órgãos autorizados a realizar interceptação telefônica¹⁰⁹. O art. 3º da Lei 9883/1999, que criou a ABIN, determina que as atividades de inteligência se desenvolvam, “no que se refere aos limites de sua extensão e ao uso de técnicas e meios sigilosos, com irrestrita observância dos direitos e garantias individuais, fidelidade às instituições e aos princípios éticos que regem os interesses e a segurança do Estado”¹¹⁰. Não lhe é dada, portanto, legalmente, competência para monitorar pessoas, suas comunicações físicas ou eletrônicas, suas redes sociais.

A realidade, porém, parece bem outra. Segundo investigações jornalísticas, a ABIN teria monitorado redes sociais como o Twitter, o Facebook, o Instagram e o WhatsApp das pessoas, diante dos protestos de rua que ocorreram no Brasil em 2013¹¹¹. Procurava-se avaliar diariamente a probabilidade de protestos de rua e, se fosse o caso, antecipar o itinerário e o tamanho dos protestos, infiltrações de grupos políticos e supostas fontes de financiamento dos eventos. Para tanto, valiam-se do “Sistema Georreferenciado de Monitoramento e Apoio à Decisão da Presidência da República” ou “GEO-PR”, um grande sistema de dados integrados com diversas áreas do governo, cujas informações de interesse eram catalogadas em um menu chamado “Mosaico de Segurança Institucional”, um sistema online de acompanhamento de cerca de 700 temas definidos pelo ministro-chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI)^{112; 113}. Segundo o próprio Gabinete, a ABIN, quando necessário, “realiza pesquisas em fontes abertas, incluindo mídias sociais, para eventual subsídios aos seus trabalhos”. Reconhecia-se, portanto, o monitoramento¹¹⁴.

Nunca se soube, ao certo, o grau de intrusão na esfera privada das pessoas, promovida por essas atividades. Tampouco se tem notícia, como relatado pela própria CPI, das ações por ela rotineiramente realizadas¹¹⁵. Algo que chama a atenção é o fato de a CPI não ter apurado o emprego do GEO-PR pela inteligência brasileiro. Esse sistema fora criado com o objetivo de processar os pedidos de concessão de exploração mineral em faixas de fronteira. Entretanto, ele passou a ser usado para monitorar assentamentos rurais, ONGs, greves, mobilizações e manifestações sociais, além de comunidades indígenas e quilombolas. Segundo informações do GSI, o sistema fora desativado em outubro de 2015, embora seus

¹⁰⁹ BRASIL. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19296.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹¹⁰ BRASIL. *Lei nº 9.883*, de 7 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹¹¹ JUNQUEIRA, D., “Para prever potencial de protestos, Abin vai monitorar Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp?”, *Gizmodo Brasil*, 20/07/2013. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/para-prever-potencial-de-protestos-abin-vai-monitorar-facebook-twitter-instagram-e-whatsapp/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

¹¹² RIZZO, A.; MONTEIRO, T., “Abin monta rede para monitorar internet”, *O Estado de São Paulo*, 19/06/2013. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,abin-monta-rede-para-monitorar-internet,1044500>>. Acesso em 22 abr. 2020.

¹¹³ FIGUEIREDO, L., “O Grande Irmão”, *The Intercept Brasil*, 05/12/2016. Disponível em: <<https://theintercept.com/2016/12/05/abin-tem-megabanco-de-dados-sobre-movimentos-sociais/>>. Acesso em 20 abr. 2020.

¹¹⁴ MATSUKI, E.; PEDROSA, L., “Abin admite monitorar dados de redes sociais para investigações”, *Portal EBC*, 28/08/2013. Disponível em: <<https://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/abin-monitora-dados-de-redes-sociais>>. Acesso em 11 fev. 2020.

¹¹⁵ O controle que hoje existe da ABIN é exercido formalmente por uma comissão legislativa composta por 12 membros, sendo seis do Senado e seis da Câmara dos Deputados, conforme o art 6º da Lei 9883/1999. BRASIL. *Lei nº 9.883*, de 7 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.

arquivos tenham sido transferidos para a ABIN^{116;117}. Em 2019, o ministro-chefe do GSI, Gen. Augusto Heleno, declarou, em documento oficial, que a Agência continuava a monitorar “determinados fenômenos” e a “acompanhar” movimento social, assentamentos rurais, comunidades indígenas e quilombolas, por meio de “fontes abertas”. O documento veio à luz, após suspeitas de que estivesse havendo espionagem de bispos da Igreja Católica na preparação do Sínodo da Amazônia que ocorreria no Vaticano entre os dias 6 e 27 de outubro de 2019¹¹⁸.

6. Considerações finais

As transformações sociais, epistemológicas, econômicas e políticas produzidas pela revolução digital parecem anunciar um mundo novo, sobre o que a racionalidade alfabética tem pouco ou nada a dizer. As ambivalências como real/virtual ou presença/ausência podem ser um elemento intrínseco a esse novo mundo anunciado ou apenas resultado da incompreensão dos contemporâneos. Olhar o passado e especular sobre o futuro são mais fáceis que compreender o presente. A filosofia de há muito lida com as suas contradições. O que aparece aos olhos de modo menos embaçado é a capacidade que as novas tecnologias da informação oferece ao Estado e ao mercado para vigiar as pessoas. Uma vigilância que não apenas observa, mas que induz e produz comportamentos. Se a emergência de uma nova sociedade digital parece ainda uma questão irresoluta, pelo menos, no sentido de um substituto mais que funcional, estrutural da sociedade alfabética, a afirmação de um Estado de vigilância, ancorado numa economia também de vigilância, está menos às sombras das óticas cognitivas.

A vigilância do mercado objetiva o que sempre objetiva o mercado: o lucro e o controle, a mercancia. Os dados se tornam uma “commodity” de primeira grandeza. As formas cada vez mais sofisticadas de os capturar se associam a algoritmos que provocam necessidades e desejos em escala exponencial. Os titulares dos dados se acham senhores, quando não passam, em verdade (uma verdade do virtual), de servos dos reais (uma realidade do virtual) senhores. A vigilância do Estado também busca o controle e a indução de comportamentos, também pela oferta de paz e segurança. A retórica securitista é seu grande álibi. As ameaças reais são ampliadas e estendidas a todos os domínios da vida. O medo é seu alimento e os episódios de terror suas justificativas. O Estado de Direito ainda requer um pouco de contenção,

¹¹⁶ FIGUEIREDO, L., “O Grande Irmão”, *The Intercept Brasil*, 05/12/2016. Disponível em: <<https://theintercept.com/2016/12/05/abin-tem-megabanco-de-dados-sobre-movimentos-sociais/>>. Acesso em 20 abr. 2020.

¹¹⁷ A ABIN teria feito, ao presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em 2018, proposta de monitoramento amplo e abrangente dos metadados oriundos das mídias sociais e provedores de internet, sem autorização judicial, como forma de combater a disseminação de notícias falsas. A proposta teria sido recusada, por violar o Marco Civil da Internet. SERAPIÃO, F.; MOURA, R. M. “Abin propôs monitorar usuários na rede Sugestão da agência tem como argumento combate à disseminação de notícias falsas na internet”, *O Estado de São Paulo*, 08/07/2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,abin-propos-monitorar-usuarios-na-rede,70002342417>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

¹¹⁸ O Presidente da República, Jair Bolsonaro, teria afirmado, porém, que a ABIN monitorava o próprio Sínodo, em virtude da influência política do evento. É sabido também que a Presidência da República contratou uma agência privada para monitorar as mídias digitais redes sociais, com relatórios diários sobre repercussões de atos do Planalto e falas de aliados e adversários. INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS - IHU, “Bolsonaro diz que Sínodo da Amazônia é evento político e coloca Abin para monitorar bispos”, *Revista IHU Online*, 31/09/2019. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592207-bolsonaro-diz-que-abin-monitora-sinodo-da-amazonia>>. Acesso em 11 fev. 2021; TRINDADE, N., “Planalto monitora o ‘humor’ dos internautas”, *O Estado de São Paulo*, 01/04/2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-monitora-o-humor-dos-internautas,70002774927>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

mas na forma de uma “Estado por Direito” ou, menos ambigualmente, um Direito para o Estado.

O alinhamento tático e estratégico entre os dois, Estado de vigilância e capitalismo de vigilância, conflituoso, como todo alinhamento se torna no começo e no processo, pelas diferenças de ênfases e velocidades, ficou muito mais incontroverso com as revelações de Edward Snowden. Grandes empresas da tecnologia de informação ajudaram os Estados, sob a liderança estadunidense, a vigiarem em massa seus cidadãos e os estrangeiros. A arquitetura jurídica, moldada em lacunas leis de autorização e em ineficazes mecanismos de supervisão, era uma espécie de casa de acomodação e legitimação de interesses. A grande inquietação surge ao perguntar-se se poderia ser diferente. O direito reivindicado pelos defensores da surgência da sociedade digital é ainda mais brando, mais convencional, menos estatal e mais produto de combinações atópicas ou sempre normogeneticamente ruidosas de constituições parciais.

As garantias “sólidas” de Estado de Direito e de direitos fundamentais se tornam regulações contingentes de acordos sociais sobre expectativas de validade de reivindicações individuais e sociais. A ser assim está declarada a dissolução do velho e político (por vezes demagogo) constitucionalismo da Modernidade em troca do novo e econômico (sempre assimétrico e fluido) constitucionalismo digital. O que se observa, por ora, é a submissão do funcionamento jurídico “analógico”, num esforço de atualização de programa, a uma mentalidade e funcionamento que, pelo menos, em parte, desconhece, abrindo mão de garantias que lhe parecem ultrapassadas. Em troca de nada ou muito pouco.

As transformações sociais, epistemológicas, econômicas e políticas produzidas pela revolução digital parecem anunciar um mundo novo, sobre o que a racionalidade alfabética tem pouco ou nada a dizer. As ambivalências como real/virtual ou presença/ausência podem ser um elemento intrínseco a esse novo mundo anunciado ou apenas resultado da incompreensão dos contemporâneos. Olhar o passado e especular sobre o futuro são mais fáceis que compreender o presente. A filosofia de há muito lida com as suas contradições. O que aparece aos olhos de modo menos embaçado é a capacidade que as novas tecnologias da informação oferece ao Estado e ao mercado para vigiar as pessoas. Uma vigilância que não apenas observa, mas que induz e produz comportamentos. Se a emergência de uma nova sociedade digital parece ainda uma questão irresoluta, pelo menos, no sentido de um substituto mais que funcional, estrutural da sociedade alfabética, a afirmação de um Estado de vigilância, ancorado numa economia também de vigilância, está menos às sombras das óticas cognitivas.

A vigilância do mercado objetiva o que sempre objetiva o mercado: o lucro e o controle, a mercancia. Os dados se tornam uma “commodity” de primeira grandeza. As formas cada vez mais sofisticadas de os capturar se associa a algoritmos que provocam necessidades e desejos em escala exponencial. Os titulares dos dados se acham senhores, quando não passam, em verdade (uma verdade do virtual), de servos dos reais (uma realidade do virtual) senhores. A vigilância do Estado também busca o controle e a indução de comportamentos, também pela oferta de paz e segurança. A retórica securitista é seu grande álibi. As ameaças reais são ampliadas e estendidas a todos os domínios da vida. O medo é seu alimento e os episódios de terror suas justificativas. O Estado de Direito ainda requer um pouco de contenção, mas na forma de uma “Estado por Direito” ou, menos ambigualmente, um Direito para o Estado.

O alinhamento tático e estratégico entre os dois, Estado de vigilância e capitalismo de vigilância, conflituoso, como todo alinhamento se torna no começo e no processo, pelas diferenças de ênfases e velocidades, ficou muito mais incontroverso com as revelações de Edward Snowden. Grandes empresas da tecnologia de informação ajudaram os Estados, sob a liderança estadunidense, a vigiarem em massa seus cidadãos e os estrangeiros. A arquitetura jurídica, moldada em lacunas leis de autorização e em ineficazes mecanismos de supervisão, era

uma espécie de casa de acomodação e legitimação de interesses. A grande inquietação surge ao perguntar-se se poderia ser diferente. O direito reivindicado pelos defensores da surgência da sociedade digital é ainda mais brando, mais convencional, menos estatal e mais produto de combinações atópicas ou sempre normogeneticamente ruidosas de constituições parciais.

As garantias “sólidas” de Estado de Direito e de direitos fundamentais se tornam regulações contingentes de acordos sociais sobre expectativas de validade de reivindicações individuais e sociais. A ser assim está declarada a dissolução do velho e político (por vezes demagogo) constitucionalismo da Modernidade em troca do novo e econômico (sempre assimétrico e fluido) constitucionalismo digital. O que se observa, por ora, é a submissão do funcionamento jurídico “analógico”, num esforço de atualização de programa, a uma mentalidade e funcionamento que, pelo menos, em parte, desconhece, abrindo mão de garantias que lhe parecem ultrapassadas. Em troca de nada ou muito pouco.

Referências

- ALEXANDER, K., “Clear and Present Danger: Cyber-Crime; Cyber-Espionage; Cyber-Terror; and Cyber-War”, *Aspen Security Forum*, Press department, 18/07/2013. Disponível em: <<https://www.intelligence.gov/index.php/ic-on-the-record-database/results/40-clear-and-present-danger-cyber-crime-cyber-espionage-cyber-terror-and-cyber-war-video>>. Acesso em: 21 abr 2021.
- AMARILES, D. R. “The mathematical turn: l’indicateur Rule of Law dans la politique de développement de la Banque Mondiale”, en (Fryman, B.; Van Waeyenberge, A. Dir.). *Gouverner par les standards et les indicateurs: de Hume au rankings*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 193-234.
- BAGLEY, A. W., “Don't be evil: The Fourth Amendment in the age of Google, national security, and digital papers and effects”, *Albany Law Journal of Science & Technology*, v. 21, 2011, p. 153-191.
- BAISNÉE, O.; NICOLAS, F., “Security, Terror, and Freedom: The Dynamics of Public Opinion in the French Surveillance Debate”, *Journalism and the NSA Revelations: Privacy, Security and the Press*, Reuters Institute/IB Tauris, London, 2017 p. 91-112.
- BALL, J., “NSA monitored calls of 35 world leaders after US official handed over contacts”, *The Guardian*, 25 Out 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2013/oct/24/nsa-surveillance-world-leaders-calls>>. Acesso em: 27 mar 2020.
- BALZACQ, T., “The three faces of securitization: Political agency, audience and context”, *European journal of international relations*, v. 11, n. 2, 2005, p. 171-201.
- BBC BRASIL. *EUA espionaram Petrobras, dizem papeis vazados por Snowden*, 08/09/2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130908_eua_snowden_petrobras_dilma_mm>. Acesso em 11 fev. 2020.
- BIGO, D. “Beyond national security, the emergence of a digital reason of state(s) led by transnational guilds of sensitive information: the case of the Five Eyes Plus network”, en (Wagner, B.; Kettemann, M. C.; Vieth, K. Eds), *Research Handbook on Human Rights and Digital Technology Global Politics, Law and International Relations*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2019, p. 33-52.
- BOCHNER, S., “Mathematical reflections”, *The American Mathematical Monthly*, v. 81, n. 8, 1974, p. 827-852.
- BOUNSAYTHIP, C.; RINTA-RUNSALA, E., “Overview of data mining for customer behavior modeling”, *VTT Information Technology Research Report*, v. 1, 2001, p. 1-53.

- BOYD, D. M.; ELLISON, N. B., "Social Access Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship", *Journal of Computer-Mediated Communication*, v. 13, n. 1, 2007. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x?scrollTo=references>>. Acesso em 11 mar. 2021.
- BRAIDOTTI, R., "Posthuman critical theory", en (Banerji, D.; Paranjape, M. R. Eds). *Critical posthumanism and planetary futures*, Springer, New Delhi; San Francisco, 2016, p. 13-32.
- BRASIL. *Lei nº 9.296*, de 24 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.883*, de 7 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm>. Acesso em: 03 nov. 2021.
- BROWN, B.; CHUÍ, M.; MANYIKA, J., "Are you ready for the era of 'big data'?", *Trend Report McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data#>>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- BRUNO, F., "Rastrear, classificar, performar", *Ciência e cultura*, São Paulo, v. 68, n. 1, 2016, p. 34-38.
- BUSINESSWIRE, *Acxiom Expands into South America with Acquisition of GoDigital*, 12/05/2010. Disponível em: <<https://www.businesswire.com/news/home/20100512006274/en/Acxiom-Expands-South-America-Acquisition-GoDigital>>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- BUZAN, B.; WAEVER, O.; DE WILDE, J., *Security: A New Framework for Analysis*, Lynne Rienner Publishers Inc., Boulder, 1998, p. 211-212.
- CAPARINI, M., "Controlling and Overseeing Intelligence Services in Democratic States", en (Born, H.; Caparini, M. Eds.), *Democratic Control of Intelligence Services. Containing Rogue Elephants*, Ashgate, Aldershot, 2007, p. 3-24.
- CELESTE, E., "Digital constitutionalism: a new systematic theorization", *International Review of Law, Computers & Technology*, v. 33, n. 1, 2019, p. 76-99.
- CEYHAN, A., *Surveillance as biopower*, Routledge, New York, 2012, p. 38-45.
- CHAGANI, F., "Critical political ecology and the seductions of posthumanism", *Journal of Political Ecology*, v. 21, n. 1, 2014, p. 424-436.
- CLARKE, R. A. "Information, Technology and Dataveillance". *Communications of the ACM*, v. 37, n. 5, 1988, p. 498-512.
- DEBRIX, F.; BARDER, A. D. "Nothing to fear but fear: Governmentality and the biopolitical production of terror", *International Political Sociology*, v. 3, n. 4, 2009, p. 398-413.
- DELANY, P.; LANDOW, G. *Hypermedia and Literary Studies*, MIT Press, Cambridge, 1991.
- DIVINE, J., "The 10 Most Valuable Tech Companies in the World The world", *US News*, 16/08/2019. Disponível em: <<https://money.usnews.com/investing/stock-market-news/slideshows/the-10-most-valuable-tech-companies-in-the-world>>. Acesso em: 3 mai. 2021.
- DIXIT, P., "Securitization and terroristization: analyzing states' usage of the rhetoric of terrorism" en (Koch, B. Ed.) *State Terror, State Violence: Global Perspectives*, Springer, Wiesbaden, 2016, p. 31-50.
- DOMENICO, T., *Big Data and the Computable Society: Algorithms and People in the Digital World*, World Scientific, New Jersey, 2019.
- ESTADOS UNIDOS. *Foreign Intelligence Surveillance Court, Memorandum Opinion and Order*, 18/10/2018. Disponível em: <<https://www.documentcloud.org/documents/6464604-2018-FISC-Ruling-Shows-How-FBI-Abused-NSA-Mass.html>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

- FIGUEIREDO, L., "O Grande Irmão", *The Intercept Brasil*, 05/12/2016. Disponível em: <<https://theintercept.com/2016/12/05/abin-tem-megabanco-de-dados-sobre-movimentos-sociais/>>. Acesso em 20 abr. 2020.
- FITZGERALD, B., "Software as discourse? A constitutionalism for information society", *Alternative Law Journal*, v. 24, n. 3, 1999, p. 144-149.
- FOGG, B. J., "Creating persuasive technologies: an eight-step design process", en (Chatterjee, S. Ed) *Proceedings of the 4th international conference on persuasive technology*, Association for Computing Machinery, 2009, p. 1-6. Disponível em: <<https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/1541948.1542005>>. Acesso em: 12 mar. 2020;
- FOGG, B. J., "Persuasive technology: using computers to change what we think and do", *Ubiquity*, v. 3, n. 44, 2002, p. 89-120. Disponível em: <<https://dl.acm.org/doi/pdf/10.1145/764008.763957>>. Acesso em: 12 mar. 2020.
- FORBES. "The World's Most Valuable Brands", 30/4/2020. Disponível em: <<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/>>. Acesso em: 3 mai. 2020.
- FRAWLEY, W. J.; PIATETSKY-SHAPIO, G.; MATHEUS, C. J., "Knowledge discovery in databases: an overview", *AAAI Magazine*, Palo Alto, v. 13, n. 3, 1992, p. 57-70.
- FUCHS, C., "Como podemos definir vigilância", *Matrizes*, n. 1, 2011, p. 129. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/download/38311/41154#:~:text=A%20vigil%C3%A2ncia%20%C3%A9%20o%20poder,de%20ver%20se%20ser%20visto.>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- G1. *Petrobras foi espionada pelos EUA, apontam documentos da NSA*, 08/09/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/petrobras-foi-espionada-pelos-eua-apontam-documentos-da-nsa.html>>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- GILLESPIE, T., "The relevance of algorithms", en (Gillespie, T.; Boczkowski, P. J.; Foot, K. A. Eds.), *Media technologies: Essays on communication, materiality, and society*, The MIT Press, Cambridge, 2014, p. 167-194.
- GREENWALD, G., *No Place to Hide: Edward Snowden, the NSA, and the U.S. Surveillance State*, Henry Holt and Company, New York, 2014.
- HALL, G., "Towards a post-digital humanities: cultural analytics and the computational turn to data-driven scholarship", *American Literature*, v. 85, n. 4, 2013, p. 781-809.
- HAVELOCK, E. A., *The Muse Learns to Write: Reflections on Orality and Literacy from Antiquity to the Present*, Yale University Press, New Haven, 1986.
- HIRSCH, D. D., "The glass house effect: Big Data, the new oil, and the power of analogy". *Maine La Review*, v. 66, 2013, p. 373-395.
- HUXLEY, J., "Transhumanism", *Ethics in Progress*, v. 6, n. 1, 2015, p. 12-16;
- JAUVERT, V. "Cooment la France écoute (aussi) le monde", *L'Obs*, juillet 2015. Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>>. Acesso em 14 abr. 2020.
- INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS - IHU, "Bolsonaro diz que Sínodo da Amazônia é evento político e coloca Abin para monitorar bispos", *Revista IHU Online*, 31/09/2019. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/592207-bolsonaro-diz-que-abin-monitora-sinodo-da-amazonia>>. Acesso em 11 fev. 2021.
- JAUVERT, V. "Cooment la France écoute (aussi) le monde", *L'Obs*, juillet 2015. Disponível em: <<https://www.nouvelobs.com/societe/20150625.OBS1569/exclusif-comment-la-france-ecoute-aussi-le-monde.html>>. Acesso em 14 abr. 2020.
- JUNQUEIRA, D., "Para prever potencial de protestos, Abin vai monitorar Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp?", *Gizmodo Brasil*, 20/07/2013. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/para-prever-potencial-de-protestos-abin>>.

- vai-monitorar-facebook-twitter-instagram-e-whatsapp/>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- KARAVAS, V., "Governance of Virtual Worlds and the Quest for a *Digital Constitution*" en (Graber, C. B.; Burri-Nenova, M. Eds.), *Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity Transdisciplinary Enquiries*, E. Elgar, Cheltenham, 2010, p. 167-168.
- KITCHIN, R., "Big Data, new epistemologies and paradigm shifts", *Big Data & Society*, [S.l.], 2014, p. 1-22. Disponível em: <<http://bds.sagepub.com/content/1/1/2053951714528481>>. Acesso em: 1º jul. 2016.
- KOSCIEJEW, M., "The Individual and Big Data", *Felicitier*, v. 59, n. 6, 2013, p. 32-35, Disponível em: <<https://www.highbeam.com/doc/1P3-3158119951.html>>. Acesso em: 15 mar 2020.
- KRISHNAN V, G., "Aadhaar in the hand of spies Big Data, global surveillance state and the identity project", *Fountain Ink Magazine*, 03/06/2017. Disponível em: <<https://fountainink.in/reportage/aadhaar-in-the-hand-of-spies->>. Acesso em: 11 mar. 2021.
- LEMONS, A., "Cibercultura como Território Recombinante" en (Martins, C. D.; Silva, D. C.; Motta, R. Orgs.), *Territórios recombinares: arte e tecnologia - debates e laboratórios*, Instituto Sérgio Motta, São Paulo, 2007, p. 35-48.
- LÉVY, P., *Cibercultura*, Ed. 34, São Paulo, 2000.
- MATSUKI, E.; PEDROSA, L., "Abin admite monitorar dados de redes sociais para investigações", *Portal EBC*, 28/08/2013. Disponível em: <<https://www.ebc.com.br/tecnologia/2013/08/abin-monitorea-dados-de-redes-sociais>>. Acesso em 11 fev. 2020.
- MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. *Big Data: A Revolution that Will Change How We Live, Work and Think*. John Murray, London, 2013.
- MAZLISH, B., *The Fourth Discontinuity The Co-Evolution of Humans and Machines*, Yale University Press, New Haven, 1995.
- MICHAELS, J. D. "All the President's Spies: Private-Public Intelligence Partnerships in the War on Terror", *California Law Review*, v. 96, 2008, p. 914-915.
- MORAIS, J. L. B., "O fim da geografia institucional do estado. A "crise" do estado de direito", en "Oliveira, C. M. Org), *Novos direitos: a interdisciplinaridade do direito na sociedade contemporânea*, CPOI/UFSCar, São Carlos, 2017.
- MOREL, C., "Stratégie maritime – Le réseau mondial de câbles sous-marins: une toile dans la Toile", *Revue Défense Nationale*, v. 2015/9, n. 784, 2015, p. 117-120.
- NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *Boundless Informant. Describing mission capabilities from Metadata records*. 13/07/2012. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2013/06/08/boundless-informant-slides/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *FY2013 Foreign Partner Review*. 01/01/2013. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2014/06/14/fy2013-foreign-partner-review/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *New Collection Posture*. 2011, Disponível em: < <https://edwardsnowden.com/2014/05/13/new-collection-posture/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.
- NATIONAL SECURITY AGENCY - NSA. Snowden's Papers. *NSA Strategic Partnerships*, 13/05/2014, Data de publicação. Disponível em: <<https://edwardsnowden.com/2014/05/15/nsa-strategic-partnerships/>>. Acesso em: 22 abr. 2021.
- OMAND, D., *Securing the State*, Hurst and Company, London, 2010.
- O'NEIL, C., *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publisher, New York, 2016.
- PORTER, G., "Environmental security as a national security issue", *Current History*, v. 94, n. 592, 1995, p. 218-222.

- RICCIARDI, M., "La Costituzione del digitale", *DigitCult*, v. 3, n. 3, 2018, p. 41-60.
- RIZZO, A.; MONTEIRO, T., "Abin monta rede para monitorar internet", *O Estado de São Paulo*, 19/06/2013. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,abin-monta-rede-para-monitorar-internet,1044500>>. Acesso em 22 abr. 2020.
- RODERICK, L., "Discipline and power in the digital age: The case of the US consumer data broker industry", *Critical Sociology*, v. 40, n. 5, 2014, p. 729-746.
- RODOTÀ, S., "Una Costituzione per Internet?", *Politica del diritto*, v. 3, 2010, p. 337-351.
- ROUVROY, A.; BERNS, T.. "Governamentalidade algorítmica e perspectivas da emancipação: o díspar como condição de individuação pela relação?", *Revista Eco-Pós*, v. 18 (Tecnologia e Vigilância), n. 2, 2015, p. 40-41.
- RUBINSTEIN, I. S.; LEE, R. D.; SCHWARTZ, P. M., "Data mining and Internet profiling: Emerging regulatory and technological approaches", *University of Chicago Law Review*, v. 75, 2008, p. 261-185.
- SAMPAIO, A. C. *Data brokers: um novo modelo de negócios baseado em vigilância de dados*, Dissertação de Mestrado. Campinas: Unicamp, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/322483/1/Sampaio_AliceCastaldi_M.pdf>. Acesso em 20 abr. 2021.
- SANTOS, L. G.. "A informação após a virada cibernética", em (Santos, L. G.; Kehl, M. R.; Kucinsk, B. eds), *Revolução tecnológica, internet e socialismo*, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2003, p. 9-33.
- SAVAGE, C., "F.B.I. Practices for Intercepted Emails Violated 4th Amendment, Judge Ruled", *The New York Times*, 08/10/2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/10/08/us/politics/fbi-fisa-court.html>>. Acesso em: 04 nov. 2021.
- SCHALLER, C., "Strategic Surveillance and Extraterritorial Basic Rights Protection: German Intelligence Law After Snowden", *German Law Journal*, v. 19, n. 4, 2018, p. 941-980.
- SCHMIDT, E.; COHEN, J., *The New Digital Age. Reshaping the Future of People, Nations and Business*, Knopf, New York, 2013.
- SCHNEIER, B., "Metadata = Surveillance", *IEEE Security & Privacy*, v. 12, n. 12, 2014, p. 84. Disponível em: <<https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=6798571>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- SCHULZE, M., "Patterns of surveillance legitimization. The German discourse on the NSA scandal", *Surveillance & Society*, v. 13, n. 2, 2015, p. 197-217.
- SENADO FEDERAL, *CPI da Espionagem, Relatório Final*. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2014/04/04/integra-do-relatorio-de-ferraco>>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- SERAPIÃO, F.; MOURA, R. M. "Abin propôs monitorar usuários na rede Sugestão da agência tem como argumento combate à disseminação de notícias falsas na internet", *O Estado de São Paulo*, 08/07/2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,abin-propos-monitorar-usuarios-na-rede,70002342417>>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- SILVA, T. "Web 2.0, Vigilância e Monitoramento: entre funções pós-massivas e classificação social", Congresso Luso Afro Brasileiro de Ciências Sociais, Salvador, 2011. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/tarushijio/web-20-vigilancia-e-monitoramento-entre-funcoes-posmassivas-e-classificacao-social-9661816>>
- SIMANTKE, E.; SCHUMANN, H., "Surveillance without limits – How Europe creates a dysfunctional border regime", *Investigate Europe*, 22/12/2016.
- STATISTA. "Brand value of the 25 most valuable brands in 2020", 30/4/2020. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/264875/brand-value-of-the-25-most-valuable-brands/>>. Acesso em 3 mai. 2020.

- SUBRAMANIAN, N. "The government has stopped even trying to justify mass surveillance as necessary for the public good", *ScrollIn*, 05/03/2020. Disponível em: <<https://scroll.in/article/956586/the-government-has-stopped-even-trying-to-justify-mass-surveillance-as-necessary-for-the-public-good>>. Acesso em: 25 mar. 2020.
- SUSKIND, R., *One Percent Doctrine: Deep Inside America's Pursuit of Its Enemies Since 9/11*, Simon and Schuster, New York, 2006.
- SUZOR, N. P., *Digital constitutionalism and the role of the rule of law in the governance of virtual communities*. PhD Thesis, Queensland University of Technology, 2010. Disponível em: <<https://eprints.qut.edu.au/37636/>>. Acesso em: 20 mar. 2020.
- TARROW, S., *War, states, and contention: A Comparative Historical Study*, Cornell University Press, Ithaca, 2015, p. 165-166.
- TEUBNER, G., "Societal Constitutionalism; Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?" en (Joeges, C.; Sand, I. J.; Teubner, G. Eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism. International Studies in the Theory of Private Law*, Hart, Oxford; Portland, 2004, p. 3-28.
- TEUBNER, G., *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, Saraiva, São Paulo, 2016.
- TRINDADE, N., "Planalto monitora o 'humor' dos internautas", *O Estado de São Paulo*, 01/04/2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,planalto-monitora-o-humor-dos-internautas,70002774927>>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA, 6215/18 ADD 1 FRONT 34 COMIX 57. Brussels, 15/12/2018. Disponível em: <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6215-2018-ADD-1/en/pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA, *Democratic and effective oversight of national security services*, Council of Europe, Strasbourg, 2015. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680487770>>. Acesso em: 11 mar. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA, *EU-LISA Operational Management*, 2017. Disponível em: <<http://www.eulisa.europa.eu/AboutUs/MandateAndActivities/CoreActivities/Pages/OperationalManagement.aspx>>; Acesso em: 10 abr. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA, *Frontex EUROSUR*, 2017. Disponível em: <<http://frontex.europa.eu/intelligence/eurosur/>>. Acesso em: 10 abr. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA, *Surveillance by intelligence services: Fundamental rights safeguards and remedies in the EU: Mapping member states' legal frameworks (2015)*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2015.
- UNIÃO EUROPEIA. *Report on the US NSA surveillance programme, surveillance bodies in various Member States and their impact on EU citizens' fundamental rights and on transatlantic cooperation in Justice and Home Affairs (2013/2188(INI))*, 21 February 2014. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?reference=A7-2014-0139&type=REPORT&language=EN&redirect>>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- VAN DIJCK, J., "Datafication, dataism and dataveillance: Big Data between scientific paradigm and ideology". *Surveillance & Society*, v. 12, n. 2, 2014.
- WALT, S. M., "The renaissance of security studies", *International Studies Quarterly*, v. 35, n. 2, 1991, p. 213-214.
- WARD, K., "Social networks, the 2016 US presidential election, and Kantian ethics: applying the categorical imperative to Cambridge Analytica's behavioral microtargeting", *Journal of media ethics*, v. 33, n. 3, 2018, p. 133-148.
- WESTER, W., *The digital turn: How the internet transforms our existence*, AuthorHouse, Bloomington, 2012.
- ZICCHITTU, P., "I movimenti "antisistema" nell'agorà digitale: alcune tendenze recenti", *Liber per Amicorum Pasquale Costanzo*, 5/3/ 2020. Disponível em: <http://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/zicchittu_scrittiCostanzo.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

- ZUBOFF, S., "Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization", *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, 2015, p. 75-89. Disponível em: <<http://link.springer.com/article/10.1057/jit.2015.5>>. Acesso em: 25 abr. 2021.
- ZUBOFF, S., *Google as a Fortune Teller: the secrets of surveillance capitalism*. *Frankfurter Allgemeine*, 2016. Disponível em: <<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/the-digital-debate/shoshana-zuboff-secrets-of-surveillance-capitalism-14103616.html>>. Acesso em: 12 mar. 2020.
- ZUBOFF, S., *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, Profile, 2019.

Doações aos fundos de direitos da criança e do adolescente e o alcance da Emenda Constitucional n. 109/2021

Donations to funds for the rights of children and adolescents and the reach of Constitutional Amendment 109/2021

Hendrick Pinheiro¹

Universidade de São Paulo

Denise Auad²

Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Sumário: 1. Introdução. 2. Fundos da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro. 3. As fontes de receita do FIA. 4. A regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021. 5. As receitas de doação ao FIA. 6. Conclusão. Referências.

Resumo: Artigo que analisa o regime financeiro das receitas de doação ao fundo da criança e do adolescente (FIA) e o eventual impacto da Emenda Constitucional 109/2021. Toma-se por hipótese que as receitas de doação não são atingidas pela regra de desvinculação inserida pela emenda constitucional. Para testar a hipótese, o artigo analisa, no primeiro tópico, o papel dos fundos da criança e do adolescente na realização do princípio da proteção integral. No tópico seguinte, o artigo analisa as receitas do FIA para evidenciar os diferentes regimes jurídicos aplicáveis. No terceiro tópico, o foco é a regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021, apresentada em paralelo com a Desvinculação das Receitas da União (DRU). A parte final trata especificamente das receitas de doação descrevendo sua relação de afetação e incorporação direta ao saldo. Conclui-se pela impossibilidade de aplicação da regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021. O trabalho é fruto de pesquisa qualitativa, exploratório-descritiva, que emprega o método bibliográfico, realizada sobre textos do direito positivo brasileiro, comentários da doutrina nacional e com recurso pontual a decisões judiciais.

Palavras-chave: Fundos da criança e do adolescente (FIA). Vinculação. Afetação. DRU.

Abstract: Article that analyzes the financial regime of donation revenues to the fund for children and adolescents and the possible impact of Constitutional Amendment 109/2021. It takes up the hypothesis that revenues from donations are not affected by untying rule inserted by constitutional amendment. To test the hypothesis, the article analyzes, in the first topic, the role of child and adolescent funds in the realization of the principle of full protection. In the following topic, the article analyzes FUNCAD's revenues to highlight the different applicable legal regimes. In the

¹ Mestre e Pesquisador de Doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

² Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutora pelo Departamento de Ciências Jurídicas - Escola Superior de Estudos Jurídicos - da Universidade de Bolonha, no Programa de Pós-Doutorado para Doutores Ibero-americanos. Professora Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

following topic, the article analyzes FUNCAD's revenues to highlight the different applicable legal regimes. In the third topic, the focus is on the rule of disassociation from art. 5 of EC 109/2021, presented in parallel with the disengagement rule from the DRU. The final part deals specifically with donation revenues, describing their relationship of allocation and direct incorporation into the balance. It is concluded by the impossibility of applying the disengagement rule of art. 5 of EC 109/2021. This work is the result of qualitative, exploratory-descriptive research, which employs the bibliographic method, carried out on texts from Brazilian positive law, comments on national doctrine and occasional appeals to court decisions

Keywords: Public Funds. Earnmarking. Affectation. DRU.

1. Introdução

A Emenda Constitucional n. 109, promulgada pelo Congresso Nacional em 15 de março de 2021, tem o objetivo de criar regras temporárias para o enfrentamento dos efeitos da pandemia de COVID-19 nas finanças públicas brasileiras. Um de seus dispositivos (art. 5º) estabelece uma regra de desvinculação dos superávits dos fundos públicos, com a autorização de utilização desses recursos em outras finalidades que não aquelas originalmente estabelecidas.

Esta regra pode afetar os Fundos da Criança e do Adolescente (FIA) nos mais diversos níveis federativos³. Porém, um questionamento que emerge é *como* a regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021 pode atingi-los.

Esta questão fica especialmente sensível quando se considera que parte do saldo patrimonial desses fundos é formado por receitas de doações incentivadas com a possibilidade de dedução no imposto sobre a renda, na forma prevista pelo art. 260 da Lei n. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O presente artigo tem por objetivo analisar os potenciais impactos da regra do art. 5º da EC 109/2021 em relação às receitas de doação destinadas por particulares e incorporadas ao saldo dos fundos da criança e do adolescente.

Toma-se por hipótese que, embora aplicável aos Fundos da Criança e do Adolescente, a regra de desvinculação não tem impacto direto nas doações, que são dotadas de afetação às finalidades do fundo, por força de manifestação de vontade dos particulares.

Para testar a hipótese, será desenvolvida uma análise em quatro partes, sendo que a primeira apresenta as características dos Fundos da Criança e do Adolescente (FIA) no ordenamento jurídico brasileiro. Na segunda parte, são analisadas as fontes de receita associadas ao FIA. No terceiro tópico, o foco é a regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021 e sua mecânica de funcionamento. A parte final é dedicada à natureza das receitas de doação e impossibilidade de sua desvinculação.

O trabalho assume a natureza de uma pesquisa qualitativa⁴, de viés pós-positivista⁵, realizada por meio de pesquisa bibliográfica de natureza dogmática⁶, conduzida sobre análise documental⁷ sobre enunciados normativos do ordenamento

³ Com o Fundo Nacional da Criança e do Adolescente (FNCA), os Fundos Estaduais da Criança e do Adolescente (FECAD) e os Fundos Municipais da Criança e do Adolescente (FUMCAD).

⁴ GUBA, E. G., & LINCOLN, Y. S., "Competing paradigms in qualitative research", em VV.AA. (DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. eds.). *Handbook of Qualitative Research*, Thousand Oaks, CA: Sage, 1994, p. 105-117.

⁵ ANDRADE, J. M. A., *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 167.

⁶ ADEODATO, J. M., "Bases para uma metodologia da pesquisa em direito", *Revista CEJ*, ano 3, v. 7, pp. 143-150, 1999. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Acesso em 06 de abril de 2020.

⁷ CRESWELL, J. W., *Research design: qualitative & quantitative approaches*, Thousand Oaks: Sage, 1994.

jurídico brasileiro. A compreensão dos conceitos será conduzida por meio de análises da doutrina jurídica nacional e estrangeira, com apoio pontual da jurisprudência nacional.

2. Fundos da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição Federal prevê a necessidade de um sistema de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente com prioridade absoluta.⁸ Esse tratamento prioritário em nível constitucional está presente com especial relevo no *caput* do art. 227 da CF.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁹

As disposições constitucionais que regulam os direitos infantojuvenis foram inspiradas na Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos da Criança e do Adolescente,¹⁰ que somente veio a ser promulgada no ordenamento brasileiro com o Decreto n. 99.710/90, mas já trazia o paradigma da proteção integral como orientador de todas as políticas setoriais sobre o tema.¹¹

A proteção integral é um importante paradigma aglutinador de um conjunto de valores constitucionais que orientam a aplicação do direito da criança e do adolescente com uma lógica interdisciplinar, baseada na perspectiva de que esses sujeitos são titulares de direitos fundamentais e, portanto, podem exigir do Estado, por meio de ações judiciais, a sua efetivação.¹²

A proteção da criança e do adolescente, portanto, depende da implementação de políticas que viabilizem os direitos fundamentais dessas pessoas que estão em um ponto específico de desenvolvimento. A proteção constitucional outorgada aos direitos infantojuvenis é, portanto, a outorga ao Estado do dever de promoção de um conjunto de medidas que viabilizem o desenvolvimento destes seres humanos para, assim, proteger sua dignidade intrínseca.¹³

No Brasil, também fruto das discussões derivadas da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, as principais normas para a implementação

⁸ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n. 482611*, julgamento 23 mar. 2010, DJe 07 abr. 2010.

⁹ Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 07 ago. 2021.

¹⁰ ROSEMBERG, F., & MARIANO, C.L.S., "A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões", *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010, p. 698.

¹¹ Brasil, *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm, acesso em: 07 set. 2021.

¹² AUAD, D., *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 48.

¹³ AUAD, D., "A importância dos princípios para a efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, em especial do Princípio da Dignidade Humana sob o enfoque da Alteridade", em VV.AA. (Auad, D., & Oliveira, B.B.C., org.), *Direitos humanos: democracia e justiça social: uma homenagem à Professora Eunice Prudente: da militância à academia*, Ed. Letras Jurídicas, São Paulo, 2017, p. 361-386, p. 375.

do princípio da proteção integral foram a Constituição Federal e a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 - ECA.¹⁴

O ECA estabelece um conjunto de políticas coordenado com a participação da sociedade civil, por meio de conselhos formados de maneira paritária por representantes do governo e da sociedade civil, estabelecidos em todos os níveis da federação, com poderes para deliberar e controlar ações nesse campo (art. 88, inciso II, do ECA).¹⁵

No âmbito da regulação, a Resolução 113, de 19 de abril de 2006 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA, coloca os conselhos no eixo que controla o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 21, inciso I, e art. 22).¹⁶

Os conselhos de direitos são um importante mecanismo institucional para viabilizar a participação da sociedade civil na formulação e gestão das políticas.¹⁷ No campo da proteção da criança e do adolescente, por meio desse canal, a sociedade civil e o governo podem aproximar o desenho de ações estatais mais adequadas à satisfação de necessidades públicas.

Por meio dos conselhos de direitos da criança e do adolescente, torna-se possível mapear as demandas sociais, levantando subsídios para a formação do chamado "Orçamento da Criança e do Adolescente", expressão que engloba os programas e ações governamentais financiados nas diferentes pastas estatais para atender aos direitos da infância-juvenis. Este espaço de diálogo tem ainda o potencial de melhorar a gestão orçamentária, evitando, por exemplo, que ocorra a duplicidade de medidas com o mesmo objetivo em diferentes setores governamentais.¹⁸

Os conselhos de direito da criança e do adolescente são, portanto, espaços institucionais para o diálogo sobre as ações implementadas para efetivar o princípio da proteção integral. Por meio deles, torna-se possível a identificação de necessidades a serem atendidas, que, por sua vez, podem demandar ações complementares e emergenciais não previstas no orçamento público.

Como forma de instrumentalizar a atuação desses conselhos, o ECA previu a criação de fundos, em todos os níveis da federação, que congregam recursos cuja aplicação é definida pelos conselhos de direitos da criança e do adolescente (art. 88, inciso IV, do ECA).¹⁹

Os Fundos da Criança e do Adolescente (FIA) são, pois, um instrumento para a efetivação das medidas definidas como prioritárias pelos conselhos de direitos, no contexto do Sistema de Garantias dos Direitos.

Considerar que a norma programática do art. 227 da CF/88 estabelece um dever do Estado de implementar políticas para garantir a efetiva consecução dos direitos da criança e do adolescente é reconhecer que, para tanto, é necessário financiar ações estatais nesse sentido. Nessa linha, os fundos da criança e do adolescente são instrumentos de financiamento de ações e projetos deliberados no âmbito do conselho de direitos e destinados, em última instância, a realizar o princípio da proteção integral.

¹⁴ SILVA, C.M.C.S., & SILVA, A.C.S., "A Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Direito à Educação no Brasil", *Revista Educação UFSM*, v. 46, jan./dez. 2021, disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reveducacao/article/view/41231/html>, acesso em: 07 set. 2021.

¹⁵ Brasil, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 07 set. 2021.

¹⁶ Brasil, Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), *Resolução CONANDA n. 113, de 19 abr. 2006*, disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=104402>, acesso em: 07 set. 2021.

¹⁷ PEREZ, M.A., *A administração pública democrática*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 99.

¹⁸ AUAD, D., *Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 82.

¹⁹ Brasil, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 07 set. 2021.

No entanto, o artigo 5º da Emenda Constitucional 109, de 15 de março de 2021, estabelece que, por um prazo determinado, o “superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos” poderá ser utilizado para o pagamento de dívida pública, preferencialmente.²⁰ Esta norma não exclui os fundos de direitos da criança e do adolescente, ao que, *prima face*, seria aplicável aos resultados positivos apurados no exercício financeiro destes fundos. Porém, no caso do FIA, para entender o alcance das normas insculpidas na referida disposição, é importante que se compreenda a natureza e o regime jurídico aplicável aos recursos provenientes de doação.

3. As fontes de receita do FIA

O FIA é um fundo especial e, portanto, constitui “o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação” (art. 71 da Lei n. 4.320/1964).²¹

A ideia de fundo está ligada ao objetivo de selecionar fontes de receitas e destiná-las para o financiamento de “uma determinada finalidade ou para serem distribuídas segundo determinados critérios”.²² O fundo representa, pois, um *locus* orçamentário em que são registrados parte dos recursos públicos que somente poderão ser gastos no financiamento de uma finalidade previamente especificada por lei.

Pensar o fundo como “produto” de um conjunto de receitas vinculadas ao financiamento de uma finalidade já indica que este instrumento financeiro tem o objetivo de garantir que, uma vez arrecadados, os recursos provenientes de determinadas fontes sejam gastos com uma finalidade.

Os fundos são um importante instrumento na gestão das contribuições, por exemplo, tributos instituídos para financiar determinadas finalidades.²³ O registro do produto da arrecadação em um fundo permite que tais recursos sejam gastos apenas nas finalidades previamente fixadas, que devem coincidir com aquelas que legitimaram a instituição da própria contribuição. O fundo funciona como local de destino da receita e como instrumento para limitar as possibilidades de gasto público a ser implementado com esse conjunto de recursos.

São exemplos desta realidade as contribuições de intervenção no domínio econômico instituídas pelo art. 6º, IV, da Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000,²⁴ (Contribuição ao FUST) e pelo art. 32 da Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001²⁵ (CONDECINE), vinculadas ao Fundo de Universalização das Telecomunicações (FUST) e ao Fundo Setorial do Audiovisual (FSA), respectivamente. O registro do produto da arrecadação nos fundos permite o controle sobre o destino do montante arrecadado, na medida em que apenas despesas compatíveis com as finalidades do fundo podem indicá-lo como fonte de financiamento.

²⁰ Brasil, *Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm, acesso em: 07 set. 2021.

²¹ Brasil, *Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm, acesso em: 10 set. 2021.

²² CONTI, J.M., *Federalismo fiscal e fundo de participação*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001, p. 76.

²³ HORVATH, E., *Contribuições de intervenção no domínio econômico*, Ed. Dialética, São Paulo, 2009, p. 43.

²⁴ Brasil, *Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9998.htm, acesso em: 07 set. 2021.

²⁵ Brasil, *Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm, acesso em: 07 set. 2021.

O FIA é produto de um conjunto de receitas com naturezas diversas e, portanto, submetidas a regimes jurídicos diversos. A Resolução n. 137 do CONANDA, de 21 de janeiro de 2010, estabelece os parâmetros de funcionamento dos Fundos da Criança e do Adolescente e prevê que esses fundos são compostos pelas seguintes receitas:

Art. 10 Os Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente devem ter como receitas:

I - recursos públicos que lhes forem destinados, consignados no Orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive mediante transferências do tipo “fundo a fundo” entre essas esferas de governo, desde que previsto na legislação específica;

II - doações de pessoas físicas e jurídicas, sejam elas de bens materiais, imóveis ou recursos financeiros;

III - destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente e demais legislações pertinentes.

IV - contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais;

V - o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; e

VI - recursos provenientes de multas, concursos de prognósticos, dentre outros que lhe forem destinados.²⁶

A hipótese prevista no inciso I prevê recursos orçamentariamente destinados ao fundo. Nesse caso, trata-se de recursos “livres” que foram direcionados pela lei orçamentária. Também engloba as receitas que são transferidas entre as esferas federativas.

Veja-se que no caso do inciso I não há uma regra prévia que estabelece o destino de um conjunto de recursos ao fundo. Esse destino é estabelecido pela lei orçamentária, com objetivo de separar um conjunto de recursos não previamente vinculados para o financiamento das finalidades atinentes ao FIA.

No caso do resultado das aplicações de recursos do próprio fundo no mercado financeiro, trata-se de receitas que são derivadas da exploração do próprio patrimônio do fundo (inciso V). Como os fundos são um *locus* onde ficam separados recursos públicos para o financiamento de uma finalidade, em alguns casos, tais recursos não são gastos imediatamente, ficando, por vezes, acumulados e aguardando o momento de sua aplicação. Essa disposição estabelece que os rendimentos provenientes desses recursos, no período que antecedeu sua aplicação, também são receitas afetadas à finalidade, devendo ser incorporados ao seu saldo.

Quando a Resolução se refere aos recursos provenientes de multas (inciso VI), a norma está indicando os recursos provenientes das multas aplicadas no campo das ações cíveis destinadas à proteção da criança e do adolescente, que são destinadas aos fundos por força do art. 214 do ECA.²⁷ Pela mesma esteira, existe uma norma que destina parte dos recursos arrecadados com concursos de prognósticos (Loterias) ao Fundo Nacional de Apoio à Criança e ao Adolescente (FNDCA) (art. 17, inciso I, “c”, da Lei n. 13.756, de 12 de dezembro de 2018).

Nos casos previstos nos incisos I, V e VI, a destinação dos recursos ao FIA decorre de uma previsão legal. Porém, a realidade é deferente nos casos dos incisos II, III e IV.

²⁶ Brasil, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*, disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1463.html>, acesso em: 08 set. 2021.

²⁷ Brasil, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 07 set. 2021.

O inciso II dispõe de maneira ampla das doações que têm como destinatário o FIA. Contudo, a previsão dos incisos III e IV também se configuram juridicamente como doações, na medida em que provém de um “contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”, nos termos do art. 538 do Código Civil.²⁸

No caso do inciso IV, as “contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais” configuram doações provenientes de pessoas jurídicas de direito público externo (art. 42 do Código Civil).²⁹

Já no caso do inciso III, aquilo que foi denominado como “destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda, com incentivos fiscais”, nada mais é do que os recursos provenientes de doações realizadas por pessoas físicas ou jurídicas e que, por força da disposição dos art. 260 do ECA, podem ser deduzidas do montante a ser pago pelo destinatário a título de imposto de renda.³⁰

No caso das fontes previstas nos incisos I, V e VI existe uma regra jurídica prévia que estabelece o destino de determinados recursos. Já nas fontes provenientes de doação (II, III e IV) é que não existe esta regra que estabeleça, antes de sua arrecadação, um destino obrigatório para as receitas. Nesses últimos casos, os recursos são direcionados para o fundo por meio de uma manifestação de vontade do doador.

Mesmo nos casos de doações incentivadas, é importante salientar que a doação é prévia e autônoma em relação ao benefício. Se ela de fato ocorrer e houver imposto a pagar pelo devedor, ele pode deduzir o valor doado nos limites estabelecidos por Lei. Porém, mesmo se não houver imposto a pagar ou a doação for realizada em montante superior aos limites legais, trata-se de ato jurídico perfeito consumado independente da possibilidade de o doador gozar do benefício fiscal.

Pensar que as receitas de doação são fruto de um ato de livre destinação do patrimônio do doador implica aceitar que o destino dessas receitas não é decorrente de uma disposição legislativa, mas de uma manifestação de vontade, que atrela sua utilização às finalidades do FIA. Esta característica tem impacto direto quando consideramos a regra de desvinculação de receitas prevista no art. 5º da EC 109/2021.

4. A regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021

A regra do art. 5º da EC 109/2021 propõe a desvinculação do superávit dos fundos. Antes de entender como essa regra opera, faz-se necessário estabelecer os contornos jurídicos da relação de vinculação de receitas públicas.

Fernando Facury Scaff propõe que vinculação é “um liame normativo (constitucional ou legal) estabelecido para a receita, unindo-a a certa despesa, órgão ou fundo”.³¹ A vinculação é uma regra prospectiva em relação às receitas, prevendo seu destino quando e se forem arrecadadas. Diante de uma regra de vinculação “a liberdade para prever a destinação dos recursos, na norma orçamentária é reduzida e condicionada”.³²

²⁸ Brasil, *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil Brasileiro*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em: 08 set. 2021.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Brasil, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 07 set. 2021.

³¹ SCAFF, F.F., *Royalties da exploração de recursos naturais não renováveis: incidência e rateio federativo*, Tese (Livro Docência em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 394.

³² PINHEIRO, H., “Repetição de indébito no desvio de finalidade nas contribuições: entre a praça e o jardim”, *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21, n. 125, p. 590-614, out. 2019/jan. 2020, p. 601.

A desvinculação “transforma em recursos livres” receitas que tinham o destino fixado por uma norma legal.³³ Ao desvincular receitas uma norma pretende evitar o destino previamente estabelecido pelo ordenamento para o produto da arrecadação de determinada fonte.

No Brasil, utilizar regras de desvinculação para conferir uma margem de liberdade para o emprego de receitas vinculadas veio com a chamada Desvinculação das Receitas da União (DRU), introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão n. 1, de 01 de março de 1994, e atualmente regulada pelo art. 76 do ADCT, com redação da Emenda Constitucional n. 93, de 8 de setembro de 2016.

Porém, embora a DRU (art. 76 do ADCT) e a Emenda 109/21 (art. 5º) estabeleçam regras de desvinculação, é importante notar que elas surpreendem as receitas em momentos diferentes. O confronto dos enunciados normativos que contém estas regras evidencia essa diversidade de tratamento:

DRU	EC 109/2021
Art. 76 do ADCT. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.	Art. 5º Até o final do segundo exercício financeiro subsequente à data da promulgação desta Emenda Constitucional, o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo, apurados ao final de cada exercício, poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente.
Fonte: BRASIL, 1988.	Fonte. BRASIL, 2021.

Na DRU, o enunciado estabelece que “são desvinculados [...] 30% (trinta por cento) da arrecadação [...]”. A norma tem como alvo o *momento da arrecadação*, isso significa que, caso a receita seja realizada, parte dos recursos é desvinculada na origem e nunca chega ao destino previamente estabelecido pela regra de vinculação.

Já no caso da EC 109/2021, a norma estabelece que “o superávit financeiro das fontes de recursos dos fundos públicos do Poder Executivo [...] poderá ser destinado à amortização da dívida pública do respectivo ente”. O objetivo desta norma é anular os efeitos da regra de vinculação estabelecida no art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que prevê: “Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”.³⁴ Ou seja, a desvinculação prevista na regra do art. 5º da EC 109/2021 é residual, atingindo apenas a parcela dos recursos originalmente vinculados que não foram aplicados na finalidade e que, originalmente, seria incorporada ao saldo.

A regra de desvinculação da EC 109/2021 difere da regra da DRU pois não anula na origem a regra de vinculação das receitas aos fundos. A parcela de uma receita vinculada uma vez arrecadada segue vinculada ao fundo durante todo o exercício financeiro. Porém, caso os recursos não sejam efetivamente aplicados no período correspondente e ocorra superávit, este estará desvinculado do fundo (como preconiza a regra do art. 73 da Lei n. 4.320/1964) e poderá ser utilizado para outras finalidades.

³³ CARVALHO, A.C., *Vinculação de receitas públicas*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 271.

³⁴ Brasil, *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm, acesso em: 10 set. 2021.

Ao ter como alvo o superávit, o objetivo da norma é evitar que mais recursos arrecadados durante o exercício e vinculados ao fundo sejam acumulados no seu saldo.

Na perspectiva das receitas vinculadas a fundos, o objetivo das normas da DRU e da EC 109/2021 são diferentes. Se a primeira visa evitar que uma parcela dos recursos seja destinada para financiar as finalidades do fundo (desvinculação originária), a segunda busca evitar que os recursos de fontes orçamentárias, arrecadados e não utilizados durante o exercício, sejam incorporados no patrimônio do fundo (desvinculação residual).

Estas normas têm interações interessantes quando se consideram fundos que tem como principal fonte de financiamento contribuições. As receitas da Contribuição Sobre a Receita de Telecomunicações e a CONDECINE, por exemplo, têm 30% de suas receitas desvinculadas na origem por força da DRU. Ou seja, apenas 70% das receitas são efetivamente vinculadas, durante o exercício financeiro, para o financiamento das finalidades do FUST e do FSA.

Porém, estudos mostram que uma parcela muito pequena dos recursos anualmente arrecadados e efetivamente vinculados ao FUST (0,00074% em 2017³⁵) e ao FSA (19% em 2019³⁶) são empregados no financiamento de despesas associadas às suas finalidades. Nesse contexto, a parcela das contribuições não efetivamente empregada em gastos que indicam o fundo como fonte de receitas comporia seu superávit que, então, estaria desvinculado nos termos da EC 109/2021.

Porém, o FIA não pode estar submetido ao mesmo tratamento de fundos como o FUST ou o FSA, que tem fontes próprias e muito superavitárias de receitas. Diferente desses fundos fortemente ligados à arrecadação de contribuições, que por sua natureza exigem um controle sobre o destino do produto da arrecadação, o FIA integra um mecanismo complexo de gestão interfederativa, que recebeu tratamento constitucional privilegiado, nos termos do art. 227 da CF.

Nessa linha, caso aplicada para desvincular os eventuais superávits financeiros dos fundos da criança e do adolescente, EC 109/2021 representa uma ofensa ao princípio da proteção integral:

As políticas públicas para o atendimento dos direitos da criança e do adolescente estão respaldadas pelo princípio da proteção integral com prioridade absoluta, conforme o art. 227 da CF/1988. Não é possível garantir proteção integral sem que se defenda todo o ciclo orçamentário que embasa a implementação dessas políticas públicas. Nesse sentido, há ofensa à cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da CF/1988 se os fundos da infância forem utilizados para pagamento da dívida pública ou para outra destinação desconectada da proteção da criança e do adolescente.³⁷

Para além da inconstitucionalidade da aplicação da EC 109/2021 ao FIA, fosse a regra aplicável, ela não atingiria as receitas provenientes de doação, que representam uma fonte de financiamento relevante desse fundo, como se demonstrará a seguir.

³⁵ DANIEL NETO, C.A., & PINHEIRO, H., "O juízo de necessidade e o controle tributário das contribuições", em VV.AA. (Frattari, R., & Lobato, V., coord.), *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação? Estudos em homenagem ao Professor Sacha Calmon*, Ed. Arraes, Belo Horizonte, 2019, p. 125-148, p. 141.

³⁶ PINHEIRO, H., & RISOLIA, R. "Condecine e a não execução do Fundo Setorial do Audiovisual: consequências da possível omissão na aplicação dos recursos arrecadados", *Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, n. 06, p. 169-184, jul./dez. 2019, p. 180.

³⁷ AUAD, D., & PINHEIRO, H., "A inconstitucionalidade da aplicação do Art. 5 da EC n. 109/2021 para os fundos de direitos da criança e do adolescente", *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, maio/ago. 2021, p. 1-26, p.23.

5. As receitas de doação ao FIA

A desvinculação residual implementada pelo art. 5º da EC 109/2021 opera sobre o superávit de fundos identificado em determinado exercício financeiro.

O FIA é um fundo contábil e, portanto, consiste em uma conta gráfica destinada a financiar objetivos específicos (art. 69, § 1º da Lei n. 4.728/1965).³⁸ Como conjunto de recursos destinados ao financiamento de objetivos específicos, o saldo constante na conta gráfica representa o patrimônio do fundo e será objeto de um balanço (art. 73 da Lei n. 4.320/1964).³⁹

Pensar o saldo como objeto de uma conta patrimonial é aceitar que este conjunto de valores acumulados durante um período está afetado a uma finalidade específica.

Afetação é um conceito típico da disciplina dos bens. O art. 31 da Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, estabelece o conceito de patrimônio de afetação, por meio do qual um terreno é afetado à construção de um condomínio edilício.⁴⁰ O próprio conceito de fundação como “dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina” (art. 62 do Código Civil),⁴¹ está calcado na ideia de “afetação de bens a uma finalidade especial”.⁴²

Pensando a disciplina dos bens públicos, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que a afetação “implica na consagração de um determinado bem ao cumprimento de uma função de satisfação das necessidades gerais da sociedade”.⁴³

No campo do orçamento público, a afetação é tratada pela negativa. O princípio da não afetação da receita de impostos, insculpido no art. 167, inciso IV, da CF/88, busca garantir a liberdade do administrador para utilizar livremente receitas provenientes de impostos. Dizer que os impostos são regidos pelo princípio da não afetação é reconhecer que, uma vez arrecadados os recursos provenientes dessa espécie tributária, estes elementos integrantes do patrimônio público não são consagrados previamente ao financiamento de uma finalidade, podendo ser empregados para o financiamento de qualquer despesa indicada pela lei orçamentária.

No contexto das receitas, a relação afetação liga “o objetivo ao meio”, atrelando os fins que se pretende alcançar com um volume de recursos específico.⁴⁴ A afetação opera seus efeitos sobre o produto da arrecadação, estabelecendo quais gastos podem ser realizados com estes recursos já integrantes do patrimônio público.

É importante que não se confunda afetação de recursos com a vinculação de receitas: a “vinculação é um instrumento financeiro formal, enquanto a afetação é uma técnica financeira de conteúdo”.⁴⁵ A vinculação é a uma regra prospectiva que estabelece o destino de receitas caso sejam arrecadadas. Já a afetação estabelece quais gastos podem ser financiados com esses recursos. No caso dos fundos, uma vez arrecadados e incorporados ao seu saldo, os recursos provenientes de fontes de

³⁸ Brasil, Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm, acesso em: 09 set. 2021.

³⁹ Brasil, Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm, acesso em: 10 set. 2021.

⁴⁰ Brasil, Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm, acesso em: 09 ago. 2021.

⁴¹ Brasil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: *Código Civil Brasileiro*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em: 08 set. 2021.

⁴² PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 359.

⁴³ MARQUES NETO, F.A., *Bens públicos, função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 121.

⁴⁴ HORVATH, E., *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*, Tese (Titularidade em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 143.

⁴⁵ SCAFF, F.F., *Royalties da exploração de recursos naturais não renováveis: incidência e rateio federativo*, Tese (Livre Docência em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 396.

receita (vinculadas ou não) passam a ser afetados as finalidades que lhe são inerentes.

Como uma regra de desvinculação residual, a norma do art. 5º da EC 109/2021 opera sobre uma outra regra de vinculação que estabelecia o destino de receitas antes mesmo de sua arrecadação. A desvinculação do superávit de receitas vinculadas a fundos visa a evitar que novos recursos, provenientes dessas fontes não aplicadas em determinado exercício sejam acumulados e passem a integrar o saldo do fundo como unidade patrimonial. De maneira nenhuma representa a desafetação dos recursos integrantes do saldo desses fundos, originado antes de sua vigência.

Para fundos que têm como principal fonte de financiamento receitas de contribuição, como o FUST e o FSA, a regra de desvinculação residual da EC 109/2021 desarma a norma de vinculação típica desta figura tributária apenas em relação ao montante de recursos arrecadados em um exercício financeiro e não gastos com sua finalidade intrínseca. Ela “devolve” para o orçamento apenas o superávit das receitas originalmente vinculadas identificado no exercício financeiro, desvinculando-o. Os valores que já integravam o saldo dos fundos – unidade patrimonial – seguem afetados às finalidades originárias.

Em relação aos recursos vinculados ao FIA a regra de desvinculação do art. 5º da EC 109/2021 teria o condão de desvincular o superávit derivado de fontes originalmente vinculadas, como os recursos provenientes de multas ou concursos de prognósticos. Em relação a essas, tudo aquilo que foi arrecadado, mas não aplicado durante o exercício financeiro, poderia constituir um superávit que seria desvinculado, deixando de ser incorporado ao saldo do fundo.

Porém, os recursos provenientes de doação não são objeto de uma regra de vinculação. Eles são integrados ao saldo por força da manifestação de vontade do doador, que os afeta contratualmente à realização das finalidades do fundo.

As doações efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas compõem parte do patrimônio deste fundo, sendo reconhecidas como receita orçamentária, na modalidade de receitas de transferências (art. 57 da Lei n. 4.320/1964). Nesse caso, não há vinculação, mas apenas afetação dos recursos doados ao fundo que, necessariamente, passam a estar atrelados às suas finalidades. Não haveria como estabelecer uma vinculação de recursos que, originalmente, não são de propriedade do Estado.⁴⁶

A regra do art. 5º da EC 109/2021 propõe a desvinculação do superávit identificado em fundos públicos. Porém, somente há superávit “desvinculável” em relação as fontes de financiamento vinculadas que forem efetivamente arrecadadas no exercício financeiro. As receitas de doação não são objeto de uma regra de vinculação, elas são incorporadas diretamente à conta gráfica do fundo contábil junto à instituição financeira. Uma vez incorporadas ao saldo, as receitas de doação passam a ser afetadas às finalidades do fundo, somente podendo ser empregadas no financiamento de despesas atreladas a essas finalidades.

Assim, qualquer aplicação da regra do art. 5º da EC 109/2021 deve considerar o fato que, por se tratar de uma regra de desvinculação, o superávit que seria atingido pela sua mecânica de funcionamento é aquele derivado de receitas originalmente vinculadas.

⁴⁶ MARQUES NETO, F.A., & PINHEIRO, H. “A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 59-77, 18 ago. 2020, p. 65.

Nessa linha, é mister que as fontes de receita do FIA sejam identificadas de maneira individualizada,⁴⁷ pois os recursos que o integram são submetidos a regimes jurídicos diferentes. Esta obrigação de especificação é prevista no art. 50, inciso I, da LRF: "a disponibilidade de caixa constará de registro próprio, de modo que os recursos vinculados a órgão, fundo ou despesa obrigatória fiquem identificados e escriturados de forma individualizada".⁴⁸

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a necessidade de segregação de receitas submetidas a regimes jurídicos diversos incorporadas a um mesmo fundo. Por ocasião do julgamento da medida cautelar na Ação Civil Ordinária n. 3455, que trata da contribuição de policiais e bombeiros militares do Distrito Federal para custeio de serviços de saúde, que atualmente são incorporadas ao saldo do Fundo Constitucional do Distrito Federal (FCDF) juntamente com outras receitas afetadas a finalidades diferentes, foi determinado que a União segregue os recursos do provenientes das aludidas contribuições. O objetivo é viabilizar o controle de sua aplicação, já que estas receitas são afetadas a uma finalidade específica.⁴⁹

Mutatis mutandis, no caso das receitas de doação incorporadas ao saldo do FIA, por não serem receitas vinculadas na origem, é fundamental que estas sejam segregadas para evitar que sejam indevidamente incluídas no momento da apuração de superávit para fins do art. 5º da EC 109/2021.

6. Conclusão

A pandemia de COVID 19 está afetando substancialmente a realização dos direitos da criança e do adolescente no Brasil e no mundo. Um estudo Fundo das Nações Unidas para a Infância, Unicef, e da ONG britânica Save the Children indica que a propagação global desse vírus jogou mais 150 milhões de crianças na pobreza.⁵⁰ Esse dado é um indício importante e aponta para a urgente necessidade de políticas para garantir a proteção desses grupos.

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que o princípio da proteção integral, primeira diretriz na promoção dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes brasileiros, é instrumentalizado pelos fundos especiais instituídos nas diversas esferas federativas. Nesse contexto, uma regra que implique desvio de recursos anteriormente destinados a esses fundos representa uma redução nas possibilidades fáticas para realização dos direitos infantojuvenis.

O FIA é produto de fontes de receitas atreladas à realização de uma finalidade comum. Porém, essas receitas possuem tratamentos jurídicos diversos, que não podem ser ignorados na avaliação do impacto da regra do art. 5º da EC 109/2021.

Diferente da regra da DRU, que propõe a desvinculação originária de parte de recursos provenientes de algumas fontes, a norma contida no art. 5º da EC 109/2021 mantém a vinculação prevista pelo ordenamento durante todo o exercício financeiro. Ao final, se os recursos originalmente vinculados não forem aplicados na finalidade específica, apenas o eventual superávit dessas fontes (originalmente vinculadas) é desvinculado, a fim de evitar sua incorporação no saldo do fundo.

Porém, em relação ao FIA, é importante destacar que uma parte de seus recursos é proveniente de doações, receitas que não são vinculadas por uma regra

⁴⁷ SILVA, I.M.M., *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 134.

⁴⁸ Brasil, *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000*, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm, acesso em: 10 set. 2021.

⁴⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Medida Cautelar em Ação Civil Originária n. 3455*, julgamento 08 mar. 2021, publicação 10 mar. 2021.

⁵⁰ UNICEF. "Impact of COVID-19 on multidimensional child poverty." (2021). Disponível em <https://data.unicef.org/resources/impact-of-covid-19-on-multidimensional-child-poverty/#>, acesso em 13 nov. 2021.

do ordenamento jurídico que estabelece seu destino. Esses recursos são incorporados diretamente ao saldo do fundo, por força da manifestação de vontade do doador.

Justamente por não serem originalmente vinculados ao fundo, o eventual superávit dos recursos provenientes de doação não pode ser desvinculado pela regra do art. 5º da EC 109/2021. Não há como desvincular residualmente aquilo que não era vinculado na origem.

Referências

- ADEODATO, J. M., "Bases para uma metodologia da pesquisa em direito", *Revista CEJ*, ano 3, v. 7, pp. 143-150, 1999. Disponível em <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/190>. Acesso em 06 de abril de 2020.
- ANDRADE, J. M. A., *Interpretação da norma tributária*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 167.
- AUAD, D., "A importância dos princípios para a efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente, em especial do Princípio da Dignidade Humana sob o enfoque da Alteridade", em VV.AA. (Auad, D., & Oliveira, B.B.C., org.), *Direitos humanos: democracia e justiça social: uma homenagem à Professora Eunice Prudente: da militância à academia*, Ed. Letras Jurídicas, São Paulo, 2017, p. 361-386.
- AUAD, D., *A cidadania da criança e do adolescente de acordo com a atual Constituição Federal Brasileira e com a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- AUAD, D., *Conselhos e Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente: uma opção pela democracia participativa*, Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- AUAD, D., & PINHEIRO, H., "A inconstitucionalidade da aplicação do Art. 5 da EC n. 109/2021 para os fundos de direitos da criança e do adolescente", *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro - PGE-RJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, maio/ago. 2021, p. 1-26,
- Brasil, Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), *Resolução CONANDA n. 113, de 19 abr. 2006*, disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=104402>, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, *Resolução n. 137, de 21 de janeiro de 2010*, disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1463.html>, acesso em: 08 set. 2021.
- Brasil, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 07 ago. 2021.
- Brasil, *Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, *Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc109.htm, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm, acesso em: 10 set. 2021.
- Brasil, *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Código Civil Brasileiro*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm, acesso em: 08 set. 2021.

- Brasil, *Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm, acesso em: 10 set. 2021.
- Brasil, *Lei n. 4.591, de 16 de dezembro de 1964*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm, acesso em: 09 ago. 2021.
- Brasil, *Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4728.htm, acesso em: 09 set. 2021.
- Brasil, *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Estatuto da Criança e do Adolescente*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, *Lei n. 9.998, de 17 de agosto de 2000*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9998.htm, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, *Medida Provisória n. 2.228-1, de 06 de setembro de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2228-1.htm, acesso em: 07 set. 2021.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Medida Cautelar em Ação Civil Originária n. 3455*, julgamento 08 mar. 2021, publicação 10 mar. 2021.
- Brasil, Supremo Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário n. 482611*, julgamento 23 mar. 2010, DJe 07 abr. 2010.
- CARVALHO, A.C., *Vinculação de receitas públicas*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2010.
- CRESWELL, J. W., *Research design: qualitative & quantitative approaches*, Thousand Oaks: Sage, 1994.
- CONTI, J.M., *Federalismo fiscal e fundo de participação*, Ed. Juarez de Oliveira, São Paulo, 2001.
- DANIEL NETO, C.A., & PINHEIRO, H., "O juízo de necessidade e o controle tributário das contribuições", em VV.AA. (Frattari, R., & Lobato, V., coord.), *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação? Estudos em homenagem ao Professor Sacha Calmon*, Ed. Arraes, Belo Horizonte, 2019, p. 125-148.
- GUBA, E. G., & LINCOLN, Y. S., "Competing paradigms in qualitative research", em VV.AA. (DENZIN, N. K.; LINCOLN, Y. S. eds.), *Handbook of Qualitative Research*, Thousand Oaks, CA: Sage, 1994, p. 105-117.
- HORVATH, E., *Contribuições de intervenção no domínio econômico*, Ed. Dialética, São Paulo, 2009.
- HORVATH, E., *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*, Tese (Titularidade em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- MARQUES NETO, F.A., & PINHEIRO, H. "A impossibilidade de desvinculação de receita de doação ao Fundo Municipal da Criança e do Adolescente", *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 59-77, 18 ago. 2020.
- MARQUES NETO, F.A., *Bens públicos, função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009.
- PEREIRA, C.M.S., *Instituições de direito civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2007.
- PEREZ, M.A., *A administração pública democrática*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004.
- PINHEIRO, H., & RISOLIA, R. "Condecine e a não execução do Fundo Setorial do Audiovisual: consequências da possível omissão na aplicação dos recursos arrecadados", *Revista ABRADT Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, v. 3, n. 06, p. 169-184, jul./dez. 2019.
- PINHEIRO, H., "Repetição de indébito no desvio de finalidade nas contribuições: entre a praça e o jardim", *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 21, n. 125, p. 590-614, out. 2019/jan. 2020.

- ROSEMBERG, F., & MARIANO, C.L.S., "A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões", *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-728, set./dez. 2010.
- SCAFF, F.F., *Royalties da exploração de recursos naturais não renováveis: incidência e rateio federativo*, Tese (Livre Docência em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- SILVA, C.M.C.S., & SILVA, A.C.S., "A Convenção Sobre os Direitos da Criança e o Direito à Educação no Brasil", *Revista Educação UFSM*, v. 46, jan./dez. 2021, disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reeducacao/article/view/41231/html>, acesso em: 07 set. 2021.
- SILVA, I.M.M., *Direito financeiro e os fundos de exploração de recursos naturais não renováveis*, Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- UNICEF., *Impact of COVID-19 on multidimensional child poverty*. (2021). Disponível em <https://data.unicef.org/resources/impact-of-covid-19-on-multidimensional-child-poverty/#>, acesso em 13 nov. 2021.

Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: la indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza

Indigenous peoples and the protection of the environment: the indigenization of international law, biocultural rights and rights of nature

María del Ángel Iglesias Vázquez¹

UNIR, Universidad Internacional de La Rioja

Sumario: 1. Introducción. 2. Los textos internacionales. 1.1. De la Declaración de Estocolmo a Río 92. 1.2. De Río 92 a la COP 26 de Glasgow. 3. La protección del medioambiente y pueblos indígenas ante los tribunales. 3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4. Consideraciones. 5. Derechos bioculturales. 6. Derechos de la naturaleza. 7. Ideas finales. 8. Referencias bibliográficas.

Resumen: En el presente trabajo se analiza la relación "pueblos indígenas y medio ambiente" desde la perspectiva de la aportación de estos pueblos a la protección y cuidado de aquel y al reconocimiento de este hecho, tanto en los textos internacionales de medio ambiente como en la jurisprudencia. Se exponen, así, tanto los cuerpos normativos que constatan la contribución a aquella, como aquellas sentencias que resaltan positivamente que el respeto a sus derechos redunde en beneficio del medio, al comprobarse el papel que realizan como guardianes de la naturaleza. Esto ha conducido a que en el debate jurídico se trate la cuestión de los derechos bioculturales y, más allá, de los derechos de la naturaleza, donde aparece con fuerza el complejo dilema antropocentrismo y ecocentrismo.

Palabras clave: pueblos indígenas y medioambiente, derechos bioculturales, derechos de la naturaleza

Abstract: This paper analyzes the relationship between "indigenous peoples and the environment" from the perspective of the contribution of these peoples to the protection and care of the environment and the recognition of this fact, both in international environmental texts and in jurisprudence. Thus, both the normative bodies that confirm their contribution to the environment and the rulings that positively highlight the fact that respect for their rights benefits the environment, by demonstrating their role as guardians of nature, are presented. This has led to the legal debate on the issue of biocultural rights and, beyond that, the rights of nature, where the complex dilemma of anthropocentrism and ecocentrism appears strongly.

¹ Doctora en Derecho. Profesora de Derecho internacional en UNIR, Universidad Internacional de La Rioja. Investigadora principal del grupo "Relevancia del estatus y la condición de indígena: causas y consecuencias".

Keywords: indigenous peoples, rights of the nature, biocultural rights.

1. Introducción

"El derecho al medio ambiente debe ser interpretado desde una perspectiva indígena"². Y, acordamos con el autor, más allá de estarlo con la idea ofrecida, en el empleo del verbo "deber" al marcar diferencia con el "ser".

Es un hecho verificado por Naciones Unidas y no difícilmente constatable por la comunidad internacional que "muchas de las regiones de la más intensa diversidad biológica de la Tierra son habitadas por pueblos indígenas". El Folleto 10 del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos humanos (Los pueblos indígenas y el medio Ambiente) señala asimismo que "los "17 biológicos"", es decir, los 17 países que albergan más de dos terceras partes de los recursos biológicos de la Tierra son también los territorios tradicionales de la mayoría de los pueblos indígenas del mundo"³. Esta diversidad biológica y la necesidad de preservarla han sido cuestiones objeto de contenciosos llevados por pueblos indígenas (PPII) ante tribunales nacionales y regionales, así como de llamadas a organismos y órganos en los tres niveles, doméstico, regional e internacional. Son los indígenas quienes, mejor que otros pueblos, conocen la necesidad de administrar y usar los recursos de la tierra de una forma racional, óptima, eficiente y respetuosa con el medio ambiente.

Según la Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF por sus siglas en inglés⁴):

"Los pueblos indígenas aportan al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, especialmente al ODS 13- Acción por el Clima y al 15- Protección de ecosistemas terrestres, conservando sus territorios con base en los conocimientos de sus ancestros. Su visión de los territorios es vital para enfrentar la actual crisis climática y apoyar al Gobierno en la implementación del Acuerdo de París y otros compromisos internacionales".

Pero sólo entendiendo el hecho de que, sin la tierra, o con la explotación de esta de forma no compatible con aquel, los PPII ven afectadas sus vidas, se comprende la realidad de estos pueblos y, con ello, el del peligro de la desaparición de unas culturas cuya consecuencia se extiende más allá de la afectación de un grupo determinado: preservando su *modus vivendi* se erigen en guardianes naturales del medio y protegiendo el medio en que habitan (respetando sus derechos) queda mejor salvaguardado el de todos. "la puesta en práctica del desarrollo sostenible debería tener en cuenta plenamente los valores, conocimientos y tecnologías de los pueblos indígenas, con miras a garantizar recursos para las generaciones futuras"⁵.

Frente a ello constatamos el fenómeno del acaparamiento de las tierras ancestrales de los PPII a fin de explotar la riqueza natural de los territorios en que habitan o el del desplazamiento de sus tierras, en tiempos de paz o de conflicto. Con ello, son varios los derechos fundamentales afectados de los pueblos indígenas, como

² BERRAONDO LÓPEZ. M. "Los derechos medioambientales de los Pueblos Indígenas. La situación en la región amazónica", *Hombre y Ambiente*, núm. 55-56 (número monográfico). Quito 2000, p. 73.

³ Se trata de Australia, Brasil, China, Colombia, el Ecuador, los Estados Unidos de América, Filipinas, la India, Indonesia, Madagascar, Malasia, México, Papúa Nueva Guinea, el Perú, la República Democrática del Congo, Sudáfrica y Venezuela. NACIONES UNIDAS. OHCHR. Folleto informativo 10: "Los pueblos indígenas y el medio ambiente", Nueva York y Ginebra, 2015, p.1. Disponible en <https://www.ohchr.org/documents/publications/guideinfoleaflet10sp.pdf>.

⁴ FONDO MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (2020), El aporte de los pueblos indígenas al país es invaluable. Disponible en <https://www.wwf.org.co/?364960/El-aporte-de-los-pueblos-indigenas-al-pais-es-invaluable>.

⁵ NACIONES UNIDAS. Folleto informativo 9 (OHCHR, "Los Folleto informativo Nº 9/Rev.1 – "Los derechos de los pueblos indígenas", p. 9. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet9Rev.1sp.pdf>.

personas, esto es, individualmente considerados, y como grupos: no sólo el derecho a sus tierras (y otros conexos en este contexto, como el de la consulta previa, libre e informada o el de reparto de los beneficios), sino, como hemos señalado, la afectación de su cultura, de sus vidas en definitiva. Como ya tuve la oportunidad de decir, afectado un derecho, otros, en una suerte de dominó, son afectados en cadena. Y una afectación global, la del medio ambiente, cuya protección necesitamos todos.

El significado de la tierra para los PPII pasa por entender su particular cosmovisión, la cual consiste en la profunda relación con la tierra, de manera que, esta no sólo es el lugar que les sirve para atender a sus necesidades materiales, sino que es el que les sirve para atender a las espirituales. Esta consideración ha sido manifestada por los tribunales de protección de los derechos humanos como veremos más adelante. Es, así, una realidad manifestada en los ya numerosos casos habidos ante instancias judiciales. Y, desde luego, diversos instrumentos legislativos reconocen más allá del derecho a las tierras ancestrales, el derecho a su cultura, lo que pasa indefectiblemente por apartar cuanto afecte negativamente su *modus vivendi*.

La cultura es el rasgo de identidad cuya negación supone la de la esencia de la persona. Aniquilar una cultura puede significar etnocidio, que supone la muerte del grupo que comparte unas características comunes, y al respetar el derecho a sus tierras ancestrales hoy no sólo se les reconoce su tierra originaria sino su identidad porque difícilmente pueden atender a las exigencias materiales y espirituales, negada o dificultado el goce de aquella⁶. Este hábitat natural de la mayoría de los pueblos indígenas tiene como escenario la naturaleza en “estado puro”⁷ que preservan.

En adelante, trataremos de analizar cómo el derecho internacional del medio ambiente contempla la realidad de los PPII y, en su caso, la indigenización del derecho internacional, la aportación de aquellos a esta rama del derecho. Indagaremos en los textos internacionales medioambientales y decisiones judiciales para deducir, de entre los que plasmen la referencia a los pueblos indígenas, en qué posición (activa o pasiva) quedan situados. Por posición pasiva entenderemos aquella en que son receptores del derecho, en que este les reconoce determinadas facultades. Por activa concebimos aquella en que el derecho les coloca como agente.

2. Los textos internacionales

Sostiene Ulloa⁸ que:

“los indígenas ahora son considerados tanto por la comunidad académica como por el público en general, en Colombia y en el ámbito internacional como indígenas ecológicos⁹ que protegen el medio ambiente y dan esperanza a la crisis ambiental y del desarrollo. Por lo tanto, las representaciones sobre los

⁶ Dice el párrafo 170 de la sentencia Ogiek: “La cultura podría entenderse como ese conjunto complejo que incluye la asociación espiritual y física con la tierra ancestral, los conocimientos, las creencias, el arte, el derecho, la moral costumbres y cualquier otra capacidad y hábito adquiridos por el ser humano como miembro de la sociedad - la suma total de las actividades materiales y espirituales y productos de un determinado grupo social que lo distinguen de otros grupos similares y en que engloba la religión, la lengua y otras características definitorias de un grupo características definitorias”. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Application* 006/2012, sentencia de 26 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5f5/5fe/9a9/5f55fe9a96676974302132.pdf>.

⁷ Insertamos comillas a fin de hacer referencia a áreas no explotadas por el hombre y en lo que el término “puro”, hoy en día, permita.

⁸ ULLOA, A. “El Nativo Ecológico: Movimientos Indígenas y Medio Ambiente en Colombia”. *Movimientos sociales, estado y democracia en Colombia*. Mauricio Archila y Mauricio Pardo (editores). ICANH-CES-Universidad Nacional. Bogotá, 2001, p. 2. Disponible en https://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/files/2014/6722/6517/El_nativo_ecologico-Ulloa.pdf.

⁹ El resaltado es mío.

indígenas han sido transformadas del "sujeto colonial salvaje" en el "actor político- ecológico".

2.1. De Estocolmo-1972 a Río-1992

La cuestión medio ambiental no fue objeto de seria atención por parte de Naciones Unidas hasta la década de los setenta, durante la cual se celebró la primera Conferencia sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972). La Declaración sobre el Medio humano¹⁰, se alzó como el primer documento de carácter internacional en reconocer el derecho a un ambiente sano mediante la aprobación de principios precedidos por siete afirmaciones (no menos importantes)¹¹.

Esta Declaración no hace referencia alguna a los "pueblos indígenas" lo que entendemos desde la perspectiva de que el Derecho Internacional de Pueblos Indígenas apenas estaba desarrollado: tan sólo la Organización Internacional del Trabajo se había ocupado de la cuestión mediante convenios sectoriales¹² y el general de 1957, el convenio 107 (sobre poblaciones indígenas y tribuales¹³), posteriormente desplazado por el 169 de 1989¹⁴, Convenio sobre pueblos indígenas y tribales). Sin embargo, podemos señalar las referencias al colonialismo habidas en los principios I15 y XV16 de la Declaración de Estocolmo.

En 1983, antes de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, la resolución 38/161, de 19 de diciembre¹⁷, la AGNU daría luz verde a la creación de una Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. En su 14º período de sesiones, (Nairobi, junio de 1987) el Consejo de Administración del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente adoptó la decisión 14/14, de 16 de junio de 1987, titulada "Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo",

¹⁰ Aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, el 16 de junio 1972; ver Asamblea General de las Naciones Unidas, Resoluciones 2994/XXVII, 2995/XXVII y 2996/XXVII del 15 de diciembre 1972).

¹¹ La Asamblea General de Naciones Unidas creó el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). *Vid.*: <https://www.unep.org/about-un-environment>.

¹² Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50). Regula la "reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas en territorios dependientes de los Estados Miembros. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C050 y Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C064.

¹³ Convenio sobre poblaciones indígenas y tribuales, 1957 (núm. 107). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

¹⁴ Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.

¹⁵ "El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse".

¹⁶ "Debe aplicarse la planificación a los asentamientos humanos y a la urbanización con miras a evitar repercusiones perjudiciales sobre el medio y a obtener los máximos beneficios sociales, económicos y ambientales para todos. A este respecto deben abandonarse los proyectos destinados a la dominación colonialista y racista."

¹⁷ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Doc. A/RES/38/161 de 19 de diciembre de 1983, "Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el Año 2000 y más adelante".

"Nuestro Futuro común" o Informe Brundtland¹⁸. En el mismo, ya encontramos referencias concretas a los PPII en los párrafos 5 o 46 del Capítulo I: "Un futuro amenazado"¹⁹:

"Las poblaciones tribales e indígenas exigirán una atención especial, ya que las fuerzas del desarrollo económico trastornan sus modos de vida tradicionales - modos de vida que pueden ofrecer a las sociedades modernas muchas lecciones en la administración de los recursos en los complejos ecosistemas de los bosques, montañas y suelos. Algunas están amenazadas con la extinción por un desarrollo insensible que escapa a su dominio. Se deberían reconocer sus derechos tradicionales y se les debería conceder intervención decisiva en la formulación de las políticas acerca del desarrollo de los recursos en sus regiones".

Después de una afirmación que les coloca en posición pasiva, se realizan otros dos que bien pueden colocarles como actores, la relativa a las enseñanzas que desde su medio están en condiciones de brindar y la conveniencia de su acción en lo que a las políticas medioambientales se refiere. Se trata, pues, de una importante afirmación que va acercándonos al principio de consentimiento previo, libre e informado²⁰ al que luego aludiremos.

Además, en el capítulo II ("Crecimiento, redistribución y pobreza") hallamos referencias a "grupos desfavorecidos, muchos de los cuales viven en zonas ecológicamente vulnerables, como ... pueblos indígenas de América y de Australasia²¹" y una interesante aportación hecha en el marco de una audiencia pública del CMMAD (Ottawa, mayo 1986) de uno de los representantes del *Native Council* de Canadá, Louis Bruyere²²:

"Los pueblos indígenas se basan en lo que yo pienso que puede llamarse sistema de seguridad del medio ambiente. Somos los centinelas del éxito o del fracaso de la economía de nuestros recursos. Sin embargo, para muchos de nosotros, los últimos siglos han significado una gran pérdida del control sobre nuestras tierras yaguas.

Somos todavía los primeros en conocer los cambios que se producen en el medio ambiente, pero somos los últimos a quienes se les pregunta o se les consulta.

Somos los primeros en descubrir que nuestros bosques están amenazados, ya que están bajo la influencia de la economía carente de escrúpulos de este

¹⁸ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Doc. Res A/42/427 de 4 de agosto de 1987

"Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: medio ambiente. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nota del Secretario General", p. 1. Informe "Nuestro Futuro común".

¹⁹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Res A/42/427. Informe Brundtland, cit, p. 26.

²⁰ Consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 si bien encontramos germen en el Convenio (OIT) 169: su artículo 6 proclama: "1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.".

²¹ NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Res A/42/427. Informe Brundtland, cit, p. 82., p. 72.

²² NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Res A/42/427. Informe Brundtland, cit, p. 82.

país, y somos los últimos a quienes se interroga sobre el futuro de nuestros bosques.

Somos los primeros en darnos cuenta de la contaminación de nuestras aguas de lo cual pueden dar fe los pueblos del Ojibwa, de nuestra patria, al norte del Ontario.

Desde luego, somos los últimos a quienes se les consulta cómo, cuándo y dónde se producirá el desarrollo que asegure la continua armonía para la séptima generación.

Lo más que hemos aprendido es a esperar que se nos indemnizará demasiado tarde y demasiado poco.

Muy rara vez se nos pide que ayudemos, con nuestra experiencia y otorgando nuestro consentimiento, como se puede evitar que sea necesario indemnizarnos."

El Convenio 169 de la OIT²³ aún no había visto la luz, pero estaba próximo en cuanto a su aparición como un texto de extraordinaria importancia en cuanto al reconocimiento de los derechos de los PPII, al derecho a la consulta previa, libre e informada que constituye la "columna vertebral del Convenio"²⁴.

No se trata de un cuerpo medioambiental, pero de su articulado se desprenden aspectos íntimamente relacionados con aquél. El Preámbulo del Convenio no menciona texto alguno de protección del medio ambiente, pero hace alusión a la "armonía social y ecológica" y a la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a esta. De esta forma, encontramos un texto que claramente señala lo que representan para el ecosistema. El artículo 7 proclama el "derecho de decidir sus propias prioridades", y el apartado 3 insta a los gobiernos de los Estados a que efectúen estudios con los afectados "a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos". Este Convenio 169 es de máxima importancia en cuanto al reconocimiento de las tierras ancestrales al plasmarse en un texto de fuerza jurídica vinculante. Reiteramos que no se trata de un cuerpo medio ambiental, pero contiene disposiciones base para el reconocimiento de una posición activa de los PPII, en cuanto a su protección se refiere.

2.2. De Río 92 a la COP26 de Glasgow

Del 3 al 14 de junio de 1992 tuvo lugar la Conferencia de Río de Janeiro en la que se produjo "la unión definitiva entre Pueblos indígenas y el medio ambiente"²⁵. Se adoptaron y abrieron a la firma dos convenios, la Convención Marco sobre el Cambio Climático²⁶, sin mención alguna a los PPII y el Convenio sobre la Diversidad Biológica²⁷ que, en el preámbulo, reconoce: "... la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida

²³ Vid., referencia en pie de página 10.

²⁴ COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "La consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada: pueblos indígenas, derechos humanos y el papel de las empresas". México, 2016, p. 1. Disponible en <http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/10064/Laconsultaprevia.pdf>.

²⁵ BERRAONDO LÓPEZ. M. "Los derechos medioambientales de los Pueblos Indígenas. La situación en la región amazónica", cit., p. 75.

²⁶ NACIONES UNIDAS. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático, 1992. Disponible en [convsp.pdf](#) (unfccc.int).

²⁷ NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Disponible en [cbd-es.pdf](#). Los objetivos de este convenio figuran en el artículo 1: "son la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada."

tradicionales basados en los recursos biológicos". En consonancia, el artículo 8 j) dice que cada Estado Contratante: "j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente", y el artículo 10 c) que, "Protegerá y alentará, la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible".

Además, se aprobó el Programa 21²⁸ que hace referencia continua a las "poblaciones indígenas" dedicando, expresamente, un Capítulo (el 26) a la cuestión del "Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades". En el mismo se reconoce que "han acumulado conocimientos científicos tradicionales holísticos de sus tierras, sus recursos naturales y el medio ambiente". El punto 26.3. hace alusión al "reconocimiento de que las tierras de las poblaciones indígenas y sus comunidades deben estar protegidas contra actividades que presenten riesgos para el medio ambiente o que la población indígena de que se trate considere improcedentes desde los puntos de vista social y cultural"; en su apartado iii) menciona "El reconocimiento de sus valores, sus conocimientos tradicionales y sus prácticas de ordenación de los recursos, con miras a promover un desarrollo ecológicamente racional y sostenible", y el iv) "El reconocimiento de que la dependencia tradicional y directa de los recursos renovables y los ecosistemas, incluido el aprovechamiento sostenible, sigue siendo esencial para el bienestar cultural, económico y físico de las poblaciones indígenas y de sus comunidades";.

Se trata de un texto en el que se afirma positivamente la acción de los PPII y que pone de manifiesto la necesidad de proteger a la vez que de aprovechar los conocimientos de estos. La posición de los PPII es tanto pasiva como activa al reconocerse su aportación a la promoción de un desarrollo sostenible y el papel que están llamados a desempeñar.

La Declaración de principios relativos a los bosques²⁹, tampoco desconoce la realidad de estos pueblos, (apoyando sus "culturas y su participación en lo que concierne a la ordenación, conservación y desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo"). Y, en fin, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo³⁰, se reconoce, en el Principio 22, el papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales: "Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."

Podemos, en definitiva, afirmar, que Río no desconoce, sino que reconoce esa situación particular, física y cultural que lleva a la consideración de la aportación tan positiva que pueden realizar en beneficio de un medio ambiente más saludable y en beneficio de toda la humanidad.

En 2002, año en que se celebra la Cumbre Mundial de la ONU sobre el Desarrollo Sostenible, en Johannesburgo, y en concreto, en la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible, encontramos también referencias: el punto 25, reafirma "el papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo".

²⁸ NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de Desarrollo Sostenible. "Programa 21", 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

²⁹ NACIONES UNIDAS. Principios sobre bosques – Declaración de principios para el manejo sustentable de bosques, 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de Las Naciones Unidas.

³⁰ NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de Desarrollo Sostenible. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.

Fruto de la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de junio de 2006³¹, se aprobó, mediante Resolución 61/295, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas³². Al igual que el Convenio (OIT) 169, no es, en sí, un texto medio ambiental. En cualquier caso, por la íntima conexión entre la tierra y los PPII, no está carente de referencias a este. En su Preámbulo manifiesta que "el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente": se reconoce de una forma explícita la aportación a la protección de aquel, proclamándose después (artículo 29) el derecho que tienen a su conservación y protección.

La Declaración establece el deber de los Estados de consultar (de forma libre, previa e informada, CLPI) a los PPII antes de proceder a cualquier acción que tenga consecuencia sobre su derecho a la cultura, empleando aquí un significado general que incluye la relación con las tierras, con el medio en que vive y que necesita protección, lo que observamos en varias de sus disposiciones (artículos 10, 11, 19, 28 o 29) y que se traducen en el principio del consentimiento libre, previo e informado reconocido y desarrollado en el derecho internacional (así, por la jurisprudencia regional de protección de los derechos humanos (y de los pueblos). Este principio es el que, creemos, alza a los PPII como verdaderos agentes activos. A partir de aquí, no es ya un tener en cuenta sino un contar con su asentimiento antes de proceder a llevar a cabo actos sobre la naturaleza. Como antes hemos señalado, si bien la Declaración proclama de una forma concreta, explícita, este principio, ya el Convenio 169 había establecido la base para su consagración. El deber de los Estados de obtener el CLPI de los Pueblos Indígenas "da derecho a los Pueblos Indígenas a determinar efectivamente el resultado de la toma de decisiones que les afecta, no sólo el derecho a participar"³³.

El año 2008 marca un importante hito al crearse Foro Internacional de Pueblos Indígenas sobre Cambio Climático (FIPICC o IIPFCC en sus siglas en inglés) como comité para los pueblos indígenas que participan en los procesos de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Este Foro, cuya próxima reunión se producirá inmediatamente después de escribir esta colaboración, ya dejó apuntado en sus Compromisos de Acción Climática la continua llamada de atención de los PPII a la debida pre (y) ocupación sobre las consecuencias que el cambio climático tiene sobre ellos como afectados directos. Señalemos la realizada por un inuit, Kleist³⁴, por el positivo papel que puede desplegar en aras al reconocimiento expreso del derecho a la tierra de los PPII en sede regional europea (Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de Estrasburgo), ante la ausencia de jurisprudencia reconociendo este derecho:

"Los inuits han estado alertando a la comunidad internacional sobre el calentamiento global desde la primera Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro en 1992. Este año Alaska experimentó el mes de julio más caluroso de la historia, Groenlandia se enfrentó a un derretimiento de hielo sin precedentes

³¹ NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 1/2 de 29 de junio de 2006. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, cap. II, secc. A.

³² NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)] 61/295, 13 de septiembre de 2007. "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas".

³³ Human Rights Council. Thirty-ninth session 10–28 September 2018. Agenda items 3 and 5 Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. "Free, prior and informed consent: a human rights-based approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples". 10 August 2018.

³⁴ World Indigenous Peoples Present Climate Action Commitments at UNSG Climate Action Summit. Septiembre 2019, p. 2. Disponible en [World_Indigenous_Peoples_Climate_Action_Commitments_-_Press_Release.pdf](https://www.iwgia.org/World_Indigenous_Peoples_Climate_Action_Commitments_-_Press_Release.pdf) (iwgia.org).

y los incendios forestales en el Ártico canadiense rompieron récords en número y emisiones. También nos hemos solidarizado con los pueblos indígenas de la Amazonía frente a los trágicos incendios forestales y las irreparables implicaciones para todo el planeta, incluidos los inuit nunaat, nuestras vidas y nuestros medios de subsistencia"³⁵.

En 2012, la ONU organizó la tercera Conferencia sobre el Desarrollo Sostenible, conocida como Río + 20, cuyo principal resultado fue el documento (sin fuerza vinculante) "El Futuro que Queremos". En él se reconoce que el desarrollo sostenible requiere la implicación efectiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, así como de todos los grupos principales, mencionado a los pueblos indígenas en varios puntos, como el 43; el 49 ("reconocemos la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de la aplicación de estrategias de desarrollo sostenible en los planos mundial, regional, nacional y subnacional."); el 58 ("que las políticas de economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza deben: j) Mejorar el bienestar de los pueblos indígenas y sus comunidades, las demás comunidades locales y tradicionales y las minorías étnicas, reconociendo y apoyando su identidad, cultura e intereses, y evitar poner en peligro su patrimonio cultural, sus prácticas y sus conocimientos tradicionales, preservando y respetando los enfoques no orientados al mercado que contribuyan a la erradicación de la pobreza); el 109 ("la importancia de las prácticas agrícolas tradicionales sostenibles, como los sistemas tradicionales de suministro de semillas, sobre todo para muchos pueblos indígenas y comunidades locales.", o el 197 ("somos conscientes de que los conocimientos tradicionales, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales aportan una contribución importante a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y su aplicación más amplia puede impulsar el bienestar social y los medios de vida sostenibles. Reconocemos que a menudo los pueblos indígenas y las comunidades locales son los que más directamente dependen de la diversidad biológica y los ecosistemas, y, por tanto, con frecuencia son los más inmediatamente afectados por su pérdida y degradación.").

En el documento final de la Conferencia mundial sobre los PPII ^{36, 37}, después de referirse a la responsabilidad de las empresas transnacionales y otras empresas de respetar todas las leyes y todos los principios internacionales aplicables, incluidos los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos... (punto 24), se reconoce la importancia de la contribución que los pueblos indígenas pueden hacer al desarrollo económico, social y ambiental por medio de las prácticas agrícolas tradicionales sostenibles (punto 26).

Percibimos de los textos internacionales una positiva atención y percepción de la actividad de los PPII a la vez que se pone en evidencia el peligro que representa la degradación del entorno ya que afecta directamente a sus vidas y a sus culturas. En este sentido, la participación en los proyectos que tienen como escenario físico sus tierras, es indispensable. Ciertamente existe un derecho de información previa,

³⁵ Los inuit y los samis representan los principales PPII europeos. Aquellos, considerando la pertenencia de Groenlandia a Dinamarca.

³⁶ NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2014 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/69/L.1)] 69/2. Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/69/2>.

³⁷ La Asamblea General en su resolución 65/198 de 21 de diciembre de 2010, decidió organizar una reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General, que recibió el nombre de Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas y se celebró en 2014, con el fin de intercambiar puntos de vista y las mejores prácticas sobre la realización de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el cumplimiento de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

de consulta (previa, libre e informada) pero el problema, sabemos, deviene por el incumplimiento de esta obligación.

Recientemente, en la COP 26 de Glasgow se ha aludido a la afectación que el cambio climático tiene sobre las tierras en que viven los PPII. En el MDI Joint Statement "Joint Statement by the multilateral development banks: nature, people and planet", se dice:

" 1.3. We will continue to systematically integrate a gender perspective and consider the different needs of women and men, especially traditional and indigenous communities, in designing and undertaking actions on the use, management and protection of nature and environmental sustainability. 1.4 We will continue to meaningfully engage with traditional and indigenous communities as experts in protecting and managing biodiversity and natural resources, while respecting their rights to their lands, culture and spirituality.³⁸"

3. La protección del medio ambiente y pueblos indígenas ante los tribunales

Una vez constatado que el derecho sí reconoce y que progresivamente plantea que los PPII sean los actores en la protección del medio ambiente, procede el análisis de los asuntos tratados ante las cortes de protección de los derechos humanos en nuestra indagación de afirmaciones respecto a la aportación a la preservación del medioambiente de los pueblos indígenas. Asimismo, se hará referencia a asuntos domésticos de relevancia.

Una búsqueda actualizada en el marco europeo nos sigue mostrando la falta de atención en el subcontinente al hecho indígena. No nos referimos a que no existan asuntos planteados por PPII ante Estrasburgo, sino que los dictados de este no vienen a reconocer derecho a la propiedad de las tierras ancestrales ni los PPII europeos han planteado sus demandas de igual forma que en África o en América. Ya dijimos con motivo del análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de protección de los derechos de los PPII que "la vulneración del derecho a su propiedad y sus recursos produce en cascada la violación de otros derechos fundamentales"³⁹.

En cualquier caso, buscamos, ahora, en las diferentes decisiones de la Corte IDH o en la CAfDHP ese reconocimiento de la aportación a la que hacíamos referencia antes. Ello pasa por tratar las sentencias planteadas por pueblos o comunidades indígenas respecto del derecho a sus tierras o de preservación de sus culturas.

3.1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH ha tenido ocasión de pronunciarse de forma suficiente (y ejemplar) sobre la relación PPII-medioambiente. Y en el sentido que buscamos, podemos afirmar, de entrada, que sí ha dejado constancia, no ya de la necesidad de los PPII de la tierra, sino respecto a la de la tierra de estos. El Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua⁴⁰ de 2001, constituye el "primer pronunciamiento de un tribunal internacional a favor del reconocimiento de derechos, tan fundamentales para los pueblos indígenas, como son el derecho a la tierra y los

³⁸ NACIONES UNIDAS. UN Climate Change Conference, UK 2021. Disponible en <https://ukcop26.org/mdb-joint-statement/>.

³⁹ IGLESIAS VÁZQUEZ, MA. "La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Principia Iuris*, 2016, pp. 294-295.

⁴⁰ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

recursos naturales y el derecho al territorio⁴¹". Dice la Corte: "la experiencia ha demostrado que la explotación de recursos naturales renovables o no renovables, sin la adopción de medidas especiales que garanticen la estabilidad de los indígenas en la tierra, que les respeten su cultura, que eviten el deterioro ambiental, causa daños catastróficos⁴²". Y el voto razonado conjunto de los jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, refiere la:

"9. importancia del fortalecimiento de la relación espiritual y material de los miembros de la Comunidad con las tierras que han ocupado, no sólo para preservar el legado de las generaciones pasadas, sino también para asumir y desempeñar las responsabilidades que ellos asumen respecto de las generaciones por venir. De ahí, además, la necesaria prevalencia que atribuyen al elemento de la conservación sobre la simple explotación de los recursos naturales.

10. La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas, y las futuras) en relación con las cuales tenemos obligaciones⁴³".

Al asunto Awas seguirán en igual línea otros tantos, como los asuntos Yakye Axa de 2005⁴⁴, Comunidad Moiwana de 2005, Sawhoyamaya de 2006⁴⁵, Saramaka de 2007⁴⁶, Xákmok Kásek de 2010⁴⁷, Sarayaku de 2012⁴⁸, 49, Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros, de 2014⁵⁰, Comunidad Garífuna de Punta Piedra de 2015 y sus miembros⁵¹, etc.

Tomando ahora, para mejor ilustración, el caso de los Pueblos Kaliña y Lokono de 2015⁵², constatamos que la Corte, interpretando el artículo 21 de la Convención

⁴¹ GÓMEZ ISA, F. Reseña de "El Caso Awas Tingni contra Nicaragua". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 10, núm. 32, mayo-agosto, 2003, pp. 373-375. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México.

⁴² Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, cit., pp. 40-41.

⁴³ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, cit., pp. 2-3 del voto.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. En este asunto, la Corte IDH estatuye que "los pueblos indígenas tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio, ya que sin ellos su supervivencia económica, social y cultural está en riesgo" (párrafos 135 y 137).

⁴⁵ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

⁴⁶ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

⁴⁷ I/A Court H.R., Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 24, 2010. Series C No. 214.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

⁴⁹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.

⁵⁰ I/A Court H.R., Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 14, 2014. Series C No. 284.

⁵¹ Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

⁵² Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Americana, se refirió a instrumentos internacionales de protección del medio ambiente y señaló en el párrafo 173 que:

“los pueblos indígenas, por lo general, pueden desempeñar un rol relevante en la conservación de la naturaleza, dado que ciertos usos tradicionales conllevan prácticas de sustentabilidad y se consideran fundamentales para la eficacia de las estrategias de conservación. Por ello, el respeto de los derechos de los pueblos indígenas puede redundar positivamente en la conservación del medioambiente. Así, el derecho de los pueblos indígenas y las normas internacionales de medio ambiente deben comprenderse como derechos complementarios y no excluyentes”.

Y seguidamente trae las palabras de la Relatora Especial de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz:

“[El] derecho internacional ambiental y el derecho internacional de los derechos humanos no deberían considerarse como cuerpos de ley separados, sino como interrelacionados y complementarios. En efecto, los Estados Partes del Convenio sobre Diversidad Biológica (CBD) han incorporado el respeto de los derechos y obligaciones internacionales relacionadas en sus decisiones sobre las áreas protegidas en relación con los pueblos indígenas” (párrafo 174).

En las referencias a pie de página encontramos la mención del Convenio sobre la Diversidad Biológica, de la Declaración de Río sobre el Medioambiente y el Desarrollo, de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de 2014, del documento de la WWF Internacional de 2008 “Los Pueblos Indígenas y la Conservación: Declaración de Principios del WWF”, el de la Unión Mundial para la Naturaleza y WWF-Internacional, “Pueblos Indígenas y Tradicionales y Áreas Protegidas: Principios, Directrices y Casos de Estudio”, de la Convención Ramsar, la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, (Ramsar, Irán, 1971), de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁵³.

“[m]últiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos,” afirma la Opinión Consultiva 23⁵⁴ sobre “medioambiente y derechos humanos” en la que se refiere a las “obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana⁵⁵”, reconociendo la “existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos”⁵⁶, o la de que “varios derechos de rango fundamental requieren, como una precondition necesaria para su ejercicio, una calidad medioambiental mínima, y se ven afectados en forma profunda por la degradación de los recursos naturales”⁵⁷ incluyendo el derecho a un medio ambiente sano (punto B) o la de que “[l]os derechos humanos y la protección del medio ambiente son inherentemente interdependientes⁵⁸ (NNUU 2012, párrafo 10)”. Sobre las obligaciones ambientales

⁵³ *Vid.*, pies de página 214 a 232 y señaladas en el texto por orden de mención por parte de la Corte IDH en la sentencia.

⁵⁴ Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos). Disponible en [seriea_23_esp.pdf \(corteidh.or.cr\)](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf).

⁵⁵ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, *cit.*, párrafo 46.

⁵⁶ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, *cit.*, párrafo 47.

⁵⁷ Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, *cit.*, párrafo 49.

⁵⁸ Se refiere aquí a John H. Knox. Del mismo, trae después la idea de “todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute

respecto de comunidades indígenas, la Corte se pronuncia en los párrafos 113, 138, 152, 156, 164, 166 y 169, en los que remarca la conexión tierra-pueblos indígenas y la consecuente afectación de aquélla-estos, trayendo a colación los textos medio ambientales antes mencionados, el documento de la Comisión Interamericana "CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, el documento OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190", su jurisprudencia (y la de las cortes europea y africana⁵⁹) así como las del Tribunal Internacional de Justicia⁶⁰.

4. Consideraciones

El sistema interamericano es excepcional en cuanto a la identificación, aplicación y refuerzo de los derechos indígenas respecto de la tierra y del medio ambiente⁶¹, y todo lo anteriormente expuesto, es un exponente, no completo, de la labor desplegada y cuya completa exposición requeriría un trabajo especial. A través de esta, ha puesto de manifiesto la importante aportación de los PPII al derecho internacional medioambiental: reforzando sus derechos, protegiendo la identidad propia de estos pueblos, ha ido efectuando importantes contribuciones que refuerzan ésta.

Hemos percibido cómo los textos internacionales han ido incorporando a su letra, la referencia a los PPII, conscientes de que se trata de una protección mutua o, dicho de otro modo, que se refuerzan. El hecho de que se hayan ido reconociendo en el plano internacional (y doméstico) las demandas ecológicas indígenas, han fortalecido el del derecho a la tierra y sus recursos y a sus culturas y viceversa. Hoy, los principales actores en defensa de la naturaleza son los indígenas que progresivamente han ido escalando en esa graduación de principales⁶². No es infrecuente ya encontrar la expresión referida a los indígenas como "guardianes de la naturaleza" o "nativo ecológico". "El tejido simbólico de la cosmovisión de los

de todos los derechos humanos depende de un medio propicio". *Vid.*, NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox de 24 de diciembre de 2012. Doc. A/HRC/22/43. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.43_sp.pdf, párrafo 10.

⁵⁹ Por lo que al sistema africano se refiere, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en el asunto Endorois, recordó la jurisprudencia de la Corte IDH. Y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tuvo oportunidad de enfrentarse al -por ahora- único asunto en el que la relación pueblos indígenas-medio ambiente es el núcleo principal de la decisión. Se trata de un asunto en el que el Estado keniano alega como defensa sobre la evicción de este pueblo, el de la degradación del medio ambiente, constatando la Corte que los Ogiek no son los responsables de esta reconociéndoles el derecho a sus tierras. En el párrafo 145 de la sentencia, leemos: "the Mau Forest has been allocated to other people in a manner which cannot be considered as compatible with the preservation of the natural environment".

⁶⁰ *Vid.*, pie de página 80: "el medio ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo a las futuras generaciones". Cfr. CIJ, Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996, párr. 29, y CIJ, Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997, párr. 112."

⁶¹ Otra cosa es el grado de cumplimiento por los Estados de lo estatuido por la Corte IDH.

⁶² En sede doméstica, véase la sentencia de la Corte de Constitucionalidad (4785-2017) de Guatemala, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-800 de 2014) o la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Amparo No. 631/2012) sobre PPII y evaluación y educación ambiental (esta última); la sentencia de la Corte de Constitucional (20-12-IN/20) o la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-622 de 2016), sobre biodiversidad, cambio climático y educación ambiental. Disponibles en Jurisprudencia | Observatorio del Principio 10 (cepal.org).

pueblos indígenas juega un papel definitivo en el equilibrio de los ecosistemas que se encuentran en su territorio. Es por eso por lo que cuando se atenta contra la Naturaleza se atenta contra la cultura y viceversa⁶³”.

En esta progresiva constatación de su íntima interrelación, en este mutuo soporte, pero en la evolución de la conciencia medio ambiental que los lleva a consolidar la posición activa a la que arriba hicimos referencia, aparecen en la escena jurídica, los términos “derechos bioculturales” y, más allá, después, el de “derechos de la naturaleza” y con ésta, el de la naturaleza como sujeto de derechos. Ahora bien, la íntima conexión tierra-indígena, se había dejado de manifiesto por las sentencias de la Corte IDH antes señaladas, aplicando el *corpus iuris* de los derechos humanos con una amplia visión. De esta forma, se habían constatado ya unos derechos bioculturales -por más que no fueran denominados así- de los que luego, la doctrina (y aún la jurisprudencia) se va a hacer eco para extender en el discurso jurídico, este grupo de derechos.

5. Los derechos bioculturales

Con la dificultad que entraña encontrar quién acuñara la expresión (reiteramos la idea expuesta en el párrafo anterior) sostiene GREAR⁶⁴ que fue probablemente Bavikatte quien procediera a identificar la aparición de estos derechos “basándose en una combinación de acuerdos ambientales multilaterales, leyes nacionales y cambios en el discurso sobre el desarrollo y en las pautas de lucha de las comunidades, para trazar una “cesta” emergente de “derechos bioculturales”” (expresión que en una versión “modificada” utiliza Sajeve como “cesta de derechos colectivos”⁶⁵). Bakivatte y Bennett⁶⁶ señalan que “los derechos bioculturales surgieron simultáneamente a la aparición de los derechos ambientales e indígenas, pero casi sin que se notara. Estos derechos se diferencian de la categoría general de derechos indígenas porque presuponen un vínculo explícito con la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, y porque el grupo no tiene que ser necesariamente indígena⁶⁷”, pero -nos preguntamos- ¿pueden disociarse, si hablamos de “derechos de los pueblos indígenas”, y no de los derechos que cualquiera ser humano ostenta por el hecho de ser persona?

Según Sajeve “nacen como “propuesta para armonizar las necesidades de los derechos ambientales y los derechos humanos, y se consideran necesarios para

⁶³ ULLOA, A. “El Nativo Ecológico: Movimientos Indígenas y Medio Ambiente en Colombia”. *Movimientos sociales, estado y democracia en Colombia*. Mauricio Archila y Mauricio Pardo (editores). ICANH-CES-Universidad Nacional. Bogotá, 2001”. Disponible en https://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/files/2014/6722/6517/El_nativo_ecologico-Ulloa.pdf, p. 13.

⁶⁴ GREAR, A. Editorial: “The discourse of ‘biocultural’ rights and the search for new epistemic parameters: moving beyond essentialisms and old certainties in an age of Anthropocene complexity?”. *Journal of Human Rights and the Environment*. 6. 1-6. 10.4337/jhre.2015.01.00, p. 3.

⁶⁵ SAJEVA, Giulia. “When rights embrace responsibilities: biocultural rights and the conservation of environment”. Oxford scholarship online: June 2019. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780199485154.001.0001/oso-9780199485154>.

⁶⁶ BAVIKATTE K. Sanjay y Bennett, Tom. (2015). “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, March 2015, pp. 7-29, p. 10.

⁶⁷ En el texto original en inglés, se dice “Biocultural rights emerged contemporaneously with the appearance of environmental and indigenous rights, but almost unnoticed. These rights differ from the general category of indigenous rights because they presuppose an explicit link to the conservation and the sustainable use of biological diversity, and because the group need not necessarily be indigenous.”

proteger el papel de custodia que ciertos pueblos indígenas y comunidades locales han desempeñado hacia el medio ambiente⁶⁸”.

Señalan Macpherson et al., que

*the adoption of the biocultural rights concept in the Atrato case enables the Court to recognize the 'jurisdiction' of Indigenous peoples as regulators, stewards, and decision makers on the management of the river. It creates new opportunities for them 'to participate in river sharing, governance and use' as river guardians*⁶⁹.

En realidad, estos derechos, no son sino una consecuencia de la comprensión de lo que la tierra representa en su dimensión espiritual, del reconocimiento de un respeto al derecho a sus tierras ancestrales y sus recursos⁷⁰, que pasa por el cumplimiento cabal del principio de consentimiento libre, previo e informado, y desde luego, de su personalidad jurídica y, en general, de los derechos de que son titulares como PPII, los ya estatuidos en el Convenio OIT (169) artículo 13 o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En esta línea se han manifestado Bavikatte y Bennett⁷¹: “On the contrary, biocultural rights are derived from a traditional tenure of land implicit in which is an obligation of stewardship⁷²” o Chen y Gilmore⁷³: “El concepto de derechos bioculturales hace hincapié en la naturaleza interdependiente e interrelacionada de los recursos indígenas; es decir, la existencia de los recursos culturales indígenas depende de los recursos naturales indígenas y viceversa”.⁷⁴ No haríamos justicia si no reiterásemos que ya la Corte IDH había recogido en sus sentencias esta realidad y podemos añadir, con anterioridad a las obras de los autores mencionados (ad ex., el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua⁷⁵).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana⁷⁶, en particular, la sentencia T-622-16 de 10 de noviembre de 2016⁷⁷, hace referencia al “Concepto y alcance los derechos bioculturales (*biocultural rights*)” en los puntos 5.11 y siguientes de la siguiente forma:

⁶⁸ SAJEVA, Giulia. “When rights embrace responsibilities: biocultural rights and the conservation of environment”. cit., Abstract.

⁶⁹ Macpherson et al, “Constitutional Law, Ecosystems, and Indigenous Peoples in Colombia: Biocultural Rights and Legal Subjects”. *Transnational Environmental Law*, 9:3 (2020), p. 533.

⁷⁰ La propiedad de aquellas no es un título absoluto y, así, en tanto sea de esta manera, estos derechos bioculturales tendrán un límite legal. No queremos con ello minusvalorar este grupo de derechos sino poner de manifiesto que, como otros tantos derechos fundamentales individuales, soportan un límite cuya apreciación puede ser arbitraria. La idea fue, además, expuesta en el asunto Ogiek de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁷¹ BAVIKATTE K. S. y Bennett, T. (2015). “Community stewardship: the foundation of biocultural rights”, *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, March 2015, p. 11.

⁷² “Por el contrario, los derechos bioculturales se derivan de una tenencia tradicional de la tierra que lleva implícita una obligación de custodia” (traducción propia).

⁷³ CHEN, C. GILMORE, M. “Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities”. *The International Indigenous Policy Journal*, 6(3), 2015. DOI:10.18584/iipj.2015.6.3.3. p.8.

⁷⁴ Originalmente, dice: “The concept of biocultural rights emphasizes the interdependent and interlinked nature of Indigenous resources; that is, the existence of Indigenous cultural resources is dependent on Indigenous natural resources and vice versa”.

⁷⁵ Sobre este asunto vid. Berraondo, M.: “El caso Awas Tigni: la esperanza ambiental indígena” 29-60, en *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Felipe Gómez-Isa (ed). Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2003.

⁷⁶ La Corte Constitucional colombiana se había referido a esta relación en las sentencias T-428 de 1992, T-257 de 1993 C-027 de 1993 T-188 de 1993, T-380 de 1993 T-342 de 1994, C-519 de 1994, SU-039 de 1997 SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-433 de 2011, T-477 de 2012, C-1051 de 2012 o T-576 de 2014, todas ellas mencionadas en la T-622-16 de 2016.

⁷⁷ Denominada *Atrato case* en la doctrina no hispana.

en su definición más simple, hacen referencia a los derechos que tienen las comunidades étnicas a administrar y a ejercer tutela⁷⁸ de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat, en donde se desarrolla su cultura, sus tradiciones y su forma de vida con base en la especial relación que tienen con el medio ambiente y la biodiversidad. En efecto, estos derechos resultan del reconocimiento de la profunda e intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprenderse aisladamente⁷⁹.

Y más adelante afirma que “la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella” (punto 5.11, 2º párrafo). La premisa central sobre la cual se cimienta la concepción de la bio culturalidad y los derechos bioculturales es la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana (punto 5.17).

Esta sentencia nos sirve para alcanzar la segunda cuestión, la de los derechos de la naturaleza ya que explícitamente reza en el punto 10.2 “1.- Se reconocerá al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeta de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32. Y en el punto resolutivo cuarto, declara:

“RECONOCER al río Atrato, su cuenca y afluentes como una entidad sujeto de derechos a la protección, conservación, mantenimiento y restauración a cargo del Estado y las comunidades étnicas, conforme a lo señalado en la parte motiva de este proveído en los fundamentos 9.27 a 9.32. En consecuencia, la Corte ordenará al Gobierno nacional que ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río (a través de la institución que el Presidente de la República designe, que bien podría ser el Ministerio de Ambiente) en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Gobierno colombiano, quienes serán los guardianes del río. Con este propósito, el Gobierno, en cabeza del Presidente de la República, deberá realizar la designación de su representante dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia. En ese mismo período de tiempo las comunidades accionantes deberán escoger a su representante.”

En el siguiente punto nos referiremos a lo que supone el *dictum* de la Corte colombiana al tratar los derechos de la naturaleza.

6. Los derechos de la naturaleza

Por más que, a primera vista, nos parezca que estamos ante un término de reciente elaboración, un estudio efectuado, a solicitud de la Comisión de Asuntos Jurídicos (JURI Committee) del Parlamento de la Unión Europea, por Jan Darpö⁸⁰, sitúa en 1972 su aparición, desde la opinión disidente del juez Douglas en el asunto *Sierra Club v. Morton*⁸¹ quien propuso “que se concediera a los objetos

⁷⁸ Negrita en el texto original.

⁷⁹ Negrita añadida.

⁸⁰ UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo, 2021, Can nature get it right? A study on rights of Nature in the European context. Jan DARPÖ. European Parliament, 2021. study, commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the JURI Committee. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>, p. 11.

⁸¹ El asunto puede leerse en <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/405/727.html>.

medioambientales la condición de personas jurídicas y que, por tanto, pudieran defenderse en los tribunales mediante la representación del público" lo que hizo inspirándose en el artículo de Stone "Should trees have standing?", publicado en *Southern California Law Review* en 1972⁸².

No se retomaría la idea hasta el año 2000, impulsada por los Tamaqua, la elaboración de una propuesta sobre los *Rights of Nature Law* y la creación de una organización, CELDF junto a la Alianza Pachamama de San Francisco, que según Darpö inspiró la redacción de la constitución ecuatoriana⁸³.

A efectos de tratar de ofrecer una definición, nos basaremos en textos internacionales sin dejar de reconocer que de normas principales, como las cartas magnas de Ecuador o Bolivia, igualmente podríamos extraer un concepto. El Principio 2 de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (Río, 2016) (UICN⁸⁴) de la *World Commission on Environmental Law* (WCEL85) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, en su Principio 2 establece que «La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar» y distinguiendo entre "Derecho a la Naturaleza y Derechos de la Naturaleza" proclama:

"Cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar".

Boyd define los "Derechos de la Naturaleza" como "los derechos de las especies no humanas, los elementos del entorno natural y... los objetos inanimados a la existencia continuada y no amenazada por las actividades humanas⁸⁶". La Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra explicita en su artículo 2 cuáles son estos derechos^{87, 88}. Se trata de una propuesta lanzada a la Asamblea General de Naciones Unidas para su aprobación, a instancias de Bolivia⁸⁹.

⁸² Stone escribió posteriormente el libro *Should trees have standing? toward legal rights for natural objects* en 1974. Una reseña del mismo, escrita por Moore, se encuentra en *Florida State University Law Review* Volume 2 Issue 3 Article 12, Summer 1974: Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. Tom R. Moore. University of Southern California School of Law. Disponible en: <https://ir.law.fsu.edu/lr>.

⁸³ UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo, 2021, Can nature get it right? A study on rights of Nature in the European context, cit., p. 12.

⁸⁴ Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.

⁸⁵ Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) acerca del Estado de Derecho en materia ambiental.

⁸⁶ BOYD, D. R. *The rights of nature: a legal revolution that could save the world*. ECW PRESS, 2017, p. 137.

⁸⁷ "a. Derecho a la vida y a existir; b. Derecho a ser respetada; c. Derecho a la regeneración de su biocapacidad y continuación de sus ciclos y procesos vitales libres de alteraciones humanas; d. Derecho a mantener su identidad e integridad como seres diferenciados, autorregulados e interrelacionados; e. Derecho al agua como fuente de vida; f. Derecho al aire limpio; g. Derecho a la salud integral; h. Derecho a estar libre de contaminación, polución y desechos tóxicos o radioactivos; i. Derecho a no ser alterada genéticamente y modificada en su estructura amenazando su integridad o funcionamiento vital y saludable; j. Derecho a una restauración plena y pronta por las violaciones a los derechos reconocidos en esta Declaración causados por las actividades humana".

⁸⁸ El artículo 1 reza: "Así como los seres humanos tienen derechos humanos, todos los demás seres de la Madre Tierra también tienen derechos que son específicos a su condición y apropiados para su rol y función dentro de las comunidades en los cuales existen." Y el artículo 3 h, (obligaciones de los seres humanos con la Madre Tierra) empodera "a los seres humanos y a las instituciones para defender los derechos de la Madre Tierra y todos los seres que la componen".

⁸⁹ En el Preámbulo de la Declaración se hace alusión a que "que el sistema capitalista y todas las formas de depredación, explotación, abuso y contaminación han causado gran destrucción, degradación y alteración a la Madre Tierra, colocando en riesgo la vida como hoy la conocemos, producto de fenómenos como el cambio climático;", lo que ya coloca a la Declaración, de

La Constitución de Ecuador del 2008 fue la primera en cuanto al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, (artículo 71⁹⁰) a la que seguiría la de Bolivia en 2009.

Asuntos resueltos en sede judicial no faltan y los primeros son fruto de la acción de comunidades indígenas como el caso Colorado River v. State of Colorado⁹¹ (2017) aunque encontramos ya otros promovidos por no indígenas. Así, en Colombia, la sentencia AHC4806-2017 del 26 de julio de 2017 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia resolvió “conceder la protección invocada por vía de hábeas corpus deprecada por Luis Domingo Gómez Maldonado, quien actúa en favor del oso de anteojos de nombre “Chucho”. En los argumentos de la sentencia, hallamos las afirmaciones siguientes:

“2.4. Sin embargo, múltiples argumentos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales han surgido para sustentar la tesis de los animales como “seres sintientes”, que propende por otorgarles prerrogativas de tipo fundamental, dignas de recibir protección inmediata por el Estado, como consecuencia de un criterio unánime que ha hecho carrera en el mundo, en donde se busca la conservación del universo, garantizándose la supervivencia de la especie humana y su entorno, teniendo como objetivo la construcción de una visión “eco céntrica – antrópica” dentro del marco de un orden público ecológico nacional e internacional.”⁹².

Posteriormente, con fecha 16 de agosto de 2017, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral⁹³ dejó la precitada “sin valor y efecto toda la actuación surtida al interior de la acción constitucional de Habeas Corpus, identificada con el radicado 17 001 221 3000 2017 00486 01 y disponer el archivo de las diligencias⁹⁴”. Entre los razonamientos, leemos:

“Ahora bien, aunque el debate que se trae a colación no es pacífico, en la medida en que las tendencias legislativas actuales plantean la posibilidad de ampliar el concepto de persona también a los animales, adscribiéndoles por tanto ser sujetos de derechos -con la claridad de que en nuestra regulación no se les asignó tal categoría sino una intermedia entre sujeto y objeto de derecho-, estima la Sala pertinente indicar que, desde el punto de vista constitucional, no es viable que se utilice la acción de Habeas Corpus para la protección de aquellos⁹⁵”.

entrada, en una posición ideológica determinada que, entendemos, sobra en un texto que pretende tener alcance universal.

⁹⁰ “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

⁹¹ U.S. SUPREME COURT, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). *Sierra Club v. Morton* No. 70-34. April 19, 1972 405 U.S. 727. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/405/727.html>.

⁹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia AHC4806-2017, de 26 de julio de 2017. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>.

⁹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia. Sala de Casación Laboral. STL12651-2017. Sentencia de 16 de agosto de 2017. Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20OCT2017/STL12651-2017.doc>.

⁹⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia. Sala de Casación Laboral. STL12651-2017., cit. p. 23 de la sentencia.

⁹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia. Sala de Casación Laboral. STL12651-2017., cit. p. 15 del fallo.

Claramente, la Corte, admite la dificultad que entraña la inserción en algunos ordenamientos jurídicos del derecho de seres “no sintientes”⁹⁶ y de esa (forzada) ampliación del concepto de persona y, en consecuencia viene a sostener que las categorías actuales del derecho no sirven al fin pretendido.

También parece relevante la sentencia del tribunal de Belgrano, Argentina, de 2019, en tanto que trata el principio *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*, lo que va en la misma línea de la afirmación de la existencia y el reconocimiento de los derechos de la naturaleza.

“el fallo del Superior Tribunal contraría la normativa de referencia; en especial el art. 32 de la Ley General del Ambiente 25.675 Desarrollo jurisprudencial de la evaluación en materia de impacto ambiental... 105 —que establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo y especie— y los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro agua*. Todo lo cual, conspira contra la efectividad en la defensa del ambiente que persigue el actor en el caso”⁹⁷.

De este fallo destaca la referencia a la no restricción de la jurisdicción que abre la vía a que personas y no personas, puedan acceder a la misma. La pregunta que asalta de inmediato es la de quién representaría a, y en qué medida se impone una obligación, y a quién. No se trata ya de extender a todos una legitimación (derecho) sino, reiteramos, una obligación.

7. Ideas finales

La conciencia medio ambiental, el despertar del hombre ante la progresiva degradación del medio ambiente se sitúa, en el derecho internacional público contemporáneo, en la década de los setenta, con la Declaración de Estocolmo y se ha ido consolidando hasta hoy. Hemos comprobado cómo la referencia a los PPII, primero como actores pasivos y después como activos, está presente en los textos.

De la necesidad manifestada del derecho a sus tierras, al representar ese todo inseparable, material y espiritual, propio de una cosmovisión propia de sus culturas, y de su reconocimiento, han pasado a ser actores en cuanto a la toma de decisiones sobre acciones que afecten a aquellas. El principio del consentimiento libre, informado y previo les coloca en una posición verdaderamente activa, de eco guardián, de protector de un medio que, afectado, también alcanza, en sus efectos negativos, a todos.

Como recuerda el Folleto 10 de Naciones Unidas, arriba reseñado, las zonas con más intensa diversidad biológica son habitadas por pueblos indígenas. Los PPII, con su concepción global del universo y si se quiere, desde una postura eco céntrica, han demostrado, como acabamos de decir, que juegan un papel de guardianes del ecosistema que debe -más allá de afirmarse- reforzarse haciendo efectivos los *dicta* de los tribunales o cortes.

Con el reconocimiento efectuado (o reforzado) por las cortes, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha ido conformándose para los

⁹⁶ En el derecho de Nueva Zelanda, la *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017. Public Act*, núm. 7, de 20 de marzo de 2017, en su artículo 14. 1, declara que “Te Awa Tupua is a legal person and has all the rights, powers, duties, and liabilities of a legal person.”. En el párrafo 2, The rights, powers, and duties of Te Awa Tupua must be exercised or performed, and responsibility for its liabilities must be taken, by Te Pou Tupua on behalf of, and in the name of, Te Awa Tupua, in the manner provided for in this Part and in Ruruku Whakatupua—Te Mana o Te Awa Tupua. Disponible en <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html>.

⁹⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ARGENTINA. Asunto Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, sentencia de 11 de julio de 2019. CSJ 714/2016/RH1, p. 20, párrafo 2.

derechos humanos, un grupo de derechos, los derechos bioculturales, merced tanto a la progresiva conciencia a la que antes aludíamos, como a la de la influencia que la cultura indígena tiene. La aportación de los PPII al derecho medio ambiental se muestra así, evidente. Y estos derechos bioculturales han puesto en escena los derechos de la naturaleza.

Para quienes afirman o niegan que la naturaleza tenga derechos, no puede desconocerse que naturaleza y hombre, están íntimamente conectados. Recordando el Principio 1 de la Declaración de Río de 1992 que proclama que los seres humanos "tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza", podemos realizar una sencilla conclusión, la de que ese derecho a un medio ambiente sano implica el que este ya esté y se mantenga en condiciones determinadas, y así, los derechos humanos, hoy, se encuentran ligados a los derechos de la naturaleza, pero existiría una diferencia entre ambos posicionamientos en cuanto que se sitúan en diferentes posiciones antropocéntrica una, eco céntrica, otra, que hallamos en la cosmovisión de los pueblos indígenas y que ha tenido una trascendencia notable en el auge de esta idea.

Ahora bien, entendemos que el derecho -al menos en su estadio actual- no sirve para sostener o para hallar en él un fundamento suficiente, sólido, que permita afirmar que existen derechos de la naturaleza, por la razón de que la fuerza que despliega ante los tribunales deviene, primero, del reconocimiento de un *ius standi* que sólo la persona posee plenamente. Necesitaríamos una nueva definición de "personalidad jurídica". La sentencia colombiana T-622, a modo de ejemplo, al conferir al hombre la tarea de realizar un papel de tutor legal, demuestra la complejidad de la cuestión. Las nuevas categorías jurídicas necesitan un acomodo bastante, y otorgando al hombre el *ius standi* de la naturaleza sujetamos su vía judicial a la voluntad final de este, porque -reiteramos- necesita de su actuar. Sabemos que todo derecho lleva implícita una obligación y no falta quien se pregunta por este segundo aspecto, como Eckstein⁹⁸ o Marshall quien recuerda el caso del Ganga en India⁹⁹ u O'DONNELL que recuerda que el hecho de conferir personalidad legal a alguien (o algo) confiere el derecho a "enter into and enforce contracts, the right to own and deal with property and the right to sue (and be sued) in court, commonly referred to as legal standing¹⁰⁰. Este autor, titulando su trabajo: "When a river becomes a person: polarizing environmental protection", señala que "but in all the excitement, there is emerging that granting legal personality to rivers can actually lead to people being less willing to protect those rivers¹⁰¹", aunque O'BRYAN apunta que "Históricamente, la legislación sobre las aguas del Victoria, no han reconocido a los aborígenes un papel en la gestión y protección de los cursos de agua del Victoria. Eso cambió con la promulgación de la Ley de Protección del Río Yarra, de 2017. Esta ley es significativa porque no solo reconoce un papel a los aborígenes en la gestión y protección del Yarra, sino que también, se dice, da una "voz independiente" al río"¹⁰².

⁹⁸ ECKSTEIN, ET AL. "Conferring Legal Personality on the World's Rivers: A Brief Intellectual Assessment". *Water International*, 2019, DOI: 10.1080/02508060.2019.1631558, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper No. 19-30, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3431344>, p. 4.

⁹⁹ MARSHALL, V. "Overturning aqua nullius: an aboriginal perspective on personhood" Virginia Marshall", en ECKSTEIN et al., p. 6. Además, como acertadamente señala O' Donnell, el Ganga y el Yamuna son ríos transfronterizos (India y Bangladesh) con lo que el problema añadido es el del reconocimiento de su personalidad con límite territorial. *Vid.*, O'DONNELL, E. "When a river becomes a person: polarizing environmental protection", en ECKSTEIN et al., cit., p. 10.

¹⁰⁰ ECKSTEIN et al., cit., p.7.

¹⁰¹ ECKSTEIN et al., cit., p.7.

¹⁰² "Historically, Victoria's water laws have not recognized Aboriginal people as having a role in managing and protecting Victoria's waterways. That changed with the enactment of the

El debate, está servido y conciliar posturas, se antoja tarea más que complicada.

Se ha alegado que la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ese carácter de universal, sirve para su predicación respecto de la naturaleza, pero esta idea, y tomemos los trabajos preparatorios del texto como base de esta afirmación, ponen al hombre en el centro de su proclamación: creemos que no sirve como base. La Declaración de los derechos de la madre naturaleza no ha pasado de ser una propuesta que no ha alcanzado peso en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas. Sobre esta Declaración, ECKSTEIN observa que coloca a los PPII en una posición opuesta "al papel inherente a los pueblos aborígenes de gestionar y proteger su país, incluyendo las tierras, las aguas y la relación totémica con las plantas y los animales"¹⁰³.

De una forma, si se quiere, un tanto pragmática nos podemos preguntar ¿cuál es el objetivo que se pretende al proclamar a *right of the nature*? La respuesta no puede ser otra que su protección, su total amparo¹⁰⁴. Y, en vez de perderse en un debate, que hoy por hoy se antoja complejísimo¹⁰⁵ y en el que es improbable que se hallen soluciones universales, es hora de establecer serios mecanismos para alcanzar aquél. Esto no ataca posiciones eco céntricas: el hombre tiene la seria obligación de proteger y restaurar el daño causado, de regirse así en protector del medio que le rodea, lo que puede y debe realizarse. Son cada vez más frecuentes los casos en que los daños causados son castigados, y así debe ser. Quizás debería abandonarse la frontal contraposición entre ecocentrismo y antropocentrismo para tomar conciencia de lo que supone la destrucción o el no-cuidado del medio. El derecho tendría que admitir, en su entonces necesaria evolución, nuevas categorías, pero no conviene forzar conceptos a fin de alcanzar significados desviados. En fin, por más que se otorguen derechos a "seres no humanos", la cuestión, el problema sigue estando en la voluntad del hombre.

8. Referencias bibliográficas

- BAVIKATTE K. Sanjay and ROBINSON, Daniel (2011) "Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing" (2011) 7(1) *Law, Environment and Development Journal*, 39-51 at 50.
- BAVIKATTE K. Sanjay y Bennett, Tom. (2015). "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", *Journal of Human Rights and the Environment*, Vol. 6 No. 1, March 2015, pp. 7-29.

Yarra River Protection Act, 2017. This Act is significant because not only does it recognize a role for Aboriginal people in the management and protection of the Yarra, it is also said to give an "independent voice" to the river". O' BRYAN, K., "The Yarra River Protection (Wilip-gin Birrarung murrumbidgee) Act, 2017 (vic), independent voices, indigenous rights and river rights", en ECKSTEIN et al., cit., p. 15.

¹⁰³ ECKSTEIN et al., cit., p.6.

¹⁰⁴ If nature has a bundle of substantive and procedural rights (to exist, thrive and evolve; to have water; to sue and be sued; to enter into contracts; to hold property; to be compensated for damages; and so on), doesn't it have duties too (to pay taxes, to be liable for damages such as floods, to maintain water quality and quantity)?

¹⁰⁵ Las conclusiones del documento del Parlamento Europeo, antes mencionado, llevan al autor, Darpö, a traer a colación, en sus conclusiones un dicho sueco que de una, u otra forma, es conocido por todos: "a lot of fuss for little wool". UNIÓN EUROPEA. PARLAMENTO EUROPEO. Can nature get it right? A study on rights of Nature in the European context. Jan DARPÖ. European Parliament, cit., p. 64).

- BERRAONDO LÓPEZ, Miguel, "Los derechos medioambientales de los Pueblos Indígenas. La situación en la región amazónica" *Hombre y Ambiente*, núm. 55-56 (número monográfico), Quito 1999.
- BERRAONDO LÓPEZ, Miguel. "El caso Awas Tigni: la esperanza ambiental indígena" 29-60, en *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*. Felipe Gómez-Isa (ed). Instituto de Derechos Humanos. Universidad de Deusto, 2003.
- BOYD, D. R. *The rights of nature: a legal revolution that could save the world*. ECW PRESS, 2017.
- CHEN, C., GILMORE, M. "Biocultural Rights: A New Paradigm for Protecting Natural and Cultural Resources of Indigenous Communities". *The International Indigenous Policy Journal*, 6(3), 2015. DOI:10.18584/iipj.2015.6.3.3. p.8.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "La consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada: pueblos indígenas, derechos humanos y el papel de las empresas". México, 2016. Disponible en <http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/10064/Laconsultaprevia.pdf>.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449 7 Fecha: 20-oct-2008. Disponible en <https://www.cec-eqn.edu.ec/wp-content/uploads/2016/03/Constitucion.pdf> Constitución de Ecuador del 2008.
- CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS, *Application* 006/2012, sentencia de 26 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5f5/5fe/9a9/5f55fe9a96676974302132.pdf>.
- CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS. *Application* 006/2012, sentencia de 26 de mayo de 2017. Disponible en <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5f5/5fe/9a9/5f55fe9a96676974302132.pdf>.
- CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- CORTE IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- CORTE I/A Court H.R., Case of the Xákmok Kásek Indigenous Community. v. Paraguay. Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 24, 2010. Series C No. 214.
- CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- CORTE IDH. Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C No. 124.
- CORTE IDH. I/A Court H.R., Case of the Kuna Indigenous People of Madungandí and the Emberá Indigenous People of Bayano and their members v. Panama. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of October 14, 2014. Series C No. 284.
- CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304.

- CORTE IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos humanos). Disponible en seriea_23_esp.pdf (corteidh.or.cr).
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Asunto de la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Opinión consultiva del 8 de julio de 1996.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia). Sentencia del 25 de septiembre de 1997.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. ARGENTINA. Asunto Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental, sentencia de 11 de julio de 2019. CSJ 714/2016/RH1.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia, Sala de Casación Civil. Sentencia AHC4806-2017, de 26 de julio de 2017. Disponible en <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20SEP2017/AHC4806-2017.doc>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, República de Colombia. Sala de Casación Laboral. STL12651-2017. Sentencia de 16 de agosto de 2017. Disponible en <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/tutelas/B%20OCT2017/STL12651-2017.doc>.
- DISTRICT COURT of Colorado. ESTADOS UNIDOS. 1:17-cv-02316. Colorado River v. State of Colorado Sentencia de 26 de septiembre de 2017. Disponible en Colorado-River.pdf (courthousenews.com).
- ECKSTEIN, ET AL. "Conferring Legal Personality on the World's Rivers: A Brief Intellectual Assessment". *Water International*, 2019, DOI: 10.1080/02508060.2019.1631558, Texas A&M University School of Law Legal Studies Research Paper No. 19-30, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3431344>
- FONDO MUNDIAL PARA LA NATURALEZA (2020), El aporte de los pueblos indígenas al país es invaluable. Disponible en <https://www.wwf.org.co/?364960/El-aporte-de-los-pueblos-indigenas-al-pais-es-invaluable>.
- GÓMEZ ISA, F. Reseña de "El Caso Awas Tingni contra Nicaragua". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, vol. 10, núm. 32, mayo-agosto, 2003, pp. 373-375. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México.
- GREAR, Anna,
- GREAR, A. Editorial: "The discourse of 'biocultural' rights and the search for new epistemic parameters: moving beyond essentialisms and old certainties in an age of Anthropocene complexity?". *Journal of Human Rights and the Environment*. 6. 1-6. 10.4337/jhre.2015.01.00.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, MA. "La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Principia Iuris*, 2016.
- MACPHERSON, E., TORRES VENTURA, J., & CLAVIJO OSPINA, F. "Constitutional Law, Ecosystems, and Indigenous Peoples in Colombia: Biocultural Rights and Legal Subjects". *Transnational Environmental Law*, 9(3), 2020, pp. 521-540. doi:10.1017/S204710252000014X.
- MOORE, T. "Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects". *Florida State University Law Review* Volume 2 Issue 3 Article 12, Summer 1974. Disponible en: <https://ir.law.fsu.edu/lr>.
- NACIONES UNIDAS. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972. Declaración sobre el Medio humano. Disponible en ELGP1StockD_SP.pdf (unep.org).

- NACIONES UNIDAS. Asamblea General de Naciones Unidas. Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) 1972. <https://www.unep.org/about-un-environment>.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Res A/42/427 de 4 de agosto de 1987 "Desarrollo y Cooperación Económica Internacional: medio ambiente. Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Nota del Secretario General". Informe "Nuestro Futuro común".
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General de Naciones Unidas. A/RES/38/161 de 19 de diciembre de 1983, "Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el Año 2000 y más adelante".
- NACIONES UNIDAS. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Disponible en [cbd-es.pdf](#).
- NACIONES UNIDAS. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático, 1992. Disponible en [convsp.pdf](#) ([unfccc.int](#)).
- NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de Desarrollo Sostenible. "Programa 21", 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS. Principios sobre bosques – Declaración de principios para el manejo sustentable de bosques, 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de Desarrollo Sostenible. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS. Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, 2004. Disponible en División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas.
- NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Resolución 1/2 de 29 de junio de 2006. Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento No. 53 (A/61/53), primera parte, cap. II, secc. A.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/61/L.67 y Add.1)] 61/295, 13 de septiembre de 2007. "Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas".
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Resolución 65/198 de 21 de diciembre de 2010. Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas.
- NACIONES UNIDAS. Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra, 2012. Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra.
- NACIONES UNIDAS. Asamblea General. Res. A/RES/66/288 de 11 de septiembre de 2012. El Futuro que Queremos. Disponible en Microsoft Word - N1147613.doc ([pnuma.org](#)).
- NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox de 24 de diciembre de 2012. Doc. A/HRC/22/43. Disponible en https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.43_sp.pdf.
- NACIONES UNIDAS. OHCHR. Folleto informativo 9 "Los derechos de los pueblos indígenas", Nueva York y Ginebra, 2013. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet9Rev.1sp.pdf>.
- NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2014 [sin remisión previa a una Comisión Principal (A/69/L.1)] 69/2. Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea

- General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/69/2>.
- NACIONES UNIDAS. OHCHR. Folleto informativo 10: "Los pueblos indígenas y el medio ambiente", Nueva York y Ginebra, 2015. Disponible en <https://www.ohchr.org/documents/publications/guideleaflet10sp.pdf>.
- NACIONES UNIDAS. Consejo de Derechos Humanos. Doc. A/HRC/39/62. "Free, prior and informed consent: a human rights-based approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples". 10 August 2018. Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/39/62.
- NACIONES UNIDAS. UN Climate Change Conference, UK 2021. Disponible en <https://ukcop26.org/mdb-joint-statement/>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Convenio sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas, 1936 (núm. 50). Regula la "reglamentación de ciertos sistemas especiales de reclutamiento de trabajadores indígenas en territorios dependientes de los Estados Miembros. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C050
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Convenio sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas), 1939 (núm. 64). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C064
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Conferencia Internacional del Trabajo. C169. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Adopción: Ginebra, 76ª reunión CIT (27 junio 1989) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Técnicos). Entrada en vigor, el 5 de septiembre de 1991. Actualmente abierto a denuncia: 05 septiembre 2021 - 05 septiembre 2022.
- SAJEVA, Giulia. "When rights embrace responsibilities: biocultural rights and the conservation of environment". *Oxford scholarship online*: June 2019. <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780199485154.001.0001/oso-9780199485154>.
- ULLOA, A. "El Nativo Ecológico: Movimientos Indígenas y Medio Ambiente en Colombia". *Movimientos sociales, estado y democracia en Colombia*. Mauricio Archila y Mauricio Pardo (editores). ICANH-CES-Universidad Nacional. Bogotá, 2001". Disponible en https://www.humanas.unal.edu.co/colantropos/files/2014/6722/6517/El_nativo_ecologico-Ulloa.pdf.
- UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo, 2021, Can nature get it right? A study on rights of Nature in the European context. Jan DARPÓ. European Parliament, 2021. study, commissioned by the European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs at the request of the JURI Committee. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>.
- UNIÓN MUNDIAL PARA LA NATURALEZA y WWF-Internacional, *Pueblos Indígenas y Tradicionales y Áreas Protegidas: Principios, Directrices y Casos de Estudio*. UICN, Gland, Suiza y Cambridge, UK y WWF Internacional, Gland, Suiza.
- U.S. SUPREME COURT, *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972). *Sierra Club v. Morton* No. 70-34. April 19, 1972 405 U.S. 727. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/405/727.html>.

Doctrina y Jurisprudencia en el Derecho Civil español acerca de la incidencia de la edad en la capacidad de la persona

Doctrine and Jurisprudence in spanish Civil Law on the incidence of age on the capacity of the person

María del Pilar Mesa Torres¹

Universidad de Córdoba

José Luis Llaquet De Entrambasagua²

Universidad Loyola de Andalucía

Sumario: 1. Introducción. 2. La mayoría de edad y *status quo* actual. 3. Cuestiones disputadas acerca de la emancipación. 4. Alcance de la actuación y responsabilidad de los menores a la luz de la doctrina y jurisprudencia española. 4.1. Capacidad de obrar del menor, representación de los hijos y capacidad para actuar por sí mismos. 4.2. La responsabilidad del menor de edad en la actualidad. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen: El presente artículo tiene por objeto examinar -a la luz de las recientes disposiciones legislativas y de las resoluciones jurisprudenciales en materia de Derecho Civil español-, las cuestiones debatidas en la doctrina jurídica actual relativas a la edad de la persona y su incidencia en la capacidad, así como delimitar las consecuencias jurídicas que se derivan. En España se establece una edad básica para alcanzar la mayoría de edad, con la consiguiente generalización de derechos y responsabilidades, aunque también se fijan otras edades para determinados actos jurídicos. Seguidamente, se analiza el origen, la evolución y el *status quo* actual de la emancipación por cuanto modifica la capacidad de obrar del menor. Finalmente, se expone la evolución histórica del concepto de minoría de edad desde Roma hasta la actualidad y la vigente regulación que determina la responsabilidad derivada de las actuaciones antijurídicas de los menores.

Palabras clave: mayoría de edad, emancipación, minoría de edad, capacidad, edad.

Abstract: In the light of recent legislative provisions and jurisprudential resolutions affecting Spanish Civil Law, the purpose of this article is to examine the issues debated in current legal doctrine which relate to the age of a person and their impact on that person's capacity, as well as defining any legal consequences that arise. In Spain, a basic age of majority is established, along with the consequent generalization of rights and responsibilities, although other legal minimum ages are also set for certain actions. Next, the origin, evolution and current *status quo* of the emancipation is analysed because informs and modifies the minor's ability to act. Finally, the historical evolution of the concept of minority from Roman times to the present day is examined, and the current regulation that determines where the responsibility lies for the unlawful actions of minors is exposed.

Keywords: adulthood, emancipation, minority, ability, age.

¹ Profesora Sustituta Interina de Derecho Civil e Investigadora predoctoral de la Universidad de Córdoba (España). Abogada Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba.

² Doctor en Derecho, Universitat de Barcelona y Doctor honoris causa, Ovidius University of Constanta. Profesor de la Universidad Loyola Andalucía.

1. Introducción

Podemos definir la edad, en términos jurídicos, como el tiempo de existencia de una persona desde su nacimiento hasta el momento de su vida que se tome en consideración. En la doctrina existen posturas minoritarias que se alejan de los requisitos exigidos por la mayoría de autores en cuanto a la incidencia de la edad para definir la capacidad de la persona, en base a que, de por sí, la edad no dice nada sobre la verdadera aptitud de la persona para el ejercicio de sus derechos y en cuanto a que, desde antiguo, los Sistemas Jurídicos más realistas, cuya situación cultural y social permitía la calificación individual, no atendieron a la edad, sino que, por el contrario, valoraron otras circunstancias del sujeto, como la pubertad, la aptitud para la vida independiente o el desarrollo intelectual y volitivo del sujeto³.

Existen dos sistemas extremos en lo relativo a fijar la mayoría de edad, a saber, el primero tiende a fijar en una edad la división de la vida del ser humano, como al parecer sucedió en los primeros pueblos con cierto desarrollo en el terreno jurídico y, en segundo lugar, el sistema que señala para cada acto una edad particular, atendiendo a las diversas circunstancias de responsabilidad, peligrosidad y riesgo, que concurren en los actos a realizar y a las exigencias de sus condiciones y particularidades. El primero posee, sin lugar a dudas, la ventaja de la claridad y la sencillez, para dejar bien asentada la validez de los actos llevados a cabo por el sujeto. El segundo, sin embargo, es el que, por centrarse en la condición personal del sujeto en relación con sus actos, puede alcanzar resultados más equitativos. Entre ambos, en la civilística española actual se ha ido desarrollando un sistema que señala una edad básica, la mayoría de edad, la cual viene a establecer la presunción de plena capacidad para la persona, a la par que, igualmente, se tienen en cuenta otras edades, con carácter restringido, para determinados actos. Es decir, junto a la mayor edad, hay edades especiales, más o menos variadas, para la adquisición de determinados derechos y facultades⁴.

En relación a lo anterior, es constatable cómo en todas las culturas a una determinada edad se ha ido agregando la presunción de que con ella se alcanzan unas determinadas condiciones físicas y psíquicas, con lo que se sustituye el antiguo sistema de explorar el desarrollo corporal (*inspectio corporis*) o mental de la persona en cada momento, postura ésta mantenida por algunos autores para establecer la presunción de la existencia de unas determinadas condiciones físico-psíquicas⁵. Con ello se lograba dar seguridad al tráfico jurídico y agilizar la adaptación a los cambios de la vida social y, para completar la fórmula, junto a esa edad básica que establecería la mayoría de edad, habría una serie de edades de significado más restringido que señalarían la capacidad especial para cada uno de los distintos actos. Este es el sistema que en su momento acogió el Ordenamiento Jurídico español, señalando en el artículo 322 del Código Civil que una vez cumplidos los dieciocho años se tiene plena capacidad de obrar, a diferencia del menor de edad, que tiene limitaciones importantes en su capacidad de obrar⁶. En definitiva, en el Código Civil actual existe una mayoría de edad general, así como existen otras franjas cronológicas superiores o inferiores para el ejercicio de determinados derechos. Esta presunción *iuris tantum* de existencia de plena capacidad de obrar puede desvirtuarse por medio de una resolución judicial constitutiva del estado civil de incapacitación⁷.

³ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "¿Por qué dieciocho años? la mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, 2015, p. 130 y DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008, p. 149.

⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral...* Op. cit., p. 161.

⁵ SÁNCHEZ CALERO, J., y otros, *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, editorial Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2017, p. 99 y DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...* Op. cit., p. 150.

⁶ SÁNCHEZ CALERO, J., y otros, *Curso de Derecho Civil I. Parte General...* Op. cit., p. 100.

⁷ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "¿Por qué dieciocho años? la mayoría de edad..." Op. cit., pp. 130.

La fijación del límite de edad ha sufrido a lo largo de la historia jurídica de España una evolución encaminada a aminorar la mayoría de edad. En la redacción originaria del Código Civil se establecía a los 23 años y, posteriormente, se redujo a los 21, rigiendo actualmente la edad de 18 años desde la vigencia del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre la mayoría de edad, como aparece recogido en el artículo 12 de nuestra Carta Magna y en el artículo 315.1 del Código Civil, los cuales afirman que la mayoría de edad se alcanza con los dieciocho años cumplidos.

Para el cómputo del transcurso del tiempo en el Derecho y, consecuentemente, de las edades del ser humano, dos son las fórmulas empleadas: un primer sistema de cómputo, denominado natural o matemático, que computa los plazos tomando como parámetro la hora del día en que transcurren los hechos y así, consecuentemente, los plazos mencionados vencen al llegar la hora del día correspondiente, y un segundo, el denominado cómputo civil, que contempla el paso de los días, considerando éstos como unidades indivisibles que comienzan con la hora cero y terminan a las doce de la noche. Si bien es cierto que la primera opción parece la más adecuada para medir la edad, por ser la que concuerda con las exigencias de la legislación del Registro Civil acerca de la necesaria inscripción de la fecha y la hora del nacimiento, la segunda que acoge la ley en otros supuestos, tiene la ventaja de evitar dificultades prácticas que pueden suscitarse en el cómputo por días y horas.

En España, a partir de la reforma iniciada con la Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil, se adoptó el sistema de la computación por días completos -artículo 2 de la citada Ley-. Por eso, en la actualidad, tanto el apartado segundo del artículo 315 del Código Civil, como el artículo 5 del mismo texto legal, expresan que para el cómputo de la edad se incluye completo el día del nacimiento, cualquiera que sea la hora en que el mismo tuviese lugar. En conclusión, a partir de la mencionada reforma, para el cómputo de la mayoría de edad se establecieron los dieciocho años cumplidos, incluyendo el día completo del nacimiento, con independencia de la hora en que el hecho se hubiera producido; es decir, desde el primer momento en que se inicia el día del aniversario.

La edad influye directamente sobre la capacidad de la persona, puesto que los períodos de vida del hombre marcan su desenvolvimiento físico y psicológico. La mayor parte de la doctrina⁸ entiende que se posee siempre la capacidad jurídica -esto es, la de ser titular de derechos y obligaciones-, y toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica sin restricción alguna. Sin embargo, concibe la de obrar como la que se reduce o restringe, atendiendo a las circunstancias personales del sujeto, es decir, como la capacidad para adquirir o ejercitar derechos y asumir obligaciones, la cual puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar por sí mismo, con plena eficacia, actos jurídicos válidos. La ley reconoce una capacidad concreta a quien sobrepase la edad legalmente fijada, en contraste con la ausencia de dicha capacidad en su minoría de edad. La referida postura doctrinal es la mayoritaria y defiende, en definitiva, que la capacidad jurídica o de goce es una y plena y, por tanto, que la edad limita sólo la capacidad de obrar.

A diferencia de esta postura -apoyada por una gran parte de los autores-, que mantienen que la capacidad jurídica o de goce es una y plena y, por tanto, la edad limita sólo la capacidad de obrar; para otros autores, ésta incide tanto sobre la capacidad jurídica como la de obrar. Sobre la primera, la capacidad de goce, privando en ciertas edades de aquellos derechos que no se hallan en armonía con las necesidades y aptitudes propias de ellas y, sobre la de ejercicio, prohibiendo o condicionando la realización de ciertos actos⁹. No obstante, esta distinción no tiene efectos en la praxis, sino que se trata de una perspectiva meramente teórica, ya que bien sea por falta de capacidad jurídica, bien sea por ausencia de capacidad de obrar plena, el acto llevado a cabo por los menores será inválido.

⁸ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, editorial Tecnos, 12ª edición, Madrid, 2012, p. 202.

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral...* Op. cit., pp. 158 y ss.

En consonancia con lo expuesto, existen tres posibilidades en lo que se refiere a un límite general de edad, a saber, que la persona haya superado dicho límite de edad, que no lo haya hecho, o bien que se encuentre en una franja de edad en la que, con el cumplimiento de otros requisitos, se puede decir que se encuentra en una situación intermedia. En dicha situación intermedia se encuentran en nuestro Derecho quienes, no habiendo llegado a la mayor edad, se les concede la denominada emancipación. A continuación, estudiaremos estas tres posibilidades, teniendo en cuenta el *status* actual de la mayoría de edad en España.

2. La mayoría de edad y *status quo* actual

La mayoría de edad es el término que los Códigos y las Legislaciones fijan para el ejercicio de la generalidad de los derechos. Con ella se adquiere la total independencia y la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales. Con la expresión "mayoría de edad" hoy se alude a una edad, única y básica, que determina automáticamente un cambio del estado civil, haciendo pasar a la persona de la situación de protegido y dependiente a la de plenamente responsable¹⁰.

Los textos históricos principales no coincidieron a la hora de fijar el momento de la mayoría de edad, y entre los cuerpos normativos más relevantes que regularon la materia, como veremos seguidamente destaca, en primer lugar, el *Fuero Juzgo* que, como afirma la doctrina histórico-jurídica, es la versión romanceada del *Liber Iudiciorum* de los visigodos, con algunas añadiduras. Constituyó el texto principal del Reino de León y de Castilla hasta que ésta se independizó de aquél y comenzó a desarrollar su Derecho propio. En el *Fuero Juzgo* se establecía la mayoría de edad en los veinte años, a tenor de lo dispuesto en la capacidad para recibir la herencia de la madre al enviudar el padre, y de quien podía hacerse cargo de los hijos menores en caso que la viuda quisiese contraer segundas nupcias¹¹.

Otro texto relevante fue el *Fuero Viejo* de Castilla, perteneciente a los orígenes del período de recopilación normativa y con vigencia, como su nombre indica, en el que fuera Condado y posterior Corona castellana. En el citado *Fuero* se recogen previas decisiones judiciales con que se habían ido resolviendo las distintas controversias que habían ido llegando a los tribunales, las llamadas "*fazañas*", en las que se establecía la mayoría de edad de las personas, aún más tempranamente, en los dieciséis años de edad¹².

En los demás Reinos alto-medievales de la Península los sistemas que fijaban la edad estuvieron determinados por el grado de influencia romana o germana alcanzado en sus fueros¹³.

En pleno desarrollo de la actividad recopiladora en el Reino de Castilla, Alfonso X el Sabio promulgó el *Fuero Real*. En materia de mayoría de edad venía a confirmar el criterio de los veinte años que se recogía en el *Fuero Juzgo*¹⁴. Sin embargo, en su principal texto legal, en las *Partidas*, que tiene una mayor influencia romanista, introdujo nuevamente la mayoría de edad en los veinticinco años, como se establecía en el Derecho Romano, y este sería el criterio que permanecería desde entonces en los territorios que se rigieron por aquel texto.

¹⁰ DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho Civil de España...Op. cit.*, p. 156.

¹¹ *Fuero Juzgo*. Libro IV, Título II, Ley XIII y *Fuero Juzgo*. Libro IV, Título III, Ley III en CORONAS GONZÁLEZ, S., *Fuero Juzgo De Juan De La Reguera Valdelomar 1798*, editorial Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª edición, Madrid, 2015, p. 97 y 104.

¹² *Fuero Viejo* de Castilla, Libro V, Título IV, Ley III en ASSO y DEL RÍO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *El Fuero viejo de Castilla: sacado y comprobado con el exemplar de la misma obra que existe en la Real Biblioteca de esta Corte y con otros Mss*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1983, p. 135.

¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 159 y ss.

¹⁴ *Fuero Real*. Libro III, Título VII, Ley I en PÉREZ MARTÍN, A., *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª edición, Madrid, 2015, p. 82.

Con la unificación jurídica introducida por la Codificación a finales del siglo XIX el Código civil de 1889 rebajó la mayoría de edad, en su artículo 320, a los veintitrés años situándose con ello en un punto intermedio entre la Legislación de corte romanista de las Partidas -los veinticinco, como ya hemos apuntado-, y lo propuesto en el Proyecto de García Goyena para el caso, que eran los veinte. Este Proyecto de Código Civil de 1851 se sustentaba en la materia sobre la Legislación de los que denominaban Fueros verdaderamente españoles, entre los que incluía el Fuero Juzgo y el Fuero Real¹⁵.

Sin embargo, frente a dicho límite de los veintitrés años establecido por el Código Civil, el Código de Comercio señaló los veintiún años como la edad para que los menores pudiesen ejercer el comercio, al igual que la generalidad de las legislaciones extranjeras. Con una pretensión unificadora de la materia, teniendo en cuenta no sólo el derecho común español sino también las normativas forales, se realizó la reforma del Código civil por la Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil, que recogió en su artículo 1 que *"a los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos"*. Por tanto, esta Ley, por influencia del Código Napoleónico de 1804¹⁶, unificó la misma cifra de edad para todos los españoles y asumió el cómputo por días completos. El propósito de la citada Ley a tenor de su propio "Preámbulo", no era otro que unificar -dando fin a la diversidad existente en materia de mayoría de edad civil-, tanto en el Derecho común como en las legislaciones forales.

Con el establecimiento de la mayoría de edad el Derecho regula, en paralelo, la plena emancipación de la persona recogida en el artículo 314.1 del Código Civil. Conforme a la declaración de plena emancipación, quien anteriormente era un menor pasa a tener la consideración jurídica de persona capaz, según el artículo 322 del Código Civil, *"para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones particulares contempladas en el propio Código"*. Y, consecuentemente, deja de estar bajo la patria potestad o la tutela de los artículos 169.2 y 276.1 del Código Civil.

Con el cambio de régimen, el Anteproyecto de Constitución de 1978 dispuso que *"los españoles adquieren la plenitud de derechos políticos a los dieciocho años cumplidos"*, aunque lo cierto es que este adelanto de la mayoría de edad a los dieciocho años ya se había efectuado con anterioridad a la promulgación de la Constitución mediante los Reales Decretos-Leyes de 16 de noviembre y de 5 de diciembre de 1978.

El motivo por el que estos Reales Decretos se adelantaron a la Constitución fue político, y así se encuentra reconocido expresamente en el primero de ellos, en la Disposición Final del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, al afirmar que *"los supuestos sociales expuestos unidos al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, social y política del país"*. Asimismo, el precitado

¹⁵ GARCÍA GOYENA, F. y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, editorial Universidad de Zaragoza, 1ª edición, Zaragoza, 1974, pp. 154-155. Hubo sectores doctrinales que se mostraron críticos con el Proyecto de 1851 de reducir la mayoría de edad a los veinte años, considerándose una edad muy temprana y al tener como precedente el Fuero Juzgo, DE CÁRDENAS, F., *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil*, establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1952, pp. 18-19. Asimismo, en el Derecho comparado del tiempo en el que se publicó, no existía ninguno que fijase un plazo tan breve de tiempo, formalizando la mayoría de edad a los veintiún años, ARAMBURO MACHADO, M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España*, editorial Reus, 2ª edición, Madrid, 1931, pp. 111-112.

¹⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La Codificación civil en España*. En sus dos períodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil, Analecta ediciones, 1ª edición, Pamplona, 2002, p. 24.

Real Decreto-Ley, señaló la mayoría de edad en los 18 años y consagró la plena igualdad de los españoles con independencia del sexo¹⁷.

En el segundo Decreto, de 5 de diciembre de 1978, en su artículo 1, se sometía a referéndum de la Nación el Proyecto de Constitución aprobado por las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978; y el artículo 2 del Real Decreto-Ley 22/1977, de 18 de marzo, sobre las Normas Electorales en su apartado primero decía que "*serán electores todos los españoles mayores de edad incluidos en el censo y que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y políticos*".

A pesar de todo el debate político que tuvo lugar en relación con la mayoría de edad, tenemos que señalar que la Doctrina se mostró en todo momento partidaria de que se recogiera la misma en la Constitución, puesto que conllevaba la unificación dentro del ordenamiento jurídico¹⁸. Posteriormente a la aprobación y entrada en vigor de la Constitución, y de acuerdo con la redacción del artículo 12 del Texto Constitucional¹⁹, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, redactó el artículo 315 del vigente Código Civil, mencionando que "*la mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos*".

Con la mayoría de edad se adquiere un nuevo estado civil que implica plena independencia, con salida de la patria potestad o de la tutela y, como indica el artículo 322 del Código Civil, capacidad de obrar para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por el Código Civil. Por ello, el mayor de edad goza de la capacidad de obrar plena en cuanto se presume su responsabilidad y facultad para gobernarse a sí mismo.

Su eficacia no se despliega solamente en el ámbito civil, sino también en otros, como el político, por cuanto con la mayoría de edad se reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en los artículos 2 y 6 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

La capacidad de obrar de la que goza el mayor de edad es general, con la excepción de determinados actos para los que el Código Civil requiere una edad especial²⁰ como, por ejemplo, la de veinticinco años para adoptar, tal como viene reconocida en el artículo 175.1 del Código Civil.

3. Cuestiones disputadas acerca de la emancipación

No podemos analizar la regulación de la emancipación en la España actual sin tener en cuenta unas mínimas nociones de la evolución histórica de dicha institución, que hunde sus raíces en el Derecho Romano, como tantas otras. Como es bien sabido, en los orígenes del Derecho Romano, concretamente en la época de las XII Tablas, el hijo vendido en tres ocasiones por su padre se liberaba de la patria potestad de su progenitor. Por tanto, mediante la ficción jurídica por la cual el padre vendía a su hijo a un amigo suyo, éste recaía automáticamente en la patria potestad de este último. Tras repetirse tres veces este procedimiento, a la tercera el hijo, libre del *mancipium*, no recaía ya en la patria potestad y quedaba emancipado²¹. Este procedimiento, la

¹⁷ DURÁN RICACOBIA, R. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., "Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)" *Actualidad civil*, nº 1, 2016, p. 32.

¹⁸ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1992, p. 181-182; ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, ediciones del Foro, 1ª edición, Madrid, 1978, p. 164-165.

¹⁹ BELMONTE DÍAZ, J., *La Constitución: Texto y Contexto*, editorial Prensa Española, Madrid, 1978, p. 104.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, J., y otros, *Curso de Derecho Civil I. Parte General...Op. cit.*, p. 101 y DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil...Op.cit.*, pp. 202-203 y 229 y ss.

²¹ La triple venta se utilizaba solamente para la emancipación del hijo varón; para las hijas y nietos bastaba una (Gayo, I, 132), citado en ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J., *Derecho Romano, Tomo I*, editoriales de Derecho Reunidas, 18ª edición, Madrid, 1986, p. 748.

emancipatio, dio así nombre a la facultad de poner término a la patria potestad, de forma que, mediante su ejercicio, el hijo se hacía "*sui iuris*", teniendo patrimonio propio, etc., pero no cambiaba su capacidad de obrar, sino que, según su edad, quedaba bajo la tutela legítima del padre o, si era púber, bajo la protección de la "*lex Plaetoria*" o de la "*auctoritas*" del curador.

Por otro lado, en el Derecho Romano posterior los juristas entendían que había emancipación cuando el hijo alcanzaba independencia económica, a pesar de no mediar acto alguno de su padre. Por tanto, se adquiría la emancipación de dos modos, mediante un acto del padre; y con ello obtenía la capacidad económica plena, y cuando el hijo adquiría capacidad económica se le consideraba, al menos en el ámbito de esa capacidad, como emancipado²².

En la época del emperador bizantino Anastasio (491-518) se creó otro procedimiento mediante el que el padre autorizaba la emancipación por rescripto imperial, insinuado ante el Tribunal, de conformidad con el hijo. Posteriormente, en Oriente, Justiniano suprimió en el siglo VII el procedimiento de simulación de las tres ventas, condenándola como ficción, y simplificó la fórmula anastasiana derogando la necesidad del rescripto imperial. Con este nuevo procedimiento el padre no tenía que provocar una simulación con efectos "*ex lege*", sino que se le concedió la facultad de renunciar "*a sua manu dimittere*", es decir, a la patria potestad. Aun así, este nuevo procedimiento conservó el nombre de *emancipatio* y el manumitente devenía tutor si el manumitido era impúber²³.

Durante la época romano-bizantina surgió la institución de la *venia aetatis*, que tenía por fin conferir a un menor de veinticinco años de edad una capacidad casi completa, antes de esa edad. Esta institución podían solicitarla los varones mayores de veinte años y las mujeres mayores de dieciocho, siempre que justificaran mediante testigos idóneos la regularidad de sus costumbres, la probidad de su ánimo y la certeza de su honestidad de vida. Mediante la *venia aetatis* cesaba la incapacidad del menor, aunque se mantuvieran algunos actos prohibidos, como donar o enajenar inmuebles²⁴.

Respecto al Derecho Germánico y, en concreto, visigodo, que es otra de las influencias en nuestro Ordenamiento, cuando el hijo se separaba de la convivencia familiar se extinguía la patria potestad, ya fuera por iniciativa del padre -"*ex separare*", "*mettre hors de pain et pot*"-, o por iniciativa del hijo -casarse, unirse al séquito de un señor, "*feu et leu Font emancipation*"-, y con ella el hijo alcanzaba la plena capacidad de obrar. Por tanto, tenía un significado más amplio que en Roma.

En la actualidad, la emancipación es la institución jurídica en virtud de la cual el menor sale de la patria potestad o de la tutela y pasa a un nuevo estado jurídico, al de mayor edad o al de emancipado en sentido estricto, adquiriendo plena independencia jurídica en el ámbito personal y familiar y, como consecuencia, en líneas generales se le considera plenamente capaz en las referidas esferas. Desde un punto de vista procesal, el artículo 323 del Código Civil, señala que el menor emancipado podrá comparecer por sí solo en juicio.

Aun así, en el ámbito patrimonial sigue estando sometido a importantes limitaciones, tanto por lo que se refiere a su capacidad de enajenar como de administrar. Esta esfera patrimonial viene regulada, para el derecho común, en el precitado artículo que reconociéndoles habilidad y capacidad para regir su persona y bienes como si fuera mayor, impide a los menores -hasta alcanzar la mayoría de edad-, tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su *curator*.

Por tanto, podemos hablar así de un estado del emancipado que se diferencia del simple menor de edad, en cuanto es independiente y con capacidad general; y del

²² VIAL DUMAS, M. J., "La familia nuclear ante el Derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental", *Revista chilena de derecho*, Vol. 46, nº 2, 2019, pp. 555-578, pp. 561-562.

²³ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 205-206.

²⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 64-65.

mayor de edad, puesto que tiene las limitaciones legales en la esfera patrimonial prescritas para el emancipado.

Después de haber analizado la evolución histórica y la significación jurídica en la actualidad, resulta relevante para nuestro trabajo tener en cuenta las causas que determinan que el menor de edad pueda adquirir la condición de emancipado en la legislación española, recordando que en todos los casos requiere, como mínimo, la edad de dieciséis años. Puede adquirirse la emancipación en tres supuestos -artículo 314 del Código Civil-; por la mayoría de edad, por concesión de los que ejercen la patria potestad o por concesión del Juez.

En el supuesto de concesión de los que ejercen la patria potestad -artículos 317 y 318 del Código Civil-, ésta es irrevocable por los mismos y, además, es necesario el consentimiento del menor, que ha de tener al menos 16 años y que esté conforme con que le sea concedida la emancipación. Se otorga mediante Escritura Pública ante Notario o ante el encargado del Registro Civil y debe ser inscrita en el Registro Civil -artículo 317 del Código Civil-, siendo requisito éste último para desplegar la eficacia *erga omnes*²⁵.

También puede adquirirse dicha emancipación por concesión judicial, al concederla el Juez previa solicitud del menor que cuente con más de 16 años de edad, a tenor de los artículos 53 a 55 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Para garantizar la correcta concesión, se exige la previa audiencia de los padres, cuando quien ejerciere la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor, cuando los progenitores vivieren separados o cuando concurra cualquier causa que entorpeciera gravemente el ejercicio de la patria potestad -artículo 320 del Código Civil- y, además, se exige el previo Informe del Ministerio Fiscal, cuando se trate de un menor sujeto a tutela, en cuyo caso el Código habla de beneficio de la mayor edad, en sus artículos 321 y 323 del Código Civil. El emancipado y el menor que lograren el favor de la mayoría de edad tiene igual *facultatem ad actum* que el mayor de edad, pero con ciertas limitaciones ya que ciertos actos han de recibir un añadido de capacidad, ora de sus padres, ora de su curador²⁶.

Recientemente, según la nueva redacción ordenada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ha desaparecido como causa de emancipación el matrimonio del menor, derogando así el artículo 316 del Código Civil.

La emancipación extingue la patria potestad de conformidad con el artículo 169.2 del Código Civil, y la tutela según el artículo 276.4 del Código Civil. En este último caso, si el menor mayor de dieciséis años sometido a tutela solicitara al Juez la salida anticipada de la representación legal, se le concedería el beneficio de la mayor edad según el artículo 321 del Código Civil, y siendo requisito *sine qua non* el informe previo del Ministerio Fiscal.

Los efectos de la emancipación son los contenidos en el artículo 323 del Código Civil, siendo la regla general la equiparación al mayor de edad y, como excepciones, la necesidad del asentimiento de los padres del menor o curador para determinados actos, como tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, pero sí pueden prestar dinero por sí solos y recibir en préstamo bienes diferentes al dinero. En el caso de que faltase el consentimiento de los padres o curador para la realización de los actos mencionados, serían anulables de conformidad con el artículo 293 del Código Civil.

Al respecto, la STS de 23 de diciembre de 1997 menciona que la invalidez de los actos realizados por el emancipado sin la autorización, intervención o consentimiento, es decir, sin el complemento de capacidad del curador, viene determinada por lo dispuesto en el artículo 293, en el sentido de que son anulables. Asimismo, señala el artículo que sería diferente el caso del negocio de disposición a título gratuito a favor

²⁵ SÁNCHEZ CALERO, J., y otros, *Curso de Derecho Civil I. Parte General...Op. cit.*, p. 103-105 y GIL CABALLERO, M.J., "La emancipación", *Escritura pública*, nº 85, 2013, p. 67.

²⁶ SALAS CARCELLER, A., *Comentarios, concordancias, jurisprudencia, doctrina administrativa e índice analítico*, editorial Colex, 20ª edición, A Coruña, 2020, p. 319.

del curador, que cae bajo el imperio de la norma prohibitiva del artículo 221.1 referido a todo cargo tutelar, que es de nulidad absoluta *ipso iure*, como establece el artículo 6.3 del Código civil²⁷.

Por último, tenemos que reseñar la capacidad del menor emancipado casado, puesto que para gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes al emancipado y a su cónyuge existen diferenciaciones dependiendo de que el cónyuge del emancipado sea también mayor o menor de edad. En el primer caso, bastaría con el consentimiento de ambos, mientras que en el segundo sería necesario, además, el asentimiento de los padres o del curador de ambos, según se recoge el artículo 324 del Código Civil.

4. Alcance de la actuación y responsabilidad de los menores a la luz de la doctrina y jurisprudencia española

En Roma se distinguía perfectamente entre la esfera familiar y la capacidad personal, de manera que en tanto los menores -independientemente de su edad, *alieni iuris*-, estaban sometidos a la potestad del *pater*, carecían ilimitadamente de independencia jurídica, incluso aunque fuesen de edad avanzada y tuviesen su propia familia; eran jurídicamente *fili familias* sin capacidad plena. Sólo respecto del *sui iuris* se planteaba la cuestión de la edad y de sus efectos, por ser aquellos que podían actuar por sí mismos en la vida jurídica²⁸.

La edad básica de la pubertad se fijaba a los doce años para las mujeres y a los catorce para los hombres y mientras se era *impuber* se estaba sometido a tutela. Al llegar a la pubertad se adquiría la independencia. Los púberes se distinguían en mayores y menores de veinticinco años, con sus respectivas limitaciones y, entre los impúberes, se distinguían quienes eran *infantes* (los cuales, según Justiniano, carecían de inteligencia hasta los siete años -eran los *infanti-proximus*-, y se asimilaban a los locos), de los *pubertati proximus*, cuando ya entendían y podían actuar por sí y podían obligarse jurídicamente con la autoridad de un curador²⁹.

Por su parte el Derecho Germánico no se ocupó directamente del menor *sui iuris*, excepto en la realización de actos *mortis causa* y en el destino de sus bienes, en este caso.

La regulación jurídica del cristianismo medieval dio un nuevo impulso a esta materia al relacionar el uso de razón con la capacidad de obrar. Así, en el Derecho histórico español, siguiendo el parecer de la doctrina común, la situación del menor se consideraba en dos relaciones básicas, la de su dependencia y la de su protección. De alguna manera la dependencia del padre, del tutor y del curador se reconducían al llamado amparo del menor. Por otra parte, el menor, como persona que era, poseía una capacidad de obrar muy limitada que iba creciendo gradualmente a tenor de su desarrollo psicológico y físico, de manera que podemos decir que la capacidad de obrar existía, pero limitada en cuanto era una persona todavía insuficientemente desarrollada, por lo que se hacía necesario que el derecho interviniera protegiéndola.

Al codificarse el Derecho español, ni entre los civilistas de entonces ni en el Proyecto de 1851 -precedente fundamental del texto de 1889-, existe indicio alguno de supresión de la capacidad de obrar del menor, de forma que el Código Civil de 1889 fija y dispone la materia tal como había estado recogida en aquel Proyecto de 1851.

Aunque la Ley de Bases manifiesta conservar la regulación del Derecho histórico español, la realidad es que el texto legal se aleja de los antecedentes. En este sentido, diversos autores franceses, italianos y españoles han contribuido a extender la tesis

²⁷ STS nº 1180/1997 (Sala 1ª), de 23 de diciembre, FJ 2º. Ponente. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

²⁸ RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "¿Por qué dieciocho años? la mayoría de edad...*Op. cit.*", pp. 132-133.

²⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 169-170 y ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J., *Derecho Romano, Tomo I*, editoriales de Derecho Reunidas, 18ª edición, Madrid, 1986, pp. 89-91.

según la cual los menores se hallan totalmente privados de la facultad de obrar por sí mismos, teniendo así una incapacidad general y total de obrar, una incapacidad absoluta basada en una presunción de ineptitud natural³⁰.

No resulta sencillo reconocer su naturaleza, es decir, si nos hallamos ante un estado de incapacidad con excepciones o, por el contrario, de capacidad con limitaciones. Las tesis de los autores más recientes suelen inclinarse por defender la incapacidad plena y, en este sentido, consideran como excepciones los casos en que la ley reconoce capacidad de obrar al menor, es decir, imponen negarle la misma en todo menos en los casos evidentemente taxativos, interpretando éstos de modo restrictivo, como por ejemplo el adoptado mayor de doce años deberá prestar consentimiento para su adopción, según recoge el artículo 177.1 del Código Civil³¹.

Frente a estos autores, se encuentra la doctrina clásica que alcanza conclusiones opuestas. De Castro³² aportó cuatro argumentos fundamentales en la defensa de la tesis clásica, es decir, el menor como persona con capacidad de obrar limitada que iba creciendo gradualmente a tenor de su desarrollo físico y psicológico, y que pasamos a exponer sucintamente:

Primero, no existe referencia alguna por la que pueda deducirse que en el momento de la redacción del Código o en un momento posterior se hubiese querido abandonar la postura de la capacidad de obrar al menor.

Segundo, no existen disposiciones que permitan deducir la existencia de una incapacidad absoluta del menor, sino más bien al contrario. Así, el artículo 32 -hoy 29-, del Código Civil, considera la menor edad como una restricción de la personalidad, según el tenor literal del precepto según el cual "*el nacimiento determina la personalidad*", es decir, que aquélla existe en el sujeto desde su nacimiento.

Además, se asemeja la figura del pródigo, en cuanto que no posee capacidad para administrar sus bienes y, sin embargo, el artículo 278 y ss. del Código Civil, le reconoce facultades derivadas de su personal capacidad. Por tanto, habrá que entender que no es en ningún caso una incapacidad absoluta lo que le otorga el Derecho.

Por otro lado, en lo prescrito para la tutela y la función a desarrollar por el tutor respecto del tutelado en el Código Civil -entonces en su artículo 262 y en el actual texto en el 267-, se dispone que el tutor es el "*representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o por la sentencia de incapacitación...*". Por tanto, el Código señala que los tutores representan al menor en los actos que puedan redundar en su provecho y en aquellos en los que el menor no pueda valerse por sí solo, pero no lo representan siempre ni en todo momento. En este sentido, el Código sigue la misma línea de lo establecido para la patria potestad que, en el vigente artículo 162 -entonces 155-, exceptúa de la representación legal a los padres de aquellos actos que, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar el hijo por sí mismo.

Tercero, se cuestiona el autor cómo es posible hablar de esta incapacidad absoluta, cuando nuestro Código admite muchos supuestos en los que el menor es considerado capaz -como en el caso de testar, adquirir la posesión o celebrar contratos-, y que ya anteriormente Castán había identificado y enumerado³³.

Cuarto, finalmente afirma De Castro que la doctrina tradicional explica con sencillez y con resultados más justos y prácticos los preceptos de nuestra Legislación y, por ello, debemos seguirla en la interpretación.

En suma, para De Castro el estado civil de la minoría de edad sería la cualidad de la persona que resulta del puesto que tenga en cada una de las situaciones tipificadas como fundamentales en la organización civil de la comunidad, afirmando que la

³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 170-171.

³¹ PICATOSTE BOBILLO, J., "La incapacitación: el marco jurídico", *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias*, nº 8, 2006, p. 35.

³² DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, p. 174.

³³ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral... Op. cit.*, p. 170 y ss.

misma determina su independencia o dependencia jurídica y afecta a su capacidad de obrar general o especial, es decir, al ámbito propio de poder y responsabilidad³⁴.

En la actualidad se tiende a configurar la minoría de edad también como un estado civil de significado unitario, suponiendo una restricción o limitación de la capacidad de obrar, encontrándose el menor sometido a la patria potestad de sus padres o, en su defecto, a la tutela, para suplir esa carencia.

4.1. Capacidad de obrar del menor, representación de los hijos y capacidad para actuar por sí mismos

La capacidad jurídica nos permite ser sujetos de derechos y obligaciones, se obtiene con el nacimiento y la mantenemos a lo largo de toda nuestra vida. Sin embargo, esta capacidad, que comporta una titularidad de derechos, por sí sola no es suficiente para que quien la posee pueda ejercitar los derechos o cumplir los deberes de que es titular y, en este sentido, la capacidad de obrar es la aptitud concreta para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones de que una persona es titular, de forma que los actos realizados por una persona puedan ser considerados como jurídicamente válidos³⁵. Los autores civilistas señalan que la esencia de la capacidad de obrar consiste en el ejercicio "por sí mismo" con eficacia jurídica de los derechos y obligaciones.

Por tanto, toda persona tiene capacidad jurídica con la misma amplitud, mientras que la capacidad de obrar no la tiene toda persona ni se considera igual para todos los que la tienen. Mientras que la primera no es graduable³⁶ -se tiene o no se tiene-, sin embargo, la segunda es graduable, y puede que una persona tenga más capacidad de obrar que otra dependiendo de cuales sean sus circunstancias.

Primero, la capacidad de obrar plena es la que tienen las personas mayores de edad no incapacitadas, salvo las excepciones contempladas por la ley según el artículo 322 del Código Civil, que permite realizar todos los actos de la vida jurídica que no exijan una capacidad distinta.

Segundo, la capacidad de obrar especial es aquella que el ordenamiento exige en supuestos concretos, para algunos casos o negocios jurídicos concretos, a través de unos requisitos esenciales de aptitud, como es el caso del mayor de dieciocho años, el cual tiene capacidad plena o general para actuar en el ámbito jurídico, pero no puede adoptar ya que para ser adoptante la legislación española exige una edad mínima de veinticinco años a tenor del artículo 175 del Código Civil. En ocasiones ocurre lo contrario, de forma que no es necesario llegar a la mayoría de edad, por ejemplo, para otorgar testamento, siendo capaces de testar los mayores de catorce años -artículos 662 y 663 del Código Civil-, salvo en el supuesto especial del testamento ológrafo, que sólo lo pueden otorgar personas mayores de edad, por las características especiales que entraña -artículo 688 del Código Civil-. El artículo 6 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, recoge que a los dieciséis años los menores de edad tienen el derecho de trabajar -aunque están sujetos a unas medidas especiales de protección laboral-, y asimismo pueden contraer matrimonio en caso que estén emancipados -artículo 46 del Código Civil-.

Tercero, la capacidad de obrar restringida considera que la persona tiene una limitación parcial de la capacidad de obrar y, en virtud de ella, actúa por sí misma en el mundo jurídico, puesto que dispone de aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones, pero para algunos actos o negocios jurídicos se precisa un complemento de capacidad denominado bien consentimiento, bien autorización o

³⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, editorial R. García Blanco, 15ª edición, Madrid, 1970, p. 171.

³⁵ LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la Persona*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1986, pp. 23 y ss.

³⁶ LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2002, p. 43.

asentimiento. En esta situación se encuentran el menor emancipado, el pródigo y el incapacitado parcial.

Respecto al menor emancipado, desde el momento de la emancipación se produce en él la extinción de la patria potestad y de la tutela, adquiriendo el menor una capacidad restringida, es decir, una capacidad plena para la mayoría de los actos y negocios jurídicos. Los padres o, en su caso, el curador, a falta de los anteriores, otorgarán un complemento de capacidad que se precisará para determinados actos.

Es destacable el supuesto de capacidad de obrar restringida del menor que va a contraer matrimonio en cuanto al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales reconocido en el artículo 1329 del Código Civil, por el que necesitará el concurso y consentimiento de sus padres o tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación o el de participación. Por último, el supuesto de las donaciones contempladas en el artículo 1338 del Código Civil en las que el menor no emancipado que con arreglo a la Ley pueda casarse, previa autorización de sus padres o del tutor, podrá en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas hacer donaciones por razón de su matrimonio.

Por su parte el pródigo es la persona que es declarada como tal e incapacitada parcialmente y, por ello, tendrá una capacidad de obrar restringida. Requerirá de complemento de capacidad de su curador para todos aquellos actos y negocios jurídicos relacionados en la Sentencia. En este sentido, se pronuncia la STS de 23 de diciembre de 1997 cuando afirma que el pródigo queda sujeto a la curatela y no es un incapacitado total, sino que queda restringida su capacidad, como incapacitado parcial, en el sentido en que precisa el complemento de capacidad, asistencia, intervención o consentimiento que le otorga el curador. Asimismo, la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los pródigos no puedan realizar por sí solos y tales actos son los que haya determinado la Sentencia³⁷.

Finalmente, según el artículo 200 del Código Civil, el incapacitado parcial es la persona que padece enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impiden gobernarse por sí misma, precisando de un complemento de capacidad otorgado por su tutor o curador, para determinados actos y negocios jurídicos que estarán enumerados en la Sentencia que declare la incapacidad parcial de la persona. En el caso de que no se contengan en la misma, se entenderá que necesita de un complemento de capacidad para todos aquellos en que los tutores necesitan de autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Código Civil. Cabe señalar la doctrina reiterada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando afirma que la curatela de los incapacitados se concibe en términos más flexibles, desde el momento en que el artículo 289 del Código Civil declara que *"tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido"*. Con ello expresa la Sentencia que se está pensando en incapacitaciones parciales en las que la Sentencia gradúa el alcance de la incapacidad y consecuentemente determina la competencia del órgano tutelar. Solamente en el caso en que *"la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el Código, autorización judicial"* de conformidad con lo recogido en el artículo 290 del Código Civil³⁸.

Por último, la incapacidad es la carencia de la aptitud para el ejercicio de sus derechos y obligaciones y, por ello, otra persona, el representante legal, los ejercita en su nombre. En este estado civil se encuentran los menores de edad o los incapacitados judicialmente por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impiden gobernarse por sí mismos.

³⁷ STS nº 1180/1997 (Sala 1ª), de 23 de diciembre, FJ 1º. Ponente. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

³⁸ STS nº 341/2014 (Sala 1ª), de 1 de julio, FJ 3º. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo y STS nº 552/2017 (Sala 1ª), de 11 de octubre, FJ 3º. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

La doctrina española ha agrupado en dos las teorías acerca de la capacidad del menor: la que considera que el menor goza de una capacidad de obrar limitada y la que se inclina por considerar que el menor está afectado por una incapacidad de obrar absoluta. Ante estas dos posturas, De Castro³⁹ criticaba la teoría de la incapacidad absoluta del menor y se posicionaba firmemente con la primera de las teorías, alegando que el menor de edad no es un incapaz, sino que simplemente tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Actualmente, esta tesis ha recibido un significativo apoyo entre los tratadistas españoles y, de hecho, es la adoptada por nuestro Derecho vigente. En este sentido, el profesor Bercovitz⁴⁰ se posiciona igualmente en esta corriente, sosteniendo que el menor es una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia.

En la esfera personal del menor normalmente queda excluida la sustitución del titular de los derechos por otra persona. Dentro de esta esfera se encuentran los derechos de la personalidad y el derecho de familia⁴¹.

El ejercicio de los denominados derechos de la personalidad corresponde a la misma persona, de forma que el representante legal no podrá ni siquiera impedir su ejercicio, sin especial motivo⁴². Este es el caso de la STS de 19 de julio del 2000 donde se debate si un menor de dieciséis años de edad tenía o no la madurez suficiente para consentir por sí solo la captación y emisión de su imagen en un programa de televisión en el que por cada fallo se sancionaba con la pérdida de una prenda de vestir. El menor había firmado un documento en el que manifestaba su voluntad de participar sin ánimo de lucro. Sus progenitores consideraron la emisión lesiva para el honor e imagen del menor y, por ello demandaron al medio que transmitió el programa, alegando que ellos no habían prestado su consentimiento. El Tribunal Supremo en la Sentencia consideró que la prestación del consentimiento era competencia exclusivamente del menor, ya que el menor reunía las condiciones de madurez suficientes⁴³.

El padre o el tutor tan sólo podrán impedir, en su caso, el ejercicio de aquellas facultades que razonablemente puedan redundar en perjuicio del menor, pues ello entra en la esfera de su derecho-deber de la patria potestad.

La STS de 29 de abril de 2009 alude a que todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica y que los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. El artículo 162 del Código Civil exceptúa de la representación de los padres "*los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*". Así un caso reseñable fue el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio, sobre la libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años y, aunque el artículo 162 del Código Civil aparece referido sólo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la Sentencia tiene contenido amplio.

Otro tema que es importante reseñar en cuanto a la esfera personal del menor es el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo de la menor, al haberse producido vaivenes en la normativa que la regula como consecuencia de los cambios políticos. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 13.4,

³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 174 y ss.

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016, pp. 68 y ss.

⁴¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral... Op. cit.*, pp. 166 y ss.

⁴² LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español...Op.cit.*, p. 48.

⁴³ STS nº 778/2000 (Sala 1ª), de 19 de julio, FJ 3º. Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

reconoció a las mujeres de dieciséis y diecisiete años la facultad de prestar consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo sin contar con la autorización conjunta de ambos progenitores, siendo necesario únicamente el de uno de ellos y, en algunos casos, no era necesario informar a los representantes legales. Esta regulación fue derogada por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, recogiendo la obligación de prestar el consentimiento expreso sus representantes legales, además de la manifestación de voluntad de la menor. En la actualidad, se pretende cambiar esta regulación a través de una reforma que no contemple el consentimiento paterno como requisito para abortar las menores de edad.

En lo que concierne al Derecho de familia:

1. En relación con la adopción, el menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser adoptado, mientras que el menor de doce años con suficiente juicio debe ser oído -artículos 177.1 y 3. 3º del Código Civil-. Asimismo, para el acogimiento familiar, el menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser acogido -artículo 173.2 del Código Civil-.

2. En cuanto a la emancipación y al beneficio de la mayor edad, el menor mayor de dieciséis años debe prestar su consentimiento para ser emancipado por quienes ejercen la patria potestad y también, con esa edad, puede solicitar, en los términos previstos legalmente, la emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad si está sometido a tutela -artículos 317, 320 y 321 del Código Civil-.

3. Respecto al reconocimiento de la filiación no matrimonial, el menor no emancipado, a partir de los doce años, puede reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por sí mismo, con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal -artículo 121 del Código Civil-.

En lo que se refiere a la esfera patrimonial, difiere según se trate de actos *inter vivos* y *mortis causa*. Como actos *inter vivos*, el menor puede adquirir la posesión de las cosas - artículo 443 del Código Civil-, adquirir por ocupación las piezas de caza y pesca conforme a la correspondiente legislación, o las cosas muebles que sean objeto de un hallazgo; también pertenecen al menor los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo e industria -artículo 165.1 del Código Civil-, puede aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas, reconocidas en los artículos 625 y 626 del Código Civil. A su vez, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años podrán contratar la prestación de su trabajo con el consentimiento de sus padres o tutores. En cuanto a los actos *mortis causa*, el menor podrá otorgar testamento en cualquier modalidad si tiene catorce años -artículo 663 del Código Civil-, con excepción -como ya hemos indicado-, del ológrafo, para el que se exigen dieciocho años ex artículo 668 del Código Civil.

Todas las limitaciones a su capacidad deben interpretarse de forma restrictiva y siempre en función del interés superior del menor. En este sentido, la ilustrativa STC de 14 de diciembre de 2009 señala que "*el principio de interés superior del menor debe inspirar la actuación jurisdiccional en los procesos matrimoniales y de familia*"⁴⁴ y, asimismo, el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, afirma que "*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*".

Por tanto, a tenor de lo expuesto, la legislación española vigente considera que el menor es capaz para algunos actos y, prueba de ello, es el reconocimiento que otorga el artículo 9.1 de la misma Ley referenciada: "*el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una*

⁴⁴ STC nº 217/2009 (Sección 3), de 14 de diciembre, en recurso de amparo 10656/2006, FJ 5º. Ponentes: Excms. Srs. D. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, D. Eugeni Gay Montalvo y D. Pascual Sala Sánchez.

decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

De todo lo anterior deducimos que el menor es un sujeto de derecho con capacidad de obrar restringida que puede actuar por sí solo en un ámbito limitado del tráfico jurídico, si bien para otras actuaciones requerirá de la representación de sus padres o tutores. En definitiva, podemos establecer dos esferas en los menores. La primera, constituida por aquellas actuaciones que son de posible realización del menor por sí sólo y en las cuales sólo pueden interferir los representantes para protegerle; y la segunda, conformada por aquellas que requieren indefectiblemente de la representación para ser válidas.

En lo referente a la primera esfera, todas las actuaciones realizadas por el representante que beneficien al menor deben tener justificación, de manera que no se haya actuado en ningún momento en detrimento del mismo, aun cuando exceda de su propio ámbito legal.

Por lo que se refiere a la segunda, debemos realizar algunas matizaciones respecto a la representación de los hijos.

La representación de los menores de edad se confiere, en primer lugar, a sus padres, siendo un derecho y un deber para ellos. La doctrina española ha encuadrado la representación en el marco de la “cooperación al hecho jurídico ajeno”, señalándose que representar es colaborar con terceros. Sin embargo, junto a esta función de cooperar a la gestión de los intereses del menor, los padres ostentan la competencia inherente a la patria potestad, reconocida además normativamente, para realizar eficazmente su deber de sustitución⁴⁵.

Las legislaciones actuales admiten generalmente que los padres son los representantes legales de sus hijos menores y declaran expresamente esa representación con una u otra fórmula, o la reconocen implícitamente, dadas las facultades que otorgan al sujeto ejerciente de la patria potestad. Por ello, siendo la representación de los hijos un deber de los padres, éstos no pueden renunciar a ella. Esta esfera a que se extiende la representación del hijo por el padre se encuentra en el artículo 154 apartado segundo del Código Civil, que dice así: “*la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”. No obstante, la representación del hijo por los padres no le hace carecer de personalidad, es decir, ésta no queda absorbida, sustituida o desplazada por la de sus representantes legales.

El alcance de la representación, en relación con los diversos actos, está recogido en diferentes disposiciones civiles que regulan la capacidad de los menores, e incluso en las Leyes sociales, que la amplían considerablemente⁴⁶.

4.2. La responsabilidad del menor de edad en la actualidad

La situación del menor en general y, sobre todo, en la esfera patrimonial, es la de una persona protegida frente a las habilidades de los demás. No obstante, no se puede con ello amparar, cuando exista, la malicia del menor en sus actuaciones. En este sentido, la doctrina ha distinguido dos esferas de responsabilidad, la negocial y la que proviene de los daños⁴⁷.

Evidentemente, los contratos celebrados por los menores no pueden considerarse como inexistentes o nulos, es decir, sus actos en el tráfico jurídico conllevan una responsabilidad negocial. Por una parte, el artículo 1263 del Código Civil impide que el consentimiento del menor tenga eficacia para concluir un contrato perfecto y, por otra, al permitir la anulación del contrato consumado, nuestro Derecho entrega al

⁴⁵ ALONSO PÉREZ, M., “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. 57, nº 1, 1973, p. 25.

⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo I, Vol. 2, editorial Reus, 15ª edición, Madrid, 2007, p. 144 y 145.

⁴⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España...Op. cit.*, pp. 184 y ss.

arbitrio del representante del menor, o a éste al alcanzar la mayoría de edad, mantener su eficacia. El patrimonio del menor responde indubitadamente de las obligaciones que nacen de los contratos que él celebre.

La responsabilidad por daños ocasionados por el menor tiene su origen en el simple daño causado. En cambio, si existe intencionalidad y los actos derivan en delito, nos hallamos ante una responsabilidad penal cuya regulación compete a la legislación correspondiente. En los demás casos no existe delito, aunque sí concurrencia de responsabilidad civil, regulada en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, la cual requiere una relación de causalidad entre la acción u omisión realizada por un sujeto y el resultado lesivo, así como una norma que lo recoja⁴⁸.

El artículo 1902 del Código Civil afirma expresamente que *"el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"* y el precepto 1903 del Código Civil establece que la responsabilidad civil de los progenitores por los daños causados por sus hijos menores de edad es una responsabilidad extracontractual, de forma que *"la obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder"*. En ese marco, continúa el artículo haciendo referencia a los sujetos responsables, entre los que se encuentran los padres que *"son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda"*, los tutores que responden de *"los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía"*, y *"las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias"*. Por último, el precepto recoge que la responsabilidad cesará cuando las personas que menciona *"prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"*.

Por tanto, existe una presunción *iuris tantum* de culpa de los progenitores basada en su falta de control y vigilancia sobre sus hijos menores de edad sometidos a su patria potestad. El menor se trata de un sujeto que tiene falta de madurez y, por ello, su conducta no es culposa cuando causa daños a un tercero⁴⁹.

En este aspecto, la STS de 24 de mayo de 1996 declara que el demandado era el padre del menor, que tenía una pistola sin guía de pertenencia ni licencia de uso, que guardaba en un portafolio dentro del coche de su propiedad. Quedó acreditado en el relato de hechos que el menor descubrió donde su padre escondía el arma y, en ocasiones, la cogía hasta que un día disparó con ella contra tres personas, falleciendo éstas a consecuencia de los impactos. Este hecho ocurrió en una noche víspera de fiesta tras una discusión de los tres adultos con el grupo de menores, del que formaba parte el hijo, autor junto con el resto de los disparos. Pues bien, la Sentencia recoge que los hechos corroborados permiten deducir que las medidas adoptadas por el padre para impedir que el menor, aficionado a las armas, la utilizara fueron insuficientes y, en consecuencia, constitutivas de negligencia. El artículo 1903, en su párrafo último, establece que *"la responsabilidad de los padres cesará cuando ellos prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia"*, no quedó demostrado que el codemandado actuase sin la diligencia debida⁵⁰.

En este sentido, cabe mencionar que la STS de 9 de noviembre de 2006 expresa que la responsabilidad del artículo 1.903 del Código Civil es directa y cuasi objetiva, puesto que a pesar de que el precepto que la declara sigue a un artículo que se basa

⁴⁸ PANTALEÓN PRIETO, A.F., "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (edit.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, editorial Dykinson, primera edición, Madrid, 2000, p. 448.

⁴⁹ MARTÍNEZ DEL TORO, S., "Alcance de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2019, p. 3.

⁵⁰ STS nº 417/1996 (Sala 1ª), de 24 de mayo, FJ 2º. Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, justificándose la presunción de culpa por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos sometidos a su potestad. No es admisible ampararse en la escasa edad y falta de madurez del menor para considerar la conducta del menor como culposa, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia⁵¹. La Sentencia hace referencia a la STS de 8 de marzo de ese mismo año, que se posiciona en el mismo sentido en base a otras anteriores⁵².

Asimismo, una SAP de Barcelona de 31 de mayo de 2018 condenó a la madre y, en cuanto representante de una menor que patinando en un parque colisionó con una persona, la tiró al suelo y le causó lesiones. La progenitora presentó oposición rechazando cualquier tipo de negligencia por su parte en su vigilancia, asegurando que la menor patinaba en un parque con normalidad y que la caída y, por consiguiente, el resultado dañoso no fue fruto de la falta de cuidado, sino de los riesgos generales de la vida. La sentencia recoge que la obligación de indemnizar alcanza a los padres de los menores por estricta aplicación del artículo 1.903 del Código Civil, al responder los mismos por la negligencia que se les presume como causa del acto ilícito del menor. La madre, atendiendo a la edad de la menor de once años y a la actividad que desarrollaba, debió cumplir con su deber de vigilancia y control⁵³.

La STS de 16 de mayo de 2000 recoge la incidencia de la denominada teoría del riesgo. "La STS de 30 de junio de 1985 tiene declarado que la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *"in potestate"* con presunción de culpa en quién la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de la culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia, cuya doctrina es de aplicación al supuesto de autos"⁵⁴.

La edad de los sujetos en el momento que acontecieron los hechos es la que determina la responsabilidad de los progenitores, a pesar de que se alcance la mayoría de edad antes de presentar la demanda o durante el procedimiento.

Si existen varios sujetos responsables por el mismo daño, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia defienden la solidaridad conjunta entre los obligados, en base a que no es posible individualizar los comportamientos de los responsables para determinar su alcance individual. Es decir, todos los responsables estarán obligados a reparar solidariamente la totalidad del daño, suponiendo una ventaja para el perjudicado al poder requerirle la indemnización a cualquiera de ellos. Asimismo, en el caso de varios progenitores responsables por un mismo hecho, cabe mencionar la SAP de Ciudad Real de 3 noviembre de 2016 condenó solidariamente a los progenitores de los menores a indemnizar económicamente a la entidad por los daños sufridos en los vehículos que se encontraban en el interior de un vagón de tren como consecuencia de la actuación vandálica de sus hijos menores de edad, los cuales accedieron al interior de un vagón, en el que había vehículos que aún no habían sido matriculados y eran todos ellos de alta gama, causando daños en ellos. La reparación que precisaban supuso una depreciación de su valor, al no considerarse nuevos por el uso, provocando con ello un perjuicio económico a la entidad⁵⁵.

⁵¹STS nº 1135/2006 (Sala 1ª), de 10 de noviembre. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

⁵² STS nº 226/2006 (Sala 1ª), de 8 de marzo. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

⁵³SAP de Barcelona nº 236/2018 (Sección 16), de 31 de mayo. Ponente Excmo. Sr. D. María Carmen Domínguez Naranjo.

⁵⁴ STS nº 483/2000 (Sala 1ª), de 16 de mayo, FJ 2º. Ponente. Excmo. Sr. D. Román García Varela.

⁵⁵ SAP de Ciudad Real nº 283/2016 (Sección 1), de 3 noviembre. Ponente Excmo. Sr. D. María Jesús Alarcón Barcos.

La responsabilidad civil a la que se hace referencia en el artículo 1903 exige un acto antijurídico del menor, no siendo necesario que concurra la culpa. Por ello, el menor puede carecer de capacidad debido a la corta edad que tiene y, por ende, ser inimputable, sin que por ello los progenitores estén exonerados de responsabilidad. Si un menor de edad de corta edad causa un daño se presume que se debe a una defectuosa vigilancia o educación de los progenitores. La omisión del deber de vigilancia, independientemente de la responsabilidad del menor, es *a priori* el fundamento de la culpa de los padres y lo que conlleva la responsabilidad de los mismos. En la práctica se ha convertido en una responsabilidad prácticamente objetiva, es decir, no se suele admitir la exoneración de la responsabilidad de los progenitores⁵⁶.

En el caso de que los progenitores del menor no convivan y la guarda y custodia esté compartida por ambos, la responsabilidad que menciona el artículo 1903 del Código Civil recaerá sobre el progenitor que en cada momento tenga al menor en su compañía. Si la guarda y custodia estuviese atribuida a uno solo de ellos, la responsabilidad será solo de este. Por tanto, la responsabilidad cuando los progenitores tienen vidas separadas recaerá sobre el que tenga en su compañía al menor en el tiempo que acontezca el ilícito antijurídico, independientemente de la patria potestad según lo estipulado por el artículo 1903 en su párrafo segundo.

El Código Civil se aplicará para los menores de catorce años según el artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Para los daños ocasionados como consecuencias de actos penalmente tipificados por mayores de catorce y menores de dieciocho años se aplicará el artículo 61 apartado tercero de la Ley anteriormente citada: *"cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos"*.

5. Conclusiones

La edad de la persona tiene consecuencias jurídicas al ser la medida de duración del vivir, es decir, el lapso de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el momento que se considere de la vida de una persona. Existen dos sistemas de fijación de la mayoría de edad, el primero divide la vida del hombre a partir de una edad -en nuestro Ordenamiento jurídico los dieciocho años, aportando claridad y sencillez-, y el segundo señala para cada acto una edad particular, llegando a resultados más equitativos. En cuanto al cómputo de la edad, está fijado en días completos, y la edad incide en la capacidad de la persona, distinguiéndose entre la capacidad jurídica -que es una y plena- y la capacidad de obrar, sobre la que incide la edad, limitándola. En este sentido, se diferencian tres situaciones, a saber, la mayoría de edad, la emancipación y la minoría de edad.

La mayoría de edad es considerada un estado civil con el que se adquiere la total independencia y la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones que se establecen para los casos especiales. Este límite de edad no ha sido el mismo a lo largo de la historia de España, viéndose reducido paulatinamente, hasta la fijación en los dieciocho años de edad.

Con la emancipación el menor sale de la patria potestad o de la tutela y pasa a un nuevo estado jurídico con el que adquiere plena independencia jurídica en el ámbito personal y familiar. Sin embargo, en el aspecto patrimonial está sometido a limitaciones en su capacidad de enajenar y administrar, sin consentimiento de sus padres o curador.

La minoría de edad constituye un estado civil cuya capacidad de obrar está limitada por el sometimiento del menor a la patria potestad de sus padres o, en su

⁵⁶ MARTÍNEZ DEL TORO, S., "Alcance de la responsabilidad de los padres...*Op.cit.*", p. 4-5.

defecto, a la tutela. La capacidad de obrar es la aptitud concreta para ejercitar los derechos de que se es titular y cumplir las obligaciones, de manera que los actos realizados por una persona son considerados como jurídicamente válidos. Esta capacidad tiene diferentes grados, dependiendo de las circunstancias: puede ser plena, especial o restringida. Asimismo, están reconocidas expresamente por nuestro Derecho algunas esferas en las que el menor tiene capacidad de obrar, como la personal -dentro de la que se encuentran los derechos de la personalidad y el derecho familiar-, y la patrimonial, estableciendo una diferenciación entre los actos *inter vivos* y *mortis causa*.

En cuanto a la responsabilidad, los contratos celebrados por los menores no pueden considerarse inexistentes o nulos y, por este motivo, de las obligaciones que nacen de los contratos responde el menor con su propio patrimonio. Por último, si el menor ocasiona un daño con su conducta, se derivará una responsabilidad penal si concurre intencionalidad y se deriva un delito. En el caso de que no existiese un delito, pero sí concurriese una responsabilidad civil, los progenitores siempre que no estén exentos de culpa o negligencia responderían ante el perjudicado con sus propios bienes. En los artículos 1902 y 1903 del Código Civil se recoge la existencia de una presunción *iuris tantum* de culpa de los progenitores basada en su falta de control y vigilancia sobre sus hijos menores de edad sometidos a su patria potestad, siendo el menor un sujeto que carece de madurez, por ello, su conducta no es culposa cuando causa daños a un tercero, respondiendo sus padres de los mismos.

6. Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, M., "El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad", *Revista de Derecho Privado*, Vol. 57, nº 1, 1973, pp. 7-39.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *La Constitución Española de 1978. Comentario sistemático*, ediciones del Foro, 1ª edición, Madrid, 1978.
- ARAMBURO MACHADO, M., *La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España*, editorial Reus, 2ª edición, Madrid, 1931, pp. 111-112.
- ARIAS RAMOS, J. Y ARIAS BONET, J., *Derecho Romano*, Tomo I, editoriales de Derecho Reunidas, 18ª edición, Madrid, 1986.
- ASSO Y DEL RÍO, I. y MANUEL Y RODRÍGUEZ, M., *El Fuero viejo de Castilla: sacado y comprobado con el exemplar de la misma obra que existe en la Real Biblioteca de esta Corte y con otros Mss*, editorial Lex Nova, Valladolid, 1983. Disponible en:
- BELMONTE DÍAZ, J., *La Constitución: Texto y Contexto*, editorial Prensa Española, Madrid, 1978.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español común y foral*, Tomo I, Vol. 2, editorial Reus, 15ª edición, Madrid, 2007.
- CORONAS GONZÁLEZ, S., *Fuero Juzgo De Juan De La Reguera Valdelomar 1798*, editorial Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª edición, Madrid, 2015. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2015-6. Fecha de consulta: 25 de enero de 2021.
- DE CÁRDENAS, F., *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil*, establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1952. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=vY0WAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>. Fecha de consulta: 22 de enero de 2021.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, editorial R. García Blanco, 15ª edición, Madrid, 1970.

- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, editorial Thomson-Civitas, Navarra, 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, editorial Tecnos, 12ª edición, Madrid, 2012.
- DURÁN RICACOBIA, R. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., "Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)" *Actualidad civil*, nº 1, 2016, pp. 28-49.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema constitucional español*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 1992.
- GARCÍA GOYENA, F. y LACRUZ BERDEJO, J.L., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, editorial Universidad de Zaragoza, 1ª edición, Zaragoza, 1974.
- GIL CABALLERO, M.J., "La emancipación", *Escritura pública*, nº 85, 2013, p. 67. Disponible en: https://www.notariado.org/portal/documents/176535/3923247/num.+85+-+Sumario+n%C2%BA+85+-+Enero-Febrero+2014+-+EN+SOCIEDAD+-+La+emancipaci%C3%B3n_%2C+por+Mar%C3%ADA+Jos%C3%A9+Gil+Caballero.pdf/b51fc2b6-488a-607a-10a1-77eb400f249e?version=1.0&t=1587717622971. Fecha de consulta: 5 de febrero de 2021.
- LÁZARO GONZÁLEZ, I., *Los menores en el Derecho español*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2002.
- LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la Persona*, editorial Tecnos, 1ª edición, Madrid, 1986.
- LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*, editorial Dykinson, 1ª edición, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S., "Alcance de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores", *Actualidad Civil*, nº 7-8, 2019, pp. 1-23.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas)", en MORENO MARTÍNEZ, J.A.(edit.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, editorial Dykinson, primera edición, Madrid, 2000, pp. 439-468.
- PÉREZ MARTÍN, A., *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª edición, Madrid, 2015. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-LH-2018-7. Fecha de consulta: 5 de febrero de 2021.
- PICATOSTE BOBILLO, J., "La incapacitación: el marco jurídico", *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias*, nº 8, 2006, pp. 34-79. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5157928>. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2021.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, I., "¿Por qué dieciocho años? la mayoría de edad civil en el ordenamiento jurídico civil español", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 49, 2015, pp. 129-154. Disponible en:
- SALAS CARCELLER, A., *Comentarios, concordancias, jurisprudencia, doctrina administrativa e índice analítico*, editorial Colex, 20ª edición, A Coruña, 2020.
- SÁNCHEZ CALERO, J., y otros, *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, editorial Tirant lo Blanch, 7ª edición, Valencia, 2017.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *La Codificación civil en España. En sus dos períodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil*, Analecta ediciones, 1ª edición, Pamplona, 2002.
- VIAL DUMAS, M. J., "La familia nuclear ante el Derecho. Una retrospectiva de su formación y definición en la tradición jurídica occidental", *Revista chilena de derecho*, Vol. 46, nº 2, 2019, pp. 555-578. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v46n2/0718-3437-rchilder-46-02-00555.pdf>. Fecha de consulta: 20 de febrero de 2021.

Jurisprudencia

- STC nº 217/2009 (Sección 3), de 14 de diciembre, en recurso de amparo 10656/2006. Ponentes: Excms. Srs. D. Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, D. Eugeni Gay Montalvo y D. Pascual Sala Sánchez.
- STS nº 1135/2006 (Sala 1ª), de 10 de noviembre. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.
- STS nº 483/2000 (Sala 1ª), de 16 de mayo. Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela
- STS nº 1180/1997 (Sala 1ª), de 23 de diciembre. Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.
- STS nº 226/2006 (Sala 1ª), de 8 de marzo. Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.
- STS nº 341/2014 (Sala 1ª), de 1 de julio. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.
- STS nº 417/1996 (Sala 1ª), de 24 de mayo. Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.
- STS nº 552/2017 (Sala 1ª), de 11 de octubre. Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.
- STS nº 778/2000 (Sala 1ª), de 19 de julio. Ponente. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.
- SAP de Barcelona nº 236/2018 (Sección 16), de 31 de mayo. Ponente Excmo. Sr. D. María Carmen Domínguez Naranjo.
- SAP de Ciudad Real nº 283/2016 (Sección 1), de 3 noviembre. Ponente Excma. Sra. Dña. María Jesús Alarcón Barcos.

Textos legales

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.
- Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la fijación de la mayoría de edad civil.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Real Decreto-ley 20/1977, de 18 de marzo, sobre Normas Electorales.
- Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad.
- Real Decreto-ley 38/1978, de 5 de diciembre, por el que, de acuerdo con la excelentísima Diputación Foral de Navarra, se modifica la Ley 50 de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra.

Qual a influência do pensamento de Thomas Hobbes no modelo federativo defendido por Publius?

A Study on the influence of Thomas Hobbes' Studies in the Federalist Papers

Thomaz Fiterman Tedesco¹

Erika Doria²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceitos de federalismo e federação. 3. A importância da centralização para Publius. 4. Algumas intersecções entre os pensamentos de Thomas Hobbes e Publius. 5. Variações quanto à ideia de centralização do poder. 6. Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo propõe-se a examinar a possível influência que o pensamento de Thomas Hobbes exerceu na defesa do modelo federal norte-americano elaborada por Publius (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) na obra *O federalista*. A partir da constatação de que tais autores abordam temas como aspectos da natureza humana, soberania e concentração do poder, serão apresentados alguns pontos de conexão e distanciamento entre suas produções teóricas. Pretende-se demonstrar, então, que apesar de haver pontos de contato, os autores adotam visões ideológicas distintas sobre o tema da centralização, que possui capital importância na conceituação de um Estado federal, fator que distingue este modelo de Estado daquele estruturado por Thomas Hobbes.

Palavras-chave: federação, federalismo, ideologias, centralização, soberania, separação de poderes.

Abstract: This paper analyses how Thomas Hobbes's studies may/might have influenced Publius's defense of the american federal system. Considering that the authors approach aspects of human nature, sovereignty and concentration of power, we will present intersections and divergences between them. In conclusion, we aim to demonstrate that Thomas Hobbes and Publius adopt different ideas on the subject of centralization, which is of capital importance in the concept of the federal state. Based on this difference, it will be possible to distinguish different types of State according to the author's view.

Key words: federation, federalism, ideologies, centralization, sovereignty, separation of powers

¹ Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Direito do Estado pela mesma instituição.

² Defensora Pública do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEAE). Mestranda em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

1. INTRODUÇÃO

O estudo sobre Estados federais formalmente instituídos por instrumentos constitucionais remete, de maneira quase que automática, ao exemplo dos Estados Unidos da América, federação criada pela Constituição de 1787, que substituiu o sistema confederativo inicialmente adotado.³ A compreensão deste modelo inovador de Estado remete, por sua vez, à obra *O Federalista*,⁴ de autoria de Publius, pseudônimo coletivo de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, consistente na reunião de 85 artigos que haviam sido escritos com a intenção de convencer a todos sobre a importância de se referendar o texto constitucional aprovado durante a Convenção Federal.⁵

Alexander Hamilton, James Madison e John Jay foram grandes defensores de uma união mais efetiva do que a existente à época da Confederação⁶ e assumiram a tarefa de comentar e difundir uma nova maneira de organização estatal, sobre a qual ainda pairavam muitas dúvidas – notadamente, quanto ao risco de a proposta de centralização do poder engendrar uma tirania em desfavor dos entes políticos que tinham conquistado sua independência alguns anos antes.⁷

Essas preocupações, entretanto, não se concretizaram: a História incumbiu-se de demonstrar o sucesso da federação norte-americana, a qual, em pouco tempo, tornou-se um exemplo para países de matizes variadas, como Brasil, México, Canadá, Índia e Alemanha, dentre tantos outros, desaguando no que hoje alguns identificam como a *Era do Federalismo*, em que testemunhamos o Estado-Nação ver suas

³ A Constituição Federal norte-americana de 1787 não só criou a forma federativa de Estado, como também o regime presidencialista de governo: “o regime presidencialista e o federalismo dualista nasceram em um mesmo momento, sob o prisma da necessidade de, ao mesmo tempo, garantir as autonomias locais e preservar a união e a coesão de todas as antigas colônias” (MORAES, A. *Presidencialismo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 20). Fácil notar que ambas as instituições, no contexto norte-americano, canalizaram o desejo de seus artífices de uma maior centralização política.

⁴ As referências bibliográficas feitas no decorrer deste artigo utilizarão os títulos das obras efetivamente consultadas – originais ou traduções, como na hipótese do livro mencionado.

⁵ Os 85 artigos foram publicados nos jornais de Nova Iorque, entre 27 de outubro de 1787 e 4 de abril de 1788 (WRIGHT, B. F. “Introdução”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 13).

⁶ Embora com diferenças de posicionamento entre a tríade de autores, há unidade de sentido no canônico texto: “[...] A autoria dos artigos permaneceu secreta por algum tempo. Parece ter havido uma motivação tática para a manutenção do anonimato: a defesa da Constituição não devia ser perturbada pelas cisões ou o distinto acento institucional propugnado pelos Autores, mais autonomista no caso de Madison, mais centralista no caso de Hamilton. [...] Apesar das iniludíveis divergências dos Autores de *O Federalista*, não dissimuláveis aos olhos de um leitor minimamente atento, todos concordavam que o ordenamento constitucional derivado da Convenção da Filadélfia seria incontestavelmente superior ao vigente sob os artigos da Confederação. Daí o empenho em dissipar dúvidas e refutar objeções adversárias” (SILVEIRA, A. *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 149-150). De modo similar, Martin Diamond aduz que os posicionamentos divergentes entre Hamilton e Madison não são suficientes para minar a unidade de Publius e *O Federalista* (DIAMOND, M. “The Federalist”, in STRAUSS, J.; CROUSEY, J (eds.). *History of Political Philosophy*. 3. Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2012, posição 13129-13145. Edição do Kindle). Curiosamente, Madison só foi convidado para participar da empreitada após a recusa de outros nomes cogitados por Hamilton (DIAMOND, M. “The Federalist”, in STRAUSS, J.; CROUSEY, J (eds.). *History of Political Philosophy*. 3. Ed. Chicago: University of Chicago Press, 2012, posição 13119. Edição do Kindle).

⁷ No artigo Federalista n. 67 – O Executivo –, por exemplo, Hamilton busca afastar a crítica dos Antifederalistas de que a presidência seria pouco menos que um (temido) monarca eleito (HAMILTON, A. “O executivo”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 511-520).

competências se dissolverem por baixo – em prol das subunidades federativas – e por cima – em prol de entes supranacionais,⁸ como a União Europeia.⁹

O ideal centralizador constituiu uma importante característica da federação arquitetada pelos *Founding Fathers*.¹⁰ Para os defensores daquela nova Constituição, a manutenção da Confederação então existente representava um risco não apenas aos Estados que a compunham, mas ao conjunto como um todo. Assim, enxergavam, na união soberana, a possibilidade de fortalecimento perante as potências externas e repressão contra as ameaças internas, acarretando maior segurança e desenvolvimento econômico.

O risco de dissolução e a vulnerabilidade das colônias eram reais e o remédio receitado em *O Federalista* seria a centralização do poder. Esse raciocínio parece conectar-se, em alguma medida, com o de Thomas Hobbes, filósofo que inaugurou o pensamento moderno sobre política,¹¹ de cuja produção bibliográfica é possível constatar uma importância ímpar atribuída ao Estado e ao conceito de soberania, fator que influenciou diversos autores a escrever sobre o tema posteriormente. Necessário destacar que o pensador inglês elaborou sua produção bibliográfica no século anterior, sob um contexto social muito diferente daquele de Publius. Todavia, sua concepção de Estado soberano também demonstrava preocupações com os riscos oriundos da desagregação, a qual seria ainda mais ampla na visão hobbesiana, posto que teoricamente concebida como o estado natural do ser humano, marcado pela violência e pela constante busca por meios de autopreservação.

Diante do cenário acima traçado, tem-se que o objetivo deste artigo recai sobre o exame de eventuais pontos de conexão e ruptura entre o pensamento filosófico de Thomas Hobbes e Publius, o qual estabeleceu as bases para a compreensão da vertente de Estado federal desenvolvida nos Estados Unidos da América e que se disseminou por todo o globo terrestre.

Justifica-se a pesquisa com espeque na relevância de se compreender as engrenagens que estabeleceram um dos exemplos mais sólidos de Estado Democrático de Direito que assume a forma federativa. Ademais, é bastante mais comum apresentar os pontos de contato entre Publius e outros filósofos políticos, tais

⁸ CALABRESI, S. G.; BICKFORD, L. D. "Federalism and subsidiarity: perspectives from U.S. Constitutional Law", in Fleming; James E.; LEVY, J. T. (ed.). *Federalism and Subsidiarity*. New York: New York University Press, 2014, p. 124. Edição Kindle.

⁹ As discussões sobre a natureza jurídica e a inserção de ideias federais na União Europeia não são objeto do presente trabalho. No entanto, dada a riqueza do tema – Dieter Grimm chega a dizer que a União Europeia é responsável por modificar o próprio conceito de soberania (GRIMM, D. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Columbia University Press: New York, 2015, p. 7. Edição do Kindle)! – vale ao menos citar que esta peculiar estrutura de Direito Público possui caracteres de confederação e federação simultaneamente (BARATA, M. S. *Formas de federalismo e o Tratado de Lisboa: confederação, federação e integração europeia*. Coimbra: Almedina, 2016); vastas competências dos Estados-Partes europeus foram absorvidas pela União. Essa tensa disputa entre os países e a União acerca de seus limites recíprocos é constante, com os primeiros, muitas vezes, querendo riscar e bem delimitar linhas inultrapassáveis em relação ao segundo, como aconteceu no julgamento perante o Tribunal Constitucional Federal alemão acerca do Tratado de Maastricht (COLLINGS, J. *Democracy's Guardians: a History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle, posição 11428-11572; PIZZOLO, C. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*. Buenos Aires: Astrea, 2017, pp. 82-115.

¹⁰ Como se demonstrará adiante, cabe pontuar que a vertente centralizadora não se configura como a única possível em uma federação.

¹¹ RYAN, A. *On Politics: a history of political thought from Herodotus to the present*. London: Penguin Books, 2012, p. 413. Edição do Kindle.

quais Montesquieu¹² ou Hume,¹³ mas não Hobbes. Isso já demonstra a importância de jogar luzes sobre a possível relação entre os autores.

Para tanto, por meio da utilização da metodologia dedutiva, serão introduzidos alguns conceitos norteadores da pesquisa, que permitirão observar a interação entre as visões preconizadas por Thomas Hobbes e Publius. O desenvolvimento dessa tarefa será fundamentado na análise bibliográfica das obras selecionadas e terá como ponto de partida definições introdutórias sobre federalismo e federação. Então, será contextualizada a visão de Publius e a aproximação que pode ser feita à de Thomas Hobbes, tendo por base uma compreensão realista da natureza humana, a qual levaria à imposição de um Estado superior, a fim de garantir maior pacificação social. Em seguida, serão analisados os aspectos que ensejam divergências entre os autores, representados pela justificável opção pela mitigação da concentração de poder feita por Publius.

Concluímos com a constatação de que houve uma proximidade entre as premissas dos autores, contudo, cada um deles apresenta soluções que, embora dialoguem entre si, são distintas e permitem indicar a evolução das concepções de Estado e soberania.

2. CONCEITOS DE FEDERALISMO E FEDERAÇÃO SOB A ÓPTICA DE PRESTON KING

Descrever federalismo e federação não é uma tarefa corriqueira, tendo em vista que o assunto enseja diversos debates acadêmicos.

Neste sentido, Alfonso Hernández Valdez constata variadas correntes de pensamento sobre o sistema federal, apontando visões distintas sobre sua definição e outros aspectos relevantes, tais como fatores que justificariam sua origem e estabilidade, bem como a possibilidade de se apurar uma relação de causa e efeito entre federações e outros institutos, como democracia. Apenas para demonstrar a expressividade que o tema pode alcançar no tocante à conceituação, salienta-se que Alfonso Hernández Valdez distingue três linhas de pensamento sobre o sistema federal - sociológica, institucional e econômica -, o que certamente evidencia a riqueza do debate.¹⁴

Apesar de sua relevância, não se encontra nos estreitos limites do presente artigo a busca por definições exaurientes. Não obstante, de todo adequado indicar alguns nortes a este estudo e, para tanto, serão trabalhados os conceitos formulados por Preston King em "*Federalism and Federation*", posto que o autor ressalta a relevância do rigor nas categorizações feitas no âmbito das ciências humanas, as quais devem acompanhar os influxos dos comportamentos e valores dos indivíduos.¹⁵ A respeito, Alfonso Hernández Valdez destaca que a edição do livro "*Federalism and Federation*" jogou luzes para o cuidado a ser adotado na utilização das terminologias federação e federalismo, que, para Preston King, não se confundem.¹⁶ A distinção em comento será de grande valia para o desenvolvimento das conclusões que pretendemos alcançar, sendo pertinente seu aprofundamento.

De acordo com Preston King, em brevíssima síntese, o federalismo está associado ao campo ideológico, podendo representar ideologias centralizadoras,

¹² SILVEIRA, A. *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 156-168.

¹³ GARGARELLA, R. *El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021, p. 71 e 90. Edição do Kindle.

¹⁴ Para maior aprofundamento, confira-se: VALDÉZ, A. H. "Definiciones y teorías sobre el federalismo", *Política y gobierno*, vol. V, núm. 1, primer semestre de 1998, p. 225-259.

¹⁵ KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 9-15.

¹⁶ VALDÉZ, A. H. "Definiciones y teorías sobre el federalismo", *Política y gobierno*, vol. V, núm. 1, primer semestre de 1998, p. 226.

descentralizadoras ou de equilíbrio, as quais têm em comum o aspecto da preocupação em permitir a coexistência das unidades territoriais que se encontram representadas em um dado centro de poder. A federação, por seu turno, relaciona-se à existência de arranjos institucionais, regulamentados por normas, que têm por base o citado ideal de coexistência.¹⁷ Assim, não há federação sem federalismo, mas é possível federalismo sem federação.¹⁸

Relevante pontuar que Preston King não utiliza a palavra ideologia de maneira leviana, ao revés, destaca que tal conceito pode ser empregado em uma acepção forte (estreita) ou fraca (ampla): no primeiro caso, como um “estilo de argumento *a priori* ou universal que, enquanto logicamente imune à crítica, busca assegurar, na prática, tanto uma mudança social, quanto [seu oposto] uma estagnação”. Ao se referir ao conceito fraco, aduz a “um amplo e razoavelmente coerente conjunto de ideias invocado a fim de mobilizar e direcionar a ação política para servir a um propósito relativamente específico” (tradução nossa).¹⁹

Preston King explica, então, que ideologias de centralização e descentralização podem ser consideradas fortes, haja vista ser logicamente possível o seu avanço em direção a uma argumentação universal. Neste sentido, identifica que o viés forte da ideologia centralizadora culmina no absolutismo ou totalitarismo, ou seja, integral concentração de poder; o da ideologia descentralizadora, ao revés, acarreta a total disseminação do poder e, no limite, a anarquia. Para ele, porquanto as ideologias de federalismo centralizador ou descentralizador não objetivam alcançar o absolutismo, tampouco uma fragmentação completa, tem-se que apenas possuem a aparência de ideologias fortes, mas, em verdade, devem ser classificadas como ideologias fracas.²⁰

Os próximos tópicos serão dedicados à abordagem de alguns motivos que levaram Publius a justificar sua preferência pelo aspecto ideológico da centralização em conformidade à acepção fraca.²¹

3. A IMPORTÂNCIA DA CENTRALIZAÇÃO PARA PUBLIUS

Uma rápida leitura do artigo federalista introdutório, cuja autoria é atribuída a Alexander Hamilton, evidencia a verdadeira intenção da sequência de textos que se seguirá, qual seja, a de demonstrar os benefícios oriundos de uma união mais profunda entre os outrora Estados confederados, defendendo, assim, a ratificação da Constituição de 1787.²² Benjamin Fletcher Wright destaca que “os primeiros quarenta e seis artigos – mais da metade do total – insistem na necessidade de um governo

¹⁷ KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 74-76.

¹⁸ BERNARDES, W. L. M. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 119.

¹⁹ No original: “An ideology is a broad and reasonably coherent set of ideas which is invoked with a view to mobilizing and directing political action in order to serve some relatively specific purpose. (...) Most of us, if only occasionally, employ ‘ideology’ in this large (and weak) sense (...). Some of us, however, even if simultaneously, are disposed to employ the expression in a narrow (and strong) sense, were we intend in particular an ‘a priori’ or universalist style of argument which, while being logically immune to criticism, seeks to secure in practice either social change or stasis.” (KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 19-20).

²⁰ KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 21-23.

²¹ Cumpre esclarecer que, embora a doutrina de Direito Constitucional costume tratar o modelo norte-americano como uma federação descentralizada, tendo em vista o critério da repartição de competências, o objeto a ser enfrentado neste artigo é outro e constitui a opção ideológica de Publius tendente à centralização. É dizer, se a federação norte-americana é considerada descentralizada quanto à perspectiva da divisão de atribuições, ela foi formada com a finalidade de criação de um poder central.

²² HAMILTON, A. “1. Introdução”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 99-102.

central mais forte. Esta foi a principal razão para ser convocada a Convenção Federal e também o argumento para a maior parte da oposição aos seus resultados”.²³

Os esforços na defesa de uma união mais intensa decorreriam da constatação de defeitos insanáveis no modelo até então adotado, os quais incrementariam a instabilidade e vulnerabilidade dos treze Estados perante as ordens internas e internacionais. Para tornar mais concreto, vejamos um panorama do contexto da época:

Apenas um lustro após a entrada em vigor dos AACC [os artigos da Confederação], as numerosas insuficiências da primeira lei fundamental dos EUA eram cada vez mais evidentes para muitos dos líderes tanto da Confederação como dos Estados. As barreiras tarifárias e as rivalidades económicas ameaçavam colocar em risco os laços de unidade cimentados na luta comum contra o império britânico. O Estado do Connecticut, a título de exemplo, cobrava taxas maiores sobre as importações do Massachussetts do que sobre as da Grã-Bretanha. A ausência de moeda comum acentuava as dificuldades na criação de um efectivo mercado interno. Também no plano militar, apesar de a experiência da Guerra da Independência ter demonstrado no terreno a importância de um comando unificado, os Estados pareciam estar longe de chegar a um acordo sobre a construção de umas forças armadas da União como sobre o que fazer com o pesado fardo das dívidas de guerra, que lançava um pesado ônus de descrédito internacional sobre a Confederação Americana, recentemente formada. [...] [A] ocorrência de uma rebelião no Estado do Massachussetts, no início de 1787, comandada por Daniel Shays, um veterano da Guerra da Independência, precipitou a aprovação por parte do Congresso, em fevereiro de 1787, da decisão de promover, em maio desse mesmo ano, uma Convenção de revisão dos AACC, que deveria ter lugar na mesma cidade e no mesmo edifício onde, pouco mais de uma década antes, havia sido assinada a Declaração de Independência.²⁴

Havia, portanto, notória e justificada preocupação concernente a questões de segurança e desenvolvimento económico frente a outras potências. A respeito, convém salientar que a preocupação com a falta de segurança oriunda da desagregação pode ser apreendida, por exemplo, no terceiro artigo federalista da série, em que John Jay identifica riscos contra a paz emanados tanto de potências estrangeiras, como também da ordem interna, dado que a falta de união acentuaria as vantagens estratégicas de outras nações.²⁵

Demais disto, no artigo intitulado “Defeitos da atual confederação”,²⁶ denota-se a preocupação de Alexander Hamilton quanto ao baixo poder coercitivo da Confederação em fazer cumprir suas normas, ressaltando, ainda, as dificuldades na arrecadação de tributos,²⁷ eis que diversos Estados deliberadamente deixavam de contribuir para o seu financiamento.

²³ WRIGHT, B. F. “Introdução”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 20.

²⁴ SOROMENHO-MARQUES, V. “A filosofia constitucional do federalismo”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. 2. ed. Trad. Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 17-18.

²⁵ Jay, J. “3. A união como requisito para a segurança nacional”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 109-112.

²⁶ HAMILTON, Alexander. “21. Defeitos da atual confederação”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 217-221.

²⁷ Exemplo dessa dificuldade, que ocorreu mesmo depois da promulgação da Constituição Federal norte-americana – quando a disputa sobre significados constitucionais de soberania ainda continuava inflamada –, foi a polémica ocorrida entre o governo central e o governo estadual da Carolina do Norte a respeito da constitucionalidade de uma lei federal de 1828 que

Outrossim, Willian Harrison Riker destaca que a limitação do poder central da Confederação seria agravada pela forma de representação dos Estados confederados e pelos abusos que estes poderiam praticar no uso de seu direito ao veto. O autor aponta, ademais, que assuntos de maior relevância demandavam aprovação por uma maioria absoluta, dificultando a obtenção de consensos na Confederação, de maneira que tais temas passavam a ser tratados nos legislativos estaduais.²⁸

A Confederação, destarte, ensejava um sistema absolutamente frágil, sendo nítido que o conjunto de artigos de Publius representa uma inegável defesa ao fortalecimento de um poder central hábil a apresentar respostas mais contundentes às preocupações inerentes à formação do Estado norte-americano, o que se viabilizaria com a ratificação do texto constitucional proposto.

Ao analisar *O Federalista*, Preston King assevera que seus autores reconheciam a importância da doutrina clássica da soberania como importante elemento agregador de estabilidade e poder e buscavam adequá-la à realidade da época, a qual objetivava estabelecer um governo estável e que abrangesse todos os Estados confederados, reservando-lhes certa autonomia.²⁹ Com efeito, já havia indícios de que o sistema até então empregado não se sustentaria por muito tempo, sendo imperiosa a elaboração de um modelo que fizesse frente às mazelas enfrentadas.

4. ALGUMAS INTERSECÇÕES ENTRE OS PENSAMENTOS DE THOMAS HOBBS E PUBLIUS

Benjamin Fletcher Wright, ao examinar os artigos federalistas, constata que *O Federalista* não pretendia ser um tratado sistemático sobre filosofia política e constitucional, no qual são cuidadosa e imparcialmente examinados tópicos tais como a natureza e as origens do Estado e do governo, a natureza da lei e da soberania”.³⁰ Como visto acima, o objetivo dos autores consistiu na defesa de um certo ponto de vista no âmbito de um debate de ideias que era plenamente conhecido à sua época, razão pela qual “julgaram desnecessário discutir muitos dos mais fundamentais problemas da política”.³¹ Publius, então, adotava como premissas certas proposições tidas como aceitas para desenvolver seu raciocínio e concluir pela necessidade da ratificação da Constituição de 1787.

Neste sentido, observa-se que muitos dos artigos³² fundamentam-se em uma noção de natureza humana “*pessimista*” ou “*realística*”, uma vez que identificam, nas

aumentava tarifas de importação. O Estado, julgando dispor de soberania, entendeu ser possível a declaração de inconstitucionalidade de legislação federal por si, o que culminou em ameaça do então Presidente Andrew Jackson de enviar tropas federais à Carolina do Norte. Por trás do conflito havia a questão, ainda presente, de se a Constituição Federal configurava uma decisão soberana do povo norte-americano ou um tratado entre Estados soberanos; para o objetivo do trabalho, o caso demonstra a dificuldade de, até mesmo, definir certas políticas tributárias em uma confederação, por ser um arquipélago de ilhas próximas, mas independentes (GRIMM, D. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Columbia University Press: New York, 2015, pp. 52-56. Edição do Kindle).

²⁸ RIKER, W. H. *The Development of American Federalism*. New York: Kluwer Academic Publishers, 1987, Edição do Kindle, p. 20.

²⁹ KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 25-26. Também identificando a noção de soberania no alvorecer do debate constitucional norte-americano: GRIMM, D. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Columbia University Press: New York, 2015, pp. 33-38. Edição do Kindle.

³⁰ WRIGHT, B. F. “Introdução”. in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 20.

³¹ WRIGHT, B. F. “Introdução”. In HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 21.

³² Para maior aprofundamento confirmam-se os artigos de número 6, 9, 10, 27, 51 e 55 (in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984).

condutas humanas, a predominância das paixões sobre a razão.³³ São ressaltados, dentre outros, os aspectos egoísticos, preconceituosos, mesquinhos e gananciosos de todas as pessoas, independentemente de sua classe social, os quais as tornariam pouco confiáveis e nem sempre preocupadas com o bem comum. Ademais, como demonstram o nono e o décimo artigo³⁴, a reunião dessas pessoas em facções guiadas por objetivos vistos como escusos seria outro elemento a ser combatido, pois havia o receio de que, ao assumirem o poder, os movimentos em questão acarretariam a desagregação.³⁵

De acordo com a visão de Publius, a resposta a tais problemas também recairia no estabelecimento de uma união mais intensa, representada pela federação prevista no novo texto constitucional. Por meio da centralização proposta pelos *Founding Fathers* seria possível enfrentar tais grupos facciosos e possibilitar a paz social.³⁶

Destarte, infere-se, não sem motivo, que uma das estratégias adotadas em *O Federalista* para justificar a consolidação da união corresponde ao esforço de Publius em demonstrar que a maior ameaça não proveria de um poder central, mas dos próprios Estados originários que, em um arranjo institucional diverso do almejado, teriam maior facilidade na imposição dos interesses locais ou facciosos em detrimento dos nacionais e, mesmo, de seus próprios cidadãos.³⁷

Os pontos aqui levantados parecem se aproximar da visão de natureza humana que Thomas Hobbes possuía. Importa ressaltar, de plano, que referido autor escreveu suas obras à luz de um violento cenário de guerra civil na Inglaterra, que

³³ Importa notar que nem todos concordam com essa sociologia política e visão antropológica de Publius. Gargarella denuncia o que entende ser o “traje estreito” da matriz constitucionalista daqueles autores, que já não seria adequado para a época e tampouco para a atual conformação das sociedades americanas, do norte e do sul. Em relação à natureza humana, Gargarella, partindo de matriz filosófica republicana, vê deficiências na posição de o combustível político das pessoas ser o egoísmo e a falta de solidariedade: isso contribuiria para os representantes da população, que detêm o poder em seu nome, buscar o auto interesse se a chance surgir, e não o interesse comum; o próprio sistema alimentaria essas características como desejáveis, reforçando o primeiro ponto; e seria melhor um sistema político que buscasse promover o protagonismo da solidariedade, da honestidade e das demais virtudes cívicas (*El derecho como una conversación entre iguales*: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021, pp. 91-92. Edição do Kindle). Para aprofundamento sobre a vertente republicana na filosofia política, GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls*: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 183-221.

³⁴ HAMILTON, A. “9. A união como barreira contra facções e insurreições”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 141-145 e MADISON, J. “10. O tamanho e as diversidades da união como um obstáculo às facções”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 147-154. No décimo artigo, James Madison discorre sobre facções, classificando-as como “um grupo de cidadãos representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses coletivos da comunidade.” Haveria dois remédios contra as facções: limitar a liberdade ou fazer com que todos possuam as mesmas opiniões. Madison, contudo, rechaça tais remédios, pois seriam piores do que a doença. Uma solução para atenuar esse problema seria a democracia representativa, que será objeto de análise no tópico seguinte.

³⁵ A preocupação de Publius com as mazelas das facções é decorrente do contexto histórico em que os *Founding Fathers* se encontravam inseridos. Benjamin Fletcher Wright explica que, à época, a ideia de oposição não era vista como algo positivo pelos americanos, uma vez que associada à insídia, à luta pelo poder e à causa da destruição de entes políticos. (WRIGHT, B. F. “Introdução”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 39-40).

³⁶ WRIGHT, B. F. “Introdução”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 34-35.

³⁷ Para maior aprofundamento no tema, confira-se: MADISON, J. “46. Comparação dos poderes estaduais e federais”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 385-392.

ocasionou imensa instabilidade política, econômica e social, sendo compreensível, portanto, sua preocupação em desenvolver um modelo de organização social que gerasse maior segurança aos indivíduos que o integrassem.³⁸

Com efeito, do livro intitulado "*Elementos do Direito Natural e Político*" depreende-se, inicialmente, uma percepção mecanicista da natureza humana, com a constatação de que a própria noção de bem e de mal pode ser influenciada por paixões ou opiniões que não retratem o verdadeiro conhecimento. Portanto, não seria possível confiar que as pessoas agiriam guiadas pela razão, a qual, em última instância, importaria na paz como forma de manutenção da vida humana. Esse arquétipo de ser humano, uma vez inserido no estado de natureza, estaria sob ameaça incessante, dado que não poderia confiar em um comportamento racional dos demais. Consequentemente, tem-se que o risco de conflito seria iminente, em virtude da desconfiança constante.³⁹

A solução proposta por Thomas Hobbes seria a celebração de um pacto fictício mediante o qual se abandona o estado natural,⁴⁰ a fim de estabelecer um corpo político unido e liderado por um soberano absoluto, cujo mister consistiria em assentar a paz, bem como proteger a comunidade assim concebida.

A partir das constatações feitas acima, observa-se que os aspectos que podem ser identificados como pontos de contato entre os estudos de Thomas Hobbes e Publius concernem à noção de natureza humana, bem como à defesa da união e, consequentemente da centralização do poder, que é tida como um significativo mecanismo de preservação do corpo político. A respeito, Preston King sintetiza muito bem esta compreensão ao aduzir que *O Federalista*, guiado pela preocupação acerca dos riscos da anarquia que poderia ser instaurada pela desagregação dos outrora Estados confederados, contém uma moral que se evidencia claramente hobbesiana.⁴¹

As semelhantes preocupações com a natureza humana e a união demonstram que Publius incorporou determinados aspectos do pensamento filosófico de Thomas Hobbes, utilizando-o como base para a defesa de uma inovadora estrutura estatal. Não obstante, o século que os separa, bem como o desenvolvimento histórico dos fatos não permitiriam uma acrítica reprodução dos ideais hobbesianos. Necessário analisar, no próximo tópico, algumas importantes distinções entre os autores.

5. VARIAÇÕES QUANTO À IDEIA DE CENTRALIZAÇÃO DO PODER

Na segunda parte, do segundo discurso, de *Elementos do Direito Natural e Político*, Thomas Hobbes sustenta a necessidade de um corpo político liderado por uma figura soberana, identificável como um povo, um grupo de pessoas ou um rei,

³⁸ BATISTA, R. O. "Prefácio" in HOBBS, T. *Leviatã*, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Editora Martin Claret Ltda., Edição do Kindle, 2015, p. 11; RYAN, A. *On Politics: a history of political thought from Herodotus to the present*. London: Penguin Books, 2012, p. 415. Edição do Kindle.

³⁹ Thomas Hobbes concebe a lei natural como sendo fruto da razão. A partir do principal objetivo – manutenção da paz –, seriam traçadas outras leis naturais que contribuiriam para esta finalidade. A lei natural teria espaço no estado de natureza, mas não seria dotada de coação. Por isso, aqueles que optassem por não a seguir não sofreriam qualquer sanção, de modo que o estado de vigília seria predominante.

⁴⁰ Thomas Hobbes foi o primeiro pensador contratualista, inaugurando uma tradição de tamanho impacto que, mais recentemente, foi revisitada com bastante sucesso (dada a influência que vem exercendo no debate jurídico, em especial o constitucional) por John Rawls, filósofo também marcadamente contratualista, firmando a base de seu pensamento em um idealizado debate originário entre pessoas cobertas por um véu da ignorância (GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, pp. 13-19).

⁴¹ Confira-se, a respeito, o original: "*The moral is Hobbesian, and it is firmly drawn. What was being advocated was less liberty than authority, less the desirability of states' rights than strong, responsible and centralized administration, less the danger to the states from the nation than the reverse.*" KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 25.

caso se esteja diante de, respectivamente, um governo democrático, oligárquico⁴², ou monárquico. Independentemente do modelo escolhido, denota-se a defesa do argumento segundo o qual o soberano deve deter poderes ilimitados e absolutos, bem como ser imune a qualquer espécie de controle ou responsabilização.⁴³

Da análise do livro em comento, possível concluir que o filósofo inglês passou a demonstrar certa desconfiança contra a natureza humana, notadamente, ao exarar sua preocupação no sentido de que, nem sempre, as pessoas agirão conforme a razão.⁴⁴ Para ele, a única maneira de proporcionar uma convivência social estável seria por meio da celebração do supramencionado pacto, em que os indivíduos abdicariam do estado de natureza e, em última instância, aceitariam a plena submissão ao soberano, incumbido da continuidade do corpo político, mediante promoção da segurança de seus súditos.

Importa salientar que a concretização do modelo proposto por Thomas Hobbes não admite nenhuma modalidade de repartição de poder,⁴⁵ tampouco concebe a possibilidade de destituição do governante – que deve manter-se nessa condição até o encerramento de seu governo, conforme as regras adotadas para tal fim. Isso porque, para o autor, qualquer insurgência contra o soberano não valeria o alto preço da instalação da perturbação social. O soberano não deve se submeter a nada, nem ninguém, sendo ele, ademais, o criador do direito a ser observado pelos súditos.

Miguel Reale, ao comentar o modelo de Estado proposto por Thomas Hobbes, apresenta pertinente síntese do raciocínio hobbesiano:

Já na pena do criador do Leviathan, o Estado é o ilimitado, não só o ordenador do Direito Positivo como o próprio criador da Justiça. O soberano, para Hobbes pode cometer uma iniquidade, mas nunca uma injustiça, porque a Justiça com o soberano se confunde, de sorte que todas as leis escritas e não-escritas adquirem autoridade e força pela vontade do Estado: "Onde não existe comunidade política (commonwealth) nada é injusto".⁴⁶

A identificação do Estado com a figura bíblica do Leviatã feita por Thomas Hobbes é absolutamente pertinente, por representar o ideal de concentração ilimitada do poder no soberano, que abriga e protege seus súditos contra os males que seriam proporcionados na hipótese de manutenção do estado de natureza.

Essa concepção de centralização, em Thomas Hobbes, representa o que Preston King descreve como uma ideologia forte, dada a tendência de completa absolutização do poder. Todavia, esta não foi a solução adotada em *O Federalista*: embora Publius também tenha defendido a centralização, a ênfase não foi a mesma, sendo possível constatar a adoção de uma ideologia fraca sobre este tema no âmbito da defesa da ratificação da Constituição de 1787.

Preston King elucida que o federalismo direcionado a uma postura centralizadora não deve ser considerado uma ideologia forte, porquanto não se

⁴² Thomas Hobbes equipara oligarquia e aristocracia. (HOBBS, T. *Elementos do direito natural e político*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés Editora Lda., s.d., p. 145).

⁴³ HOBBS, T. *Elementos do direito natural e político*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés Editora Lda., s.d., pp. 143-154.

⁴⁴ Fato este que, no estado de natureza, levaria ao caos absoluto. É possível que o autor tenha sido influenciado pelo fato de ter vivenciado os infortúnios de uma guerra civil.

⁴⁵ Em que pese Thomas Hobbes admitisse as formas de governo democráticas ou oligárquicas, manifestava clara preferência à monarquia, dentre outros motivos, por permitir uma concentração de poder ainda mais intensa (HOBBS, T. *Elementos do direito natural e político*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés Editora Lda., s.d., pp. 179-186). É também como interpreta Alan Ryan: "It was then [1651] that Hobbes wrote *Leviathan*, which many readers today read as a defense of absolute monarchy, but which was a defense not of monarchy but of absolute authority in whatever person or persons it was vested. Hobbes certainly thought that monarchy was the best form of government, but he did not think that it was possible to demonstrate it. What he thought he had demonstrated was that political authority must be absolute" (RYAN, A. *On Politics: a history of political thought from Herodotus to the 21st century*. London: Penguin Books, 2012. Edição do Kindle).

⁴⁶ REALE, M. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 222.

orienta para o absolutismo ou totalitarismo, não almeja a concentração de todo o poder em uma única esfera. No caso norte-americano, tal federalismo não rompeu totalmente com a doutrina clássica da soberania, mas a revisitou, introduziu novas possibilidades, visando adequá-la ao diferente contexto histórico existente em 1787.⁴⁷

Cumprе rememorar que as outrora 13 Colônias conquistaram sua independência em 4 de julho de 1776 e, desde então, encontravam-se unidas pelos tênues laços da confederação. Havia uma compreensível resistência à criação do Estado federal dotado de uma proposta de vínculo mais estreito, que acarretaria a própria renúncia à soberania recém-adquirida. Neste cenário, seria de todo inviável a reprodução integral da visão hobbesiana, o que levou ao desenvolvimento do raciocínio, a fim de promover sua adaptação às circunstâncias então experimentadas.

Não por outro motivo, durante a Convenção Federal de 1787, foi necessária a criação de mecanismos que permitissem a coexistência entre entes distintos, preservando sua autonomia ao máximo. A solução encontrada para harmonizar a nova estrutura central com as demais unidades periféricas foi a distribuição de competências⁴⁸ – o coração do Estado federal –,⁴⁹ eis que asseguraria a cada unidade estatal amplos poderes em suas respectivas áreas de atuação. Referida estrutura seria complementada com a garantia de que a fonte do poder soberano seria o povo, organizado sob um governo republicano, marcado pela representação popular e demais mecanismos de freios e contrapesos entre os poderes constituídos.⁵⁰ Em suma:

Em uma república isolada, todo o poder é outorgado pelo povo à administração de um único governo evitando-se usurpações por meio de uma divisão do governo em ramos distintos e independentes. No conjunto de repúblicas da América, o poder outorgado pelo povo é inicialmente repartido entre dois governos distintos e depois a porção de cada um é subdividida em ramos distintos e separados. Assim resulta uma dupla segurança para os direitos do povo. Os dois governos se controlam mutuamente e, ao mesmo tempo, cada um é controlado por si mesmo.⁵¹

A partir dessa estrutura federal extrai-se um primeiro ponto de ruptura com o Estado Leviatã, posto que Publius rechaçava a possibilidade de concentração ilimitada do poder soberano em apenas uma esfera. A respeito, Preston King assevera que:

O Federalista não aduz que um governo digno deste nome deve exercer o poder de forma total, absoluta ilimitada e indivisível em cada esfera e grau. O argumento é muito mais preciso, sugerindo que um governo necessita manter um controle soberano apenas naquelas

⁴⁷ KING, P. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 24-37.

⁴⁸ "(...) o governo-geral não deve ser investido de todo o poder de elaborar e fazer executar as leis. Sua jurisdição é limitada a determinados assuntos, que digam respeito a todos os membros da república, mas que não sejam atingidos pelas provisões de qualquer das partes. Os governos subordinados – que podem exercer sua autoridade sobre todos os outros assuntos que separadamente lhe digam respeito – conservarão sua competência e atuação." (MADISON, J. "14. Repúblicas representativas e democracias diretas" in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 175)

⁴⁹ PIRES, T. M. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 33.

⁵⁰ KING, P. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, pp. 25-26.

⁵¹ MADISON, J. "51. Freios e contrapesos" in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 419.

áreas de decisão atribuídas a ele – sendo que tais áreas não precisam se igualar a todas os campos de decisão.⁵²

O ideal contrário ao absolutismo pode ser bem sintetizado no seguinte trecho do 14º Artigo, de autoria de James Madison:

Em primeiro lugar, deve ser lembrado que o governo-geral não deve ser investido de todo o poder de elaborar e fazer executar as leis. Sua jurisdição é limitada a determinados assuntos, que digam respeito a todos os membros da república, mas que não sejam atingidos pelas provisões de qualquer das partes. Os governos subordinados – que podem exercer sua autoridade sobre todos os outros assuntos que separadamente lhe digam respeito – conservarão sua competência e atuação.⁵³

A proposta da nova estrutura organizacional de Estado evidencia, por si só, a atenuação do poder absoluto do Estado Leviatã, dada a previsão de entidades autônomas dotadas de autoridade para resolver determinados temas em seu campo competencial. Mas *O Federalista* ultrapassa este aspecto, sendo possível vislumbrar uma compreensão mais profunda sobre outras relevantes hipóteses de limitação do poder, como, por exemplo, o estabelecimento de um modelo representativo, o aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos concebido por Montesquieu, ou ainda a responsabilização do soberano e sua sujeição (e não equiparação) ao Direito. Sobre o tema, serão dedicadas algumas linhas mais.

No décimo artigo, James Madison traça distinções entre a democracia pura e a república, identificando nesta a possibilidade de melhores condições para combater a tirania. O autor define a democracia pura como “uma sociedade congregando um pequeno número de cidadãos que se reúnem e administram o governo pessoalmente”; já a república seria “um governo no qual o esquema de representação tem lugar”⁵⁴.

Feita esta contextualização, James Madison assevera que os riscos da prática de abusos pela maioria seriam diminutos em uma república representativa nos Estados Unidos, pois:

Um número maior de cidadãos e um território mais extenso se ajustam melhor sob um governo republicano do que sob um democrático, e é essa circunstância que torna as combinações facciosas menos temidas no primeiro caso do que no segundo. Quanto menor a sociedade, mais raros provavelmente serão os partidos e interesses distintos; quanto mais reduzido for o número destes, mais frequentemente se constituirá uma maioria do mesmo partido; e à medida que diminuir o número de indivíduos para compor a maioria e o campo dentro do qual ela deve agir, mais facilmente serão elaborados e executados os seus planos de opressão. Alargado esse campo, teremos uma variedade maior de partidos e interesses, tornando menos provável a constituição de uma maioria no conjunto, alegando um motivo comum, para usurpar os direitos de outros cidadãos; ou, se tal motivo existe, será mais difícil, para todos que o perceberem, mobilizar suas próprias forças e agir em uníssono. (...) ⁵⁵

⁵² Tradução nossa. No original: “*The Federalist does not argue that for a government to be worthy of the name it must exercise total, absolute, illimitable and indivisible power in 273eder sphere and degree. The argument is far more precise, in effect suggesting that a government need 273ede to hold sovereign 273ede in those 273eder of decision assigned to it – and that 273eder assigned need not equate with all 273eder of decision.*” (KING, P. *Federalism and 273ederation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982, p. 25)

⁵³ MADISON, J. “14. Repúblicas representativas e democracias diretas”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 175.

⁵⁴ MADISON, J. “10. O tamanho e as diversidades da união como obstáculo às facções”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 151.

⁵⁵ MADISON, J. “10. O tamanho e as diversidades da união como obstáculo às facções”, in HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 153.

Da leitura dos conceitos, depreende-se que a distinção traçada por James Madison entre democracia e pura e república equipara-se ao que hoje denominamos democracia direta e representativa, respectivamente. O estabelecimento do que, na atualidade, denomina-se democracia representativa seria uma importante ferramenta para combater as temidas facções que poderiam levar à tirania popular, pois diluiria a possibilidade de acesso ao poder aos membros dos grupos facciosos, além de permitir uma composição mais plural de representantes do povo.

Por derradeiro, haveria a repartição dos poderes constituídos, tanto no nível federal, como estadual, sendo-lhes atribuídas funções típicas e atípicas, permitindo o controle mútuo. Publius aprofunda a visão de Montesquieu, a fim de demonstrar que a divisão dos poderes não deve ser estanque, sob pena de abusos.⁵⁶

Nota-se, portanto, verdadeiro esforço teórico na criação de uma estrutura estatal visando mitigar as ameaças de tirania e que, consequentemente, pode configurar maior proteção à esfera de não intervenção dos indivíduos. Afinal, o povo, dotado de representatividade, poderia buscar a proteção de seus direitos recorrendo a diversas vias, como, por exemplo, a escolha de representantes, nos âmbitos federal e estadual, que compartilhem valores semelhantes aos dos representados. Ademais, a existência de freios e contrapesos entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário colaboraria para tal objetivo.

Portanto, apesar de reconhecer a importância da soberania, verifica-se que Publius atenua o modelo Hobbesiano, tendo em vista os aportes apresentados pelo desenvolvimento da História durante o período que separa Thomas Hobbes de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

6. CONCLUSÃO

O filósofo inglês Thomas Hobbes descreveu, com grande brilhantismo, um arquétipo de Estado soberano preocupado com a manutenção da harmonia do corpo político. Para tanto, dedicou-se a elaborar um verdadeiro tratado sobre a natureza humana, bem como a formação das estruturas sociais.

Por sua vez, a compilação dos Artigos Federalistas de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (Publius), possivelmente, constitui a obra mais significativa sobre o modelo de Estado federal, mesmo sem se pretender um tratado filosófico, político e constitucional. Representa uma importante defesa à centralização do poder, mas sem que isso represente a imposição de uma tirania.

Da análise de *Elementos do direito natural e político* e *d'O Federalista*, depreende-se a adoção de premissas semelhantes entre Thomas Hobbes e Publius, consistentes, de um lado, na compreensão pessimista da natureza humana e, de outro, na visão de que certo grau de centralização do poder seria necessário para a manutenção da paz social e de valores como segurança e preservação. A respeito, destaca-se que a moral hobbesiana é facilmente apreendida em artigos como o nono, de autoria de Alexander Hamilton, e o décimo, atribuído a James Madison.

Se os pontos de partida foram semelhantes, as soluções apresentadas diferem entre si, mostrando a adoção de caminhos diferentes entre os autores. Isso porque Thomas Hobbes demonstra uma visão ideológica forte sobre a centralização, sendo a concentração ilimitada de poder a única solução para os problemas que pretende resolver. Publius, no entanto, exara as preocupações de sua época com os riscos de uma tirania, bem como a necessidade de convencimento de ratificação de uma Constituição que implicaria maior centralização de poder. Por tais razões, introduz adaptações àquela teoria da soberania – o que, por si só, demonstra certa

⁵⁶ Neste sentido, destacam-se os Artigos nº 47, 48 e 51, de James Madison (HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984).

plasticidade e a temporalidade do conceito –,⁵⁷ justificando a não absolutização do poder mediante mecanismos como a repartição de competências e o estabelecimento de freios e contrapesos entre os poderes constituídos.

O presente estudo almejou demonstrar, destarte, que houve influência do modelo de Thomas Hobbes no modelo federativo defendido por Publius, consistindo na adoção de premissas semelhantes. Contudo, ocorreu a evolução do pensamento sobre o papel estatal e sua face republicana, o qual vem se amoldando às intempéries de cada época. E o progresso em comento continuou o seu caminho, permitindo o desenvolvimento de novas teorias. A título exemplificativo, cumpre relembrar as alterações trazidas pela instauração do modelo Estado de bem-estar social que impactam em uma visão mais cooperativa entre os integrantes de uma federação,⁵⁸ ou o próprio modelo da União Europeia.

Assim, todos os modelos teóricos configuram importantes contribuições para o aperfeiçoamento da estrutura de Estado, cujo estudo permite a compreensão do modelo ao qual chegamos na atualidade. Essa percepção demonstra a dinâmica e fluidez da temática, que vive constantes atualizações.

REFERÊNCIAS

- BARATA, M. S. *Formas de federalismo e o Tratado de Lisboa: confederação, federação e integração europeia*. Coimbra: Almedina, 2016
- BERCOVICI, G. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.
- BERNARDES, W. L. M. *Federação e federalismo: uma análise com base na superação do Estado nacional e no contexto do Estado democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010
- CALABRESI, S. G.; BICKFORD, L. D. "Federalism and subsidiarity: perspectives from U.S. Constitutional Law", in Fleming; James E.; LEVY, Jacob T. (ed.). *Federalism and Subsidiarity*. New York: New York University Press, 2014. Edição Kindle.
- DIAMOND, M. "The Federalist", in STRAUSS, L.; CROPSEY, J. (eds.). *History of Political Philosophy*. 3. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2012. Edição do Kindle.
- GARGARELLA, R. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008
- GARGARELLA, R. *El derecho como una conversación entre iguales: qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran –por fin– al diálogo ciudadano*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2021. Edição do Kindle
- GRIMM, D. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. New York: Columbia University Press, 2015. Edição do Kindle
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984
- HOBBS, T. *Elementos do direito natural e político*. Trad. Fernando Couto. Porto: Rés Editora Lda., s.d.
- HOBBS, T. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Editora Martin Claret Ltda., Edição do Kindle, 2015.
- KING, P. *Federalism and federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982
- MORAES, A. *Presidencialismo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

⁵⁷ "Despite its great attractiveness, the concept could only be applied in different contexts if its meaning was altered. Thus just as sovereignty cannot claim a timeless meaning, it is not a concept that remains the same regardless of location. Instead, it can be assumed that its content also changes from country to country" (GRIMM, D. *Sovereignty: the origin and future of a political and legal concept*. Columbia University Press: New York, 2015, p. 4. Edição do Kindle).

⁵⁸ Confira-se, a respeito: BERCOVICI, G. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

- PIRES, T. M. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015
- PIZZOLO, C. *Comunidad de intérpretes finales: relación entre tribunales supranacionales, constitucionales y supremos*. Buenos Aires: Astrea, 2017
- REALE, M. *Teoria do direito e do Estado*. 5ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005
- RIKER, W. H. *The development of American Federalism*. New York: Kluwer Academic Publishers, 1987, Edição do Kindle.
- RYAN, A. *On Politics: a history of political thought from Herodotus to the present*. London: Penguin Books, 2012. Edição do Kindle
- SILVEIRA, A. *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos: estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos*. Coimbra: Almedina, 2007
- SOROMENHO-MARQUES, V. "A filosofia constitucional do federalismo", in: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 2. ed. Trad. Viriato Soromenho-Marques e João C. S. Duarte. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011
- VALDÉZ, A. H. "Definiciones y teorías sobre el federalismo", *Política y gobierno*, vol. V, núm. 1, primer semestre de 1998, pp. 225-259

Desafios e perspectivas para a sustentabilidade do agronegócio brasileiro no cenário pós-pandêmico

Challenges and perspectives to the implementation of sustainability in Brazilian agribusiness in the post-pandemic scenario

Carolina Merida¹

Universidade de Rio Verde

Carlabianca Cabral de Jesus Canevari²

Universidade de Rio Verde

Dilça Cabral de Jesus³

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Sumário: 1. Introdução. 2. Sustentabilidade no agronegócio. 3. Sustentabilidade como paradigma do direito no século XXI. 3.1 Sustentabilidade na legislação infraconstitucional incidente sobre o agronegócio. 4. Desafios à implementação da sustentabilidade no agronegócio brasileiro: perspectivas para o pós-pandemia. 4.1 Economia de baixo carbono e agronegócio. 4.2 Pacto Global da ONU e Iniciativas de baixo carbono para práticas sustentáveis no campo. 4.3 Internet das Coisas (*IoT*) no Campo. 5. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O agronegócio tem impactado o meio ambiente, auxiliando no acúmulo de gases de efeito estufa, proporcionando elevação da temperatura do planeta. A exploração desta temática e o conceito de desenvolvimento sustentável no agronegócio tem sido objeto de grande preocupação e discussão em todo mundo. No atual cenário mundial, frente ao enfrentamento da pandemia, tem-se evidenciado a importância da integralização da economia em todos aspectos, sobretudo nas questões referentes ao meio ambiente, uma vez que tal problemática pode induzir dificuldades globais superiores às enfrentadas pelo Coronavírus. O estudo teve como objetivo descrever os desafios à implantação da sustentabilidade no agronegócio brasileiro e suas perspectivas para o período pós-pandemia. Para tanto foi realizada uma análise de conteúdo de uma pesquisa descritiva e analítica baseada na literatura consolidada frente ao tema proposto. Evidenciou-se a escassez de políticas públicas indutoras de comportamento ambientais, seja por meio do financiamento tecnológico, redução das taxas de juros ou por condições especiais de pagamentos

¹Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO e graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Adjunta da Faculdade de Direito - na graduação e pós-graduação. Procuradora do Município de Rio Verde. Correio eletrônico: merida@unirv.edu.br

²Mestranda do Curso de Pós-Graduação em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde - UniRV; Advogada OAB/GO. Correio eletrônico: carlabiancanevari@gmail.com

³ Mestranda em Direito da Empresa e dos Negócios na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde - UniRV. Correio eletrônico: dilcac@gmail.com

aos produtores que implementarem práticas sustentáveis à produção adicionais às exigências contidas na legislação ambiental. Verificou-se, ainda, a tendência de projetos entre produtores rurais e o setor de insumos agrícolas na implantação de ações e tecnologias ecoeficientes visando a sustentabilidade do e no agronegócio.

Palavras-Chave: Agronegócio; Sustentabilidade; Pandemia.

Abstract: Agribusiness has impacted the environment, helping to build up greenhouse gases, increasing the planet's temperature. The exploration of this theme and the concept of sustainable development in agribusiness has been the object of great concern and discussion around the world. In the current world scenario, facing the fight against the pandemic, the importance of integrating the economy in all aspects has been highlighted, especially in matters relating to the environment, since this problem can lead to global difficulties greater than those faced by Coronavirus. The study aimed to describe the challenges to the implementation of sustainability in Brazilian agribusiness and its perspectives for the post-pandemic period. For this purpose, a content analysis of a descriptive and analytical research was carried out based on the consolidated literature on the proposed theme. The scarcity of public policies inducing environmental behavior was evidenced, either through technological financing, reduction of interest rates or special payment conditions for producers who implement sustainable production practices in addition to the requirements contained in environmental legislation. There was also a trend of projects between rural producers and the agricultural inputs sector in the implementation of eco-efficient actions and technologies aimed at the sustainability of and in agribusiness.

Keywords: Agribusiness; Sustainability; Pandemic.

1. Introdução

De acordo com dados recentes divulgados pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), nas últimas décadas, em média, um quarto dos danos causados por desastres ambientais no mundo tem influência direta no agronegócio. Na mesma linha, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA) relata que o setor do agronegócio perde por ano aproximadamente 11 bilhões de reais, referente aos fatores ambientais⁴.

Diante da importância do clima e dos recursos naturais para a produção de commodities agropecuárias e em consonância à atual tendência do mercado consumidor, que requer dos produtores rurais e das agroindústrias uma gestão com capacidade de aliar desenvolvimento à preservação ambiental, empregando práticas socioambientais responsáveis e novas tecnologias ecológicas, o presente estudo tem por objetivo descrever os desafios à implantação da sustentabilidade no agronegócio brasileiro e suas perspectivas para o período pós-pandemia.

A metodologia empregada neste trabalho foi uma análise de conteúdo de uma pesquisa descritiva e analítica baseada na literatura consolidada frente ao tema proposto. Foram analisadas publicações de livros, artigos científicos, dissertações e teses, bem como leis, decretos, jurisprudências, cartas abertas e pesquisas de institutos relacionadas ao tema, nas quais foram utilizadas como palavras chaves de busca: agronegócio, sustentabilidade, políticas públicas e práticas sustentáveis. Após

⁴ MERIDA, C.; MONTEIRO, R.A.; SILVA, A.V. "Sustentabilidade, novas tecnologias e agronegócio brasileiro: panorama e desafios." *Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento*. Goiânia: Kelps, 2019. p.315-347.

o levantamento do material bibliográfico foi realizada a etapa de análise e interpretação das informações para discussão e descrição do tema proposto.

Desse modo, o presente artigo se estruturou em três seções, sendo a primeira denominada *Sustentabilidade no Agronegócio*, a qual elenca os aspectos gerais da sustentabilidade na cadeia do agronegócio e sua importância para a economia. Em seguida, abordou-se a *Sustentabilidade como paradigma do direito no século XXI*, na qual são descritas as principais leis e decretos que regulam as atividades relativas ao agronegócio e meio ambiente, além das principais convenções mundiais referentes ao tema e as políticas públicas implantadas. E, por fim, são trazidos os *Desafios à implementação da sustentabilidade no agronegócio brasileiro: perspectivas para o pós-pandemia*, tópico em que são abordadas as dificuldades à implantação do agronegócio sustentável e as perspectivas no Brasil e no Mundo para uma retomada verde pós-pandemia.

2. Sustentabilidade no agronegócio

O agronegócio corresponde à junção de diversas atividades produtivas que estão diretamente ligadas à produção e subprodução de produtos provenientes tanto da agricultura, quanto da pecuária⁵.

O Projeto de Código Comercial n.º 1.572/2011 relata que o agronegócio é definido como a rede de negócios que integra as atividades econômicas organizadas de fabricação e fornecimento de insumos, produção, processamento, beneficiamento e transformação, comercialização, armazenamento, logística e distribuição de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico⁶.

É um grande gerador de renda e riqueza, uma vez que, como um todo, o agronegócio envolve mais de 1/3 do PIB brasileiro, sendo, além disso, um importante meio para o crescimento da renda e do emprego no país. Deste modo, concebe-se ao setor do agronegócio não só a importância de gerador de riqueza e renda de uma nação, mas, também um agente transformador de cultura, projetor de novas captações: sejam elas humanas, tecnológicas, científicas, manufatureiras ou propriamente de execução de serviço e mão de obra⁷.

Com base neste cenário, o Brasil possui grande possibilidade de ascender com geração de divisas, a partir do aumento das exportações. Entretanto, os países emergentes têm sofrido crescentes exigências em se consolidar aliando crescimento econômico sem a interferência no meio ambiente, uma vez que a exigência mundial gira em torno do crescimento econômico com a redução de impactos ambientais⁸.

O mercado internacional exige, assim, que a produção agropecuária seja qualificada pela sustentabilidade, que corresponde a um conceito amplo abrangendo a preservação ambiental, a preocupação com qualidade de vida da sociedade, a competitividade das empresas, a responsabilidade social, o desenvolvimento de tecnologias limpas e a utilização racional dos recursos, entre outros aspectos⁹.

⁵ CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA). "Metodologia - PIB do Agronegócio Brasileiro: Base e Evolução" Piracicaba (2017); FREITAS, E. "Agronegócios". Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/agronegocios.htm>. Acessado EM: 11 de agosto de 2020.

⁶ BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*, Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2018, p. 343.

⁷ CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA). "Metodologia - PIB do Agronegócio Brasileiro: Base e Evolução". Piracicaba (2017).

⁸ ASSAD, E. D.; MARTINS, S. C.; PINTO, H. P. *Sustentabilidade no agronegócio brasileiro*. Ed. Fundação Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável, Rio de Janeiro, 2012, p.52.

⁹ SILVA, A. S.; SOUZA, J. G.; LEAL, A. C. "Qualidade de vida e meio ambiente: experiência de consolidação de indicadores de sustentabilidade em espaço urbano". *"Sustentabilidade em Debate"*, Brasília, n. 2, v. 3, 2012, p. 177- 196.

A ideia de desenvolvimento aliado à sustentabilidade, outrora distante, torna-se um imperativo na produção de bens e alimentos, a exigir o aumento da produtividade sem a invasão de novos espaços¹⁰.

Como veremos a seguir, a sustentabilidade passa a ser um dos valores comuns da sociedade global, orientadora das atividades humanas e paradigma do Direito.

3. Sustentabilidade como paradigma do Direito no século XXI

A Conferência de Estocolmo, realizada em junho de 1972, foi o primeiro evento organizado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para discutir, de maneira global, as questões ambientais, tendo como objetivo debater as consequências da degradação do meio ambiente, além de abordar as políticas de desenvolvimento humano e a busca por uma visão comum de preservação dos recursos naturais¹¹.

Como resultado da Conferência de Estocolmo, a Assembleia Geral da ONU criou, em dezembro de 1972, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que coordena os trabalhos da ONU em propósito do meio ambiente global, tendo como suas prioridades atuais os aspectos ambientais das catástrofes e conflitos, a gestão dos ecossistemas, a governança ambiental, as substâncias nocivas, a eficiência dos recursos e as mudanças climáticas¹².

Dentre os documentos internacionais em prol do meio ambiente pode ser citada, ainda, a Agenda 2030, consistente nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que estabelecem práticas a serem adotadas pelos países membros da ONU para fomentar o desenvolvimento sustentável no mundo¹³.

De especial importância ao setor do agronegócio, o segundo objetivo (ODS 2) visa acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável. Concomitantemente, os países acordam, até 2030, em garantir sistemas sustentáveis de produção de alimentos, além da implementação de práticas agrícolas robustas, com o propósito de aumentar a produtividade com preservação dos ecossistemas e de melhorar progressivamente a qualidade da terra e do solo, através das adaptações às mudanças climáticas¹⁴.

No Brasil, a Constituição Federal (CF) de 1988 evidencia a importância da proteção do meio ambiente para a permanência e perpetuidade da vida na Terra, tornando-se um marco histórico na proteção constitucional ambiental no país ao dedicar um capítulo próprio à proteção do meio ambiente e atribuir à propriedade privada uma função socioambiental¹⁵.

¹⁰ BATISTA, I. H.; ALBUQUERQUE, C. C. de. "Desenvolvimento sustentável: novos rumos para a humanidade". *Revista Eletrônica Aboré*, Manaus, 3. ed. 2007.

¹¹ MACHADO, A. A. "Ambiental internacional: A construção social do acidente químico ampliado de Bhopale da convenção 174 da OIT". *Contexto Internacional*, v. 28, n. 1, 2006, pp. 7-51.

¹² MACHADO, A. A. "Ambiental internacional: A construção social do acidente químico ampliado de Bhopale da convenção 174 da OIT". *Contexto Internacional*, v. 28, n. 1, 2006, pp. 7-51.

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". (2015) Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org>> Acessado em: 18 de agosto de 2020.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". (2015) Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org>> Acessado em: 18 de agosto de 2020.

¹⁵ MERIDA, C.; SILVA, A. V. da. "Pagamento por Serviços Ambientais à Luz do Paradigma Constitucional da Sustentabilidade: a utilização de mecanismos de incentivo para consecução do direito fundamental à água potável". In: LARA MARTINS, R.; COELHO, S. P. "Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito do direito

O artigo 225 da CF estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹⁶.

Contudo, Merida, Monteiro e Silva¹⁷ ressaltam que este artigo da CF deve ser interpretado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e da própria Política Nacional do meio Ambiente, sobretudo no que tange ao conceito legal do meio ambiente.

3.1 Sustentabilidade na legislação infraconstitucional incidente sobre o agronegócio

A Lei n.º 6.938/81 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente¹⁸ e institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formação e aplicação, e dá outras providências. Essa é a mais relevante norma ambiental infraconstitucional, visto que traçou toda a sistemática das políticas públicas brasileiras para o meio ambiente.

De acordo com Carneiro¹⁹, a política ambiental é a organização da gestão estatal no que diz respeito ao controle dos recursos ambientais e à determinação de instrumentos econômicos capazes de incentivar as ações produtivas ambientalmente corretas.

Em relação a esta lei, um dos aspectos relevantes ao agronegócio, é o disposto no art. 12, que impõe às instituições de financiamento e incentivos governamentais que vinculem a aprovação de financiamentos potencialmente danosos ao meio ambiente à obtenção de licença ambiental.

O Decreto nº 99.274/1990²⁰, que regulamenta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, exige, ainda, que a autoridade ambiental responsável pelo licenciamento da atividade ou projeto financiado comunique o agente financeiro em caso de início ou continuidade da atividade ou projeto financiado sem a obtenção da respectiva licença.

No que diz respeito às exigências ambientais para concessão de crédito rural, encontram-se na legislação brasileira disposições específicas quanto à responsabilidade ambiental indireta dos agentes financiadores por eventuais danos ambientais decorrentes dos projetos ou atividades financiados, as quais são aplicadas às instituições financeiras e demais agentes que atuam na concessão do crédito rural, como norma indutora de práticas sustentáveis no campo²¹.

ambiental, urbanístico, mineral e agrário". Editora TirantLoBlanch, Florianópolis, 2018. p. 121-140.

¹⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. "Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988". 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

¹⁷ MERIDA, C.; MONTEIRO, R.A.; SILVA, A.V. "Sustentabilidade, novas tecnologias e agronegócio brasileiro: panorama e desafios". In: SILVÉRIO JÚNIOR, J.P.; LINO, E.N.S.; FERREIRA, R.M. "Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento". Goiânia: Kelps, 2019. p.315-347.

¹⁸ BRASIL. *Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

¹⁹ CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 98.

²⁰ BRASIL. *Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990*. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências.

²¹MERIDA, C. "Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro". *Cadernos de Direito Actual*. N.º 13. Núm. Ordinário, p.517-534, 2020.

A Lei n.º 12.651/2012²², conhecida como “Novo Código Florestal”, estabelece normas gerais sobre a Proteção da Vegetação Nativa, incluindo Áreas de Preservação Permanente (APP), de Reserva Legal (RL) e de Uso Restrito, sendo sua aplicação um instrumento legal que orienta e disciplina o uso da terra e a conservação dos recursos naturais no Brasil. A referida legislação vincula a concessão de crédito rural à comprovação da inscrição dos imóveis rurais no Cadastro Ambiental Rural.

No âmbito infralegal, a Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) nº 3.545/2008²³, estabelece exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Além disso, a Resolução CMN nº 3.896/2010²⁴, que apresenta uma abordagem um pouco distinta, instituiu, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Plano ABC), alinhado aos ODS da ONU e com os compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas, que foi aprovado pelos 195 países Parte da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima com o propósito de reduzir emissões de gases de efeito estufa no contexto do desenvolvimento sustentável (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

Nesse sentido, a Política Nacional sobre Mudança do Clima, Lei nº 12.187/2009²⁵, deu ao Poder Executivo a incumbência de criar “planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas” para vários setores da economia brasileira, entre eles a agricultura. Em novembro de 2018, foi publicado o Decreto nº 9.578²⁶, que consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, que traz no Artigo 17 planos de ação para prevenção e controle do desmatamento nos biomas e planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas: Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm); Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Cerrado (PPCerrado); Plano Decenal de Expansão de Energia (PDE); Plano Setorial de Redução de Emissões da Siderurgia e Plano Setorial de Mitigação e de Adaptação às Mudanças Climáticas para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura (Plano ABC).

O Plano ABC é uma arrojada política pública, que visa incentivar o investimento em projetos agropecuários que diminuam as emissões de gases de efeito estufa e o desmatamento, além de ampliar a área de florestas cultivadas, e estimular a recuperação de áreas degradadas, aumentar a produção de agropecuária em bases sustentáveis e adequar as propriedades rurais à legislação ambiental²⁷.

²² BRASIL. *Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

²³ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). *Resolução nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008*. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia.

²⁴ CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). *Resolução nº 3.896, de 17 de agosto de 2010*. Institui, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Programa ABC).

²⁵ BRASIL. *Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências.

²⁶ BRASIL. *Decreto nº 9.578 de 22 de novembro de 2018*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

²⁷ SAMBUICHI, R.H.R.; OLIVEIRA, M.A.C.; SILVA, A.P.M.; LUEDEMANN, G. “A sustentabilidade ambiental da agropecuária brasileira: impactos, políticas públicas e desafios”. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*, 2012.

Outra política pública instituída pelo Governo Federal foi o Programa de Desenvolvimento da Agricultura Orgânica (Pró-Orgânico) do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), que se iniciou em 2003, no âmbito do processo de elaboração e aprovação da Lei de Orgânicos, a Lei nº 10.831²⁸, que “Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências”, com o objetivo de aumentar a oferta de produtos orgânicos no Brasil através do estímulo ao crescimento deste segmento do agronegócio. Esta lei define entre as finalidades dos sistemas orgânicos de produção: a oferta de produtos saudáveis, isentos de contaminantes intencionais; a preservação e recomposição da diversidade biológica; a promoção de um uso saudável do solo, da água e do ar, reduzindo ao mínimo todas as formas de contaminação desses elementos que possam resultar das práticas agrícolas; e a reciclagem de resíduos de origem orgânica, reduzindo ao mínimo o emprego de recursos não renováveis.

Em adição, a política agrícola é responsável pelo suporte e desenvolvimento do setor agroindustrial, abordando um conjunto de medidas e ações governamentais voltadas para o planejamento, financiamento e o seguro da produção, praticadas por meio de planos e programas direcionados à agropecuária. Inserindo-se nas regulamentações das seguintes leis em vigência: Lei Agrícola (Lei nº 8.171/91²⁹), Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64³⁰) e Lei do Crédito Rural (Lei nº 4.829/65³¹).

Segundo a Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991, em seu Artigo 3º, o Estado exercerá função de planejamento, responsável por “[...] promover, regular, fiscalizar, controlar, avaliar atividade e suprir necessidades, visando assegurar o incremento da produção e da produtividade agrícolas, a regularidade do abastecimento interno, especialmente alimentar, e a redução das disparidades regionais [...]”³².

De acordo com a Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, que regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola, em seu Artigo 2º é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. Simultaneamente, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, mantendo satisfatória produtividade, assegurando a conservação dos recursos naturais³³.

Segundo a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, que regulamenta a disponibilização de crédito rural, em seu Artigo 1º, o crédito rural será distribuído e aplicado de acordo com a política de desenvolvimento da produção rural do País e tendo em vista o bem-estar do povo. Além de relatar que é de responsabilidade do Conselho Monetário Nacional disciplinar o crédito rural do País, o qual será dirigido, coordenado e fiscalizado pelo Banco Central da República do Brasil³⁴.

De acordo com o MAPA³⁵, o apoio do estado acompanha todas as fases do ciclo produtivo através de estudos na área de gestão de risco, linhas de créditos,

²⁸ BRASIL. *Lei nº 10.831 de 23 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências.

²⁹ BRASIL. *Lei nº 8.171 de 17 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política agrícola.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

³¹ BRASIL. *Lei nº 4.829 de 5 de novembro de 1965*. Institucionaliza o crédito rural.

³² BRASIL. *Lei nº 8.171 de 17 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política agrícola.

³³ BRASIL. *Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 4.829 de 5 de novembro de 1965*. Institucionaliza o crédito rural.

³⁵ MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). “Agronegócio Brasileiro. Ministério lança Plano de Investimento para Agricultura Sustentável”. (2020). Disponível em: < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2020/06/ministerio-lanca-plano-de-investimento-para-agricultura-sustentavel>>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

subvenções econômicas e levantamentos de dados. Essas ações se dividem em três grandes linhas de atuação: a gestão do risco rural, o crédito e a comercialização.

A Gestão do risco rural, realizada antes de iniciar o cultivo, através do zoneamento agrícola de risco climático indica o melhor período para se plantar em cada município do país, de acordo com a análise histórica do comportamento do clima³⁶.

O crédito permite ao produtor contratar o seguro rural com parte do prêmio subsidiado pelo ministério, quando houver prejuízos causados por eventos climáticos adversos. Vários programas financiam necessidades diversas dos produtores, que vão desde a compra de insumos até a construção de armazéns³⁷.

Ademais, recentemente, por meio do Decreto Presidencial n.º 10.828³⁸, de 1º de outubro de 2021, foi regulamentada a emissão da Cédula de Produto Rural Verde ("CPR Verde"), destinada ao financiamento de atividades de conservação e recuperação de florestas nativas e de seus respectivos biomas e ao manejo de florestas nativas no âmbito do programa de concessão de florestas públicas, ou obtidos em outras atividades florestais que vierem a ser definidas pelo Poder Executivo como ambientalmente sustentáveis.

Portanto, a partir da data da publicação do Decreto supracitado, que aconteceu em 4 de outubro de 2021, fica autorizada a emissão de CPR Verde para os produtos que serão obtidos por meio das atividades relacionadas à conservação e a recuperação de florestas nativas e de seus biomas, desde que tenha como resultado: redução de emissões de gases de efeito estufa, manutenção ou aumento do estoque de carbono florestal, redução do desmatamento e da degradação de vegetação nativa, conservação da biodiversidade, conservação da biodiversidade, conservação dos recursos hídricos, conservação do solo ou outros benefícios ecossistêmicos, como modalidade de pagamento por serviços ambientais da espécie título verde (*green bonds*), nos termos do art. 3º, inciso VI da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais³⁹.

O Decreto nº 10.828, determinou ainda, que, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.929, de 1994, a CPR Verde será acompanhada de certificação de terceiro para indicação e especificação dos produtos rurais que a lastreiam.

Em que pese o arcabouço legal apresentado, a produção sustentável no campo impõe desafios aos produtores rurais e às indústrias processadoras de alimentos e subprodutos, no sentido de promover-se uma gestão coordenada e duradoura dos ativos ambientais, sem deixar de lado o aspecto da responsabilidade socioambiental⁴⁰.

³⁶ SCHWANTES, F.; BACHA, C.J.C. "Análise da formulação da política de garantia de preços mínimos no Brasil pela ótica da economia política". *"Nova Economia"*. Belo Horizonte, v. 29, n. 1, p. 161-192, 2019.

³⁷ FORNAZIER, A.; SOUZA, P.M.S.; PONCIANO, N.J. "A Importância do Seguro Rural na Redução de Riscos da Agropecuária". *"Revista de Estudos Sociais"*. v. 14, n. 28, p. 39-52, 2012.

³⁸ BRASIL. *Decreto nº 10.828 de 01 de outubro de 2021*. Regulamenta a emissão de Cédula de Produto Rural, relacionada às atividades de conservação e recuperação de florestas nativas e de seus biomas, de que trata o inciso II do § 2º art. 1º da Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 14.119 de 13 de janeiro de 2021*. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis n os 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política.

⁴⁰ FREITAS, E. "Agronegócios". Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/agronegocios.htm>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.

4. Desafios à implementação da sustentabilidade no agronegócio brasileiro: perspectivas para o pós-pandemia

A sustentabilidade ambiental no agronegócio favorece não só o meio ambiente, mas também tende a aumentar a produtividade dos produtores rurais e empresas e diminuir os gastos futuros⁴¹.

De acordo com Buranello⁴², esse tipo de política, aliada às oportunidades de geração e disseminação de tecnologias capazes de promover a expansão sustentável e sistêmica da produção agropecuária deverão protagonizar a agenda do agronegócio no futuro.

No entanto, não é uma realidade simples a ser enfrentada pelo produtor, alterar todo seu sistema de produção para viabilizar uma produção sustentável, pois implica custos adicionais que ele precisa considerar que serão compensados pelo aumento dos retornos financeiros. Concomitantemente, os sistemas ambientalmente mais sustentáveis, como os sistemas integrados de produção, sistemas orgânicos, agroflorestais e outros, são mais complexos, mais difíceis de administrar e exigem mão de obra mais capacitada. Contudo, a transição do agronegócio tradicional para o sustentável geralmente é gradual, exigindo na maioria das vezes, acesso a mercados diferenciados, sendo que os retornos econômicos ocorrem a longo prazo⁴³.

As empresas que incorporam práticas sustentáveis adotam uma postura de respeito ao meio ambiente, reduzindo os insumos e agressões ambientais e atraindo cada vez mais os olhares dos consumidores. Além disso, um processo ambientalmente mais responsável gera receitas adicionais a partir de produtos melhores, com maior qualidade e mais saudáveis, permitindo criarnovosnegóciosà base de recursos naturais e serviços ecossistêmicos que permitirão o desenvolvimento das sociedades atuais e futuras⁴⁴.

Conforme Quadros e Tavares⁴⁵, diversos estudos apontam a sustentabilidade como peça fundamental da inovação, sendo que em um futuro próximo, as empresas que não adotarem práticas sustentáveis não conseguirão mais competir no mercado, uma vez que alinhar aspectos sociais e ambientais garantirá sua longevidade.

Não há dúvida de que, para viabilizar o aumento da produção sem ter que adentrar em novas áreas nativas faz-se necessária a implantação de técnicas e recursos mais elaborados. Por essa razão, muitos autores defendem o modelo de conservação ambiental baseado na intensificação tecnológica das áreas cultivadas e na proteção das áreas naturais remanescentes⁴⁶. Entretanto, estudos vêm mostrando que a efetividade desse modelo de conservação depende da qualidade da intensificação tecnológica, progresso científico arrojado, o que demanda custos em investimentos de materiais, treinamentos específicos, além de inteligência estratégica e mudanças planejadas, condições que muitas vezes respondem como

⁴¹ CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA). "Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro", 2016; FREITAS, E. "Agronegócios". Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/agronegocios.htm>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.

⁴² BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2. ed., 2018, p. 343.

⁴³ SÁ, M.A.; GONÇALVES, E.B.; SOUZA, V.A.B.; LAPOLLI, E.M. "Produtores orgânicos e a sustentabilidade". *Revista Brasileira de Agroecologia*. v. 9, n.2, 2014, p. 84-97; BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2. ed., 2018, p. 343.

⁴⁴ UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT (UNCSD). "The future we want". (2012).

⁴⁵ QUADROS, R.; TAVARES, A.N. "À conquista do futuro: sustentabilidade como base da inovação de pequenas empresas". *Ideia Sustentável*, São Paulo, jul.2014 ano 9, n. 36, p. 30.

⁴⁶ TILMAN, D.; BALZER, C.; HILL, J.; BELFORT, B.L. "Global food demand and the sustainable intensification of agriculture". *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 50, p. 20.260-20.264, 2011.

fator preponderante para que empresas não invistam neste novo modelo e produção⁴⁷.

Contudo, em geral, a adoção de ações sustentáveis são aplicadas apenas em decorrência de exigências legais, ou por necessidade de certificações⁴⁸. Tal fato porque, as políticas públicas de educação ambiental e de financiamento baseado em critérios de desempenho ambiental são escassas.

O principal desafio no desenvolvimento da produção agropecuária sustentável é conciliar nas decisões políticas os aspectos econômicos, sociais e ambientais, pois estes apresentam compensações que na maioria das vezes priorizam um aspecto frente aos demais, desencadeando políticas públicas contraditórias⁴⁹. No Brasil, as políticas agrícolas historicamente incentivaram o desmatamento e o descumprimento ao Código Florestal, sendo as áreas de vegetação natural nas propriedades consideradas áreas improdutivas e passíveis de desapropriação.

Na atualidade, o monitoramento internacional sobre as áreas de mata nativa é amplo e em tempo real, entretanto, as políticas aplicadas para o crescimento do setor agropecuário ainda conflitam em muitos aspectos com o objeto de maior sustentabilidade, um exemplo a ser citado é a abertura de novas estradas e do apoio ao desenvolvimento de variedades de soja adaptadas para a Região Amazônica⁵⁰.

Assim, o desenvolvimento sustentável do país necessita de um engajamento do poder público frente a elaboração de políticas públicas adequadas, somado ao comprometimento do setor agroindustrial frente a esses novos desafios para assim ter uma ecoeficiência no processo produtivo⁵¹ (MERIDA; MONTEIRO; SILVA, 2019).

Na atual condição do Brasil como referência no setor do agronegócio, um planejamento estratégico e uma institucionalidade estável são imprescindíveis, ao contrário do observado na atualidade, por meio de leis agrícolas com vigência mínima de cinco anos. Simultaneamente, é importante a garantia de atenção à gestão de riscos e ao uso da inteligência territorial estratégica para orientar o desenvolvimento rural sustentável, além da resiliência nos sistemas produtivos⁵².

4.1 Economia de baixo carbono e agronegócio

A atual pandemia da COVID-19 evidenciou a importância de tornar economias globalmente interligadas e mais resilientes a impactos sistêmicos. Esse aprendizado se refere a grande preocupação gerada, na atual circunstância, frente as questões ambientais no mundo que pode levar a catástrofes globais ainda maiores que a do Cononavírus.

Em julho de 2020, baseado na preocupação com a atual condição dos ecossistemas brasileiros, sobretudo com os altos índices de desmatamentos no país, dezessete ex-ministros da Fazenda e ex-presidentes do Banco Central de todos os

⁴⁷ BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2. ed., 2018, p. 343.

⁴⁸ KNEIPP, J. M.; GOMES, I. M.; BICHUETI, R. S.; MACCARI, E. A. "Gestão para a sustentabilidade em empresas do setor mineral". *Revista de Ciências de Administração*, Florianópolis, 2012, v. 14, n. 33, p. 52-67.

⁴⁹ BARROS, T. V.; CARDOSO, L. M. B.; BASTOS, A. L. "Políticas Públicas e o Modelo Econômico Sustentável". *VII Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*, Palmas, 2012.

⁵⁰ OSORIO, R. M. L. "A Produção de soja no oeste do Pará: a tomada de decisão do produtor rural e as características da atividade produtiva em meio à floresta Amazônica", 175f. *Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília*, Brasília, 2018.

⁵¹ MERIDA, C.; MONTEIRO, R. A.; SILVA, A. V. "Sustentabilidade, novas tecnologias e agronegócio brasileiro: panorama e desafios". In: SILVÉRIO JÚNIOR, J. P.; LINO, E. N. S.; FERREIRA, R. M. "Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento". Goiânia: Kelps, 2019. p. 315-347.

⁵² BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2. ed., 2018, p. 343.

governos desde a redemocratização, elaboraram um Carta Aberta direcionada ao Presidente da República, cobrando do governo brasileiro ações frente ao desmatamento tanto da Amazônia como do Cerrado e tendo como objetivo proposição de uma virada na gestão ambiental para uma "recuperação verde" da economia brasileira após a crise decorrente da pandemia da COVID-19⁵³.

A referida Carta propõe diretrizes para o alcance da chamada economia de baixo carbono, como o investimento em novas tecnologias e o aumento da cooperação internacional. Alerta que os descuidos frente às questões ambientais poderão ser mais onerosos que a atual pandemia. E ainda traz, na avaliação de economistas, que a saída da crise pós-COVID-19 oferece as oportunidades para essa guinada ambiental na economia, com investimentos públicos e privados⁵⁴.

Ademais, líderes de 38 grandes empresas brasileiras e estrangeiras e de quatro entidades setoriais do agronegócio, do mercado financeiro e da indústria enviaram também uma Carta Aberta, mas encaminhada ao vice-presidente da República e atual presidente do Conselho Nacional da Amazônia Legal, em que manifestaram preocupação com o desmatamento e pediram providências efetivas e urgentes contra a devastação da Amazônia e dos outros biomas, inclusão das comunidades locais, valorização da biodiversidade e que a retomada da economia siga o caminho do baixo carbono⁵⁵.

Nos Estados Unidos da América (EUA), deputados do Partido Republicano apresentaram, em 7 de fevereiro de 2019, um projeto que define o *Green New Deal*, que representa uma série de propostas econômicas com o propósito de auxiliar no combatidas alterações climáticas e a desigualdade econômica nos EUA, um plano ambiental que busca transformar o país em uma economia de carbono neutro até 2030⁵⁶.

Enquanto isso, os países da União Europeia (UE) assinaram o Pacto Ecológico Europeu, que prevê através da Lei Europeia do Clima impulsionar a utilização eficiente dos recursos através da transição para uma economia limpa e circular, além de restaurar a biodiversidade e reduzir a poluição⁵⁷.

Em síntese, a Lei Europeia do Clima tem por propósito reduzir o impacto no clima a zero até 2050 e, para isso, o plano descreve os investimentos necessários e os instrumentos de financiamento disponíveis, e expõe como assegurar uma transição justa e inclusiva, por meio de investimentos em tecnologias não prejudiciais para o ambiente, implantação de formas de transporte público e privado mais limpas, mais baratas e mais saudáveis, assegurando o aumento da eficiência energética dos edifícios, cooperando com parceiros internacionais no sentido de melhorar as normas ambientais globais⁵⁸.

⁵³ NUNES, V. "Ex-ministros lançam carta em favor de uma economia de baixo carbono". (2020). Disponível em: <<https://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/ex-ministros-lancam-carta-em-favor-de-uma-economia-de-baixo-carbono>> Acessado em: 22 de agosto de 2020.

⁵⁴ NUNES, V. "Ex-ministros lançam carta em favor de uma economia de baixo carbono". (2020). Disponível em: <<https://blogs.correiobraziliense.com.br/vicente/ex-ministros-lancam-carta-em-favor-de-uma-economia-de-baixo-carbono>> Acessado em: 22 de agosto de 2020.

⁵⁵ CHIARETTI, D. "Em carta a Mourão, CEOs pedem combate ao desmatamento." (2020). Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/07/em-carta-a-mourao-ceos-pedem-combate-ao-desmatamento.ghtml>> Acessado em: 21 de agosto de 2020.

⁵⁶ GALVINA, R.; HEALY, N. "The Green New Deal in the United States: what it is and how to pay for it". *Energy Research & Social Science*. v. 67:101529, 2020.

⁵⁷ COMISSÃO EUROPEIA. "Fontes de financiamento para uma Transição Justa". (2020) Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_pt> Acessado em: 23 de agosto de 2020.

⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA. "Fontes de financiamento para uma Transição Justa". (2020) Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_pt>

A UE fornecerá apoio financeiro igualitário e assistência técnica para auxílio dos mais vulneráveis nesta transição para a economia verde, através do Mecanismo para uma Transição Justa, o qual, disponibilizará aproximadamente 100 mil milhões de euros entre 2021 a 2027⁵⁹.

4.2. Pacto Global da ONU e Iniciativas de baixo carbono para práticas sustentáveis no campo

Conforme mencionado, a pandemia provocada pelo coronavírus (COVID-19) evidenciou fragilidades socioambientais que, por diversos fatores, vinham sendo negligenciadas por governos, pelo setor produtivo e pela sociedade civil.

Desse modo, o setor produtivo vem se engajando, ao longo de toda a cadeia do agronegócio, em iniciativas de sustentabilidade e de enfrentamento às mudanças climáticas – seja por consciência da interdependência da atividade com relação ao meio ambiente e o clima, seja em razão de os índices e rankings de avaliação de empresas baseados na conduta socioambiental e de governança influenciarem cada vez mais as decisões de investidores e consumidores⁶⁰ – de modo a dar continuidade e manter os índices de crescimento da atividade.

Nesse cenário, o Pacto Global da ONU, iniciativa mundial lançada pelo Secretário-Geral das Nações Unidas em 2000, tem incentivado e conduzido as empresas a direcionarem suas estratégias e operações de forma que contribuam para o enfrentamento dos maiores desafios da sociedade, entre os quais a sustentabilidade, por meio do estabelecimento de 10 (dez) princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção. O Pacto conta com cerca de mil signatários provenientes do Brasil, entre universidades, empresas e entidades não governamentais, muitos deles empresas atuantes no segmento do agronegócio⁶¹.

Na atualidade, o Pacto Global corresponde à maior ação de sustentabilidade corporativa do mundo e abrange 160 países, que se responsabilizam em contribuir para o alcance da agenda global de sustentabilidade, que possui como principal pilar, além dos 10 princípios universais, os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

Muito embora não corresponda a um programa de conduta obrigatória, mas sim a uma iniciativa voluntária que fornece diretrizes para a condução do crescimento sustentável e da cidadania, observa-se que muitas iniciativas do setor produtivo tem se baseado em suas premissas e nos compromissos assumidos voluntariamente pela adesão das empresas ao Pacto Global.

Nesse contexto e para os fins da presente pesquisa, destacam-se ações relacionadas à utilização de energia renováveis e voltadas à redução de emissão de gases de efeito estufa no campo, a exemplo da “Iniciativa Carbono Bayer”⁶², pioneira no setor do agronegócio. A mencionada iniciativa resulta de uma estratégia de trabalho para a validação de uma metodologia de

deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_pt>
Acessado em: 23 de agosto de 2020.

⁵⁹ COMISSÃO EUROPEIA. “Fontes de financiamento para uma Transição Justa”. (2020) Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_pt>
Acessado em: 23 de agosto de 2020.

⁶⁰ O ESG – *Environmental, Social and Governance*, por exemplo, é um índice que avalia o desempenho de empresas baseado nos impactos de suas atividades em três eixos da sustentabilidade – o Meio Ambiente, o Social e a Governança, e baseado nos 10 Princípios do Pacto Global e largamente utilizado por investidores no mundo todo.

⁶¹ PORTAL REDE BRASIL DO PACTO GLOBAL. “Os 10 princípios”. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acessado em: 10 de outubro de 2021.

⁶² A Bayer é uma das mais de 15.000 entidades signatárias do Pacto Global.

mensuração de captura de carbono, baseada em pesquisas, com o propósito de contribuir para o desenvolvimento sustentável no campo.

Neste projeto de iniciativa privada, evidencia-se o papel fundamental que os produtores têm em contribuir com estratégias ambientais duradouras na cadeia do agronegócio. As metas do projeto, consistentes na redução de emissões de carbono, integram o compromisso da Bayer em reduzir a emissão de gases de efeito estufa no campo em 30% até 2030.

Inicialmente, foram selecionados aproximadamente 1200 agricultores no Brasil e nos EUA. Todos receberão assistência para a implementação de práticas agrícolas sustentáveis, com foco em produtividade com baixo impacto climático. Além disso, para uma parte dos agricultores selecionados, a Bayer irá recompensar financeiramente as remoções de carbono geradas por meio dessas práticas⁶³.

No Brasil, a Bayer selecionou cerca de 500 produtores rurais, localizados em 14 estados brasileiros (RS, SC, PR, SP, MG, MS, GO, MT, RO, TO, PA, BA, PI, MA), com cultivos principalmente de soja e milho. A iniciativa já terá início na safra 2020/2021, em cerca de 60.000 hectares de área plantada. O investimento estimado para o projeto no Brasil será de cerca de 5 milhões de Euros, ao longo de três anos⁶⁴.

4.3. Internet das Coisas (IoT) no Campo

A inovação tecnológica é fundamental para assegurar a sustentabilidade da produção agropecuária – uma das principais emissoras de gases de efeito estufa e extremamente suscetível às mudanças climáticas – e garantir a disponibilidade de alimentos no mundo.

A inovação tecnológica chamada Internet das Coisas ou *Internet of Things* (IoT) vem ganhando cada vez mais espaço em nível mundial devido a globalização e é caracterizada por processos que envolvam objetos conectados em rede e que produzam e/ou processem informação em tempo real e de forma autônoma⁶⁵.

Esta ferramenta tecnológica aplicadas às rotinas pessoais representam um conjunto de possibilidades quando utilizadas representa um conjunto de possibilidades quando utilizados em um ambiente produtivo, como o do agronegócio, por meio da redução de custos, aumento da produtividade no campo, ampliação da mão de obra qualificada, maior segurança alimentar e o aproveitamento sustentável dos recursos naturais, cada vez mais exigidos neste novo cenário pós-pandemia⁶⁶.

O McKinsey Global Institute⁶⁷ estima que o impacto de IoT na economia global será de 4% a 11% do PIB do planeta em 2025 (portanto, entre 3,9 e 11,1 trilhões de dólares). No caso específico do Brasil, a estimativa é de 50 a 200 bilhões de dólares de impacto econômico anual em 2025.

Tais perspectivas para o cenário brasileiro podem ser endossadas a partir da criação do Decreto n.º 9.854⁶⁸, que institui o Plano Nacional de Internet das Coisas

⁶³BAYER, "Relatório de Responsabilidade Socioambiental". Disponível em: <<https://www.bayer.com.br/static/documents/pdf/relatorio-responsabilidade-socioambiental-2017.pdf>>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.

⁶⁴PORTAL REVISTA SAFRA. "Bayer assume compromisso com a sustentabilidade". (2019). Disponível em: <http://revistasafra.com.br/bayer-assume-compromisso-com-a-sustentabilidade>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.

⁶⁵ CARRION, P.; QUARESMA, M. "Internet da Coisas (IoT): Definições e aplicabilidade aos usuários finais". *"HumanFactors in Design"*, v.8, n.15, 2019, p. 49-66.

⁶⁶CARRION, P.; QUARESMA, M. "Internet da Coisas (IoT): Definições e aplicabilidade aos usuários finais". *"HumanFactors in Design"*, v.8, n.15, 2019, p. 49-66; MCKINSEY & COMPANY. "Growing opportunities in the Internet of Things". July 2019.

⁶⁷MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. "The internet of things: mapping the value beyond the hype", (2015).

⁶⁸BRASIL. Decreto nº 9.854 de 25 de junho de 2019. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas.

e dispõe sobre a Câmara de Gestão, com o intuito de implementar e desenvolver a IoT no País, observadas as diretrizes de segurança da informação e de proteção de dados pessoais.

A agropecuária é um dos setores priorizados pelo Plano Nacional de IoT. Além disso, foi criada a Câmara do Agro 4.0, meio de acordo de cooperação técnica entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e o Ministério de Ciência e Tecnologia (MCTIC), com o objetivo de promover ações de expansão da internet no campo e a aquisição de tecnologias e serviços inovadores no ambiente rural⁶⁹.

A aplicação de tecnologias disruptivas, a exemplo da *IoT*, com vistas à integração da cadeia produtiva e de logística, reduz as emissões de gases, aumenta a produção por hectare e permite o escoamento eficiente da produção, sendo essencial, entretanto, a ampliação de linhas de crédito ao produtor com taxas de juros mais baixas para financiar a inovação nas fazendas do país.

A *IoT* já é realidade no campo, e dia após dia, o cotidiano do agronegócio será progressivamente impactado por ela, sendo um fator determinante para a potencialização e expansão do setor, ao passo em que a tecnologia empregada no campo proporciona o aproveitamento dos espaços existentes com aumento da produtividade, uso racional dos recursos naturais (solo, água, entre outros) e redução da aplicação de implementos e defensivos agrícolas, contribuindo desta forma com o desenvolvimento sustentável⁷⁰.

5. Considerações Finais

Com efeito, o agronegócio é uma das principais fontes de renda e de emprego do país, sendo a preservação dos recursos naturais fundamental para que haja a sustentabilidade no agronegócio.

Ademais, em razão de sua importância para alcançar-se a segurança alimentar em nível global, o agronegócio deve estar em constante evolução. Os produtores rurais devem estar alinhados às boas práticas de cultivo, propiciando crescentes índices de produtividade sem degradar o meio ambiente, por meio da utilização de tecnologias de baixo carbono.

Portanto, há necessidade de conscientização do uso correto do solo e manejo sustentável, da utilização controlada dos defensivos agrícolas, do abandono da prática de realização de queimadas, entre outras medidas visando a redução das externalidades negativas produzidas pela atividade agropecuária com relação ao meio ambiente.

Para fazer frente aos desafios de retomada verde da economia no mundo pós-pandemia, são necessários incentivos governamentais indutores de comportamento sustentável, por meio do desenvolvimento e da implantação de políticas públicas de financiamento para aplicação de tecnologias verdes no campo, bem como que levem em consideração o fator ambiental na análise de crédito, acesso a linhas de crédito especiais e/ou a taxas de juros reduzidas e melhores condições de pagamento em razão de práticas sustentáveis para além das exigências contidas na legislação⁷¹.

⁶⁹EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). "Gestão Estratégica Automação e Agricultura de Precisão". (2019). Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/45785396/mapa-e-mctic-criam-camara-do-agro-40-para-levar-mais-conectividade-ao-campo>> Acessado em 25 de agosto de 2020.

⁷⁰ MARTINS, A.V.S.; BARBOSA, R.A.P. "O impacto da internet das coisas no agronegócio". 13º Congresso Latino-Americano de Varejo e Consumo: "After COVID-19: Building Purpose through Stakeholders in Retailing" CLAV 2019. "Repositório FGV de Conferências", 2019.

⁷¹ MERIDA, C. "Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro". *Cadernos de DireitoActual*. N.º 13. Núm. Ordinário, p.517-534, 2020.

Para além de políticas públicas, é essencial a atuação colaborativa entre o setor de insumos agrícolas e os produtores rurais na implementação de ações e tecnologias (*IoT*, inteligência artificial, *big data*) que permitam um maior aproveitamento de espaços com aumento da produtividade, otimização do uso de equipamentos e maquinários, aumento do volume e precisão das informações referente à produtividade, ativos biológicos e pragas, além de gerenciar e utilizar de forma mais eficiente os recursos naturais e os insumos agrícolas, contribuindo desta forma com o desenvolvimento sustentável.

Portanto, o panorama pós-COVID-19 exige uma estratégia consistente de sustentabilidade por parte dos produtores rurais, ao mesmo tempo em que oferece oportunidades para a promoção da economia de baixo carbono e a produção sustentável no campo, sendo fundamental ao agronegócio brasileiro abraçar e incorporar a agenda sustentável e de tecnologias verdes, sob pena de passar a sofrer barreiras no comércio internacional na retomada da economia no pós-pandemia.

REFERÊNCIAS

- ASSAD, E. D.; MARTINS, S. C.; PINTO, H. P. *Sustentabilidade no agronegócio brasileiro*. Ed. Fundação Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável, Rio de Janeiro, 2012.
- BARROS, T.V.; CARDOSO, L.M.B.; BASTOS, A.L. "Políticas Públicas e o Modelo Econômico Sustentável". "VII Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)", Palmas, 2012.
- BATISTA, I. H.; ALBUQUERQUE, C. C. de. "Desenvolvimento sustentável: novos rumos para a humanidade". "Revista Eletrônica Aboré", Manaus, 3. ed. 2007.
- BAYER, "Relatório de Responsabilidade Socioambiental". Disponível em: <<https://www.bayer.com.br/static/documents/pdf/relatorio-responsabilidade-socioambiental-2017.pdf>>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. "Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988". 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. *Decreto nº 9.578 de 22 de novembro de 2018*. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo federal que dispõem sobre o Fundo Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.114, de 9 de dezembro de 2009, e a Política Nacional sobre Mudança do Clima, de que trata a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9578.htm> Acessado em 25 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 9.854 de 25 de junho de 2019*. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9854.htm> Acessado em 25 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990*. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D99274.htm> Acessado em 25 de agosto de 2020.

- BRASIL. *Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=4504&ano=1964&ato=03cMTWE9UNVRVT5b5>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 4.829 de 5 de novembro de 1965*. Institucionaliza o crédito rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4829.htm> Acessado em 19 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 10 agosto 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991*. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm>. Acesso em 19 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.831 de 23 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre a agricultura orgânica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.831.htm#:~:text=LEI%20No%2010.831%2C%20DE%2023%20DE%20DEZEMBRO%20DE%2003.&text=Regulamento.,Art.> Acessado em 25 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12187.htm> Acessado em 25 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651.htm>. Acesso em: 13 de agosto de 2020.
- BRASIL. *Lei nº 14.119 de 13 de janeiro de 2021*. Institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais; e altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para adequá-las à nova política. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.119-de-13-de-janeiro-de-2021-298899394>>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.
- BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2. ed., 2018, p. 343.
- CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 98.
- CARRION, P.; QUARESMA, M. "Internet da Coisas (IoT): Definições e aplicabilidade aos usuários finais". *Human Factors in Design*, v.8, n.15, 2019, p. 49-66.
- CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA). "Metodologia - PIB do Agronegócio Brasileiro: Base e Evolução" Piracicaba (2017); FREITAS, E. "Agronegócios". Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/agronegocios.htm>>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.

- CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA (CEPEA). "Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro", 2016. Disponível em: <<http://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>>. Acesso em: 09 de agosto de 2020.
- CHIARETTI, D. "Em carta a Mourão, CEOs pedem combate ao desmatamento." (2020). Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/07/em-carta-a-mourao-ceos-pedem-combate-ao-desmatamento.ghml>> Acessado em: 21 de agosto de 2020.
- COMISSÃO EUROPEIA. "Fontes de financiamento para uma Transição Justa". (2020). Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/actions-being-taken-eu/just-transition-mechanism/just-transition-funding-sources_pt> Acessado em: 23 de agosto de 2020.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). *Resolução nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008*. Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_O.pdf> Acesso em: 13 de agosto de 2020.
- CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). *Resolução nº 3.896, de 17 de agosto de 2010*. Institui, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Programa ABC). Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-3896-2010_111667.html>. Acesso em: 25 mai. 2020.
- EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (EMBRAPA). "Gestão Estratégica Automação e Agricultura de Precisão". (2019). Disponível em: <<https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/45785396/mapa-e-mctic-criam-camara-do-agro-40-para-levar-mais-conectividade-ao-campo>> Acessado em 25 de agosto de 2020.
- FREITAS, E. "Agronegócios". Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/agronegocios.htm>>. Acesso em: 11 de agosto de 2020.
- FORNAZIER, A.; SOUZA, P.M.S.; PONCIANO, N.J. "A Importância do Seguro Rural na Redução de Riscos da Agropecuária". *"Revista de Estudos Sociais"*. v. 14, n. 28, p. 39-52, 2012.
- GALVINA, R.; HEALY, N. "The Green New Deal in the United States: what it is and how to pay for it". *"Energy Research & Social Science"*. v. 67:101529, 2020.
- KNEIPP, J. M.; GOMES, I.M.; BICHUETI, R.S.; MACCARI, E.A. "Gestão para a sustentabilidade em empresas do setor mineral". *"Revista de Ciências de Administração"*, Florianópolis, 2012, v. 14, n. 33, p. 52-67.
- MACHADO, A. A. "Ambiental internacional: A construção social do acidente químico ampliado de Bhopale da convenção 174 da OIT". *"Contexto Internacional"*, v. 28, n. 1, 2006, pp. 7-51.
- McKINSEY GLOBAL INSTITUTE. "The internet of things: mapping the value beyond the hype", (2015). Disponível em: <<https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Technology%20Media%20and%20Telecommunications/High%20Tech/Our%20Insights/The>>

- %20Internet%20of%20Things%20The%20value%20of%20digitizing%20the%20physical%20world/Unlocking_the_potential_of_the_Internet_of_Things_Executive_summary.pdf>. Acessado em: 25 de agosto de 2020.
- MARTINS, A.V.S.; BARBOSA, R.A.P. "O impacto da internet das coisas no agronegócio". 13º Congresso Latino-Americano de Varejo e Consumo: "After COVID-19: Building Purpose through Stakeholders in Retailing" CLAV 2019. "Repositório FGV de Conferências", 2019.
- McKINSEY & COMPANY. "Growing opportunities in the Internet of Things". July 2019. Disponível em: <
<https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Industries/Private%20Equity%20and%20Principal%20Investors/Our%20Insights/Growing%20opportunities%20in%20the%20Internet%20of%20Things/Growing-opportunities-in-the-Internet-of-Things-v5.pdf>> Acessado em: 26 de agosto de 2020.
- MERIDA, C.; MONTEIRO, R.A.; SILVA, A.V. "Sustentabilidade, novas tecnologias e agronegócio brasileiro: panorama e desafios". In: SILVÉRIO JÚNIOR, J.P.; LINO, E.N.S.; FERREIRA, R.M. "Direito do Agronegócio: Sustentabilidade, Regulação e Desenvolvimento". Goiânia: Kelps, 2019. p.315-347.
- MERIDA, C.; SILVA, A. V. da. "Pagamento por Serviços Ambientais à Luz do Paradigma Constitucional da Sustentabilidade: a utilização de mecanismos de incentivo para consecução do direito fundamental à água potável". In: LARA MARTINS, R.; COELHO, S. P. *Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito do direito ambiental, urbanístico, mineral e agrário*. Editora Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018. p. 121- 140.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). "Agronegócio Brasileiro. Ministério lança Plano de Investimento para Agricultura para Agricultura Sustentável". (2020). Disponível em: < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2020/06/ministerio-lanca-plano-de-investimento-para-agricultura-sustentavel>>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). "Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável". (2015) Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), última edição em 13 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org>> Acessado em: 18 de agosto de 2020.
- OSORIO, R.M.L. "A Produção de soja no oeste do Pará: a tomada de decisão do produtor rural e as características da atividade produtiva em meio à floresta Amazônica", 175f. "Centro de Desenvolvimento Sustentável, Universidade de Brasília", Brasília, 2018.
- PORTAL REDE BRASIL DO PACTO GLOBAL. "Os 10 princípios". Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acessado em: 10 de outubro de 2021.
- PORTAL REVISTA SAFRA. "Bayer assume compromisso com a sustentabilidade". (2019). Disponível em: <http://revistasafra.com.br/bayer-assume-compromisso-com-a-sustentabilidade>. Acessado em: 11 de agosto de 2020.
- QUADROS, R.; TAVARES, A. N. "À conquista do futuro: sustentabilidade como base da inovação de pequenas empresas". "Ideia Sustentável", São Paulo, jul.2014, ano 9, n. 36, p. 30.

- SÁ, M.A.; GONÇALVES, E.B.; SOUZA, V.A.B.; LAPOLLI, E.M. "Produtores orgânicos e a sustentabilidade". *"Revista Brasileira de Agroecologia"*. v. 9, n.2, 2014, p. 84-97.
- SAMBUICHI, R.H.R.; OLIVEIRA, M.A.C.; SILVA, A.P.M.; LUEDEMANN, G. "A sustentabilidade ambiental da agropecuária brasileira: impactos, políticas públicas e desafios". *"Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)"*, 2012.
- SCHWANTES, F.; BACHA, C.J.C. "Análise da formulação da política de garantia de preços mínimos no Brasil pela ótica da economia política". *"Nova Economia"*. Belo Horizonte, v. 29, n. 1, p. 161-192, 2019.
- SILVA, A. S.; SOUZA, J. G.; LEAL, A. C. "Qualidade de vida e meio ambiente: experiência de consolidação de indicadores de sustentabilidade em espaço urbano". *"Sustentabilidade em Debate"*, Brasília, n. 2, v. 3, 2012, p. 177- 196.
- TILMAN, D.; BALZER, C.; HILL, J.; BELFORT, B.L. "Global food demand and the sustainable intensification of agriculture". *"Proceedings of the National Academy of Sciences"*, v. 108, n. 50, p. 20.260-20.264, 2011.
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT (UNCSD). "The future we want". (2012). Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/futurewewant.html>> Acesso em: 20 de agosto de 2020.

Importação seletiva de modelos e técnicas constitucionais: o caso da técnica da proporcionalidade no direito brasileiro e alemão

Selective import of constitutional models and techniques: the case of the proportionality technique in Brazilian and German law

Isabela de Assis de Assis Godoy¹

Escola Paulista de Direito

Sumário: 1 Introdução. 2 Proporcionalidade no direito alemão. 2.1 Adequação. 2.2 Necessidade. 2.3 Proporcionalidade em sentido estrito. 3 Proporcionalidade no direito brasileiro. 3.1 Caso do diploma de jornalistas. 3.2 Caso da ordem dos músicos. 3.3 Caso do exame da OAB. 4 Análise crítica. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade demonstrar que o modelo alemão da proporcionalidade é do que uma dentre muitas faces que essa técnica assume na jurisprudência constitucional alemã por meio de uma análise comparativa entre os modelos alemão e brasileiro de proporcionalidade, especialmente sobre sua aplicação à liberdade de profissão. A proporcionalidade surgiu no Estado para conter excessos de poder estatal. Todavia, passou a ser utilizada no Tribunal Constitucional alemão com base em noções de ponderação, trazidos pela teoria principiológica de Robert Alexy. No presente artigo, descreve-se o nascimento desse modelo e seu funcionamento na Alemanha, onde é basicamente dividido em três etapas. Debruça-se então sobre o modelo brasileiro por meio da análise jurisprudencial de casos que trataram da liberdade de profissão no território nacional: Ordem dos Músicos, Jornalistas e do Exame de Ordem dos Advogados. Ao final, conclui-se com análise crítica que propõe a reformulação da prova da proporcionalidade quanto ao processo trifásico apenas na aplicação à liberdade de profissão e questiona-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal como decisor dos meios restritivos de cada profissão.

Palavras-chave: Proporcionalidade. Liberdade de Ofício. Técnicas Constitucionais.

Abstract: The present work aims to demonstrate that the German model of proportionality is one of the many faces that this technique assumes in German constitutional jurisprudence through a comparative analysis between the German and Brazilian models of proportionality, especially regarding its application to the freedom of profession. Proportionality emerged in the state to contain excesses of state power. However, it started to be used in the German Constitutional Court based on weighting notions, brought by Robert Alexy's principled theory. This article describes the birth of this model and its operation in Germany, where it is divided into three stages. It then focuses on the Brazilian model through the jurisprudential analysis of cases that dealt with the freedom of the profession in the national territory: the Order of Musicians, Journalists, and the Bar Association Examination. At the end, it concludes with a critical analysis that proposes the reformulation of the proof of proportionality regarding the three-phase process only in the application to freedom of profession and questions the legitimacy of the Federal Supreme Court as decision-maker of the restrictive means of each profession.

¹ Mestre em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Escola Paulista de Direito (EPD). Pós-graduanda em Direito Digital e Compliance (2020) pelo Instituto Damásio de Direito (Damásio). Graduada em Direito (2018) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas).

Keywords: Proportionality. Professional freedom. Constitutional Techniques.

1 Introdução

Um autor que disserta sobre as noções do cenário de importação de técnicas interpretativas no contexto constitucional brasileiro é Virgílio Afonso da Silva, no caso, em artigo que aborda o tema da interpretação constitucional.² Em sua tese, esse autor mostra como as importações muitas vezes descuidadas de conceitos e técnicas acarretam o sincretismo metodológico recorrente na jurisprudência pátria, diversas vezes verificado em razão da importação de técnicas ou ideias que conflitam com o sistema jurídico-constitucional implantado no Brasil. O autor demonstra como variadas técnicas e teses constitucionais são levianamente trazidas às decisões judiciais, muitas vezes com uma referência tão remota que nem sequer traduzem aquilo que os doutrinadores e juristas estrangeiros tinham em mente.

No que tange ao tema deste trabalho, tal referencial de sincretismo se faz extremamente importante, pois como restará posteriormente demonstrado, decisões judiciais que citam a proporcionalidade o fazem na mesma fundamentação que cita ainda outros métodos de resolução como se coesos fossem, contudo, em verdade, a aplicação de diferentes caminhos metodológicos alcança resultados distintos, tornando as fundamentações conflitantes.

Tendo em vista que, no presente, o mencionado modelo interpretativo será estudado em sua aplicação a um direito fundamental, entender a natureza deste tipo de norma tornou-se também um passo necessário, porém aqui será estudada de maneira insuficientemente aprofundada por não ser o cerne do debate e sim uma conceituação subsidiária para melhor compreensão da análise e conclusão aqui expostas. Assim, as noções de direito fundamental serão expostas apenas na introdução para que a verdadeira análise se concentre posteriormente no método da proporcionalidade.

Um dos primeiros autores a diferenciar regra e princípio foi Ronald Dworkin,³ para quem as regras são uma espécie de normas mais rígidas, que, em suas palavras, são aplicadas segundo o padrão “tudo ou nada”, enquanto princípios teriam uma natureza mais flexível, isto é, são normas dotadas de “pesos” diferentes, sendo aplicados conforme o caso concreto ou situação fática variasse. Nesta toada, a análise da obra de Robert Alexy também se tornou muito engrandecedora, porque ele esclarece a valoração por trás destes princípios, em especial quando se trata de direitos fundamentais. Princípios são, segundo este autor, mandamentos de otimização,⁴ ou seja, quando se tratando desta espécie de norma, a busca do intérprete deve ser por realizar o direito referente ao princípio da maneira mais ótima possível.

O conceito de direito fundamental nesse sentido se confunde com as nomenclaturas “princípio” ou “liberdade”. Por exemplo, ao longo deste trabalho haverá referências à liberdade de profissão, significando esta o direito fundamental à livre escolha de ofício. Ao trazer esta ideia de liberdade fica mais evidente a ponte que doutrinariamente se constrói à nomenclatura “princípio”, pois, por sua natureza abrangente, sob os ideais dworknianos, liberdades como as trazidas em postulados de direito fundamental não são regras. Não haveria como aplicar o “tudo ou nada” a elas, passando assim a serem chamadas de princípios e estando sujeitas à teoria de Alexy da otimização. Assim, pode-se dizer que o “princípio da liberdade de ofício” deriva do direito fundamental ao livre ofício.

Uma vez entendidas as diversas teorias de direitos fundamentais, inclusive estudadas as que são atualmente utilizadas no país, a compreensão da atuação do modelo da proporcionalidade em face desses direitos poderá ser mais facilmente esplanada, vez que esta visão de que direitos fundamentais são princípios que se sopesam é justamente o núcleo do debate.

O tema se justifica em vista da constante retomada dos debates sobre as limitações à liberdade de ofício no cenário nacional. Além dos casos aqui abordados visto já existir

² SILVA, V. A. “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”, in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 115-143.

³ DWORKIN, R. *O império do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.

⁴ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008.

pronunciamento do STF, órgão guardião da Constituição Federal e portanto suposto defensor de seus dispositivos, quais sejam, caso da Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), dos Jornalistas, e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), recentemente, em 2017, retornou ao judiciário o natimorto debate sobre a possibilidade de atuação dos Psicólogos no exercício de uma “cura gay”, isto é, reversão da homossexualidade em heterossexualidade, dada sua liberdade de ofício. Ainda, em caso que não chegou ao judiciário, contudo é debatida no cenário legislativo brasileiro a descaracterização da profissão artística como ofício, reduzindo o exercício a mera expressão artística cultural, porém sem cunho profissional.

Com a pertinência do tema comprovada, resta compreender o objetivo do presente na realização deste debate. Faz-se necessário esclarecer que a metodologia guia foi a análise crítica por meio de estudos de casos, num sistema comparativo bilateral entre os casos alemães, e a aplicação da proporcionalidade nesses, *versus* os casos brasileiros e sua aplicação do método. Desse método chegou-se a uma conclusão crítica do sistema judiciário nacional e as fundamentações das decisões tomadas. Assim, nota-se o objetivo crítico analítico do trabalho, que almeja desconstruir e questionar a validade, legitimidade e coesão do processo decisório do STF enquanto se utilizando da proporcionalidade para julgar casos relacionados à liberdade de ofício.

Finalmente, destaca-se que o estudo está estruturado em duas partes principais. Após a introdução, a primeira cuida de uma breve descrição do histórico de aplicação da proporcionalidade no direito alemão, subdividindo-se em breve elucidação sobre o funcionamento de cada uma das fases contidas nesse procedimento metodológico. A segunda abordará a utilização do método no sistema brasileiro, subdividindo-se nos relatos dos casos estudados, ao que se chegará na presente análise crítica, cuja hipótese é de sincretismo, legitimidade questionável, incoerência e importação inadequada da ferramenta alemã. E finalmente uma breve conclusão.

2 Proporcionalidade no direito alemão

Para iniciar as explicações sobre a proporcionalidade, faz-se interessante destacar o comparativo traçado por Dieter Grimm,⁵ que, apesar de estudar o direito canadense, em seu relato aborda a origem da proporcionalidade alemã no caso das Farmácias (*Apotheke*), há uma breve descrição histórica e estrutural da proporcionalidade que será abortada durante o artigo. Em tal precedente, havia, de um lado, o direito à liberdade de profissão do cidadão, que ingressara com a ação, e por outro uma preocupação com a proteção da saúde pública, pois, segundo a decisão alemã, como o sistema capitalista busca o lucro, a inauguração de uma nova farmácia num bairro em que já havia outras poderia fazer com que, por conta da concorrência, os remédios oferecidos tivessem uma queda de qualidade para que os preços fossem mais competitivos.

Outro momento de utilização deste modelo interpretativo pelo Tribunal Constitucional alemão foi caso Lüth, no qual Erich Lüth, crítico de cinema, redigiu um manifesto contrário ao novo filme do renomado diretor Veit Harlan, apoiado pelo regime do terceiro Reich. A produtora do filme e seu diretor demandaram, então, a concessão de uma ordem inibitória que impediria Lüth de conclamar a população contra a exibição do filme, sendo esta concedida pelo tribunal local, mas cassada por decisão do Tribunal Constitucional alemão.

Estes dois casos representam a trajetória transacional da proporcionalidade no direito constitucional alemão, isto porque em sua origem prussiana ela era aplicada em casos de proibição de excesso do poder de polícia, ou atuação estatal genérica.

A ideia da proporcionalidade, que se iniciou com o objetivo de limitar a atuação Estatal, foi ao longo da história se reconfigurando até ganhar o acréscimo da proteção insuficiente. Isto é, não apenas o Estado deve ter suas ações limitadas diante de certos direitos fundamentais como pode ainda, paradoxalmente, ser extremamente interventivo em outras situações para proteger esses mesmos direitos. Essa é uma abordagem sem lógica ou sentido, pois ao mesmo tempo em que é dado ao Estado o dever de se restringir e justificar, também é possível sua expansão autoritária para proteger outros direitos.

O caso Lüth se difere do *Apotheke* no sentido de que, não apenas houve uma guinada jurisprudencial ao longo de ambos, como também as partes envolvidas são distintas. No

5 GRIMM, D. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *The University of Toronto Law Journal*, v. 57, nº. 2, 2007, p. 383-397.

primeiro trata-se de uma ação entre particulares, no segundo de uma relação entre Estado e sociedade Civil. Esse detalhe é muito interessante, pois embora a proporcionalidade não deva necessariamente se restringir à casos que incluam o Estado como parte, a suspeita de limitação entre particulares é menor e não se parte diretamente de um ponto de desigualdade entre os polos, devendo ser analisado com mais cautela.

Leonardo Martins traz, a este respeito, artigo muito enriquecedor, no qual realiza um apanhado histórico das diversas teorias de direitos fundamentais, sendo que a mais interessante delas, que inclusive tem relação direta com a visão aqui explorada da aplicação do modelo de proporcionalidade a ser posteriormente tratado, é a reconstrução da teoria liberal,⁶ que traz a ideia de que direitos fundamentais podem ser limitados pelo Estado, desde que este arque com o ônus de justificar tal limitação. Esta noção será abordada novamente nos tópicos sobre fases da proporcionalidade.

Tratando ainda de direitos fundamentais, artigo do atual ministro Luís Roberto Barroso, escrito em conjunto com Ana Paula de Barcelos, demonstra como o STF, justamente o órgão alvo deste estudo, encara a natureza dessas normas e a própria ponderação. Neste relato, os autores apresentam um método para controle da ponderação,⁷ adotando inclusive uma trilha argumentativa que já não é seguida pelo Tribunal Constitucional nacional.

A proporcionalidade, tal qual concebida em sua fonte germânica no recorte histórico mencionado, é um processo trifásico e hierárquico. Trata-se, portanto, de um teste com três fases, cuja ordem de escalonamento é fixa e relevante para o processo desse modelo.

Antes de iniciar a explicação do funcionamento desse processo, é de suma importância relembrar o exposto quanto a natureza dos direitos fundamentais. Conforme antecipado, as normas se dividem em duas subespécies: regras e princípios. Desde a conceituação dworkiniana, entende-se que regras são comandos absolutos, enquanto princípios são comandos relativos. Alexy traduz tal distinção, afirmando que regras são mandamentos de realização e princípios são mandamentos de otimização. Dentro desse contexto, direitos fundamentais são princípios, que devem ser aplicados no ordenamento da melhor maneira possível.

A proporcionalidade tem, então, o intuito de solucionar conflitos entre dois princípios fundamentais. Princípios são valores, e como já atestava Carl Schmitt, “valorar é desvalorar”,⁸ e não é diferente o que ocorre com a utilização desse modelo. Um direito será limitado para que outro igualmente fundamental possa prevalecer.

No caso das Farmácias, os direitos em conflito eram a liberdade de profissão e a saúde pública, havendo o entendimento final da Corte Constitucional de que deveria prevalecer o segundo. Para chegar a essa conclusão, segundo o modelo alemão, ocorre o processo trifásico respectivamente hierárquico: adequação; necessidade; proporcionalidade em sentido estrito.⁹

2.1 Adequação

Em primeiro lugar, a medida, isto é, meio pelo qual se limitará a liberdade de ofício, intentada deve ao menos ser apta a alcançar o objeto – manutenção de outras liberdades, direitos e garantias constitucionais por meio da restrição da liberdade de profissão – ainda que o faça apenas parcialmente. Isso quer dizer que a solução sugerida deve minimamente fomentar (*fördern*) a efetiva solução do caso. Não há necessidade nesse momento que haja uma real prova de que o fará, porém deve haver adequação na medida promovida.

As ideias de *Übermaßverbot* e *Untermaßverbot* merecem menção neste momento. *Über* vem de excesso, extrapolar, enquanto *Unter* tem significado diametralmente oposto de insuficiência. *Verbot* é proibição. Ou seja, a proibição Estatal, isto é, a restrição à liberdade debatida, deve se atentar a estes dois limites: excesso e insuficiência.

⁶ MARTINS, L. “Repercussões jurídico-dogmáticas da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais”, in MARTINS, L., *Liberdade e Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2012.

⁷ BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”, in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.

⁸ SCHMITT, C. *La tirania de los valores*, Comares, Granada, 2010, p. 73.

⁹ SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

Portanto, se a medida intentada exceder o objetivo ou for insuficiente para promovê-lo, sua adequação deve ser questionada.

Para ilustrar a aplicação da adequação tem-se como exemplo a ADC 9-6, que debatia o racionamento de energia. Em suma, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu “demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas” previstas nos artigos 14 a 18 da MP 2152-2, que disciplinam as metas de consumo de energia elétrica e preveem as sanções para aqueles que não as cumprirem. A medida limitadora sob análise é a suspensão do fornecimento de energia elétrica.

Como dito, o teste da adequação da medida limita-se, ao exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados. Considerando que o objetivo do plano de racionamento de energia elétrica é, como prevê o próprio art. 1º da MP 2152-2, “compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica, de forma a evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”, inegável que, dado seu caráter coercitivo, a medida pressiona os consumidores a economizar energia elétrica e, ainda que superficialmente, colabora para que esse objetivo possa ser alcançado. Assim sendo, pode-se dizer que as medidas previstas nos arts. 14 a 18 da MP 2152-2 são adequadas, nos termos exigidos pela regra da proporcionalidade.¹⁰

2.2 Necessidade

Uma vez superado o teste da adequação inicia-se a segunda fase: Necessidade. Esse segundo teste se difere do primeiro por se tratar de um passo comparativo. Enquanto na adequação a medida era avaliada somente quanto a sua eficácia em promover o alcance do objetivo, a necessidade por sua vez compara as medidas propostas entre si. Atos estatais que limitam direitos fundamentais somente são necessários caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido e, ao mesmo tempo, atinja a finalidade almejada com a mesma intensidade¹¹.

Ao final dessa fase deve restar apenas uma medida necessária, afinal, sendo o teste comparativo, haverá somente um vencedor no topo da lista.

Dando continuação ao exemplo anterior quanto à ADC 9-6, restou comprovada a aplicabilidade da medida restritiva. Quanto à necessidade, faz-se necessário verificar num exercício comparativo qual das medidas que ensejam um mesmo objetivo o atinge com mesma intensidade restringido o direito do cidadão ao mínimo. Uma aplicação real do teste da necessidade, implica analisar medidas alternativas que satisfaçam a condição de “evitar interrupções intempestivas ou imprevistas do suprimento de energia elétrica”.

O mero racionamento de energia como proposto afeta de forma desigual o consumidor e interfere na livre iniciativa das empresas do ramo. Medidas alternativas foram propostas à época, provável que uma análise minuciosa dessas alternativas revelasse a existência de medidas tão, se não mais, adequadas do que as adotadas pelo Governo, mas que restringissem em menor intensidade os direitos fundamentais. Nesse caso, as medidas previstas pela MP 2152-2 deveriam ser consideradas desproporcionais.

Algumas correntes que estudam a proporcionalidade, como por exemplo a canadense, terminam o modelo aqui. Todavia, a origem alemã propõe ainda um último passo: Proporcionalidade em sentido estrito. Essa fase é muito controversa, inclusive entre autores alemães, pois tem uma carga valorativa muito alta, chegando a beirar (ou até atingir) a arbitrariedade.

2.3 Proporcionalidade em sentido estrito

O exame da proporcionalidade em sentido estrito, consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide.

¹⁰ SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

¹¹ SILVA, V. A. “O proporcional e o razoável”, *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

Schlink,¹² Böckenförde,¹³ Müller,¹⁴ Habermas,¹⁵ entre outros, são autores que postulam contra a ponderação, essência dessa fase final. Fazem isso por entenderem que esse é o caminho mais fácil que tem um efeito perverso sobre os direitos fundamentais chegando a ser antidemocrático.

Basicamente será efetuada uma restrição no conteúdo de algum dos direitos fundamentais na balança. No caso das Farmácias: liberdade de profissão do comerciante farmacêutico *versus* a possibilidade de queda na saúde pública. Um deles será obrigatoriamente limitado para que o outro possa prevalecer.

A proporcionalidade *strictu sensu* cuida, então, de ponderar qual invasão tem uma fundamentação mais justificável. Para que uma medida seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

A proporcionalidade em sentido estrito quanto aplicada em sua forma clássica abre muito espaço para arbitrariedades, porém um novo entendimento tem buscado solucionar esta subjetividade propondo nova forma de aplicação desse teste, como se vê na obra de Laurentiis.¹⁶

Todavia o que se demonstrará a seguir é que este último teste é desnecessário ao caso da liberdade de profissão, que, ao contrário de muitos direitos fundamentais que tem sua previsão irrestrita no texto constitucional, o ofício já se apresenta desde sua primeira previsão legal como restringível pelo poder público, visto que o artigo 5º da Constituição Federal prevê ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Finalizadas todas essas fases, está concluída a técnica da proporcionalidade e solucionado o conflito entre direitos fundamentais. Se satisfatoriamente ou não, caberá a uma discussão futura responder.

3 Proporcionalidade no direito brasileiro

Em que pese toda a fundamentação teórica antes exposta, o processo trifásico não é sempre aplicado em suas minúcias e totalidade no Brasil. Apesar das menções jurisprudenciais à proporcionalidade, o que se apresenta nacionalmente é um sincretismo total e frequente utilização de apenas uma de todas essas que compõe todo o modelo original. Embora por vezes os julgadores realmente enfrentem todas as três fases em julgamentos do STF, outras vezes há somente uma menção ao chamado “princípio da proporcionalidade”, sem destrinchar sua aplicação. Este problema se assevera ainda mais nas instâncias inferiores.

O Tribunal constitucional pátrio confunde, por vezes, a razoabilidade com a proporcionalidade, sendo que o segundo se trata de um teste muito mais amplo. Como se não bastasse, a aplicação nacional da proporcionalidade, apesar de ter esse nome, é em regra apenas o sopesamento (ou ponderação) de direitos fundamentais.

Ironicamente, a fase mais questionada na Alemanha é a única que se aplica em todos os casos no Brasil. Isto porque, como já defendido pelos próprios doutrinadores alemães, é o momento em que arbitrariedades são mais possíveis. De fato, a jurisprudência atual, em casos que não tangem a liberdade de profissão, tem trazido esperanças à metodologia jurídica moderna e realizado a aplicação minuciosa do teste, todavia ainda não está presente na totalidade dos votos dos ministros do STF.

Quando se estuda os casos de liberdade de profissão no Brasil, não se observa, na grande maioria, a discussão quanto à adequação ou necessidade das medidas tomadas. Apenas um discurso seco sobre como esta medida se justifica a limitar aquele direito fundamental. Ou seja, há apenas a proporcionalidade em sentido estrito. E, por mais que ela seja realmente citada no decorrer dos votos e acórdãos, não há uma real preocupação em seguir o modelo original.

¹² SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.

¹³ BÖCKENFÖRDE, E-W. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*

¹⁴ MÜLLER, J. P. “Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte”

¹⁵ HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*

¹⁶ LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*, Malheiros Editores, 2017.

Neste ponto, entram questões importantes, como o próprio funcionamento do sistema constitucional brasileiro em face do alemão, que tem diferenças elementares e podem fazer com que a utilização da proporcionalidade seja mais questionável em um sistema que no outro. Num país onde o controle de constitucionalidade é difuso, a proporcionalidade deveria ser compreendida em sua completude por todos que operam de maneira decisória no judiciário pátrio. Havendo ainda a enorme possibilidade de oscilações jurisprudenciais.

De fato, até o presente momento, as decisões do STF merecem suspeitas sobre seu cunho político, tendo em vista a maneira como usam da proporcionalidade arbitrariamente. Passa-se aqui a uma análise mais minuciosa de alguns casos quanto à liberdade de profissão que foram apreciados pelo STF.

3.1 Caso do diploma de jornalistas

Nesse caso, analisado pelo STF em 2009, o cerne da disputa judicial residuiu na exigência de diploma de curso superior para o exercício da profissão de jornalista conforme decreto-lei de 1969, que assim determinava.¹⁷

No processo citado, o órgão de classe dos jornalistas, a Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), teve a oportunidade de se manifestar e o fez favoravelmente à constitucionalidade do dispositivo restritivo que demandava a diplomação dos jornalistas. Todavia, o Supremo, ao realizar sua análise, concluiu pela interpretação inversa baseando-se em seu próprio precedente¹⁸ sob citação da obra de Sampaio Dória¹⁹ cujo entendimento é, na rasa compreensão elucidada segundo o STF, de que para haver uma limitação ao exercício profissional tal atividade deve ser confrontada com o seu valor e periculosidade social. Ou seja, somente se pode restringir o direito de profissão na medida em que esta apresentar riscos à sociedade.

Utilizando os próprios exemplos incansavelmente citados na jurisprudência do Supremo sobre o tópico, entende-se que o exercício da profissão de médico pode ser limitado pois há um claro risco à vida dos membros da sociedade caso essa atividade seja pobremente exercida. Ou ainda um engenheiro, que pode ter sua liberdade de profissão igualmente limitada pois um pequeno erro de cálculo numa construção poderia causar danos imensuráveis não apenas à vida como também ao patrimônio, saúde e demais direitos sociais. Considerando o poder econômico e social de grandes meios de comunicação, não se deveria concluir também que a profissão de jornalista tem um potencial lesivo à sociedade? Uma informação falsa ou parcial não é tão danosa quanto um prédio que desmorona?

O incômodo gerado por essa interpretação do STF é grande. Não porque os ministros entendam que médicos e engenheiros são importantes e potencialmente perigosos, mas porque a visão do jornalismo ignora os suplícios do próprio órgão de classe que desenvolve essa profissão e desconsidera a importância assumida por essa atividade na atualidade.

Em verdade, o STF se utiliza da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, para travar um embate entre liberdade de expressão e profissão que inexistente no mundo fático. Quanto a esse ponto, os longos votos e análises que concernem à liberdade de expressão são completamente inúteis uma vez que não se faz necessário balancear expressão e profissão para que a segunda seja limitada. Essa crítica será mais amplamente realizada em tópico posterior, mas momentaneamente basta demonstrar que a não realização da profissão de jornalista não impede a livre expressão de nenhum indivíduo.

Imagine-se, caso o único meio de se expressar fosse em veículo jornalístico, toda a sociedade passaria dias escrevendo e editando artigos a serem publicados para que suas ideias pudessem efetivamente ser expostas e ouvidas, ou lidas. No atual avanço da tecnologia, e em nenhum outro momento histórico por mais precárias as condições, tal ferramenta de expressão era necessária, pois existem diversos outros meios que veiculam

¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009.

¹⁸ Caso dos corretores de imóveis: Representação n. 930, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Rel. para o Acórdão: Min. Rodrigues Alckmin, Tribunal Pleno, julgado em 5 de maio de 1976 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009, p. 745.).

¹⁹ DÓRIA, S. *Comentários à Constituição de 1946*, Max Limonad, São Paulo, 1960.

igualmente ideias e que podem servir à população geral para se expressar. Limitar o uso de apenas um desses veículos é apenas limitar a profissão, não a expressão. Portanto qualquer debate nesse sentido se mostra de pouca utilidade.

Os ministros do STF criam esta incompatibilidade ficta apenas para que a ponderação possa ser aplicada, sendo sujeita às arbitrariedades do subjetivismo como fica evidenciado em algumas passagens do acórdão deste caso. Trecho que evidencia não apenas o inútil embate travado entre a liberdade de expressão contra a profissão e ainda demonstra o sincretismo de conceitos da proporcionalidade e razoabilidade sem explorá-las é o voto do Min. Gilmar Mendes:

Parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.²⁰

3.2 Caso da ordem dos músicos

Cronologicamente anterior ao caso dos jornalistas, este processo teve um cenário semelhante e chegou à mesma conclusão, mas desta vez a ponderação tem como base o direito fundamental à liberdade de expressão pela liberdade artística. O cerne da lide residia na necessidade de músicos possuírem a carteira da Ordem dos Músicos e estarem em dia com as devidas prestações da classe para poder performar artisticamente.²¹

Mais uma vez, o órgão de classe, Ordem dos Músicos do Brasil (OMB) teve oportunidade de se expressar e o fez favoravelmente à limitação imposta ao exercício profissional artístico.

Novamente, usando a ponderação para justificar seus votos e longos textos elucidando o que é arte e como ela pode ou deve ser expressa, o STF declarou a inconstitucionalidade da norma que exigia a apresentação da carteirinha da OMB para performances artísticas.

Neste caso, assim como no anterior, tem-se novamente o confronto desnecessário entre duas liberdades, expressão artística e profissão. O exercício profissional de música não impede a livre expressão artística, apenas, nesse caso, determina em quais lugares de finalidade privada poder-se-á fazê-lo. Note: espaços públicos permanecem livres e completamente permitidos, apenas restringindo-se a atividade dentro de espaços que, por sua natureza privativa, já estariam de qualquer maneira sujeitos a outras formas de limitação.

Apesar de ser altamente questionável o critério contributivo imposto aos músicos para sua atuação profissional, o debate travado pelo STF poderia ser facilmente resolvido por edição normativa pelo órgão verdadeiramente legítimo que derrogasse a imposição questionada. A elucubração interpretativa aqui presente demonstra como o guardião da constituição busca qualquer ferramenta interpretativa, ainda que sem coerência, para tentar fundamentar decisões ilegítimas.

Os trechos deste voto que demonstram a confusão entre métodos criada pelo STF são:

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo”, e de fato o é, porém não se confunde com a proporcionalidade como na frase subsequente da mesma passagem “o exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009, p. 29.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011.

Recentemente, reafirmando essa orientação jurisprudencial e declarando a repercussão geral de tal tema: BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 795467 RG*, Relator Min. Teori Zavascki, 5 de junho de 2014.

proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade [...] inclui-se por isso mesmo no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade.²²

Ora, o exame da adequação está inserido dentro do método, não princípio, da proporcionalidade e não sujeito a este. Totalmente errônea a aplicação da metodologia. Ademais, em passagem trecho seguinte ainda afirma o Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello que “o tema concernente ao princípio da proporcionalidade [...] enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais”²³ novamente demonstra a confusão jurisprudencial entre ambos os métodos.

3.3 Caso do exame da OAB

A jurisprudência do STF apresenta neste último processo uma guinada diametralmente oposta quando a constitucionalidade do Exame de Ordem, realizado para inscrição dos bacharéis em Direito, é colocada em xeque.²⁴

No decorrer do caso muitos aspectos da prova da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foram questionados, como por exemplo a inadequação do próprio órgão de classe realizar o exame, visto que para essa entidade não é interessante mercadologicamente que haja mais advogados concorrendo por espaço e clientes.

Inúteis todos os argumentos da parte que ingressou com a ação, o STF mais uma vez usou da ponderação entre a segurança social e a possível má qualidade dos advogados formados pelas universidades do Brasil, chegando então a Corte à conclusão de ser adequado o “filtro” chamado Exame de Ordem.

Esta é a primeira vez em que se observa a aplicação meticulosa de cada uma das fases contidas no teste da proporcionalidade, embora continue sendo tratada como princípio.

O questionamento quanto à aplicação da proporcionalidade neste caso está mais concentrado à terceira fase, qual seja a da proporcionalidade em sentido estrito. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

De óbvia constatação, então, será o atendimento do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, na medida em que os benefícios gerados superam as restrições impostas. De fato, uma limitação ao exercício de atividade profissional que será superável em qualquer tempo pelo indivíduo que lograr aprovação no Exame de Ordem é muito reduzida diante do evidente ganho da sociedade com o licenciamento profissional de advogados que tenham demonstrado, à luz de critérios públicos, objetivos e impessoais, serem detentores da qualificação técnica minimamente necessária ao exercício profissional adequado da advocacia.²⁵

Após realizar a aplicação da adequação e necessidade da medida interventiva do Exame de Ordem à profissão de Advogado, o ministro argui pela proporcionalidade da limitação quanto ao sentido estrito, terceira fase. Note-se que o relator argumenta serem os benefícios gerados superiores às restrições impostas.

Nesse caso o teste falho em verdade se deu na fase anterior, a da necessidade, que, quando analisada pelo relator concluiu que “[...] não se consegue imaginar alguma forma menos gravosa de condicionar o exercício da profissão à prévia demonstração de qualificação técnica”. Ora, assim como na esmagadora maioria das outras profissões, o exercício da Advocacia já está condicionado à graduação em curso de bacharelado com atual duração de cinco anos, sendo o Exame de Ordem filtro secundário vinculado a este primeiro. Medida menos interventora e de igual resultado social seria a verdadeira

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011, p. 107.

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011, p. 108.

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011.

²⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011, p. 10.

fiscalização desses cursos, para que assim os bacharéis em direito não fossem submetidos a um segundo filtro desnecessário, em ambos os sentidos do termo.

4 Análise crítica

Passa-se à parte final do trabalho que tem por objetivo costurar todos os casos estudados numa análise crítica no que tange à técnica de proporcionalidade e sua utilização na jurisprudência do Tribunal Constitucional pátrio.

No decorrer da construção da proporcionalidade em sua origem alemã, as novas teorias sobre a função dos direitos fundamentais, o contexto histórico e visão do direito se alteraram de maneira tão profunda que afetaram totalmente o resultado de aplicação dessa técnica interpretativa.

Inicialmente aplicada contra o poder de polícia prussiano, a raiz da proporcionalidade mostrava sua primeira face de “limite dos limites”, como diria Bernhard Schlink.²⁶ É, portanto, uma forma real de proteção constitucional contra os abusos das intervenções estatais. Com a criação da teoria dos valores, a ferramenta de otimização dos direitos e, enfim, a diferenciação de normas entre princípios e regra, a proporcionalidade tomou uma guinada diferente e passou a incorporar a aclamada ponderação. A força propulsora desse processo de transformação foi a necessidade histórico-social de superação do passado e do positivismo cego alemão que levou o país a um cenário democraticamente questionável.²⁷

Essa trajetória levou o Tribunal Constitucional germânico a decidir os casos *Apotheke* e *Lüth* sem necessariamente aplicar a estrutura originária da técnica interpretativa da proporcionalidade como forma de limitar as intervenções estatais. Após esses julgamentos a estrutura dessa prova já havia incorporado a ponderação aos passos da proporcionalidade.

Ao chegar ao Brasil, a técnica, aqui chamada de princípio, tomou a forma trifásica importada desse cenário pós-segunda guerra alemão, e o próprio Tribunal Constitucional brasileiro também apresentando suas preocupações históricas após a ditadura de 1964, deixando transparecer seu ímpeto pela renovação e mudança. Aqui a teoria dos valores impregnou os direitos fundamentais intensamente, gerando a profunda mutação jurisprudencial da chamada “era dos princípios”. Nem mesmo a proporcionalidade conseguiu escapar dessa inovadora geração. Não apenas direitos fundamentais explicitamente normatizados nos postulados pátrios foram convertidos em princípios, como absolutamente qualquer grande *motto* passou a ser conversível em princípio. Estavam instalados os elementos necessários para o reinado da ponderação.

No Brasil a proporcionalidade por vezes se confunde com suas importações interpretativas e incorpora o *american balancing*, vulgo ponderação, na fase final da proporcionalidade alemã e passa a misturar sistemas de *civil* e *common law* para tentar fundamentar decisões essencialmente políticas a serem tomadas pelo STF.

Nesse momento afloram os debates sobre “núcleo essencial” dos direitos fundamentais, limites constitucionais e entra-se no recorte específico da liberdade profissional.²⁸

No que diz respeito à liberdade de profissão, o STF utilizou a proporcionalidade nos três casos nacionais analisados e o fez conforme a crença majoritária na estrutura trifásica, que aparta adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito como filtros hierárquicos e sequenciados, destinados a aferir a constitucionalidade de uma intervenção por parte do poder público.

Nesse momento, dois pontos devem ser questionados. Primeiro: o STF tem legitimidade para realizar essa operação de ponderação de direitos fundamentais? Segundo: é realmente necessário que se apliquem as três fases de prova nos casos que envolvem a regulação da liberdade de profissão?

²⁶ SCHLINK, B. “Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ*, nº. 17, 1984, p. 457-469.

²⁷ A esse respeito, ver: LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconfiguração dogmática*, Malheiros, São Paulo, 2017.

²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011, p. 8.

Nos casos dos jornalistas e dos músicos o Supremo confronta a liberdade de profissão com, respectivamente, a liberdade de expressão e liberdade de manifestação artística. Porém, não há motivos para que se faça tal comparativo, como já recém exposto nos tópicos supra, até porque em o fazendo a liberdade de profissão estaria de imediato num patamar de suspeita de proteção inferior aos outros dois direitos. Isso porque a liberdade de ofício foi assegurada pelo texto constitucional com uma reserva qualificada de lei (art. 5º, XIII, CF), enquanto os direitos à liberdade de expressão e a liberdade artística foram asseguradas sem tal ressalva.

Ou seja, o poder constituinte originário entendeu que a liberdade de profissão, ao contrário à manifestação artística e do pensamento, não é plena e pode ser restringida pelo Legislador. Ela deve sim ser regulamentada pelo Estado pois há, e nisso o STF está correto em tentar defender, um risco social no exercício de ofícios. Seja este risco técnico ou qualitativo, ele de fato existe e por isso há para cada profissão diferentes níveis de exigência técnico teórica para exercê-las. Essa limitação pode e deve ocorrer, todavia a maneira como ela é efetivada deve partir de uma avaliação dos titulares desse direito.

Voltando à análise dos casos antes expostos vislumbra-se que as limitações impostas aos ofícios analisados são adequadas. Inclusive no polêmico caso do Exame de Ordem, a medida se mostra de fato adequada. Afinal, implementar uma prova final realmente serve de filtro para que haja advogados mais qualificados no mercado. O inadequado, nesse último caso, não é a limitação avaliativa escolhida e sim o órgão aplicador da prova. A OAB é inadequada para avaliar seus futuros colegas, futuros concorrentes de mercado, pois os advogados que formulam e corrigem o exame da OAB tendem a tolher novos ingressantes de competir por mercado junto a eles. Nesse sentido, tal qual aplicada, a prova está baseada em evidente conflito de interesses, que desvirtua a sua função.

A questão da carteira da ordem dos músicos é similar, porém divergente em alguns pontos. Para conquistar a carteira da OMB, um músico deveria apenas se apresentar perante uma banca avaliadora, frisa-se, era composta pelos mesmos membros desde a ditadura militar cujos conhecimentos musicais eram muito questionados no universo artístico. Em que pese a simplicidade da conquista dessa autorização, tal restrição era inadequada, em razão da existência de um órgão que realiza a prova, afinal tratava-se de uma banca totalmente desimpedida, mas porque, e isso fica claro na dificuldade que a própria OMB tem em defender a obrigatoriedade da carteira, o verdadeiro motivo pelo qual se fazia tal exigência era financeiro e não qualitativo artístico.

A OMB utilizava-se da obrigatoriedade da carteira de músico para exigir a mensalidade de seus membros em troca da manutenção de sua autorização. Não houve qualquer argumento desse órgão de classe que justificasse o filtro técnico-qualitativo para o exercício da profissão que ele protege.

Ao contrário, a medida restritiva quanto à diplomação em nível superior para o jornalismo é a única de todas que se mostrou realmente adequada. Conforme elucidou o FENAJ, existem matérias a serem cursadas e lições a serem aprendidas num curso universitário que são de suma importância para o exercício profissional do jornalismo.

Apenas para que não reste ignorado nesse ponto qualquer a respeito da liberdade de expressão, vale ressaltar que quando se trata de jornalismo profissional não se está falando de liberdade de manifestação do pensamento. O jornalismo requer técnica, comprovação, ética, pesquisa. Fora isso, há nos meios de comunicação um espaço específico e determinado para que ocorra o exercício da livre expressão da opinião como é o Editorial. Por isso mesmo, o decreto que regulava a profissão de jornalista previa a figura do colaborador e do editorialista. Há, por isso, uma diferença entre o espaço utilizado pelo jornalista para exercer sua profissão e o espaço no qual ele pode manifestar seus pensamentos livremente. Um jornalista pode criar um blog, página do *Facebook*, *Twitter*, qualquer rede social, escrever um livro ou utilizar qualquer outro veículo público que para manifestar suas opiniões particulares. Porém, quando o assunto é informação pública, os veículos pelos quais a sociedade paga para obtê-la, devem ser cravejados da mais plena técnica e qualidade. Informação é poder.

A onda de *fake news* que alastra o país e o surgimento de diversos canais de jornalismo (profissional) que tem por objetivo o *fact cheking* mostram a clara necessidade de profissionalismo nesse ofício.

Passada a análise da adequação, segue-se ao debate sobre a necessidade das medidas. Recorde-se, neste ponto, que no teste da necessidade avalia se e quando a

medida interventiva escolhida é, sendo igualmente eficaz que outras alternativas, é menos restritiva em relação ao direito fundamental afetado.

Considerando que o caso dos Músicos restou solucionado no próprio teste de adequação, não há por que realizar a prova da necessidade com tal situação por conta da hierarquia existente entre as fases.

Quanto ao caso do Exame de Ordem dos advogados, há espaço para discussão da necessidade pois a aplicação do exame, em si, é adequada. Nessa toada podemos dar prosseguimento ao segundo teste: necessidade. Realizar uma prova onerosa para filtrar os advogados que buscam exercer esta profissão depois de já terem cursado cinco anos de um curso superior é realmente necessário? Por que então não se realizam provas para todas as outras carreiras jurídicas possíveis se elas lidarão com o mesmo bem jurídico?

Aqui, ressalta-se, não cabe qualquer referência aos concursos públicos tendo em vista a diferença entre as provas que são aplicadas. Para as carreiras públicas realizam-se provas não porque os conhecimentos mínimos dos ingressantes devem ser testados, mas porque há um número limitado de vagas a serem preenchidas e o critério objetivo de seleção historicamente escolhido foi o concurso público. Poderia ser uma seleção curricular, média aritmética da graduação, qualquer outro critério.

Já o exame da Ordem não é uma competição entre examinandos. Não busca selecionar os melhores advogados e sim apenas verificar se um "mínimo" de conhecimento foi obtido em anos de curso. Bem, seria mais interessante que, uma vez que há esta preocupação com as "lacunas jurídicas" que podem existir no conhecimento dos futuros Doutores e Doutoras, ao invés de se gastar (mais) dinheiro com uma nova avaliação nacional, simplesmente fosse cobrado das instituições de ensino superior que sua grade, corpo docente, métodos avaliativos e demais técnicas pedagógicas abordssem e suprissem todo o conhecimento necessário a ser obtido pelos juristas. E essa é uma alternativa viável que, além de preservar a liberdade profissional, contribui com a melhoria do ensino e da cultura jurídica em geral.

Essa proposta é a mais necessária, mas politicamente não é a mais interessante. Afinal, com um ensino superior de direito fraco e um exame com altos índices de reprovação, os ganhos financeiros tanto de faculdades de baixa qualidade, quanto de cursos preparatórios são muito maiores. Lucra-se com o ensino custoso, os caros materiais, os cursinhos para realizar o exame e, enfim, o próprio exame em si.

Não é tudo, pois a aplicação do exame da OAB no formato atual é discriminatória. Afinal, tantos filtros são exigidos dos advogados enquanto jornalistas podem livremente dizer o que como e onde bem quiserem, sem qualquer estudo técnico. Inclusive, no que diz respeito ao caso dos jornalistas, isso mostra que a exigência de diplomação em ensino superior é a medida mais eficaz e menos invasiva apresentada para o ofício, uma vez que alguns aprendizados que se fazem necessários somente são obtidos neste nível educacional e é ainda um impedimento apenas para áreas bem específicas do jornalismo, sendo ele livre em outras medidas.

A última fase da proporcionalidade seria agora a ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito, que não será aqui analisada por se entender que, no que tange à liberdade de profissão, não há debates a serem submetidos à prova da proporcionalidade.

De fato, é questionável uso da ponderação de direitos fundamentais, pois valorar é desvalorar e não há qualquer forma de controle de quem e como são determinados tais valores. Aqui utiliza-se um critério objetivo para descartar totalmente a proporcionalidade em sentido estrito em qualquer forma que ela se apresente, ainda que não seja a clássica ponderação: a liberdade de profissão tem desde sua previsão constitucional uma autorização de restrição. Portanto, parte-se do princípio de que toda e qualquer profissão é limitável e as duas provas anteriores são suficientes para fundamentar e justificar as restrições.

Finalmente alcança-se o debate sobre a legitimidade do STF para decidir sobre todas as limitações estudadas. Com exceção ao caso da OAB, no qual o Supremo realmente tinha seu espaço de fala e infelizmente o utilizou de forma bairrista e corporativista, nos outros dois casos os órgãos de classe foram completamente ignorados para que prevalecesse a opinião de pessoas cujo conhecimento nessas áreas é ínfimo, se não nulo.

Quando a Federação Nacional dos Jornalistas se posiciona dizendo ser sim importante que jornalistas cursem um ensino superior para exercer adequadamente seu ofício, o STF

não pode simplesmente ignorar esta manifestação e dizer que essa exigência é falaciosa. Ao contrário, para legitimar seu julgamento, o Supremo deve estar aberto às opiniões vindas da comunidade, nesse caso, os órgãos de classe profissionais.

Concorda-se que a Ordem dos Músicos não conseguiu em seus argumentos demonstrar a necessidade da avaliação para obtenção da carteirinha de músico e, por isso, a limitação foi considerada inadequada. Mas há outras limitações profissionais que são impostas aos músicos que são sim adequadas, como por exemplo a exigência de diploma de nível técnico para lecionar música. O STF não poderia ignorar a defesa da OMB sobre este tópico, pois ao agir dessa forma ele se deslegitima como Tribunal constitucional.

Preocupante analisar acórdãos que ignoram os órgãos de classe para dar ouvidos a pareceres do Ministério Público, que sofre da mesma problemática de ilegitimidade que os excelentíssimos ministros. Mais do que isso, parece que decisões políticas tomadas pelo Poder Legislativo, ele sim um órgão representativo dotado de legitimidade para regular a atividade profissional e econômica dos cidadãos, podem ser facilmente reescritas por um órgão judiciário sem representatividade. O mais grave é que a proporcionalidade ter servido de instrumento para que os Tribunais brasileiros realizem essa invasão da competência legislativa. E se é essa a função a que está destinada a proporcionalidade no direito brasileiro, sinceramente parece melhor que ela não existisse.

5 Conclusão

A proporcionalidade prevê um processo trifásico hierárquico que consiste respectivamente nos testes de: adequação, responsável por identificar se a medida restritiva ao direito fundamental minimamente fomenta o objetivo visado; necessidade, momento em que diversas medidas já adequadas são comparadas, vencendo aquela que melhor atingir o objetivo com menor invasão do direito; e proporcionalidade em sentido estrito, que da forma como é classicamente aplicada pelo Supremo Tribunal, consiste em sopesar, os direitos tidos como conflitantes no caso.

Conclui-se pelo exposto que este último teste é desnecessário no que tange a liberdade de ofício, vez que, diferentemente da grande maioria dos direitos fundamentais, está desde sua previsão constitucional já se prostra como limitável em “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Desse mesmo trecho entende-se que tem legitimidade para realizar tal intervenção ao direito é o poder legislativo, visto sua função de legislar e, portanto, estabelecer tais leis. Assim, compreensível mais uma vez a suspeita de ilegitimidade defendida do Tribunal Constitucional pátrio para realizar controle posterior das medidas escolhidas.

De qualquer modo, a proporcionalidade pode ser aplicada em sede de controle constitucional, porém, para que sejam evitadas as arbitrariedades que se mostraram nos três casos estudados, deve ser feita apenas aplicando suas duas primeiras fases, descartada a proporcionalidade em sentido estrito.

Referências

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2008.
- BARROSO, L. R; BARCELOS, A. P. “O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro”, in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. *Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken*.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414426*, Relatora Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 511961*, Relator Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 603583*, Relator Min. Marco Aurélio, 26 de outubro de 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 795467 RG*, Relator Min. Teori Zavaski, 5 de junho de 2014.
- DÓRIA, S. *Comentários à Constituição de 1946*, Max Limonad, São Paulo, 1960.
- DWORKIN, R. *O império do direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- GRIMM, D. “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *The University of Toronto Law Journal*, v. 57, nº. 2, 2007, p. 383-397.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*.

LAURENTIIS, L. C. *A proporcionalidade no Direito constitucional: origem, modelos e reconfiguração dogmática*, Malheiros, São Paulo, 2017.

MARTINS, L. "Repercussões jurídico-dogmáticas da teoria liberal clássica dos direitos fundamentais", in MARTINS, L., *Liberdade e Estado Constitucional*, Atlas, São Paulo, 2012.

MÜLLER, J. P. "*Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*".

SCHMITT, C. *La tirania de los valores*, Comares, Granada, 2010.

SILVA, V. A. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", in SILVA, V. A. (org.), *Interpretação constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2005.

SILVA, V. A. "O proporcional e o razoável", *Revista dos Tribunais*, nº. 798, 2002, p. 23-50.

SCHLINK, B. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1976.

SCHLINK, B. "Freiheit durch Eingriffsabwehr: Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ*, nº. 17, 1984, p. 457-469.

Análise histórica do acesso à informação: a crise da democracia no Brasil com a proliferação das *fake news*¹

The historical analysis of information access: the Brazilian democracy crisis with the fake news proliferation

Sarah Gonçalves Ribeiro²

Thales Linhares de Azevedo³

Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – São Paulo, Brasil

Sumário: Introdução; 1. A manipulação de informação e os riscos da desinformação; 2. A evolução dos meios de comunicação com a internet; 3. A democracia em risco com a propagação das *fake news* e a liberdade de expressão; Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo destina-se a estudar o risco que sofre a democracia com a proliferação das *fake news* que ganharam força com o uso da internet. O estudo foi realizado através de análise de dados, relacionando os atuais acontecimentos a práticas ocorridas na história, utilizando como exemplo a propagação de notícias falsas no nazismo. Busca-se, também, fazer um levantamento de dados atualizado sobre a rápida proliferação de informações via internet e a confiabilidade do conteúdo. Por fim, faz-se uma diferenciação entre liberdade de expressão e manipulação de informação levando em consideração o risco que a desinformação pode causar a uma democracia.

Palavras-Chave: acesso à informação; *fake news*; democracia; liberdade de expressão; internet.

Abstract: This article aims to study the democracy's risk with fake news proliferation that has gained strength with the internet. The study was carried out through data analysis relating current events to history practices, using the spread of Nazism's fake news as an example. It also seeks to survey current data on the fast proliferation of information by internet also the contents reliability. Finally, is made a differentiation between freedom of speech and manipulated information, noting the risk that misinformation can cause in the democracy.

Keywords: information access; fake news; democracy; freedom of speech; internet.

Introdução

Os sistemas de governo, seja qual for seu tipo ou sua vertente econômica, apresentam duas propostas que se contrapõem: podem ser democráticos ou não. Independentemente da forma que se exerça a democracia, participativa, representativa ou direta, o sistema prevê a divisão harmônica dos poderes (Executivo, Legislativo e

¹Artigo científico para a Disciplina de Democracia, Estado e Desenvolvimento do mestrado em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP).

²Mestranda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP), artigo científico. Graduada em Direito pela Universidade Positivo. Assessora jurídica de recursos aos Tribunais Superiores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

³Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Pós graduado em Processo Civil pela Faculdade de Ciências Aplicadas. Graduated in Direito pela Universidade da Paraíba. Procurador Geral do Estado da Paraíba.

Judiciário), além da possibilidade de consulta popular para renovação de parte deles, preservando direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade.

Já os sistemas não democráticos prescindem da aprovação popular, pois a sua característica básica é centralização do poder, este invariavelmente mantido pelo controle de forças militares ou policiais. Aqui há uma perda constante, não importando se tratar de uma monarquia ou ditadura militar, de esquerda ou de direita, que são os direitos e garantias individuais.

O Brasil, atualmente, possui um sistema de governo democrático e, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, parágrafo único do artigo 1º: “*todo o poder emana do povo*, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”^{4 5}. Ou seja, vive-se um Estado Democrático de Direito no qual “as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana”⁶⁷. Conforme explica Canotilho, “o Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma tecnologia jurídico-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas”⁸.

Com esse entendimento, percebe-se que há, no Brasil, um compilado de normas hierarquicamente organizadas que deve ser respeitado. O presente artigo trata de um dos pressupostos fundamentais no Estado Democrático de Direito: a liberdade de expressão. Em especial dos limites que a garantia a esta liberdade pode impor ao uso das chamadas *fake news*, a sua importância atual com o uso de redes sociais, além de uma breve análise do interesse do controle da informação em regimes autoritários, usando como exemplo o nazismo. Nesta análise pretende-se responder as questões: qual a importância da autonomia da imprensa para a Democracia? Quais são os limites da liberdade de expressão no Brasil? De qual forma a propagação das *fake news* podem colocar em risco a democracia?

1. A manipulação da informação e os riscos da desinformação

Para tratar da manipulação da informação em uma ditadura se utiliza alguns fatos ocorridos no nazismo, que surgiu na Alemanha num período de crise econômica e social, consequência direta da derrota na grande guerra e dos encargos assumidos, a custa de indenizações monetárias, restrições para atuação do Estado e perdas territoriais, principalmente as ricas regiões industriais e produtoras de carvão da Alsácia-Lorena.

⁴BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em: 29 de março de 2021.

⁵Com a premissa de que todo o poder emana do povo prevista na Constituição Federal de 1988, a nação brasileira enquadra-se na categoria de Estado Democrático de Direito. Suas principais características são soberania popular; da democracia representativa e participativa; um Estado Constitucional, ou seja, que possui uma constituição que emanou da vontade do povo; e um sistema de garantia dos direitos humanos. Como o nome sugere, a principal ideia da categoria é a democracia. Esse conceito está explícito e explicado no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.” Vale destacar o conceito da palavra democrático, uma vez que “Estado Democrático de Direito” é diferente de “Estado de Direito”: “Resumidamente, no Estado Democrático de Direito, as leis são criadas pelo povo e para o povo, respeitando-se a dignidade da pessoa humana. Já o Estado de Direito é pautado por leis criadas e cumpridas pelo próprio Estado”. In: BRASIL. *Entenda o que é Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito> acesso em: 29 de março de 2021.

⁶BRASIL. *Entenda o que é Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2018/10/entenda-o-que-e-o-estado-democratico-de-direito> acesso em: 29 de março de 2021.

⁷Sobre a dignidade da pessoa consultar: MIRANDA GONÇALVES, R. “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2 (2020), pp. 148-172.

⁸GOMES CANOTILHO, J. J. *Estado de Direito*. p.12. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf> acesso em: 26 de abril de 2021.

Naquele ambiente economicamente instável se iniciava o crescimento de movimentos políticos e sociais com viés marxista e o fascismo de Benito Mussolini na Itália, que ascendeu ao poder em 1922, "em contraste com as tendências liberais e humanísticas em declínio, eles representaram a tendência nacionalista em ascensão"⁹.

O partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, o partido Nazista, foi registrado em 1920, liderado por Adolf Hitler pouco tempo após sua filiação. Manteve baixa representatividade no parlamento até o final dos anos 20. A grande depressão econômica de 1929, com reflexos em todo o mundo, em especial na Europa ainda em recuperação, agravou o clima político e preparou o terreno para a onda de assaltos ao poder ocorrida em muitos países, no final desta década e início dos anos 30¹⁰. Em 1930 os nazistas conquistaram a segunda maior bancada no Parlamento, na eleição de 1933 tornou-se o partido majoritário e mesmo com a derrota para Hindenburg, na disputa ao cargo de presidente, Hitler foi nomeado por ele *chanceler* e com a morte daquele em 1934, foi aclamado com mais de 90% dos votos alemães como ditador. Encerrou-se a República de Weimar e o último resquício de democracia na Alemanha.

É de conhecimento acadêmico a história da ditadura nazista, do incontestável absurdo das premissas contidas no *Mein Kampf*, do horror dos fornos de Auschwitz, nada disso merece mais do que uma breve menção, colocado apenas para introdução do analisado a seguir: o risco do controle de informação pelo Estado e a utilização das *fake news* como mecanismo de controle social.

A política nazista, com um líder radical e carismático como Hitler, contando com um poder comparável ao absolutismo medieval, teve pouca dificuldade em censurar completamente os meios de comunicação e destruir, inclusive fisicamente, a oposição política. Sem a opinião contrária, além do apoio de uma eficiente equipe de propaganda, apoiada por pessoas como o Ministro da Propaganda, Joseph Goebbels¹¹, autor da frase "uma mentira repetida mil vezes torna-se uma verdade"¹², e da talentosa cineasta Leni Riefenstahl, diretora do documentário "Triunfo da Vontade"¹³, a humanidade antecipava um dos períodos mais trágicos de sua história.

O regime militar conseguiu impor a uma sociedade, teoricamente, entendida como racional e parte da elite intelectual do planeta, os pensamentos contidos no ideário nazista, da superioridade racial do povo ariano, do direito ao espaço vital alemão em detrimento dos povos vizinhos e da eliminação de raças deletérias, como eslavos, judeus e ciganos. O livro escrito por Hitler, *Mein Kampf* (Minha Luta), acentuou em diversos trechos a sua intenção de "vingança" em face dos judeus:

"No mundo dos negócios, pior ainda era o estado de coisas. Nesse ponto, o povo judeu tinha se tornado na realidade 'indispensável'. O *morcego* tinha começado a lentamente *chupar o sangue do povo*. Pelos caminhos Indiretos das sociedades de guerra, tinha-se achado uma maneira de eliminar aos poucos a economia nacional livre"¹⁴.

Com o domínio completo sobre todos os meios de comunicação da época (rádio, cinema, jornais e revistas, incluindo publicações infantis e escolares), as campanhas de enaltecimento do regime e de difamação de grupos considerados inferiores, como os de judeus, foram das discussões sobre a culpa deles na derrota de 1918, até supostas

⁹NORBERT, E. *Os Alemães*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1997, p. 126.

¹⁰SOWELL, T. *The myth of how the Great Depression was resolved*. Washington Examiner, 2010. Disponível em: <https://www.washingtonexaminer.com/thomas-sowell-the-myth-of-how-the-great-depression-was-resolved> Acesso em: 29 de março de 2021.

¹¹VIGGIANO, G. *Quem foi Joseph Goebbels, Ministro da propaganda nazista de Adolf Hitler*. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2020/01/quem-foi-joseph-goebbels-ministro-da-propaganda-nazista-de-adolf-hitler.html> acesso em: 29 de março de 2021.

¹²Essa frase é de autoria do Ministro da Propaganda Nazista Joseph Goebbels que exerceu controle das Instituições, também educacionais.

¹³Secretaria da Educação. *Triunfo da Vontade*. Disponível em: <http://www.filmes.seed.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1029> acesso em: 29 de março de 2021.

¹⁴HITLER, A. *Minha Luta*. Landsberg (presídio militar), 1924, p. 86.

acusações de sequestro de recém-nascidos antes da celebração da Páscoa hebraica, pois precisavam do sangue das crianças cristãs para misturar com a farinha do Matzá¹⁵.

O livro "O Cogumelo Venenoso" publicado em 1938 por Julius Strichers¹⁶, foi uma obra infantil escrita por Ernst Ludwig Hiemer¹⁷, que se aplicou nas Instituições educacionais da Alemanha durante o período nazista, propagando o antissemitismo¹⁸.

A irracionalidade de propagação do antissemitismo nazista esteve em larga escala presente no cinema alemão, alguns exemplos emblemáticos foram o documentário *Der ewige Jude*¹⁹ (O Eterno Judeu) dirigido por Flitz Hippler^{20 21} e o filme baseado em fatos reais, *Jud Süß* (O Judeu Süß)²², dirigido por Veit Harlan, ambos em 1940.

Em 1939 houve uma intensa campanha midiática na Alemanha com a intenção de obter apoio popular para invadir a Polônia. As "atrocidades polacas" causaram indignação na população e o seu ápice ocorreu no dia 31 de agosto de 1939, quando foi manipulado um falso ataque contra patrulhas nazistas na fronteira com a Polônia²³. O ataque forjado foi realizado por sete soldados da SS (forças armadas alemãs), que vestiram uniformes militar polonês numa suposta invasão a estação de rádio alemã em Gleiwitz. Segundo Hermann Göring, condenado a pena de morte no Tribunal de Nuremberg²⁴, eles estavam "obedecendo ordens". Com a prévia manipulação da opinião pública contra o povo polonês e a ausência de organismos independentes para contrapor as informações, a sociedade alemã apoiou a invasão à Polônia, que foi considerado o estopim da segunda grande guerra.

O controle da informação em regimes autoritários pode levar a consequências desastrosas, como o Holocausto, tais situações poderiam ter sido evitadas se fosse mantido o Estado em regime democrático, com liberdade plena de informação²⁵. A questão que se impõe hoje, principalmente com o advento da utilização maciça de redes sociais, são os limites que a democracia encontra no controle da livre publicação de notícias, pois nelas se incluem as *fake news*.

2. A evolução dos meios de comunicação com a internet

No período nazista, utilizava-se rádios, jornais, revistas e cinema como principais meios de comunicação, atualmente se utiliza a internet como meio de acesso à informação

¹⁵Na Páscoa cristã não se pode comer carne bovina, na Páscoa judaica se come-o Matzá (pão sem fermento), pois se proíbe o consumo de *Chametz* (pão com fermento).

¹⁶Julius Strichers foi condenado a pena de morte no Tribunal de Nuremberg. In: Britannica. *Julius Streicher*. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Julius-Streicher> acesso em: 29 de março de 2021.

¹⁷HIEMER, E. L. *O Cogumelo Venenoso*. Nuremberg: Sturmer Verlag, 1938.

¹⁸O antissemitismo é o preconceito baseada em ódio, contra os semitas, baseado em histórico étnico, cultural ou religioso.

¹⁹O Eterno Judeu se apresentou como um documentário e objetivava "esclarecer fatos" a população sobre a realidade da população judaica. Afirmando que o judeu civilizado europeu era muito diferente da realidade, e demonstraram no documentário imagens dos guetos poloneses para "clarear" a mente da população alemã sobre as verdadeiras "máscaras" dos judeus que foram ocultadas pela sociedade europeia.

²⁰TAUBERT, E. *O eterno judeu*. Disponível em: <https://archive.org/details/EberhardTaubertOEternoJudeu> acesso em 29 de março de 2021.

²¹DELIBERADOR, R. M. Propaganda nazista no filme: "o eterno judeu"(1940). UEL, 2016. Disponível em: [http://www.uel.br/cch/cdph/portal/pages/arquivos/Instrumentos-Pesquisa-TRAB-ACADEMICOS_DIGITALIZADOS/HISTORIA/PROPAGANDA%20NAZISTA%20NO%20FILME%20930%20ETERNO%20JUDEU94%20\(1940\).pdf](http://www.uel.br/cch/cdph/portal/pages/arquivos/Instrumentos-Pesquisa-TRAB-ACADEMICOS_DIGITALIZADOS/HISTORIA/PROPAGANDA%20NAZISTA%20NO%20FILME%20930%20ETERNO%20JUDEU94%20(1940).pdf) acesso em: 29 de março de 2021.

²²FEUCHTWANGER, L. *O judeu Süß*. São Paulo: Editora Globo, 1944.

²³SÁEZ VICH, S. Hitler invade Polônia: *estalla la Segunda Guerra Mundial*. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20190901/47310054134/hitler-invade-polonia-estalla-iigm.html> acesso em: 29 de março de 2021.

²⁴MANVELL, R. *Hermann Goring*. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Hermann-Goring> acesso em: 29 de março de 2021.

²⁵MIRANDA GONÇALVES, R; e outros. A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: *O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático*. In *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015, p. 306.

em rápida velocidade, além daqueles. A máxima de Goebbels, da mentira repetida mil vezes, foi traduzida ao russo pelo assessor político de Putin, Aleksandr Dugin: "a verdade é apenas uma questão de crença. (...) Esta coisa de fatos não existe"²⁶. Nota-se que a crença se cria na enxurrada de informações, junto a uma campanha contrária aos meios tradicionais de informação, pois se essa ideologia for estimulada permanentemente, passa a ter maior valor que a notícia factual do jornalismo tradicional.

"Massacrado por informações inverossímeis e contraditórias, o cidadão desiste de tentar discernir a agulha da verdade no palheiro da mentira e passa aceitar, ainda que sem consciência plena disso, que tudo que resta é escolher, entre as versões e narrativas, aquela que lhe traz segurança"²⁷.

Portanto, não se trata mais de manipular a informação, distorcendo-a ao interesse do detentor do poder e eliminando a opinião contrária pela força. Os novos meios de informação ligados à rede de computadores, acessíveis a todos que tiverem um telefone celular conectado à internet, propiciam uma nova maneira de distorcer os fatos, a criação de "factoides" e sua propagação pelas redes sociais.

Permite-se analisar as *fake news* utilizando, como exemplo, o governo de Donald Trump nos EUA, que contou com constante criação de novos fatos, como o rompimento das relações com a Organização Mundial de Saúde (OMS) após o agravamento da pandemia pela Covid-19 nos EUA. Nesta ocasião o presidente Trump culpou a OMS pelos equívocos do seu governo, e, ao mesmo tempo, proliferou fatos sem consistência sobre a atuação da Organização. Criou uma nova verdade e, mesmo sendo amplamente rebatido pela grande imprensa, grande parcela da população aceitou-as como sendo uma realidade, pois esta "verdade" coincidia com alguns dos seus posicionamentos. Vale lembrar a fala de Barack Obama em seu discurso na transmissão de posse: "nós nos tornamos tão seguros em nossas bolhas que começamos a aceitar apenas informações, verdadeiras ou não, que correspondem as nossas opiniões, em vez de basearmos nossas opiniões nas evidências que estão por aí"²⁸. No Brasil, o Chefe de Estado eleito em 2019, utilizou dos mesmos métodos do então Presidente norte-americano:

"Ganhou um candidato sem partido estruturado a apoiá-lo, sem tempo de TV e que desdenhou a campanha tradicional. Preferiu as redes sociais, nas quais vinha formando, com bastante antecedência, uma audiência com alto poder de disseminação de suas mensagens. (...) Ganhou a Presidência da República concedendo poucas entrevistas à grande imprensa, recusando-se a participar de debates, usando fundamentalmente as redes de *WhatsApp*, *Twitter* e *Facebook*. Continua, já eleito, a usá-las como principal meio de comunicação, até para oficializar convites para ministérios. Um figurino inaugurado por Donald Trump nos Estados Unidos"²⁹.

Está em andamento no Brasil, tanto na esfera policial quanto na judiciária, investigações e julgamento de fatos relacionados ao uso de *fake news* para obtenção de vantagens políticas. O executivo nacional foi eleito, em especial, por uma crescente descrença das autoridades e poderes constituídos da República. Desde o princípio do seu mandato acentuou esta descrença, em especial nos outros poderes, por falas diretas e, principalmente, por uma rede de criação e divulgação de factoides, as *fake news*, inclusive com suspeitas de financiamento público, o que também faz parte das investigações em andamento. Paralelamente, associou a grande mídia como sendo parte da "conspiração" que mantém a população alheia aos desvios dos poderes da República. Não que toda ela seja isenta, mas o foco das críticas se deu sobre os maiores veículos, responsáveis por parte substancial das denúncias feitas contra o poder público nos quatro mandatos

²⁶D'ANCONA. M. Pós-verdade: *A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News*. São Paulo: Editora Faro, 2018, p.36.

²⁷D'ANCONA. M. Ibid. p.10.

²⁸D'ANCONA. M. Ibid. p.52.

²⁹ABRANCHES, S. *Polarização radicalizada e ruptura eleitoral*. In: Democracia em Risco. São Paulo: Editora Companhia das Letras. p.11.

anteriores, a citar os principais: Folha de São Paulo, O Estado de São Paulo e Revista Veja³⁰.

A contraposição às *fake news* se faz pela correta e imparcial informação do fato ocorrido e a capacidade investigativa preservada da imprensa, sem repressão política ou financeira. Nota-se, atualmente, uma migração das fontes tradicionais de informação para as digitais. As redes sociais, como: *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, contam com bilhões de usuários ao redor do mundo. Mesmo jornais tradicionais mantêm plataformas digitais cada vez com maior quantidade de usuários do que seus meios físicos. Aparentemente o que pode vir a ser um risco a democracia se faz pelo controle da informação digital por grupos específicos, sem o contraponto da informação factual ou legal. "Ensinar a navegar na web com discernimento há a missão cultural mais urgente da nossa época"³¹.

Não se trata aqui de obrigar as grandes redes sociais a policiarem informações que transitam por suas páginas, mas de definir padrões legais rígidos para os responsáveis pelas informações. Os dirigentes das grandes empresas relacionadas a esta área têm uma noção dos riscos que as *fake news* representam para seus negócios³². O controle estatal e a regulamentação excessiva podem comprometer a lucratividade das grandes redes, que em última análise, vivem do lucro de cliques de usuários. Limitar informações pode ser fatal para uma empresa como *Facebook*, por exemplo³³. Portanto, há de se buscar um ponto em comum entre os interesses comerciais e o controle de *fake news* e outros crimes que se cometem nas redes.

Ocorre que, esses sites de relacionamento permitem também o compartilhamento de dados, notícias, pesquisas, entre outros. Com isso, a proliferação de informação se expandiu de forma desproporcional à compreensão das próprias pessoas, pois as plataformas digitais passaram a compartilhar informações de todos os tipos, desde propaganda de sapatos até noticiários políticos. Além disso, não há filtro nessas publicações, por exemplo: um artigo científico pode ser publicado na mesma página do que outro sem a mesma confiabilidade de informação³⁴. Algo importante a ser analisado é que as redes sociais não possuem uma regulamentação própria e isso dificulta o controle do que é compartilhado. Para Boris Fausto esse é um cenário que preocupa a política brasileira:

"Sem Lula, Bolsonaro começou a nadar de braçada. Já antes, sua campanha começa a mostrar uma faceta ousada, ao se utilizar das redes sociais, não só porque era irrisório o tempo que dispunha na televisão. A chuva de disparos e de falsas notícias, disseminada via WhatsApp e outros meios eletrônicos, cada vez mais parece ter a ver com o financiamento irregular por empresários e o apoio extremo dos gurus da extrema direita"³⁵.

Segundo estudo realizado em Coimbra sobre o tema, as notícias falsas para se tornarem *fake news* devem alcançar um grande índice de pessoas: "para se tornar *fake news* eles precisam mobilizar um grande número de públicos – incluindo testemunhas, aliados, reações e partilhas, assim como oponentes para contestar, sinalizar e desmentir"³⁶.

³⁰Folha de São Paulo. *Bolsonaro amplia ameaça à Folha e diz que boicota produtos de anunciantes do jornal*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-amplia-ameaca-a-folha-e-diz-que-boicota-produtos-de-anunciantes-do-jornal.shtml> acesso em: 29 de março de 2021.

³¹D'ANCONA. M. Ibid. p.101.

³²Veja. *Facebook bloqueia em todo o mundo contas de bolsonaristas investigados*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/facebook-bloqueia-em-todo-o-mundo-contas-de-bolsonaristas-investigados/> acesso em: 29 de março de 2021.

³³Forbes. *Facebook tem alta no lucro trimestral*. Disponível em: <https://www.forbes.com.br/negocios/2018/10/facebook-tem-alta-no-lucro-trimestral/> acesso em: 29 de março de 2021.

³⁴D'ANCONA. M. Ibid. p.101.

³⁵FAUSTO, B. *A queda do foguete*. In: Democracia em Risco. São Paulo: Editora Companhia das Letras, p.109

³⁶DELMAZO, C; e outros. *Fake News nas Redes Sociais Online: Propagação e Reação à desinformação em busca de cliques*. Coimbra University Press. Nº 32, vol. 18, 2018, p. 157.

O anonimato na internet ampliou a prática de diversos crimes, como ameaças, crime contra a honra e fraude. O crime contra a honra pela internet, por exemplo, pode ser identificado como um novo *modus operandi* e não como um novo tipo penal. Os tipos penais, dessa forma, já são existentes no Código Penal e vale ressaltar que seu artigo 141 prevê que: “as penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: [...] na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria”³⁷.

Não há novidade no trato das alterações sociais ao longo do tempo, em 1859 Charles Darwin já previa tais alterações sociais. No seu livro, *A Origem das Espécies*, escreveu sobre a teoria evolutiva. Nele, negou as justificativas religiosas vigentes há época, apontando que a constituição dos seres vivos era fruto de um longo e ininterrupto processo de transformação e adaptação ao ambiente. Apesar das inquestionáveis polêmicas na época, é certo que Darwin criou métodos de compreensão da cultura ao escrever sobre a evolução das espécies³⁸.

Seria no mínimo irracional questionar Darwin no que diz respeito a evolução das espécies, pois, até o presente momento, não cabe desdizer que as espécies, de fato, evoluem. Mas essa compreensão, de evolução, não pode se distanciar da necessidade, também, das normas que amparam uma sociedade, pois uma vez que as pessoas se alteram com o tempo, as normas também devem ser aprimoradas.

Com esse mesmo entendimento bem disse Konrad Hesse, “sem desprezar o significado dos fatos históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição”.³⁹ Logo há a necessidade de alteração de algumas normas no decorrer do tempo, justamente para que a Constituição possa amparar a todos no seu exato momento de tempo, ou seja, criar normas de controle desta informação, preservando a liberdade de expressão.

3. A Democracia brasileira em risco com a propagação das *fake news* e a liberdade de expressão

A liberdade de expressão, prevista expressamente nas normas internacionais, diz no artigo 19º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH)⁴⁰ que:

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”⁴¹.

A cartilha prevê questões relacionadas aos direitos humanos e liberdades fundamentais nos seus 30 artigos⁴². Foi elaborada por representantes de diferentes regiões, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948⁴³.

Sabe-se que a liberdade de expressão e de pensamento desempenha um papel fundamental para a manutenção da democracia. No entanto, “a jurisprudência interamericana reconhece discursos que ela chama de ‘especialmente protegidos’, que são

³⁷BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm acesso em: 29 de março de 2021.

³⁸DARWIN, C. *A origem das espécies*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.

³⁹HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 05.

⁴⁰BRASIL. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos e os objetivos de desenvolvimento sustentável: avanços e desafios*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/declaracao-universal-dudh/cartilha-dudh-e-ods.pdf> acesso em: 29 de março de 2021.

⁴¹BRASIL. Artigo 19º: *todo o ser humano tem direito a liberdade de expressão e opinião*. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/novembro/artigo-19deg-todo-ser-humano-tem-direito-a-liberdade-de-expressao-e-opinio-1> acesso em: 29 de março de 2021.

⁴²*Idem*.

⁴³*Idem*.

aqueles relacionados com assuntos políticos e interesse público”⁴⁴, porém esse direito não está relacionado a opiniões perturbadoras ou até mesmo ofensivas. Os discursos de ódio ganharam força com a internet, mas deve-se observar nesta questão o princípio da neutralidade da regulamentação, ou seja, apenas deve ser proibido discursos que representem perigo para as pessoas⁴⁵.

No Brasil, em 1967, auge da Ditadura Militar, criou-se a Lei da Imprensa, nº 5.250 de 1967, com viés antidemocrático, e passou a tipificar o crime de divulgação de notícias falsas, o qual se adequam as práticas de *fake news* (controle da imprensa); como exemplo: o seu artigo 16, que dispôs:

“Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem: perturbação da ordem pública ou alarma social; desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica; prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município; sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro”⁴⁶.

Essa lei foi declarada inconstitucional, em 2009, pela ADPF 130: “incompatível com a Constituição Federal”⁴⁷. Ressalta-se que outras normas foram criadas, há exemplo, em 2014: o Marco Civil da Internet.

É indiscutível o caráter antidemocrático da Lei de Imprensa, todavia, um novo fenômeno surgiu principalmente a partir das eleições presidenciais de 2018, impulsionada pela ascensão das redes sociais, que foi a disseminação de notícias falsas, ou *fake news*, as quais tiveram uma importância na definição dos votos.

As *fake news*, divulgadas por redes sociais e aplicativos de mensagens possuem uma capacidade de disseminação até então inédita no cenário democrático brasileiro e, de certa forma, incontrolável, como afirma Abranches:

“A principal característica desse tipo de campanha, no estágio de incipiente digitalização da política em que nos encontramos, é que não permite controle da trajetória, conteúdo e intensidade das mensagens disseminadas. A disseminação, que tem origem organizada, com impulsões por agências profissionais usando *bots* e *sockpuppets*, avança de forma descentralizada e independente, espalhando-se por contágio. Mesmo que o centro da campanha queira mudar o tom, ou deter *fake news* específicas que tiveram efeito bumerangue, não consegue. O contágio só cessa quando não houver mais receptores que possam ser infectados. Não há vacina prévia, nem forma de combate eficaz dessas epidemias de memes e *fake News*”.⁴⁸

A expansão dessa modalidade de fazer política não é apenas um fato isolado, uma particularidade brasileira, mas fez parte de um movimento de âmbito global e com repercussões geopolíticas, levando a necessidade de se gestar uma nova forma de intérpretes da política nacional, acompanhando não só os movimentos das ruas, mas também das redes⁴⁹ e, talvez, principalmente da rede, dada a ampla disseminação do uso da tecnologia da informação.

⁴⁴BENTO VALLES, L. *Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522900/001073192.pdf?sequence=1> acesso em 29 de março de 2021, p.99.

⁴⁵BENTO VALLES, L. *Ibid.* p.101.

⁴⁶BRASIL. *Lei nº 5.250 de 09 de fevereiro de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm Acesso em: 29 de março de 2021.

⁴⁷BRASIL. *ADPF nº 130*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411> acesso em: 29 de março de 2021.

⁴⁸ABRANCHES, S. *Ibid.* p. 14 - 15

⁴⁹LEMOES, R. Diante da realidade, seis ficções epistemológicas. In: *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. São Paulo: Companhia de Letras. p. 167

Esse fenômeno se estendeu até mesmo para depois do processo eleitoral, sendo instrumento de choque não só entre forças políticas, mas principalmente entre instituições, que teve como consequência a instauração do chamado inquérito das *fake news* (nº 4.781 - portaria GP nº 69 de 14 de março de 2019), pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Dias Toffoli. Essas discussões foram acentuadas, pois visa investigar supostos crimes de "notícias fraudulentas, falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações que atinjam a honorabilidade institucional do STF e de seus membros"⁵⁰.

De constitucionalidade discutível, foi arguida o Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 572) que resultou na declaração de sua legalidade e constitucionalidade, prevalecendo o entendimento do Relator.

"Por dez votos a um, prevaleceu o entendimento do relator, ministro Edson Fachin, de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572, cujo objeto era a Portaria nº 69/2019 da Presidência do STF, que determinou a instauração do inquérito, é totalmente improcedente, 'diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros e de apregoada desobediência a decisões judiciais'"⁵¹.

Para o então decano do STF, Ministro Celso de Mello:

"O STF tem a função extraordinária e atípica de apurar qualquer lesão real ou potencial a sua independência, e as regras do Regimento Interno do STF que fundamentaram a instauração do inquérito se qualificam como instrumento de proteção e defesa da ordem e da constitucionalidade. Segundo ele, não teria sentido retirar do Tribunal instrumentos que o permitam, de forma efetiva, proteger a ordem democrática, o Estado Democrático de Direito e a própria instituição"⁵².

O Ministro Celso de Mello salientou que "a incitação ao ódio público e a propagação de ofensas e ameaças não estão abrangidas pela cláusula constitucional que protege a liberdade de expressão e do pensamento."⁵³

Fazendo essa análise, percebe-se como exemplo da materialidade dos supostos crimes que estão sendo investigados, o dito por uma advogada no *Facebook*: "que estuprem e matem as filhas dos Ordinários Ministros do STF". Para o ministro Luís Roberto Barroso:

"Numa democracia, há espaço para conservadores, liberais e progressistas, mas não há espaço para violência, ameaças e discursos de ódio", afirmou ainda que: "as críticas, naturais numa democracia, não se confundem com associação criminosa de grupos armados para ameaçar pessoas e atacar os prédios onde se reúnem as instituições. 'Quem recebe dinheiro para fazer campanhas de ódio não é militante. É mercenário, é criminoso. Nenhuma sociedade civilizada pode tolerar esse tipo de conduta, esse tipo de desrespeito às instituições e às pessoas'"⁵⁴.

⁵⁰BRASIL. *Informativo STF*. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Inquerito%20para%20investigar%20Fake%20News%20e%20ameaças%20contra%20o%20STF:%20constitucionalidade> acesso em: 29 de março de 2021.

⁵¹BRASIL. *Plenário conclui julgamento sobre a validade do inquérito das fake News e ataques ao STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445860&ori=1> acesso em: 29 de março de 2021.

⁵²*Idem*.

⁵³*Idem*.

⁵⁴BRASIL. *Ação que questiona inquérito das fake News tem mais dois votos pela rejeição*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445713&ori=1> acesso em: 29 de março de 2021.

No caso do Supremo Tribunal Federal – STF, diante de uma série de ataques não só nas redes, com ameaças a integridades dos Ministros, mas que passaram a transbordar para o mundo físico, direcionados a existência do órgão e ataque com fogos de artifício, o combate as *fake news* aparentemente passou a tomar nuances de sobrevivência institucional.

Em resposta, para buscar uma harmonização legislativa, criou-se no Senado o Projeto de Lei nº 2.630 de 2020⁵⁵, que busca: “instituir a Lei brasileira de liberdade, responsabilidade e transparência na internet”⁵⁶. O seu artigo 1º esclarece que: “esta lei estabelece normas, diretrizes e mecanismos de transparência de redes sociais e de serviços de mensageria privada através da internet, para desestimular o seu abuso ou manipulação com potencial de dar causa a danos individuais ou coletivos”⁵⁷.

O entendimento dos ministros da Corte Superior brasileira, bem como o do PL citado acima, caminham juntamente ao artigo 29 da Carta das Nações Unidas (ONU) que diz:

“No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar em uma sociedade democrática”⁵⁸

A carta esclarece ainda que “esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas” dizendo que: “o homem é essencialmente social e tem deveres fundamentais para com os seus semelhantes. Os direitos de cada um são, portanto, *limitados pelos direitos de outros*”⁵⁹.

Talvez a maior dificuldade que se apresenta não seja o reconhecimento do uso de *fake news* por grupos ou indivíduos, mas sim a delimitação legal que se deve impor. É evidente o risco que a manipulação da informação impõe à democracia, assim como o controle dessa informação por meios oficiais. Este limite é o objeto central a ser alcançado.

Considerações Finais

Conforme exposto, a imprensa autônoma é fundamental para a manutenção da democracia, quando regulada por legislação liberal. É uma forma de reprodução do cotidiano, descrevendo a realidade e analisando conforme uma linha editorial, sem ferir regras básicas de convivência e relacionamento humano.

Os limites, tanto para a imprensa quanto ao indivíduo, no que se refere à liberdade de expressão, são os contidos na legislação e presumidos na atitude ética e moral. Deve-se considerar a melhor regulamentação e responsabilização legal de usuários de redes de comunicação via internet.

A manipulação maciça da informação, como é possível e vem acontecendo contemporaneamente com a banalização do uso de redes sociais, oferece um risco à democracia pelo seu mau uso por grupos políticos. A propagação de *fake news* e direcionamento de opiniões pode ser a maneira de grupos autoritários buscarem o poder, por influência ideológica nesses usuários, pois a “mentira dita mil vezes” de Goebbels, nos dias de hoje, pode ser dita em mil formas distintas por mil vezes em um único minuto, bastando um clique.

⁵⁵BRASIL. *Senado aprova projeto de notícias falsas, texto vai à Câmara*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/30/aprovado-projeto-de-combate-a-noticias-falsas> acesso em: 29 de março de 2021.

⁵⁶BRASIL. *Projeto de lei nº 2630 de 2020*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8110634&ts=1594026310951&disposition=inline> acesso em: 29 de março de 2021.

⁵⁷*Idem*.

⁵⁸BRASIL - Nações Unidas. *Artigo 29 – deveres com a comunidade*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-29-deveres-com-a-comunidade/> Acesso em: 29 de março de 2021.

⁵⁹*Idem*.

Referências

- ABRANCHES, Sérgio. *Polarização radicalizada e ruptura eleitoral*. In: Democracia em Risco. São Paulo: Editora Companhia das Letras. p.11.
- BARROS FILHO, Clóvis de. *Ética na comunicação*. São Paulo: Editora Summus, 2016.
- BENTO VALLES, Leonardo. *Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522900/001073192.pdf?sequence=1> acesso em 29 de março de 2021.
- CASTRO, Monica. *O Pasquim*. Fundação Getúlio Vargas (FGV). Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/pasquim-o> Acesso em: 29 de março de 2021.
- DARNTON, Robert. *The true history of fake news*. The New York Review of Books, 2017. Disponível em: <https://www.nybooks.com/daily/2017/02/13/the-true-history-of-fake-news/> Acesso em: 29 de março de 2021.
- DARWIN, Charles. *A origem das espécies*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2014.
- DEL MASSO, Fabiano, MIRANDA GONÇALVES, Rubén e ZEFERINO FERREIRA, Rui. A (Re)Invenção do Estado do Século XXI: O Regresso ao Liberalismo como Suporte do Sistema Democrático. In *Revista Internacional Consinter de Direito*, Vol. I, 2015.
- DELMAZO, Caroline; VALENTE, Jonas C.L. Fake news nas redes sociais online: *propagação e relações à desinformação em busca de cliques*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, nº 32, Vol. 18, 2018.
- DELIBERADOR, Raquel M. Propaganda nazista no filme: "o eterno judeu"(1940). UEL, 2016. Disponível em: [http://www.uel.br/cch/cdph/portal/pages/arquivos/Instrumentos-Pesquisa/TRAB-ACADEMICOS_DIGITALIZADOS/HISTORIA/PROPAGANDA%20NAZISTA%20NO%20FILME%20930%20ETERNO%20JUDEU94%20\(1940\).pdf](http://www.uel.br/cch/cdph/portal/pages/arquivos/Instrumentos-Pesquisa/TRAB-ACADEMICOS_DIGITALIZADOS/HISTORIA/PROPAGANDA%20NAZISTA%20NO%20FILME%20930%20ETERNO%20JUDEU94%20(1940).pdf) acesso em: 29 de março de 2021.
- Editores do History. *Orson Welles's "War of the Worlds" radio play is broadcast*. Disponível em: <https://www.history.com/this-day-in-history/welles-scares-nation> acesso em: 29 de março de 2021.
- FAUSTO, Boris. *A queda do foguete*. In: Democracia em Risco. São Paulo: Editora Companhia das Letras.
- FEUCHTWANGER, Lion. *O judeu Suss*. São Paulo: Editora Globo, 1944.
- Forbes. *Facebook tem alta no lucro trimestral*. Disponível em: <https://www.forbes.com.br/negocios/2018/10/facebook-tem-alta-no-lucro-trimestral/> acesso em: 29 de março de 2021.
- Folha de São Paulo. *Bolsonaro amplia ameaça à Folha e diz que boicota produtos de anunciantes do jornal*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/bolsonaro-amplia-ameaca-a-folha-e-diz-que-boicota-produtos-de-anunciantes-do-jornal.shtml> acesso em: 29 de março de 2021.
- GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Estado de Direito*. p.12. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32571-39731-1-PB.pdf> acesso em: 26 de abril de 2021.
- GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. *A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.329>.
- HEIDEMANN, Gerd. *Diários de Hitler*. Disponível em: <https://www.stern.de/p/plus/audio/faking-hitler/-faking-hitler---bonusfolge-1-9098498.html> Acesso em: 29 de março de 2021.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução e apresentação de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HITLER, Adolf. *Minha Luta*. Landsberg (presídio militar), 1924.
- HIEMER, Ernst L. *O Cogumelo Venenoso*. Nuremberg: Sturmer Verlag, 1938.
- LEMONS, Ronaldo. Diante da realidade, seis ficções epistemológicas. In: *Democracia em Risco? 22 ensaios sobre o Brasil de hoje*. São Paulo: Companhia de Letras. p. 167
- MANVELL, Roger. *Hermann Goring*. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/Hermann-Goring> acesso em: 29 de março de 2021.

2021.

MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2 (2020), pp. 148-172.

NORBERT, Elias. *Os Alemães*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1997.

SÁEZ VICH, Sergi. Hitler invade Polónia: *estalla la Segunda Guerra Mundial*. Disponível em: <https://www.lavanguardia.com/historiayvida/historia-contemporanea/20190901/47310054134/hitler-invade-polonia-estalla-iigm.html> acesso em: 29 de março de 2021.

S. DE, Frederico. *Fastos da Ditadura Militar no Brasil*. São Paulo: Editora Martins, 2003.

SINDERBRAND, Rebecca. *How Kellyanne Conway ushered in the era of "alternative facts"*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2017/01/22/how-kellyanne-conway-ushered-in-the-era-of-alternative-facts/> acesso em: 29 de março de 2021.

SOWELL, Thomas. *The myth of how the Great Depression was resolved*. Washington Examiner, 2010. Disponível em: <https://www.washingtonexaminer.com/thomas-sowell-the-myth-of-how-the-great-depression-was-resolved> Acesso em: 29 de março de 2021.

TAUBERT, Eberhard. *O eterno judeu*. Disponível em: <https://archive.org/details/EberhardTaubertOEternoJudeu> acesso em 29 de março de 2021.

Veja. *Facebook bloqueia em todo o mundo contas de bolsonaristas investigados*. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/facebook-bloqueia-em-todo-o-mundo-contas-de-bolsonaristas-investigados/> acesso em: 29 de março de 2021.

VIGGIANO, Giuliana. *Quem foi Joseph Goebbels, Ministro da propaganda nazista de Adolf Hitler*. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/Historia/noticia/2020/01/quem-foi-joseph-goebbels-ministro-da-propaganda-nazista-de-adolf-hitler.html> acesso em: 29 de março de 2021.

La discusión en torno al estatus jurídico conceptual o naturaleza jurídica de la pena natural (*poena naturalis*)¹

The discussion around the conceptual legal status about the poena naturalis

Manuel Francisco Serrano

Universidad Nacional de San Luis – CONICET (Argentina)²

Sumario: 1. Introducción. 2. La poena naturalis como un caso de compensación de culpabilidad. 3. La clemencia o compasión judicial como fundamento de la poena naturalis. 4. La poena naturalis como derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad. 5. Valor normativo de los principios en la aplicación de la pena natural. 6. Conclusión.

Resumen: En el presente trabajo me interesa abordar un aspecto específico dentro del problema conceptual que implica la pena natural: su estatus jurídico conceptual o su naturaleza jurídica. En otras palabras, aquí responderé a la pregunta acerca de qué es la pena natural para el derecho. En la literatura se pueden reconocer tres posturas en pugna: una que afirma que la pena natural es una compensación de la culpabilidad, otra según la cual la pena natural es producto de la clemencia o la compasión judicial, y la última que defiende que los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad permiten justificar la pena natural. Me detendré en cada una de ellas a fin de realizar un examen crítico que me permita concluir cuál es la concepción que mejor fundamenta la pena natural.

Palabras clave: pena natural, naturaleza jurídica, compensación de culpabilidad, compasión y clemencia judicial, principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad.

Abstract: In the present work I am interested in addressing a specific aspect within the conceptual problem that poena naturalis implies. In other words, here I will answer the question about what is the poena naturalis. We can be recognized three theories: one that affirms that the poena naturalis is a compensation for culpability, another according to which the poena naturalis is the product of clemency or compassion, and the last that defends that the principles of legality, proportionality and rationality allow justifying the poena naturalis. I will stop at each one of them in order to carry out a critical examination that will allow me to conclude which is the conception that best supports natural punishment.

Keywords: Poena naturalis, compensation of guilt, compassion and clemency, principles of legality, proportionality and rationality.

¹ El presente trabajo forma parte de mi tesis de maestría en filosofía en la Universidad Nacional de Quilmes. Agradezco profundamente los aportes de mis directores, Guillermo Lariguet y Facundo García Valverde para alcanzar la preciada meta.

² Abogado (Universidad Nacional de San Luis), Magíster en Filosofía (Universidad Nacional de Quilmes), Ayudante docente en Ética (Universidad Nacional de San Luis), becario del Consejo Nacional de Investigación Científicas y Técnicas (CONICET).

1. Introducción

Los casos de pena natural son aquellos en los que el autor, a causa o en ocasión de la comisión del delito, ha sufrido un daño de magnitud igual o superior al que le corresponde en caso de aplicarse la pena estatal. Ejemplos de estos son aquellos en los que el acusado es juzgado ser el responsable de la muerte de su pareja – o un familiar o ser querido – a causa de su imprudencia en el manejo de su automóvil. En estas situaciones, muchas veces los jueces deciden no imponer una pena – o aplicar una menor a la que le corresponde de acuerdo a las previsiones legales. En otro lugar³, afirmé que el concepto de pena natural hace referencia a los daños y sufrimientos que recaen sobre el autor de un delito o injusto, que tienen como causa a este último. Estos daños (o sufrimientos) no cancelan el delito, sino que constituyen otra dimensión analíticamente diferenciable. A su vez, deben ser de tal entidad que, de aplicarse la pena establecida en la ley, la condena sería desproporcionada. Es necesario que el agente sobre el que recae este daño (o sufrimiento) debe estar arrepentido de su accionar.

Para alcanzar esta conceptualización me enfoqué en dos agentes privilegiados de la práctica jurídica: los juristas y los jueces, a través de sus producciones teóricas y la jurisprudencia vinculada a la pena natural. Luego de describir los profundos desacuerdos existentes (definiciones, tipos de delitos que lo habilitan, sujeto habilitado a dictarla, entre otros) en torno a este fenómeno, apelando al *constructivismo interpretativista* propuesto por Ronald Dworkin⁴, propuse una interpretación de la práctica bajo la concepción comunicativa del castigo⁵ según la cual el castigo penal debe comunicar al ofensor la censura que merece por su crimen, que con ella se busca persuadirlo para que se arrepienta de su accionar delictivo, que trate de reformar su carácter y que se reconcilie con la víctima⁶. En este sentido, pude concluir que la pena natural se caracterizaba por lo siguiente:

- 1) El concepto de pena natural se refiere al daño o sufrimiento (de naturaleza física o aflictiva) que recae sobre una persona.
- 2) El delito es diferenciable analíticamente de la pena natural.
- 3) Ambos están relacionados de manera dependiente, en el sentido de que la pena natural sólo existe a partir de un delito, pero no a la inversa.
- 4) La pena natural afecta al cumplimiento de la pena, pero no a la responsabilidad por el hecho. De aquí que el agente sea responsable y, por lo tanto, culpable del delito por el que se lo acusa. Pero al estar sufriendo una pena natural, corresponde una disminución o eximición de pena.
- 5) El reconocimiento de la pena natural no depende del aspecto subjetivo del delito, es decir, no necesariamente se relaciona con la culpa o el dolo.
- 6) Lo que es determinante para el reconocimiento de la pena natural es la *proporcionalidad* entre el sufrimiento del acusado y la pena estatal que correspondería aplicar. Este principio no busca la proporcionalidad del castigo, sino que no sea desproporcionado. Esto admite un rango de posibilidades razonables en

³ Me refiero a mi tesis de maestría titulada *El concepto de pena natural* (poena naturalis) en la doctrina y la jurisprudencia penal disponible en <https://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2972> y a un artículo independiente que se encuentra en proceso de revisión titulado *Los elementos constitutivos del concepto de pena natural*.

⁴ DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 65 – 68

⁵ No es mi intención realizar una defensa acerca de por qué esta perspectiva teórica es la que mejor justifica el fenómeno analizado, ya que una tarea de tal magnitud excede por demás el presente trabajo, además, su profundización no implicaría algún beneficio para el desarrollo argumentativo que pretendo realizar aquí. Es estatus jurídico conceptual de la pena natural, si bien se encuentra relacionado con la teoría que se escoja para justificarla, implica una discusión independiente referida a qué normas o principios son las que habilitan su dictado.

⁶ DUFF, R. A. *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. xvii – xviii

las que la sentencia no sea injusta. Además, este principio tiene como límite infranqueable la prohibición de desproporcionalidad por exceso.

7) El otro aspecto determinante es el *arrepentimiento* del acusado. Esto abarca una serie de emociones como la reconciliación, el perdón y el remordimiento, que se caracterizan por el reconocimiento de haber obrado mal, el pesar por el accionar y la necesidad de aceptarlo para poder cambiar el carácter, los comportamientos o disposiciones actitudinales, y que, de esta manera, la pena estatal se muestre como inservible o ajena al cumplimiento de sus fines.

Aceptados estos elementos, corresponde determinar cuál es el estatus jurídico de la pena natural, esto es: qué es la pena natural para el derecho o – de manera más concreta – para determinado sistema jurídico. En este punto nos encontramos con tres posturas diferentes: a) *la pena natural es una compensación de la culpabilidad*, sostenida por Enrique Bacigalupo, quien es seguido por autores como Choclán Montalvo. b) *La clemencia o la compasión judicial como fundamentos de la pena natural*, en la cual encontramos a Alfonso Ruiz Miguel, para quien la pena natural tiene como fundamento la emoción de la clemencia; y a autores como Guillermo Lariguet y Luciana Samamé que argumentan en favor de la existencia de un principio de compasión que habilita la aplicación de la pena natural. c) *La pena natural encuentra amparo en los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad*, defendida por Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, que son seguidos por autores como Gustavo Vitale y numerosa jurisprudencia argentina.

En concreto, en este trabajo responderé la pregunta acerca de qué es la pena natural para el derecho. Este abordaje no sólo permitirá elucidar cuál es el fundamento normativo de su aplicación, esto es, qué normas habilitan que los jueces puedan reconocer un caso de pena natural y decidir conforme a ella; sino que también dará espacio para defender qué concepción de la pena natural es más valiosa. Por último, se podrá responder acerca de cuál es el valor deóntico que proponen estas normas, es decir, si el reconocimiento de la pena natural (y la consiguiente cancelación o disminución de la pena) es una facultad o una obligación por parte de los jueces.

2. La *poena naturalis* como un caso de compensación de culpabilidad

Enrique Bacigalupo⁷ comienza planteando su postura a partir de afirmar que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: por un lado, actúa determinando los *presupuestos de la pena*; por el otro, actúa *individualizando la pena*, en el sentido de que no hay pena sin culpabilidad o que la pena no puede superar la gravedad de la culpabilidad. Con respecto a la primera dimensión, el principio de culpabilidad impone que la pena sólo sea aplicada, si el autor del hecho ha podido conocer la antijuridicidad de su accionar y ha podido comportarse de acuerdo a esa comprensión. Además, exige que haya obrado con dolo o culpa. En cuanto a la segunda dimensión, este principio determina los límites de la legitimidad de la pena aplicable al autor del delito. Tanto en España como en Argentina – y en diversos países del mundo – las leyes penales no establecen una pena determinada para cada delito, sino una escala con un monto mínimo y otro máximo. Los jueces deben condenar a los sujetos culpables a una pena que se encuentre dentro de dicho marco penal y, para ello, lo deben hacer de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad.

Esta postura, similar a la planteada por Claus Roxin⁸, pretende⁹ derivar su fundamentación ética del deontologismo kantiano: la prohibición de utilizar como un

⁷ BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual" en: Ouviaña, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 133 – 135.

⁸ ROXIN, C. *Problemas básicos del derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 2017, pp. 29 – 31.

⁹ La pretensión no es más que el clásico reproche que las teorías retributivas le achacan a las teorías consecuencialistas pena. No es mi idea ingresar a esta discusión en este trabajo, sino

simple medio a una persona¹⁰. Según Bacigalupo¹¹, sólo mediante la vinculación de la pena (y su gravedad) con la existencia de un reproche (y su gravedad) es posible evitar esto. De lo contrario, si la pena es utilizada para perseguir fines preventivos, se utiliza a los sujetos como medios para evitar más delitos – o por lo menos en estos términos se lo haría.

De manera particular, en su obra *Derecho penal. Parte general*, Bacigalupo dirá que las consecuencias de los presupuestos de la pena son: a) no es admisible la culpabilidad por el mero resultado, sin que medie dolo o culpa; b) se debe reconocer el error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuridicidad; y c) sólo puede ser responsable quien tenga las condiciones psíquicas¹² para cumplir con el derecho. Por otro lado, las consecuencias de la individualización de la pena son: 1) la pena debe ser proporcional a la gravedad de la culpabilidad; y 2) las necesidades de prevención general o especial no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad¹³.

Al momento de analizar de manera particular los problemas que presenta la individualización de la pena, el jurista presenta la cuestión de la *compensación de la culpabilidad*. Esta se refiere a las modificaciones que puede sufrir la culpabilidad en el tiempo posterior a la comisión del hecho delictivo. Si la culpabilidad actúa individualizando la pena, entonces es posible cuantificarla. De aquí que pueda ser compensada por hechos posteriores que reduzcan o eliminen su significación originaria. En otras palabras, la compensación puede extinguir o disminuir la culpabilidad y eso impacta en la pena, ya sea extinguiéndola o disminuyéndola¹⁴.

La compensación de culpabilidad – para Bacigalupo – puede tener lugar en dos sentidos: una *compensación socialmente constructiva de la culpabilidad*, que sucede cuando el autor de delito reconoce la vigencia de la norma vulnerada y actúa reparando el daño que ha causado o favoreciendo su propia persecución. El otro sentido – y el que interesa aquí – es la *compensación destructiva de la culpabilidad*, que tiene lugar cuando el autor del delito recibe, como consecuencia de la realización del hecho, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad. Estos males pueden ser *jurídicos* o *naturales*. Sólo estos últimos dan lugar a lo que se conoce como *poena naturalis*¹⁵.

Como se observa, para el jurista español, la pena natural tiene su fundamento en el principio de culpabilidad en cuanto impide la individualización de una pena que exceda el reproche del autor. Ahora bien, este reproche puede ser disminuido por hechos posteriores a la comisión del delito. Uno de estos hechos es el mal que sufre el autor de manera natural. Los ejemplos que da Bacigalupo son los del ladrón que, al huir, cae del tejado y queda tetrapléjico o el conductor ebrio que produce un accidente en el que muere su hijo. En concreto, en estos casos se ha producido una compensación de la culpabilidad. El daño sufrido debe ser compensado por la culpabilidad y, en consecuencia, eliminar la pena o disminuirla.

En esta postura es posible incluir a Choclán Montalvo¹⁶ quien sostiene que, si bien rige el principio *nulla poena sine culpa*, no funciona a la inversa. La necesidad de la pena sólo puede fundamentarse si se respeta la autonomía del acusado, en el sentido de ser tratado siempre como un fin y nunca como un medio. Además, el derecho penal debe funcionar de manera subsidiaria a las soluciones sociales. Es decir, el derecho penal sólo debe aparecer cuando no se han encontrado otras soluciones por la comunidad social. De aquí que la reparación del daño y el perdón

únicamente remarcar cuál es el fundamento normativo que le permite a Bacigalupo darle la importancia que le da al principio de culpabilidad.

¹⁰ Ak. iv, 429 F – A66/A67

¹¹ BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor... *op. cit.* p. 135

¹² El autor se refiere a esto como condiciones *espirituales*.

¹³ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hamurabi, 2016, p. 170

¹⁴ BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor... *op. cit.* p. 144.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 145 – 146.

¹⁶ CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural" *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XX, N° 4797, Madrid, 1999, pp. 2 – 3.

de la víctima, extinguirían o disminuirían la culpabilidad. Por otro lado, cuando el daño sufrido por el autor del delito es igual o supera a la pena estatal, puede suceder que se imponga una pena desproporcionada y – por lo tanto – violentar el principio de culpabilidad.

Si bien es posible reconocer que la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de España es oscilante y tortuosa¹⁷ en relación a la aceptación de la pena natural como una atenuante analógica – esto es porque la legislación española no reconoce la *poena naturalis* de manera expresa –, hay un pronunciamiento en el que se aplica la postura aquí abordada¹⁸. En la sentencia 307/2008 – en la que el mismo Bacigalupo es ponente – se decidía si debía atenuarse la condena frente al caso de un ciudadano boliviano que había ingresado a España con cuarenta capsulas que contenían cocaína y las transportaba en el interior de su cuerpo – lo que comúnmente se llaman “mulas”. Por mayoría se decidió la aplicación de la pena natural como atenuante. En palabra de los jueces: “el mal fáctico sufrido por el autor en la comisión del delito puede ser considerado atenuante, porque evidentemente tiene una significación análoga a las demás atenuantes. El mal naturalmente sufrido por la comisión del delito ya implica una compensación (parcial) de la culpabilidad por el hecho que se debe descontar para que la pena no sea un mal superior al causado por el autor”.¹⁹

Una cuestión importante a tener en cuenta es que Bacigalupo constantemente se está refiriendo al *principio de culpabilidad* y no a la *culpabilidad* como elemento de la teoría del delito. En efecto, en otro lugar dirá que el principio de culpabilidad no es determinante del concepto de culpabilidad de la teoría del delito. Influye en él, pero no determina su estructura. Mientras el primero se refiere a la posibilidad del autor de haber actuado de otra manera en el hecho delictivo (culpabilidad por el hecho) y no por el modo de vida o el carácter del autor (culpabilidad por la personalidad), y la respuesta penal correspondiente; el segundo se refiere a cuestiones concretas de la teoría del delito, como si la culpa o el dolo forman parte de la culpabilidad, o no; si la consciencia de antijuridicidad debe ser actual o potencial, etc.²⁰.

Esta distinción no es casual. Al momento de decidir los casos donde aplican la pena natural, los jueces muchas veces apelan a principios para fundamentar sus decisiones. Se podría afirmar que hay un acuerdo generalizado en que cuando hablamos de *principios*, lo hacemos con una clara intención de separarlos de las *normas jurídicas*. Es decir, ambos conceptos designan realidades, entes o estados de cosas diferentes. Esta diferencia radicaría en que los principios serían normas con un alto grado de generalidad o abstracción que es posible encontrar en los textos constitucionales y tratados de derechos humanos, ya que protegen ciertos derechos fundamentales, establecen garantías y guías para ciertas políticas económicas y sociales²¹.

Sin embargo, más allá de esta distinción entre culpabilidad y el principio de culpabilidad, lo cierto es que este autor aborda la cuestión de la pena natural como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Entre estas circunstancias, se encuentran casos como la imputabilidad disminuida y la minoría de edad. Estas cuestiones permiten concluir que Bacigalupo ve a la pena natural dentro de la teoría del delito, esto es, como una cuestión que impacta en la reprochabilidad de un agente y, por lo tanto, en el monto de la pena que le corresponde.

¹⁷ RUIZ MIGUEL, A. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, N° 2, Año 2018, p. 7.

¹⁸ En Argentina esta postura se encuentra en el voto del juez Mariano González Palazzo en la causa “Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación” de la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, Buenos Aires, 4 de octubre de 2010.

¹⁹ Tribunal Supremo de España - Sala de lo Penal, “Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008”.

²⁰ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general... op. cit.*, p. 171

²¹ MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 140

De esta manera, para Bacigalupo, el estatus jurídico de la *poena naturalis* se encuentra en la compensación destructiva de la culpabilidad, por los daños naturales que sufre el autor del delito. Esta compensación se encuentra fundamentada en el principio de culpabilidad, que establece la prohibición de condenar a una persona sin prestar la debida atención a las circunstancias posteriores de la comisión del delito.

Entre las críticas que se han realizado a esta postura, destaca la de Alfonso Ruiz Miguel²², quien entiende que la *compensación destructiva* de la culpabilidad y la *compensación constructiva* de la culpabilidad emplean las nociones de compensación y de culpabilidad en sentidos diferentes. En el caso de la compensación constructiva se compensa la *reprochabilidad* del autor porque funciona como indicio de una menor maldad en él. En cambio, en la compensación destructiva no se compensa la reprochabilidad, sino que se *cancela* el daño culpable, el delito en su conjunto, ya que la pena debe ser proporcional no sólo a la culpabilidad, sino a la acción misma. De aquí que sólo el primer sentido de culpabilidad pueda ser compensado por hechos posteriores.

Ahora bien, aunque la postura de Bacigalupo sea incorrecta, no lo es por los argumentos dados por Ruiz Miguel. El problema radica en que el ex magistrado del tribunal supremo español aborda la cuestión de la pena natural como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Si bien esta cuestión – junto con las agravantes – pertenece al ámbito de la individualización de la pena y no de la teoría del delito, esto no es algo que pueda ser determinado tan tajantemente; en efecto, tal como lo reconoce el mismo autor, las circunstancias atenuantes y agravantes “completan *accidentalmente* la descripción típica y, consecuentemente, se rigen por las reglas de la tipicidad en lo referente a la subsunción y a la conexión que debe existir entre el tipo objetivo y subjetivo”²³. En otras palabras, estas circunstancias, al estar especificadas en la ley, impactan en la descripción del delito (tipo) y, por lo tanto, en la teoría del delito. Más aún, entre estas circunstancias, se encuentran casos como la imputabilidad disminuida y la minoría de edad, que pertenecen al ámbito de la culpabilidad. Estas cuestiones permiten concluir que Bacigalupo no alcanza a realizar una distinción entre pena natural y delito. Para este autor, la pena natural impacta en la reprochabilidad del agente y, por lo tanto, en el monto de la pena que le corresponde.

Como he afirmado al principio, el delito y la pena son dos dimensiones diferentes. A su vez, la pena natural se distingue del delito y de la pena legal. En su análisis, Bacigalupo no parte de estos presupuestos y confunde la pena natural como una atenuante que impacta en el tipo penal; otras veces, parece confundirla como una circunstancia que afecta la culpabilidad del agente. Si bien las consecuencias son las mismas (disminución o cancelación de la pena por la menor culpabilidad del agente), tal confusión no logra captar el concepto de pena natural en su totalidad. En efecto, en los casos de pena natural nos encontramos frente a un delito. La pena natural no afecta esto, sino que impacta en la pena.

Por esto es que no se puede afirmar que la compensación destructiva cancele el delito. Tampoco se puede apelar al principio de culpabilidad porque lo que interesa en los casos de pena natural no es el delito, sino el sufrimiento del autor y su proporcionalidad con la pena legal. Si bien es cierto que la culpabilidad permite establecer el monto de la pena correspondiente y que no hay pena sin culpabilidad, esto no es lo que se discute en los casos de *poena naturalis*. En estos casos es claro que se está ante una conducta típica, antijurídica y culpable, y que corresponde la aplicación de una condena de v-g- dos años de prisión por la comisión de un homicidio culposo. Sin embargo, esta condena se presenta como injusta; así, es la condena – el monto del castigo – la que se presenta como problemático, no el delito.

Por otro lado, el rechazo de esta postura no es netamente conceptual. La distinción entre delito y pena natural no sólo tiene razón de ser en una distinción

²² RUIZ MIGUEL, A. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)” ... *op. cit.*, pp. 12 – 13

²³ BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general...* *op. cit.*, p. 596

analítica, sino que hay buenas razones morales para reconocerlos como fenómenos diferentes que se encuentran relacionados. Más precisamente, que la pena natural tenga una relación de dependencia con el delito, tiene fundamento en que reconocemos que el accionar del agente es incorrecto. Ha cometido un delito y es culpable de su comisión. Que como causa de esto haya sufrido una pena natural no se sigue que se perdona su accionar incorrecto. La perspectiva comunicativa del castigo reconoce que la condena de los delitos tiene consecuencias positivas en la sociedad, ya que no solo se le comunica al delincuente que ha obrado mal, sino que se reconoce el estatus vulnerado de la víctima y también se comunica a la sociedad que acciones como las cometidas por el delincuente, no son permitidas y no pueden ser pasadas por alto²⁴. Harina de otro costal es la pena que corresponde ante su comisión. En los casos de pena natural la pena no se aplica – o se aplica en menor medida – porque el agente ya se encuentra sufriendo una pena; la imposición de una pena legal importaría un exceso de castigo que no sería tolerable ya que implicaría una violación del principio de igualdad (frente a un mismo delito tendríamos delincuentes cuya pena no se limita a la cárcel, sino que también al sufrimiento propio de la pena natural) y de la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes (por dejar de lado la proporcionalidad del castigo con las circunstancias que rodean el caso), tal como se verá más adelante.

Por estas razones es que la teoría de la compensación de la culpabilidad no puede ser sostenida²⁵. Por su parte, las teorías que apelan a la aplicación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad, o a la clemencia judicial se muestran mucho más promisorias para fundamentar la *poena naturalis*.

3. La clemencia o compasión judicial como fundamento de la *poena naturalis*.

Es posible reconocer otra postura acerca del estatus jurídico de la pena natural, la cual se caracteriza por no provenir del ámbito de la dogmática penal, sino de la filosofía. Entre sus exponentes, nos encontramos con filósofos como Alfonso Ruiz Miguel, Guillermo Lariguet, Luciana Samamé y algunos teóricos anglosajones. Para estos autores, la pena natural se encuentra profundamente relacionada con las emociones morales que tiene – o debería tener – el juez²⁶ o que cimentan – o deberían hacerlo – determinados sistemas jurídicos.

A grandes rasgos, es posible caracterizar a la compasión como “una emoción esencialmente altruista, ya que hace referencia a nuestra susceptibilidad frente a la

²⁴ Esto no solo se encuentra presente en la teoría comunicativa del castigo, sino que también es posible reconocerlo en el republicanismo penal. Ver BRAITHWAITE, J. y PETTIT P. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2015.

²⁵ A su vez, se podría afirmar que esta teoría tampoco sirve para sostener todos los casos de compensación constructiva. El perdón del ofendido y la reparación del daño (podrían sumarse todas las acciones positivas llevadas a cabo por el agente que reconoce que ha obrado mal y quiere reivindicarse ante la sociedad y la víctima, como los trabajos comunitarios) si bien pueden llevar al dictado de un sentencia no condenatoria o absolutoria, no lo es porque desaparece el delito, sino por consideraciones pragmáticas de índole procesal o de política penal, que reconocen la ausencia de un conflicto y, por lo tanto, la falta de necesidad de que el Estado utilice sus recursos para continuar el proceso. De esta manera, sólo la confesión activa (apoyo para desarmar el delito y facilitar la propia condena) podría ser pensada como una cuestión de disminución de culpabilidad, en cuanto menor reproche.

²⁶ Esto no implica caer en un subjetivismo o en un tipo de argumentación que ponga las emociones de los agentes que toman las decisiones, por encima de las normas jurídicas. Por el contrario, estas posturas forman parte del área – si se me permite utilizar este término – de la filosofía que estudia las emociones y su relación con la razón práctica. En los últimos años, los aportes de estos estudios aplicados a la democracia, el derecho y la justicia, son significativos y permiten afirmar que las emociones no son simples procesos irracionales, sino que pueden ser aprendidos y, por lo tanto evaluados como correctos o incorrectos. Ver Amaya, A. y otros (2017); Nussbaum (2006 y 2014) entre otros.

desdicha ajena y al interés concomitante de mitigarla, o cuanto menos, no aumentarla”²⁷. En un sentido semejante, Aristóteles ya la definía como “una pena causada por la presencia de un mal que aparece dañoso o afligente para quien no merece tal suerte, mal que uno mismo o alguno de los suyos teme que podría padecer, y esto, cuando pareciere próximo. Pues, evidentemente, es necesario que quien vaya a compadecer, sea de tal naturaleza, que piense que puede padecer algún mal, o él mismo, o alguno de los suyos, y un mal idéntico al expresado en la definición, o análogo o casi igual”²⁸.

La compasión, entonces, es sufrir con otros, en el sentido de reconocer que el otro está en una situación de sufrimiento, en la que yo también podría estar²⁹. Martha Nussbaum dirá que la compasión contiene creencias³⁰: 1) se requiere de la creencia de que otra persona está sufriendo algo muy grave, 2) que la persona no es totalmente culpable de su situación, 3) que la persona es importante para quien tiene la emoción, 4) la idea de que nosotros somos vulnerables de manera similar y, por último, también requiere de la 5) imaginación empática, donde nos colocamos en el lugar del que está sufriendo. Si bien esta autora niega la necesidad conceptual de 4) y 5), reconoce su fuerza psicológica para lograr que los seres humanos³¹ sientan compasión por los demás.³²

Como afirman Lariguet y Samamé: “la compasión envuelve a la vez componentes afectivos y cognitivos: por un lado, la capacidad de *sentir-con* y experimentar el sufrimiento ajeno; por el otro, tanto la *percepción* de la aflicción que aqueja a un semejante y el *deseo* de aliviarlo, cuanto la *creencia* de nuestra idéntica desprotección frente a la mala fortuna”³³.

De esta manera, en términos generales, se puede aceptar que la compasión es una emoción que, frente al sufrimiento de otro (que no es del todo culpable de su situación), busca mitigar o no empeorar su situación, porque el agente compasivo reconoce que puede ser vulnerable de manera similar.

En particular, Ruiz Miguel comienza señalando que: “La clemencia es una motivación de la gracia bien distinta de la equidad. Entendida en el estricto sentido de compasión, misericordia o piedad, la clemencia induce a moderar o a perdonar a alguien su delito más allá o al margen de las razones de justicia que le hacen merecedor de una determinada pena”³⁴.

²⁷ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial” en: AMAYA, A. y otros. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, México, Tirant lo blanch, 2017, p. 86.

²⁸ Retórica 1384b

²⁹ SNOW, N. “Compassion”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, 1991, p. 197

³⁰ En una obra posterior, Nussbaum aclarará que habla de pensamientos o ideas porque los mismos no necesariamente son formulados o formulables por la vía lingüística verbal. Esto es así, porque la autora no limita su concepto de emoción a las emociones humanas, sino que afirma que ciertas especies animales pueden tener emociones, aunque sean caracterizadas de manera más primitiva. NUSSBAUM, M. *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós, 2014, p. 175.

³¹ La autora, a través de un juego experimental donde acude a ejemplos, sostiene que no es necesario el reconocerse vulnerable o ponerse en el lugar del otro. Por el sólo hecho de ver una persona sufriendo sin que sea totalmente culpable de su situación, ya se está en condiciones de sentir la emoción. Ahora bien, no se puede desconocer los problemas neurológicos, psicológicos y contextuales que pueden nublar la capacidad del agente. En particular, entiendo que Nussbaum está viendo los problemas contextuales, donde el agente al ponerse en un lugar de superioridad o apelar a emociones incorrectas o no democráticas (ej. asco o repugnancia hacia el otro) no logra sentir compasión. En estos casos, los puntos 4 y 5 podrían ayudar a sentir la emoción en cuestión.

³² NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006, pp. 66 – 68

³³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial” ... *op. cit.*, p. 86

³⁴ RUIZ MIGUEL, A. “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)” ... *op. cit.*, p. 2.

Ruiz Miguel sostiene que esta emoción presenta un problema en el ámbito del derecho, más precisamente un dilema entre la clemencia y la justicia. En efecto, entendiendo la justicia como la aplicación del castigo merecido, la clemencia impediría que eso sucediera al disminuir o purgar la pena. El ejemplo que da es el de un juez que, si es indulgente por razones de equidad, no deja de ser justo porque la equidad es una forma de justicia, es decir, es una virtud que se debe ejercer por deber. Pero, si es indulgente por clemencia, entonces abandona el campo de la justicia y acciona injustamente. De aquí que, la clemencia sería incompatible con hacer justicia mediante el castigo merecido³⁵.

El filósofo del derecho español entiende que el problema de justificación de la *poena naturalis* es producto – en parte – de la heterogeneidad de las situaciones que la figura puede incluir y, sobre todo, a su oscura naturaleza conceptual. En particular, con respecto a la naturaleza, el problema es que, si es pena, entonces no es natural; y si es natural, entonces no es pena³⁶. Sólo si la vemos como pena podemos relacionarla con la justicia y, en su caso, compensarla con la pena jurídica³⁷.

Esta distinción es importante en Ruiz Miguel porque permite diferenciar los planos en los que se analizan los daños derivados de la comisión de un delito. Si es una pena, entonces se encuentra relacionado con la justicia. Por el contrario, si no está relacionada con la pena, se lo puede hacer con la clemencia. Más precisamente, “[s]i la consideramos propiamente pena, excluida la intervención deliberada de la divinidad o de la naturaleza, su imputación debe atribuirse a la imprudencia del agente, que con tal imprudencia se hace responsable de su propia mala suerte, pues debiéndola haber previsto se trata de una suerte asumida y, por tanto, merecida. Es verdad que se trata de una imprudencia no delictiva y, por ello, sin consecuencias jurídicas punitivas, pero de ahí a que, además, haya de tener consecuencias jurídicas favorables, descontándola de la pena forense por razones de justicia, hay un salto que no parece justificado. Si la pena natural se imputa por una imprudencia que se suma a la culpa de un delito, lo que tal pena ‘paga’ es aquella imprudencia, claramente distinta de la culpa del delito, sea esta dolosa o a su vez imprudente”³⁸.

Para el autor, un claro ejemplo de este salto argumentativo injustificado es la postura de Bacigalupo, quien – como se vio anteriormente – no distingue las claras diferencias entre la compensación constructiva y la destructiva de la culpabilidad. Frente a esta construcción teórica, el filósofo del derecho español propone concluir que la pena natural, tanto si se la considera como un mal natural y no una pena como si se la considera una pena moral que no exige compensación por razones de justicia³⁹, puede ser un motivo de clemencia. Más aún, la justificación de la pena natural se encuentra en la compasión, más que en la justicia. En los casos de pena natural, los sujetos experimentamos compasión con respecto a la persona que sufrió un daño, con independencia del castigo estatal. Esta emoción daría cuenta de las distintas situaciones que ingresan en la pena natural y las que no. En sus palabras: “[u]n argumento adicional que muestra que el reconocimiento de la pena natural puede ser más una manifestación de compasión que de justicia es la que creo que es la actitud común ante infracciones que tienen una pena jurídica meramente simbólica o no especialmente grave (amonestación, multa leve, arresto breve, etc.), que son casos ante los que podemos mantener la compasión hacia el condenado sin que nos parezca injusto que se aplique la pena forense. Pero si cuando la pena estatal se añade completa a la pena natural experimentamos un sentimiento de injusticia,

³⁵ *Ibíd.*, p. 4.

³⁶ Esto es así – sostiene el autor – porque, lo natural pertenece a la dimensión de lo fáctico y de las relaciones de causalidad, mientras que la pena, a la dimensión de lo normativo y de las relaciones de imputación.

³⁷ *Ibíd.*, p. 9.

³⁸ *Ibíd.*, p. 11.

³⁹ Es llamativo que, luego de criticar las confusiones que existen en torno a cómo calificar el daño en la pena natural, el autor tampoco de una respuesta. Por el contrario, al concluir que la *poena naturalis* se justifica en la compasión, afirma que el problema de la calificación del daño deja de ser importante.

seguramente se debe concebir ese sentimiento como meramente secundario o derivado de nuestra compasión, que sería la razón primaria por la que al menos en algunos casos tendemos a considerar el daño causado como retribuido en parte o en su totalidad⁴⁰.

Ahora bien, si la pena natural se encuentra justificada en la clemencia, esto traería problemas en el ámbito judicial. Los jueces no pueden justificar sus decisiones apelando a emociones, sino que lo deben hacer en base a normas o principios jurídicos. La solución de Ruiz Miguel es la positivización de esta emoción en normas jurídicas que establezcan criterios para identificar los casos de pena natural y la pena estatal sea disminuida o cancelada. De esta manera, dejaría de ser una cuestión de clemencia e ingresaría al campo de la justicia⁴¹.

Esta cuestión es reconocida por Lariguet y Samamé. Estos autores afirman que las emociones no solo se encuentran en el nivel de explicación de una sentencia, sino que también, dadas unas condiciones más específicas, podrían servir para justificar una decisión. En el nivel de explicación se encuentran las motivaciones internas del juez que no necesariamente sirven para justificar una decisión. Que un juez se encuentre enojado tal vez impacte en que dicte condenas más severas, sin embargo, no se podría aceptar esto como un buen fundamento, y convertiría a la sentencia en una decisión arbitraria. El fundamento que se utilice para llegar a la conclusión, pertenece al nivel de justificación de una sentencia. Aquí, los jueces apelan a normas jurídicas para resolver las controversias, sobre la base de los hechos probados en el proceso.

Para estos autores, la compasión puede tener un papel justificatorio en el razonamiento judicial. Esto es por dos razones: la primera tiene que ver con que el concepto de compasión involucra un valor de tipo moral que tiene carácter jurídico en tanto se encuentra reconocido implícitamente en el ordenamiento jurídico argentino. En otras palabras, es posible reconocer un *principio de compasión*, que se deriva del *principio de humanidad* y del reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la pena natural. La segunda razón es que, en determinados casos, la compasión funciona como una pieza normativa que mueve al juzgador a tomar una decisión. Para ilustrar esto, los autores analizan el caso "G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo"⁴² que tiene como acusado a G., por el hecho de haber causado la muerte de su hija de cuarenta y dos días de edad. La acción propiamente dicha consistió en suministrarle alcohol etílico a tal punto de causar una intoxicación que culminó en su deceso. El juez decidió sobreseer al acusado en razón de que no se probó una intención homicida, sino que la falta de instrucción, condición de vida, nivel económico y costumbres de G., permitían inducir que él no tenía el conocimiento ni la capacidad intelectual para poder determinar que se produciría tal evento. De esta manera – afirman Samamé y Lariguet – si el juez no hubiese mostrado sensibilidad ante la situación del acusado, seguramente no hubiera llegado a dicha conclusión⁴³.

Por su parte, es posible encontrar en la literatura anglosajona algunos autores que sostienen que casos como la pena natural encuentran su fundamento normativo en la compasión. Antes de abordar esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que estos teóricos hablan de *mercy*, *compassion* o *leniency*. Todos estos términos comparten un núcleo conceptual, es decir, pertenecen a una familia de conceptos en la que un sujeto A se encuentra motivado a actuar por la mala situación en la que se encuentra un sujeto B.

Uno de los más prominentes teóricos en este sentido es Antony Duff, para quien la compasión no es una aplicación del derecho penal, pero implica una intromisión en

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 14.

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 15 – 16.

⁴² Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, "G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo", 30 diciembre de 2011.

⁴³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" ... *op. cit.*, pp. 95 – 96

dicha esfera por parte de los valores morales que no son materia de justicia⁴⁴. Posicionándose en una concepción comunicativa del castigo, sostiene que los jueces sólo pueden ser compasivos cuando y a causa de que sería inhumano o cruel insistir en el tipo de castigo que el derecho impone. Para ello apela al principio de proporcionalidad⁴⁵: si el delito es menos serio que el sufrimiento, entonces se debe correr el foco del delito y ponerlo en el sufrimiento⁴⁶.

En un sentido similar, John Tasioulas plantea que es necesario que entren en juego el problema del carácter del agente y su historia de vida. Si bien no desconoce que el sistema penal liberal obliga a tomar en consideración al delito y no al delincuente, esto no significa que ciertas circunstancias de vida no sean importantes al momento de juzgar una conducta. Esto es así porque la compasión y los motivos que llevan a las personas a sentirla tienen que ver con una serie de circunstancias que exceden una mera conducta. En el caso particular del derecho penal, la compasión requiere que entren en juego no sólo la conducta reprochada, sino también el carácter del agente y su historia de vida. De aquí que, situaciones como las contempladas por la *poena naturalis*, puedan ser consideradas como merecedoras de compasión y, en consecuencia, de una disminución de la pena correspondiente⁴⁷.

El filósofo australiano sostiene que deben distinguirse las condiciones de la compasión de las causas de justificación o las excusas. Aquí ingresarían todas las circunstancias de la teoría del delito que excluyen el delito, que son distintas a la compasión. Esto es así porque puede suceder un caso donde un sujeto efectivamente haya cometido un delito (no puede alegar alguna circunstancia que lo desincrimine o atenúe su pena) y, sin embargo, sea pasible de compasión⁴⁸.

Por último, una autora que trabaja el problema de la compasión en las decisiones judiciales es Alwynne Smart, quien comienza su trabajo sosteniendo que hay casos que son intrínsecamente malos, mientras que hay otros – ella está pensando en los delitos culposos – que son un campo fructífero para la compasión. Ella va a plantear que la aplicación de la compasión se encuentra injustificada cuando causa sufrimiento a una parte inocente, va en detrimento de la seguridad del acusado, ataca la autoridad de la ley, o cuando es claro que el acusado no se arrepiente o no quiere modificar su carácter delictivo. Si no suceden algunas de estas situaciones, entonces hay buenas razones para la compasión⁴⁹.

En resumen, para esta postura, el estatus jurídico de la pena natural se encuentra en la compasión *qua* emoción moral. Para los autores detallados hay ciertos casos donde la aplicación de la pena establecida en la ley, convertiría la sentencia en injusta. Esto es así porque una decisión justa obliga a aplicar la compasión y, en consecuencia, aplicar una condena menor a la establecida o no condenar al sujeto.

Teniendo en cuenta esto, surgen tres cuestiones problemáticas. La primera es que, de la caracterización de la compasión, se comprende por qué los casos de pena natural son un campo fructífero para esta emoción. En efecto, los delitos de imprudencia facilitan – en palabras de Nussbaum – la imaginación empática; en ellos reconocemos que las acciones cometidas fueron hechas “sin querer”, y que nadie

⁴⁴ DUFF, R. A. “The intrusion of mercy”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Nº 4, 2007, p. 381.

⁴⁵ Para afirmar esto, el autor apela a un ejemplo muy ilustrativo: el caso de un sujeto que se dirige a la casa de su amigo para reprocharle un mal que le ha causado; sin embargo, al llegar se entera que la esposa de su amigo ha fallecido. En esta circunstancia sería inhumano continuar con el reproche, sin que importe la situación personal del agente. DUFF, R. A. “Mercy” en: DEIGH, J. y DOLINKO, D. (edits.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195314854.003.0016.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 369 – 370.

⁴⁷ TASIOULAS, J. “Mercy”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 103, 2003, pp. 116 – 118

⁴⁸ *Ibid.* p. 121.

⁴⁹ SMART, A. “Mercy”, *Philosophy*, Nº 43 (166), 1968, pp. 345 – 350.

está exento de que le suceda algo similar. El problema de esto es que, a la vez que reafirma esto, niega o dificulta su aplicación a los casos de delitos dolosos.

La segunda cuestión problemática se refiere al carácter normativo de la compasión en el derecho penal ¿es una emoción propia del derecho⁵⁰, de los jueces (o demás integrantes del sistema penal) o de las personas que ocupan esos puestos? ¿Es un elemento propio o interno del derecho penal o constituye una intromisión de otra u otras dimensiones? A su vez, surgen cuestiones vinculadas a la delimitación aplicativa de la compasión ¿Es aplicable en los casos que hemos caracterizado como pena natural o también a circunstancias vinculadas al cumplimiento de la pena o la celebración del juicio?; en este caso ¿tienen el mismo fundamento? Estas preguntas no son casuales y han sido abordadas, en parte, por Antony Duff⁵¹ al tratar la compasión en el derecho penal.

La tercera cuestión problemática se encuentra íntimamente vinculada con las dos anteriores y se refiere a que los jueces no pueden justificar sus decisiones apelando a emociones, sino que lo deben hacer en base a normas o principios jurídicos. En este punto es posible encontrar dos respuestas: una de tinte más positiva, en la que Ruiz Miguel propone la positivización de la compasión en normas jurídicas que establezcan criterios para identificar los casos de pena natural y la consecuencia de disminución o cancelación de la pena estatal. De esta manera, dejaría de ser una cuestión de clemencia y pasaría a ingresar al campo de la justicia⁵². Por el otro, una solución más bien integrista – en términos dworkinianos – en la que Lariguet y Samamé proponen un *principio de compasión*, que se encontraría implícito en el derecho argentino por un doble orden de consideraciones. La primera es el marco constitucional que contiene el principio de humanidad de la pena. El segundo, es el reconocimiento tanto jurisprudencial como doctrinario de la pena natural⁵³.

Si bien las tres cuestiones son problemáticas, no cancelan esta propuesta de inmediato. Que los casos culposos sean un ámbito más propicio para la pena natural no es un hecho novedoso, como tampoco significa que no sean aplicables a los delitos dolosos. En los casos de pena natural, uno de los elementos determinantes de su reconocimiento es la proporcionalidad entre el sufrimiento y la pena correspondiente. Es claro que un delito culposo tiene una pena mucho menor que el mismo delito cometido con dolo, situación que facilita reconocer situaciones de desproporcionalidad. Los clásicos ejemplos de accidentes automovilísticos en el que el conductor es responsable de la muerte o severos daños en la salud de un ser querido – o daños severos en su propia salud – dan cuenta una desproporcionalidad más clara que el delincuente que es apuñalado por la víctima durante una golpiza que culmina en su muerte o durante una violación. En estos casos no es el carácter subjetivo del delito lo que se analiza, sino la desproporción entre el daño que recae sobre el delincuente y la pena legal que le correspondería. Mientras que en el primero nos encontramos ante un sufrimiento significativo y una posible pena en suspenso; en el segundo, por el contrario, es un daño menor comparado con la pena que corresponde ante estos delitos atroces.

Por otro lado, existen casos de pena natural en delitos dolosos, lo cual impide negar que la imaginación empática tenga cabida en estos delitos, como dan cuenta diferentes casos jurisprudenciales existentes⁵⁴. Más aún, los mismos jueces

⁵⁰ Con esto me quiero referir a sí el derecho debe ser compasivo, en el sentido de que sus normas tengan la finalidad de que, frente al sufrimiento de una persona, no empeorarla o mitigarla.

⁵¹ DUFF, R. A. "Mercy"... *op. cit.*

⁵² RUIZ MIGUEL, A. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)" ... *op. cit.*, pp. 15 - 16

⁵³ LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" ... *op. cit.*, pp. 95 - 96

⁵⁴ Aunque existan muy pocas, hay sentencias en los que se ha reconocido una pena natural en el marco de juicios por delitos dolosos. Entre los ejemplos jurisprudenciales, tal vez el más claro sea la "Causa n° 40124/2018 (5895)" donde se juzgó a Barrios por el delito de robo con arma en grado de tentativa. El acusado ingresó a una heladería y, con una vara metálica,

reconocen en su argumentación que están frente a situaciones fuera de lo común que no pueden pasar por alto. El que puedan significar estas situaciones y poner el foco de su argumentación en ellas, es porque de alguna manera, puede romperse la distancia que existe entre ellos y el acusado, y la compasión es lo que permite esa ruptura.

Los ejemplos que habilitan, como aquellos que niegan la pena natural, permiten reconocer los elementos cognitivos y afectivos de la compasión. Por un lado, el juez puede experimentar el sufrimiento del otro, en cuanto lo reconoce como un sufrimiento importante que debe ser tenido en cuenta en la sentencia y en la mensuración de la pena. Por el otro lado, hay un claro deseo de no empeorar esta situación. De aquí que la mayoría de los jueces apelen a la prohibición de aplicación de penas inhumanas o del doble castigo. En caso de que hicieran caso omiso a esto, estarían castigando en exceso a la persona.

Con respecto al carácter normativo y a la delimitación de aplicación de la compasión, si bien esto es un problema abierto que debería abordarse para poder darle más precisión a este concepto, esto no significa que no pueda utilizarse. Para responder a estos interrogantes se debería realizar una reconstrucción racional que permita elucidar el concepto de compasión en el ámbito del derecho penal. Pero como bien se sabe, el uso de un concepto no significa que se sepa la teoría sobre el concepto⁵⁵. A su vez, que existan diversos ámbitos de aplicación no obstaculiza su utilización. Bien podría ser que la compasión sea el fundamento de la pena natural, de la aplicación de condenas no carcelarias o de la conquista de distintos derechos en el ámbito carcelario, como el uso de celulares.

El problema que no se puede obviar es el tercero. Nada obsta que la compasión sea el fundamento de la pena natural; sin embargo, para que sea el fundamento jurídico de esta, es necesario realizar un paso más. En efecto, la compasión debe estar estipulada en alguna norma que habilite al juez a aplicarla en un caso particular. Parecería que aquí hay una pugna entre dos respuestas: la de Ruiz Miguel y la de Lariguet y Samamé. Ambas deben ser evaluadas para poder determinar si, en efecto, alguna es el fundamento jurídico de la *poena naturalis*.

Para comenzar, parecería que esta pugna en realidad no es tal. Del desarrollo de ambos trabajos se puede derivar que abordan dimensiones diferentes. Más precisamente, Ruiz Miguel se preocupa por una cuestión previa al fundamento jurídico: el fundamento normativo, esto es qué valor es el que habilita a pensar la pena natural. Harina de otro costal es cómo se materializa – si se me permite el uso de este término – en el derecho. Esto último es lo que intentan responder Lariguet y Samamé. Esto queda claro al observar que Ruiz Miguel apela a la positivización de la emoción en normas jurídicas.

amenazó a los empleados y se dirigió a la caja registradora para apoderarse del dinero que contenía. Luego, les exigió a los dos empleados del local que le entregaran sus teléfonos celulares. Estos se resistieron y comenzaron a golpear a Barrios. Las pruebas demostraron que, mientras uno le sostenía los brazos, el otro lo golpeaba en la cara. El resultado de esto fue que mientras los empleados del local no recibieron ninguna herida, Barrios fue fuertemente golpeado por ambos. En efecto, los golpes que le dieron le generaron laceración lineal en parpado superior derecho, perforación escleral homolateral hora 11- 12 parálisis en estallido ocular, hematoma maxilofacial y edema subcutáneo a nivel palpebral derecho, fractura pared orbital derecha, desviación tabique nasal hacia izquierda. Daños sumados a que el robo no se concretó, por lo cual no hubo una disminución patrimonial del local ni de sus empleados. Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº 15 de la Capital Federal "Causa nº 40124/2018 (5895)", 27 de septiembre de 2018. Ver también: Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, "Sentencia Nº 144 Tº 1 Fº 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ Nº 21-06002324-4", 26 de mayo de 2014.

⁵⁵ AGÜERO-SAN JUAN, S. "¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho" en DOXA, *Cadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, p. 115. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.06; y MORESO, J. J. "Prólogo a Wittgenstein y la teoría del derecho", en NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 17

La existencia de un principio jurídico de compasión tiene un buen fundamento. En efecto, los autores lo tratan como una derivación del principio de humanidad y del reconocimiento de la pena natural. El tratarlo como un principio tiene la ventaja de que forme parte del sistema jurídico⁵⁶. Los principios funcionan como estándares que deben ser observados porque son una exigencia de la justicia. A su vez, se diferencian de las normas jurídicas en que estas últimas son aplicables de manera disyuntivas (si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que se da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión). Por el contrario, los principios no establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Además, se diferencian de las normas en que, en caso de conflictos entre principios, se resuelve de acuerdo al peso⁵⁷ de cada uno en la situación particular⁵⁸.

Ahora bien, el problema se presenta cuando nos preguntamos si el principio de compasión exige que el sistema jurídico sea compasivo o que los jueces sean compasivos en sus sentencias. Alguien podría responder que ambas posturas no son incompatibles. Sin embargo el punto a discutir es que ambas posiciones acarrearán consecuencias diferentes. Si se escoge la primera opción, se estaría posicionando en una postura cercana a Ruiz Miguel y de aquí que sería necesario que esta emoción se vea plasmada en normas. Si se escoge la segunda, se estaría ingresando en un problema más vinculado a la ética judicial. El trabajo de Lariguet y Samamé se encuentra en este campo, pero no por esto se encuentra limitado a él. La conclusión de estos autores es que la compasión es una emoción que se materializa en la sentencia a través del principio de compasión⁵⁹.

Aquí no estoy en condiciones de refutar o confirmar dicha afirmación. Para ello, sería necesario un trabajo independiente que no sólo determine el alcance conceptual de la compasión, sino también que aborde cómo esta emoción impacta en las sentencias judiciales. Esta es una dimensión de análisis que excede el presente trabajo. En concreto, no estoy desechando esta postura, sino que reconozco que debe ser profundizada para lograr una respuesta más lograda.

Sin embargo, hay un punto en este razonamiento que debe ser tenido en cuenta: la apelación al principio de humanidad de las penas. Si bien los autores lo utilizan para derivar el principio de compasión, bien puede ser pensado de manera aislada o en vinculación con otros principios. Esta parece ser la postura por la que optan autores como Zaffaroni, Alagia, Slokar y Vitale, por lo que corresponde abordarla a continuación.

4. La *poena naturalis* como derivación de los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad

La tercera fundamentación de la pena natural tiene a Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, quienes abordan esta cuestión, tanto en el *Manual de derecho penal. Parte general*, como en el libro *Derecho Penal. Parte general*, en la tercera parte, referida a la teoría de la responsabilidad punitiva, más

⁵⁶ De manera muy resumida se podría afirmar que los sistemas jurídicos se encuentran caracterizados por: a) presuponer que las normas jurídicas se encuentran estructuralmente vinculadas; b) que el sistema jurídico se encuentra delimitado y separado de otros sistemas normativos; y c) que esta estructura es distinguible de la de otros países.

⁵⁷ Esta es una caracterización general de los principios que de ninguna manera pretende ser determinante. Sobre cada una de estas características se han escritos innumerables trabajos. En particular, un punto nodal de la discusión es cómo decidir qué principio debe prevalecer ante un conflicto. Más allá de estas cuestiones, que exceden por demás este trabajo, hay un acuerdo generalizado de que los principios tendrían estas características.

⁵⁸ DWORKIN, R. *Taking Right Seriously*, Massachussetts, Harvard University Press, 1978, pp. 22 – 28

⁵⁹ La argumentación llevada a cabo por los autores y la postulación de este principio implícito de compasión permite afirmar que su concepción es cercana a la postura dworkiniana.

precisamente, en el capítulo veintinueve de ambas obras, donde abordan el marco legal de la respuesta punitiva. Su tratamiento se realiza después de haber trabajado sobre la teoría del derecho penal y la teoría del delito. En otras palabras, para Zaffaroni, Alagia y Slokar, la pena natural es un problema de la pena, el castigo o la respuesta punitiva, y no de los elementos del delito.

Como es sabido, cada tipo penal tiene como consecuencia una pena. Esta pena no se encuentra determinada *a priori* por la norma, sino que se establece un marco penal constituido por una pena mínima y una pena máxima. El carácter del mínimo es una discusión abierta en la dogmática penal. Por un lado, hay juristas y jueces que sostienen que el mínimo penal puede ser dejado de lado por los jueces si este se muestra desproporcionado para el caso particular. Por el otro, hay juristas y jueces que afirman que el mínimo penal es imperativo y, por lo tanto, vinculante para los jueces, por corresponder a una facultad del Poder Legislativo que no puede soslayarse por el Poder Judicial. Los juristas que trato aquí, sostienen y defienden la primera postura. Para ellos, estos mínimos deben ser respetados siempre y cuando no exista un conflicto, en el caso concreto, con otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo caso corresponde perforarlos hasta compatibilizarlos con la pena. Estos parámetros serán los llamados *principios*. De aquí que, la solución que propugnan estos juristas – para el caso particular – es el dictado de una sentencia de inconstitucionalidad de los mínimos penales. De manera particular, los casos en los que esto sucedería serían los de penas naturales y los de penas ilícitas⁶⁰.

Ahora bien, Zaffaroni, Alagia y Slokar derivan la pena natural de la aplicación del *principio de proporcionalidad entre delito y pena* o *principio de irracionalidad mínima* y el *principio de humanidad*. Esto es así porque establecer una condena estatal sin tener en cuenta el daño que ha sufrido el acusado, implicaría un exceso en la pena, una desproporción entre el delito cometido y la condena que le corresponde. Además, la imposición de una pena en estos casos importaría una condena sin fundamentos reales. Más precisamente, con esto quedaría en evidencia la irracionalidad del poder punitivo que sólo busca castigar⁶¹.

Con respecto a la obligación de los jueces de observar las circunstancias que rodean la comisión del delito – entre las que se encuentra el conocer si el acusado ha recibido algún daño que impacte en la imposición de pena – los juristas argentinos plantean que son los artículos 40⁶² y 41⁶³ del Código Penal Argentino los que la imponen. Estos son los que permiten determinar la pena que corresponde al autor del delito de manera particular. Si bien el artículo 40 establece una remisión al artículo 41, éste último no da un criterio inflexible de individualización de la pena. Por el contrario, la interpretación de ambos artículos requiere una reconstrucción dogmática⁶⁴. Esto es así, porque, a primera vista, parecería que el Código Penal permitiría individualizar la pena de acuerdo a la personalidad del autor y no al hecho, constituyendo una abierta violación al principio de *culpabilidad por el hecho* que

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 996.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Artículo 40: En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

⁶³ Artículo 41: A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

⁶⁴ ZAFFARONI, E. *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*, Buenos Aires, Ediar, 1988, p. 295

establece la prohibición de evaluar las elecciones de vida de los sujetos. En otras palabras, los jueces solo pueden condenar por los actos que realizan los sujetos.

Para los juristas argentinos el artículo 41 al ordenar que el juez "deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso", estaría abarcando los casos de pena natural. Esto es así porque, al determinar la pena, los jueces no podrían evadir las circunstancias que disminuyen la pena. Si la pena debe perforar los mínimos, lo que corresponde es que los jueces declaren la inconstitucionalidad de estos, de lo contrario se estaría aplicando una pena cruel⁶⁵.

Un autor que se enmarca en esta postura es Gustavo Vitale, para quien la pena constituye una *excusa absolutoria*⁶⁶ derivada de la aplicación de una serie de principios por los que la pena deja de aplicarse por falta de conveniencia o necesidad. Esto no es una opción para los jueces, sino que es obligatorio el reconocimiento de una serie de principios establecidos en la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos que determinan casos de no punibilidad⁶⁷. En otras palabras, para Vitale no es necesario la existencia de una norma que reconozca de manera expresa la pena natural, sino que su aplicación se deriva de una serie de principios jurídicos.

En concreto, para este autor, los principios que se aplican en los casos de pena natural serían los siguientes: estricta necesidad de pena, prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, racionalidad de los actos de gobierno, razonabilidad de las decisiones judiciales y reinserción social como fin de la pena. En sus palabras: "[e]s claro que la imposición de una pena (y más aún de una tan estigmatizante como la privativa de la libertad) no tiene, en [los casos de pena natural], más que una función de *mero castigo innecesario e inconveniente*. La imposición de una pena para los supuestos de la llamada "pena natural", violentaría abiertamente el principio de *estricta necesidad de la pena*. A su vez, importaría una reacción estatal verdaderamente cruel, con lo cual se estaría transgrediendo el principio de *prohibición de las penas crueles, inhumanas o degradantes*. Por supuesto que, a su vez, ello sería un modo ilegítimo de desconocer el principio de *racionalidad* de los actos de gobierno y de *razonabilidad* de las decisiones judiciales, resultando la pena en concreto una respuesta del Estado incapaz de servir para el cumplimiento del fin de "reinserción social" que las normas fundamentales le atribuyen a su ejecución"⁶⁸.

Los casos jurisprudenciales donde se ve materializada esta postura son abundantes⁶⁹. En "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado" el juez debía decidir si condenaba a un sujeto por haber sido el responsable de la muerte de su esposa al intentar sobrepasar un camión mientras doblaba en una esquina. La sentencia determinó que el acusado era responsable del delito y declaró la inconstitucionalidad – para el caso particular – de la pena establecida en el Código Penal por resultar cruel, inhumana, desproporcionada, irrazonable y superflua⁷⁰.

⁶⁵ ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. *Derecho penal. Parte general ... op. cit.*, p. 997

⁶⁶ El autor enumera una serie de circunstancias en diversas legislaciones por las que la pena – por la comisión de determinados delitos – ha dejado de ser necesaria. Algunas de ellas son: el desistimiento voluntario en la tentativa (cuando el sujeto se cancela la comisión del delito, la tentativa deja de tener relevancia penal), la comisión de determinados delitos patrimoniales en contra de ciertos parientes, la reparación del daño causado hacia la víctima, entre otras.

⁶⁷ VITALE, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", en: OUVIÑA, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal, 75º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 115 – 117

⁶⁸ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁹ En este punto es necesario establecer una distinción entre la postura de estos autores sobre el estatus jurídico y la definición que dan de pena natural. Al momento de estudiar las sentencias que aplican la pena natural, es común encontrar que los jueces apelen a la definición de Zaffaroni, Alagia y Slokar, pero que durante el desarrollo de su argumentación se distancian de la postura sobre el estatus de la pena natural, o lo apliquen incorrectamente.

⁷⁰ Juzgado Correccional Nº 1 de Bahía Blanca, "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado", 31 de agosto de 2015.

En otra situación, al momento de analizar si correspondía dictar el sobreseimiento del acusado, un juez sostuvo: “[a]ctuar con esta flexibilidad e interpretación amplia, se sustenta en la propia Constitución Nacional (principios de legalidad y humanidad), de los principios elementales del texto adjetivo (principio de inocencia) y de la necesidad de dar a cada uno lo suyo (principio de proporcionalidad), los cuales se verían seriamente vulnerados de avanzar en estas actuaciones contra BIANCHI SUÁREZ al dictar su procesamiento y estigmatizarlo aún más”.⁷¹

Por último, un claro ejemplo de aplicación del principio de humanidad se dio al momento de que un juez analizara el monto de la pena a imponer en un caso donde el acusado había sufrido severos daños en su salud: “para dotar a este pronunciamiento de un margen elemental de racionalidad, en base a un umbral mínimo de respeto al principio de humanidad, esas severísimas afecciones necesariamente deben ser consideradas al determinar judicialmente cuál debe ser, efectiva y concretamente, la sanción a imponer”.⁷²

Como se observa, estos autores tratan a la pena natural en el marco de la teoría del castigo y no en la teoría del delito. Por esta razón, superan la crítica que se hizo a la postura de compensación de culpabilidad, en relación a la falta de reconocimiento de la distinción entre delito y pena natural. La pena natural no impacta en los elementos del delito. El autor ha delinquido – o ha cometido un injusto – y eso no se discute, el problema está en cómo impacta este sufrimiento en la pena legal.

Los principios a los que apelan, además, logran abarcar los aspectos determinantes de la pena natural. El principio de proporcionalidad, aplicado a esta situación, prohíbe que el monto de la pena legal no tenga en cuenta los daños y sufrimientos que recaen sobre el acusado. El principio de humanidad, se encuentra profundamente vinculado con el de proporcionalidad al prohibir la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes. Como ya lo sostuvo Cesare Beccaria: “el fin de las penas no es atormentar y afligir un ser sensible ni deshacer un delito ya cometido. [...] El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraher (sic) a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo”⁷³.

Al imponer una pena sin tener en cuenta el daño sufrido – o que está sufriendo – por el acusado, la pena no sólo sería desproporcional, sino también inhumana porque aumentaría el dolor sobre el condenado. De esta manera, el castigo penal en una sociedad liberal no busca la pena más dolorosa, sino aquella que logre el arrepentimiento por los medios menos violentos. Los teóricos del derecho penal son conscientes que la prisión no cumple este último requisito. Las propuestas de medidas alternativas a la prisión son comunes en las producciones de la teoría penal. Sin embargo, también reconocen que la cárcel es una realidad existente. Por esto es que el castigo penal no sólo funciona como la *última ratio*, sino que, en caso de aplicarse, debe cumplir los principios de humanidad y proporcionalidad; caso contrario, el Estado estaría actuando de manera irracional.

Otra ventaja que presenta esta postura es que se encuentra presente en la mayoría de las sentencias que aplican la pena natural. En efecto, los jueces al abordar esta cuestión, fundamentan su decisión en los principios de humanidad y proporcionalidad.⁷⁴ Además, el apelar a estos principios no es una cuestión exclusiva

⁷¹ Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, “Bianchi Suárez s/Sobreseimiento”, 01 de febrero de 2012.

⁷² Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, “Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra”, 4 de agosto de 2016, pp. 15.

⁷³ BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 33 – 34

⁷⁴ Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, “Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas”, 05 de mayo de 2011; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional

de estos autores, ni es contraria a la perspectiva comunicativa. Teóricos como Patricia Ziffer⁷⁵, Gustavo Vitale⁷⁶, Antony Duff⁷⁷ y John Tasioulas⁷⁸ apelan expresamente a la humanidad de las penas y a la necesidad de que los jueces dicten sentencias que no sean desproporcionadas ni irracionales en orden al fin comunicativo del castigo.

En efecto, Tasioulas describe cuatro casos de aplicación de la compasión, entre los que se encuentran aquellos caracterizados aquí como pena natural. El problema aquí es que la pena establecida en la ley es excesivamente grave. El principio de humanidad impide imponer penas crueles. Para este autor, la compasión sería el *input* que permitiría disminuir la pena para respetar este principio y poder cumplir los objetivos de la perspectiva comunicativa del castigo⁷⁹. Duff, por su parte, afirma que los casos en que un juez puede ser compasivo son aquellos en los que sería inhumano o cruel insistir con el tipo de castigo que la legislación penal establece⁸⁰.

Un camino diferente, pero no por eso contradictorio, es el que toma Jesús-María Silva Sánchez, quien niega que la aplicación de la *poena naturalis* se deba a los principios de humanidad o compasión. Por el contrario, para el profesor español, lo que aquí rige es el principio de proporcionalidad en sentido amplio, esto es, que el Estado no incurra en un exceso en contra del agente sobre el que recaerá el castigo⁸¹. Sin embargo, esto no importa un desprecio por el principio de humanidad. El autor lo reconoce en aquellos casos en los que sería inhumano condenar a alguien o, hacerle cumplir una pena de cárcel. Los ejemplos en los que piensa son de acusados que enferman o tienen afecciones de tal gravedad que, en caso de que se encarcele, importarían agravar el sufrimiento⁸².

Como es sabido, en muchos casos de pena natural los acusados se encuentran con serios problemas de salud física⁸³ o mental⁸⁴, que se agravarían si fuesen

Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012; Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, "Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra", 4 de agosto de 2016; voto de los jueces Diez Ojeda y González Palazzo en la causa "Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación" Cámara Nacional de Casación Penal - Sala IV, 4 de octubre de 2010; Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal "Causa n° 40124/2018 (5895)", 27 de septiembre de 2018; Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, "Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4", 26 de mayo de 2014; Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, "Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259)", seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo", 11 de febrero de 2016; Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado", 31 de agosto de 2015; Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, "G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo", 30 diciembre de 2011.

⁷⁵ ZIFFER, P. S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad Hoc, 2013.

⁷⁶ VITALE, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal" ... op. cit.

⁷⁷ DUFF, R. A "The intrusion of mercy" ... op. cit.

⁷⁸ TASIOULAS, J. "Mercy" ... op. cit.

⁷⁹ TASIOULAS, J. "Mercy" ... op. cit., p. 119.

⁸⁰ DUFF, R. A "The intrusion of mercy" ... op. cit., p. 370.

⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018, p. 161

⁸² *Ibid.*, pp. 141 - 142.

⁸³ Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal "Causa n° 40124/2018 (5895)", 27 de septiembre de 2018; Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012; Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, "Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra", 4 de agosto de 2016; y Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, "Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4", 26 de mayo de 2014.

⁸⁴ "Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, "Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas", 05 de mayo de 2011; y Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, "Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-

condenados a prisión. Además, el principio de humanidad, tal como es afirmado por Zaffaroni, Alagia, Slokar y Vitale, entre otros, no entra en conflicto con el principio de proporcionalidad, sino que ambos se encuentran profundamente vinculados, a tal punto que es posible afirmar que una pena desproporcionada por exceso implica una pena cruel, inhumana o degradante.

Con esto, me encuentro en posición de afirmar que el estatus jurídico de la pena natural se encuentra en la aplicación de los principios de proporcionalidad, humanidad e irracionalidad mínima. Como se verá a continuación, estos tres se encuentran – explícita e implícitamente – en la constitución argentina, y la conjunción de estos principios da el marco jurídico para reconocer la *poena naturalis* de manera coherente con la perspectiva comunicativa del castigo.

Al poner el foco en la pena y no en el delito, estos principios escapan al falso problema del delito como centro de la *poena naturalis*. En los casos de pena natural hay dos hechos analíticamente diferenciables: el delito y los daños o sufrimientos – pena natural. Estos daños o sufrimientos adquieren entidad porque son de tal gravedad que obligan a poner el foco sobre ellos, en vez de sobre la pena legal. El principio de proporcionalidad obliga a que la pena estatal sea proporcional al delito en un sentido amplio, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias que lo rodean, entre ellas, el sufrimiento del acusado. Además, la proporcionalidad se establece en base a una serie de consideraciones razonables, aceptando que no es necesario llegar a la proporcionalidad justa.

5. Valor normativo de los principios en la aplicación de la pena natural

Aceptado esto, sólo queda un problema por abordar y es el vinculado con cuál es el valor normativo de estos principios ¿Son obligatorios o simplemente indicativos para los jueces? En otras palabras, los jueces ¿están obligados a reconocer la pena natural como un fenómeno que impacta en la condena de un culpable? Estas preguntas surgen de una discusión entre diferentes concepciones que se encuentran presentes en la jurisprudencia. Más precisamente, es común encontrar en las sentencias de los tribunales federales, posturas positivistas que desarrollan argumentaciones en contra del reconocimiento de la pena natural porque la legislación penal no la contempla. Más aún, señalan que las legislaciones que lo hacen, lo limitan a los delitos de imprudencia o con penas mínimas.⁸⁵ Esta postura entra en colisión con la señalada anteriormente que, aunque reconoce la ausencia de normas específicas, fundamenta que la aplicación de la *poena naturalis* se encuentra en principios jurídicos.

Es claro que los principios jurídicos se diferencian de las normas jurídicas en varios sentidos. Mientras estas últimas se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplican o no a los hechos particulares; los principios funcionan como estándares que deben ser observados. De aquí que la formulación de los dos sea diferente. Los principios se establecen de manera amplia, estableciendo derechos que pueden cumplirse de diferentes maneras. El principio de humanidad no dice qué castigo es el correcto, cómo debe llevarse a cabo, quién puede ser castigado; simplemente establece que el castigo no puede ser cruel, inhumano o degradante. Las normas, por su parte, sí lo hacen. En Argentina, la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad establece minuciosamente cómo debe ser el establecimiento carcelario, cómo debe funcionar, quién puede ingresar, qué requisitos se deben cumplir para poder salir, quién es el encargado de permitir salidas o ampliar los beneficios, etc.

0007259), seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo”, 11 de febrero de 2016.

⁸⁵ Cámara Federal de Casación Penal – Sala III, “Cueva, Ariel Daniel y Denis, Cesar Oscar s/recurso de casación”, 10 de septiembre de 2012; voto del juez Eduardo Rafael Riggi en la causa “Paz Castaño, Jonathan Damián y Campusano, Leonardo Elías s/recurso de casación” de la Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III, 16 de abril de 2010; y voto de los jueces Gustavo M. Hornos y Mariano González Palazzo en la causa “Carrasco, Jaime Sandro s/recurso de casación”, Cámara Nacional de Casación Penal – Sala IV, 5 de mayo de 2010.

Aunque estas dos características son aceptadas y compartidas, existen un sinnúmero de discusiones abiertas en torno a una clara conceptualización de los principios y qué es lo que los diferencia de las normas jurídicas. Una de estas se refiere a dónde se encuentran establecidos estos principios.⁸⁶ En el caso particular que nos toca abordar, no todos los principios que reconocen la pena natural se encuentran explícitos en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Sólo el principio de humanidad encuentra un desarrollo específico en estos instrumentos, al prohibir penas crueles, inhumanas o degradantes.

El artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina expresamente dice: "Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice".

En el mismo sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁸⁷, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁹ establecen expresamente el principio de humanidad de las penas. Más aún, entre estos instrumentos de jerarquía constitucional, se encuentra la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que se encarga de abordar este principio de manera específica.

El principio de irracionalidad mínima, por su parte, se encuentra implícito y requiere una reconstrucción a la luz de los artículos 1⁹⁰ y 33⁹¹ de la Constitución Nacional. Ambos apelan a la forma de republicana de gobierno. Sin ingresar a los debates en torno a la mejor reconstrucción de este tipo de gobierno, es posible afirmar que hay un acuerdo mayoritario en que los actos de gobierno deben sustentarse en buenas razones y, como tales, no basar las acciones políticas en fundamentos irracionales o irrazonables. De esta manera, una condena que imponga un castigo sin reparar en la pena natural que se encuentra sufriendo el agente, sería irracional, ya que implicaría un castigo que sólo busca castigar, sin importar si existe una desproporción entre la condena legal y el sufrimiento.

A su vez, el principio de proporcionalidad también se encuentra implícito en el sistema jurídico y surge del juego de varios principios, entre ellos, los dos nombrados anteriormente. Para Gustavo Vitale, la proporcionalidad "surge de los principios de igualdad ante la ley, de racionalidad, de razonabilidad y de culpabilidad por el hecho"⁹². Teniendo en cuenta estos principios y los instrumentos donde se encuentran plasmados, Vitale afirmará que su aplicación no es una opción para los jueces, sino que es obligatorio. En otras palabras, no es necesaria la existencia de

⁸⁶ Con estas afirmaciones pretendo poner de resalto que no desconozco las problemáticas vinculadas a los principios. Por el contrario, las reconozco y por ello estoy en condiciones de decir que ingresar al debate excede por demás el presente trabajo. La situación particular de estos principios, parece superar estas discusiones y abrir el camino para dar una respuesta acerca de su estatus normativo.

⁸⁷ Artículo XXV: ... Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

⁸⁸ Artículo 5º: Nadie estará sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁸⁹ Artículo 7º: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 10: 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

⁹⁰ Artículo 1º: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

⁹¹ Artículo 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

⁹² Vitale, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal" ... op. cit. p. 76.

una norma que reconozca de manera expresa la pena natural, sino que su aplicación se deriva de una serie de principios jurídicos⁹³.

Ahora bien, una crítica en contra de esto es que los principios al no funcionar como normas, tampoco las pueden suplir, por lo que sería un exceso de atribuciones pedirles a los jueces que determinen cuándo estos principios habilitan la disminución de una condena por la pena natural. Sin embargo, no necesariamente debe suceder esto. Como afirmé en la introducción, hay una serie de elementos compartidos por la práctica (existencia de daños o sufrimientos producto de la comisión del delito, desproporción entre estos y la pena legal, y arrepentimiento del acusado) que permiten elucidar que se está ante un caso de pena natural. Para hacer esto, es necesario que el juez aborde las circunstancias que rodean el caso. Esto no es una opción, sino una exigencia que se encuentra establecida en los artículos 40 y 41 del Código Penal. Estas normas obligan al juez a que tome conocimiento del delito, la víctima y las circunstancias del delito. Más aún, estas normas al referirse a la determinación de la pena, se deben interpretar bajo la luz de los principios nombrados (humanidad, irracionalidad mínima y proporcionalidad), lo que permite reconocer las circunstancias que habilitan el reconocimiento de la *poena naturalis* y, en su caso, disminuir o cancelar la condena.

Por otro lado, si la aplicación o reconocimiento de la pena natural fuera facultativo – en el sentido de que, dadas estas circunstancias, se condene sin más – podría suceder que hechos similares tengan condenas diferentes. Si frente a un caso de accidente automovilístico, donde el acusado es el responsable de haber causado la muerte de un ser querido y las pruebas dan cuenta de un profundo sufrimiento y arrepentimiento del agente, no podríamos aceptar que en uno se cancele la pena y en otro haya una pena de prisión efectiva. Esto sería una abierta violación al principio de igualdad ante la ley. Por esta razón, el reconocimiento de la pena natural se deriva de los principios de proporcionalidad entre delito y pena o de irracionalidad mínima y de humanidad. A su vez, los arts. 40 y 41 del Código Penal obligan a los jueces a reconocer los rasgos prototípicos de la pena natural. No se puede negar la obligatoriedad de estos principios y normas, como tampoco el reconocimiento de la pena natural, una vez acreditada la existencia de sus elementos constitutivos. De aquí que una sentencia que alegue la falta de normas específicas en la legislación o se limite a los casos establecidos en los códigos procesales, sería a todas luces injusta ya que implicaría una clara violación a estas normas y principios.

6. Conclusión

En el presente trabajo me interesé por abordar un problema específico dentro del fenómeno de la *poena naturalis*: su estatus jurídico conceptual o su naturaleza jurídica. La literatura reconoce tres concepciones diferentes. La primera propugna que la pena natural obedece a una compensación destructiva de la culpabilidad, según la cual, los daños que recaen en el agente implican una menor culpabilidad y, por lo tanto, una pena menor. Deseché esta postura porque, al ubicar a la pena natural como un problema de culpabilidad, deja de lado varios elementos que permiten reconocer y justificar su funcionamiento. En segundo lugar, la postura que defiende a la compasión o la clemencia judicial como fundamentos de la pena natural, si bien se asienta sobre presupuestos teóricos firmes y brida luz para interpretar diversos aspectos del funcionamiento de la *poena naturalis*, presenta un desarrollo *embrionario* en términos conceptuales. En efecto, una tarea necesaria para poder postular su defensa es la conceptualización de la compasión en el derecho y su funcionamiento en el razonamiento judicial. No pienso que esta postura sea incorrecta, sino que requiere mayor profundización teórica, tarea que implica un análisis independiente. La última postura no reniega de los planteos de la segunda – de allí que varios de sus teóricos se puedan asentar aquí – sino que se enfoca en un análisis netamente jurídico: los principios de proporcionalidad, humanidad e

⁹³ *Ibíd.*, pp. 115 – 117.

irracionalidad mínima son los que permiten fundamentar la pena natural. Esta concepción es la que mejores argumentos presenta para justificar y fundamentar este fenómeno; además, permite concluir que su reconocimiento judicial no es una opción, sino una obligación por parte de los jueces.

Bibliografía

- AGÜERO-SAN JUAN, S. "¿Qué involucra un análisis conceptual en red? Alcances de una imagen strawsoniana para la teoría del derecho" en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 2018, pp. 101 - 109. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.06
- BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor y poena naturalis en el derecho penal actual" en: Ouviaña, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal*, 75º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 131 - 152.
- BACIGALUPO, E. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hamurabi, 2016.
- BECCARIA, C. *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.
- BRAITHWAITE, J. y PETTIT P. *No sólo su merecido. Por una justicia penal que vaya más allá del castigo*, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2015.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. "La pena natural" *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, año XX, Nº 4797, Madrid, 1999, pp. 1 - 5.
- DUFF, R. A. *Punishment, communication and community*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DUFF, R. A. "The intrusion of mercy", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Nº 4, 2007, pp. 361 - 387.
- DUFF, R. A. "Mercy" en: DEIGH, J. y DOLINKO, D. (edits.) *The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, DOI: 10.1093/oxfordhb/9780195314854.003.0016
- DWORKIN, R. *Taking Right Seriously*, Massachussetts, Harvard University Press, 1978.
- DWORKIN, R. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Traducción y notas por Roberto Rodríguez Aramayo), Madrid, Gredos, 2010
- LARIGUET, G. y SAMAMÉ L. "El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial" en: AMAYA, A. y otros. *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, México, Tirant lo blanch, 2017, pp. 81 - 103.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, D. *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MORESO, J. J. "Prólogo a Wittgenstein y la teoría del derecho", en NARVÁEZ, M., *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 13 - 24.
- NUSSBAUM, M. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y ley*, Buenos Aires, Katz Editores, 2006.
- NUSSBAUM, M. *Emociones políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?*, Barcelona, Paidós, 2014.
- ROXIN, C. *Problemas básicos del derecho penal*, Reus S.A, Madrid, 2017.
- RUIZ MIGUEL, A. "Gracia y justicia: el lugar de la clemencia (En torno a la pena natural)", *InDret Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, Año 2018, pp. 1 - 25.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2018.
- SMART, A. "Mercy", *Philosophy*, Nº 43 (166), 1968, pp. 345 - 359, DOI 10.1017/S0031819100062872.
- SNOW, N. "Compassion", *American Philosophical Quarterly*, vol. 28, núm. 3, 1991, pp. 195 - 205.

- TASIOULAS, J. "Mercy", *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, Vol. 103, 2003, pp. 101 – 132.
- VITALE, G. L. "Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal", en: OUVIÑA, G. et al., *Teorías actuales en el derecho penal*, 75º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1998, pp. 71 – 130.
- ZAFFARONI, E. *Tratado de derecho penal. Parte general. Tomo V*, Buenos Aires, Ediar, 1988
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA A. y SLOKAR, A. (2015) *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZIFFER, P. S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Bs. As., Ad Hoc, 2013.

Jurisprudencia citada

- Cámara de Apelaciones Penal de Rosario, "Sentencia N° 144 T° 1 F° 247/249 en el Legajo Judicial CUIJ N° 21-06002324-4", 26 de mayo de 2014.
- Cámara Federal de Casación Penal – Sala III, "Cueva, Ariel Daniel y Denis, Cesar Oscar s/recurso de casación", 10 de septiembre de 2012.
- Cámara Nacional de Casación Penal – Sala III "Paz Castaño, Jonathan Damián y Campusano, Leonardo Elías s/recurso de casación", 16 de abril de 2010.
- Cámara Nacional de Casación Penal – Sala IV "Carrasco, Jaime Sandro s/recurso de casación", 5 de mayo de 2010.
- Cámara Nacional de Casación Penal – Sala IV, "Zeni, Cristian Maximiliano s/recurso de casación", 4 de octubre de 2010.
- Juzgado en lo Correccional N° 3 del Departamento Judicial Quilmes, "Causa N° 992/2015 (registrada en la Secretaría única de este Juzgado bajo el N° J-0007259), seguida a Silvia Beatriz Espinola por el presunto delito de homicidio culposo", 11 de febrero de 2016.
- Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012
- Juzgado Correccional N° 1 de Bahía Blanca, "Paredes Roberto Marcial S/ homicidio culposo agravado", 31 de agosto de 2015.
- Juzgado de Garantías N 8 de Lomas de Zamora, "G. s/Homicidio Agravado por el Vínculo", 30 diciembre de 2011.
- Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Criminal y Correccional Federal, "Bianchi Suárez s/Sobreseimiento", 01 de febrero de 2012.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Neuquén, "Almendras, José Alberto s/Delito s/Las Personas", 05 de mayo de 2011.
- Tribunal en lo Criminal N° 5 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, "Causa nro. 07-02-002086-15, registro interno nro. 4844/5, seguida a Brian Leonel Giménez, en orden a los delitos de robo agravado por ser cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra", 4 de agosto de 2016.
- Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 15 de la Capital Federal "Causa n° 40124/2018 (5895)", 27 de septiembre de 2018.
- Tribunal Supremo de España – Sala de lo Penal, "Sentencia N° 307/2008 de fecha 05/06/2008".

Cooperación Judicial Penal en la UE, Iuspluralismo y Derechos Fundamentales. Una descompasada melodía

Criminal Judicial Cooperation in the EU, Jurisprudence and Fundamental Rights. A decompassionate melody

Isabel Martínez i Cid ¹

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Sumario: 1. Introducción. 2. El horror como inercia cooperatoria. 2.1. La Europa de los derechos. 2.2. La disfuncional confianza y reconocimiento mutuo. 3. La gestión del iuspluralismo. 3.1 El individuo frente al proceso penal transnacional. 4. Los miedos en la asintonía jurídica de la Unionización del Proceso penal. 5. Bibliografía.

Resumen: Con el presente artículo se pretende realizar una pequeña aproximación a cómo se conjugan los instrumentos cooperatorios en la UE y cuál debería ser su polifonía jurídica. Se abordará el mismo con una breve introducción histórica con carácter pluridimensional y multidisciplinar, de manera que permita entender esa nueva realidad, conocer las sinergias jurídicas, tensiones y distorsiones que se producen en el ámbito de la cooperación judicial penal en la UE². Para ello se hará necesario, siquiera sea de soslayo, introducirse en el alocado diálogo jurídico habido, por un lado, entre UE y EM y, por otro, entre éstos y los tribunales nacionales y supranacionales.

Palabras clave: Cooperación Judicial Penal Internacional, derechos fundamentales, pluralismo jurídico, diálogo jurídico, no regresión.

Abstract: The aim of this paper is none other than to offer a brief overview of how the instruments of cooperation are combined in the EU and what their legal polyphony should be. To this end, I propose a brief historical, multidimensional and multidisciplinary approach, which will allow us to understand this new reality. To know the synergies, tensions and legal distortions that occur in the field of judicial cooperation in criminal matters in the EU. To do so, it will be necessary, at least in passing, to delve into the disparate legal dialogue that exists between the EU and the MS, on the one hand, and between the latter and the national and supranational courts, on the other.

Keywords: International criminal judicial cooperation, fundamental rights, legal pluralism, legal dialogue, non-regression.

¹ Licenciada en Derecho (UAB), Licenciada en Criminología (UIC); Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales (UPF); Máster de Criminología, Política Criminal y de Seguridad; Doctorando en la EIDUNED, línea 9 de investigación -Cooperación judicial penal en la UE, director de la investigación Dr. Ignacio Gutiérrez Gutiérrez.

² En adelante CJP.

1. Introducción

El presente artículo tiene su génesis en la preocupación creciente, que alberga quien suscribe estas líneas, en relación con las derivas securitarias de Estados, organismos y tribunales, derivas que tienen su reflejo también en el ámbito de la cooperación judicial penal en el concreto entorno de la UE, y en cómo se tutelan y garantizan los esenciales derechos procesales en los procesos transnacionales³. De ahí esta sucinta aproximación a cómo se conjugan esos instrumentos cooperatorios y la polifonía jurídica resultante. El ideal es conocido por todos: conseguir que cada instrumento se mimetice, adapte y fusione para, sin perder su identidad, susurrar armónicamente en pro de la seguridad en la UE, pero sin anular otros sonidos mayores, como son la libertad y la justicia. Para ello deberemos adentrarnos en la caverna, en un intento de llegar a vislumbrar qué proyectan las sombras. Si bien es cierto que sólo unos pocos privilegiados tocaron el mundo de las ideas, ello no obsta para que no cesemos en el intento de saber qué proyecta as sombras en el ámbito cooperatorio. De modo que se intentará generar un debate que nos ayude a saber cómo debería ser aquel anhelado sistema penal justo y con él, el equilibrio cooperatorio adecuado, que nos facilite superar las distorsiones que se produzcan. Y para ello, se hará necesario adoptar una visión pluridimensional y multidisciplinar, alejada de anquilosamientos doctrinales, que permita comprender cómo es esa nueva realidad y qué sinergias e interlocuciones jurídicas se provocan, sin miedo a ellas.

Lo primero será echar la vista atrás y tener muy presente que la cooperación⁴ no es un invento de la modernidad, pues hay constancia de ella ya en viejos textos, grafías o instrumentos cooperatorios relativos a temas de asilo, piratería o extradición etc. Así, en el tratado de paz de Kadesh⁵ se contenían disposiciones relativas a la extradición recíproca de fugitivos, al igual que en las Sagradas Escrituras o en los textos de la Grecia y Roma Clásicas etc. Autores como DEL ROSAL⁶ mantenían incluso que, anteriormente, en los pueblos europeos ya existían colaboraciones en el ámbito del Derecho penal/reprobatorio, si bien dispersos, y ocasionales⁷, en el concreto caso de la Península, entre los íberos, se han constatado los “pactos de hospitalidad”, instituciones que durante el Bajo Imperio Romano se unirían a las clientelas imperiales que, una vez caído el Imperio, permearon con fuerza el Derecho canónico, Derecho éste que fue de gran influencia entre los monarcas medievales.

Con esta fugaz mirada atrás tan sólo se busca apuntar que las interrelaciones con otros clanes, pueblos, Estados y, con ello, los conflictos para con sus normas, no es una cuestión moderna⁸, si bien es cierto que no será sino entre el S. XVIII y

3 Trabajo extractado de la investigación Doctoral que se está elaborando bajo la dirección del Dr. Don Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, EIDUNED, Línea 9 de investigación, Cooperación Judicial penal Internacional en la UE: “El derecho de audiencia y, con él, a un juicio justo, a la vista de los nuevos instrumentos cooperatorios penales en la UE: su tutela y garantía”.

4 Configurada como relación de ayuda y cooperación interestatal.

5 FATÁS, G. *Tratado Egipcio-Hitita De 1278*. Historia Antigua, UZAr, 2009. Consultado en línea 12/10/21 en: http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/culturas_antiguas/poa/tratado1278.pdf.

6 DEL ROSAL, J. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General, (Manuel Cobo), vol. I, Madrid: Darro, 1976, p. 156 (150-172).

7 ROJAS DONAT, L. “El sistema probatorio medieval de los germanos visto por historiadores alemanes del derecho del siglo XIX y de comienzos del siglo XX”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. 34, 2012, pp. 483-507. Consultado el 12/10/21 en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552012000100015>.

8 Si bien se considera a Hugo Grocio como el autor que, sobre la base del Derecho Natural, teorizó sobre la extradición, no pueden dejarse de lado, por su importancia a, ente otros, los maestros de la escuela de Salamanca, quienes llevaron a cabo los primeros grandes estudios de base humanista y de Derecho Natural sobre la jurisdicción universal y procesos de extradición («Aut dedere aut judicare»): Francisco De Vitoria/Gasteiz, Francisco Suárez etc...

XIX⁹ que el proceso cooperario por excelencia, la extradición, mutará y dejará de ser un poder soberano pseudo-ilimitado¹⁰ para, a finales del XIX, mediados del XX, derivar en normas jurídicas de Derecho internacional de corte convencional, que afrontaban ya problemas formales y materiales relacionados con la internacionalización del Proceso penal (la extraterritorialidad)¹¹. De manera que asilo y extradición, durante largo tiempo, fueron el eje central de la cooperación penal internacional, y en su aplicación, tanto ayer como hoy, el miedo a la pérdida de la soberanía, la seguridad territorial y sus interrelaciones generaban desconfianza entre monarcas, soberanos y gobiernos, quienes actuaban regidos básicamente por criterios de oportunidad política.

2. El horror como inercia cooperatoria.

Tras las grandes guerras el paradigma penal mundial cambió, abrumado por las aberraciones vividas y concienciados los Estados y sus gobernantes de la necesidad de trabajar de consuno en pro de la paz y la seguridad, se vieron obligados a hacer un esfuerzo en entenderse y relacionarse, a generar confianza y seguridad. A resultas de ello surgió la necesidad de dotar de contenido substancial a esas sinergias jurídicas, evidenciándose también la necesidad de generar un sistema jurídico-político nuevo. Y la forma de hacerlo no podía ser otra que constitucionalizando los Estados y/o Naciones. Así pues, durante la postguerra, una idea palpitaba entre los juristas y pensadores de la época: la de impedir la repetición de situaciones tan inhumanas como las vividas; y para ello, había que evitar una nueva regresión en materia de derechos. Será pues en esa etapa en la que se iniciará un proceso de adecuación del poliédrico concepto de lo justo y la Justicia, se redefinirán sistemas procesales, entendidos como producto humano redactado para una colectividad y, como tales, capaces de producir una afectación directa a aquélla en general y a los individuos en particular¹². Esa nueva Europa se iniciará en los períodos de pre y entreguerras. Así, los acuerdos, convenciones, tratados y alianzas alcanzados en pro de objetivos comunes ayudaron a que, a finales del siglo XIX y mitad del XX se forjaran los pilares del Derecho Internacional tal y como lo conocemos hoy en día, asentado en la resolución de conflictos negociados, con prohibición expresa del uso de la fuerza como medio de resolver controversias, y en el que, en paralelo, se desarrollaba, no sin renuencias, un espacio de cooperación en el ámbito penal. A aquella primera vorágine cooperatoria le seguiría una época de dudas, renuencias y virajes,¹³ alentada por Estados con una concepción férrea y autárquica de la soberanía y la territorialidad, que acabó derivando en que organismos internacionales encargados de la protección tomaran decisiones céleres por vía de acuerdos y consensos, anquilosando el complejo engranaje cooperatorio. Esa nueva situación social y normativa requería, para la correcta humanización del Derecho internacional, la creación de órganos jurisdiccionales que evitaran la utilización torticera de instituciones e instrumentos como el asilo, la expulsión o las extradiciones encubiertas. Será, pues, en ese

9 Con la recepción de las ideas liberales ilustradas y las teorías constitucionalistas.

10 Con el Tratado de Paz de AMIENS (1802) se garantizaba la extradición para la delincuencia común, sin inclusión de la política.

11 En relación con el Affaire du "Lotus 1927: LUTERSTEIN, N.M. "El principio de prohibición y la clausura del derecho internacional como sistema normativo: Hans Kelsen y la historia de un barco". *Rev.Trib. Int.*, vol. 6, nº 11, 2017. Consultado el 12/10/21 en: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/46367/48375/>.

12 FAZ ARREDONDO, L. "La justicia como virtud, igualdad y valor jurídico". *Revista de derechos humanos y estudios sociales (. Redhes)*, año IV, nº 8.2012, p. 147. Consultado en línea

en:<http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%208/Redhes8-07.pdf>;

13 MORENO JUSTE, A. "Desde la Historia. El estudio del proceso de construcción europea: sueño, aventura y realidad", *Rubrica Contemporánea*, vol. 3, 6,2014, pp. 129-146.

espacio donde, inicialmente, el TEDH se convertiría en la jurisdicción superior para los Estados europeos frente a posibles violaciones de derechos fundamentales¹⁴. Por otro lado, en el ámbito de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹⁵ será, en paralelo y en ocasiones entrecruzándose, el encargado de garantizar que la legislación de la UE se interprete y aplique de manera uniforme, garantizando a su vez que los EM cumplan con ella.

Ese nuevo orden jurídico constitucionalizado se asentaba ahora sobre materias muy concretas derivadas de convenios internacionales y/o tratados internacionales que dibujaban derechos y valores entendidos como universales, que los Estados firmantes se habían obligado a respetar. Y todo ello exigía hacer encajar toda esa nueva normativa en los diferentes OJ internos y aplicarla jurisdiccionalmente,¹⁶ pues no escapa a nadie que esa nueva realidad provocaría toda una amalgama de normativa dispersa, de reglas y principios a los que había que dotar de criterios y procedimientos que aseguraran su correcto engranaje, para que conjugaran armónicamente, no sólo en su formulación, sino también en su aplicación.

2.1. La Europa de los derechos.

En este punto se hace obligado hacer una pequeña parada para recordar a aquellos humanistas que un día soñaron una Europa unida¹⁷, entre los cuales cabe destacar a paneuropeístas como¹⁸ Carlos-Luis de SECONDAT, quien apostaba por una cultura universal basada en la virtud y por una Europa de las Provincias; Wojciech JASTRZĘBOWSKI, quien escribiese en medio de las batallas por recuperar Varsovia¹⁹ lo que se reconoce hoy en día como el primer proyecto de constitución europea: "O wiecznym pokoju między narodami", en el que se exhortaba a las naciones europeas a renunciar a su libertad y supeditarse a los derechos, entendiendo que los monarcas de la época debían erigirse como guardianes y

¹⁴ MARÍN AÍS, J.R. ". La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico de la UE", *RDCE*, nº. 44, 2013, p. 234.

¹⁵ Inicialmente de la Comunidad económica europea: STJCEE de 17 /12/70. *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 1970 00241, p. 245 y ss.

¹⁶ ARMENTA DEU, T. "Europeización del proceso penal y Derechos Fundamentales: guía y condicionante", en V.V.A.A: *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, (coord.) José Martín Ostos Árbol, 2013, p. 67-81.

¹⁷ BAUMAN, Z. *Europa. Una aventura inacabada*. Trad. de Luis Álvarez-mayo. Madrid, Losada. 2006, p. 216.; PUTIN, A. *De Roma a Lisboa. Problemas histórico-jurídicos en la construcción de Europa*, tesis doctoral dirigida por directora: Dra. R., Morán Martín. UNED, 2016. Consultado en línea el 12/10/21 en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Aputin/PUTIN_Alessia_Tesis.pdf.

¹⁸ Sin olvidar a otros como: Juan Luis Vives y su "Diálogo sobre las disensiones de Europa y la guerra contra los turcos" donde planteaba la república cristiana europea o en su caso a, Francisco Suarez (1548-1617) y su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, también al senador, Arturo de Marcoartu, quien en 1875 propuso la Unión Interparlamentaria intencional y la realización de un estatuto criminal intencional. Ya en el ámbito europeo a: Amos Comenius (1592) y su prólogo de *La Panergesia o El Despertar Universal, el Praefatio ad europeos* o, William Penn, quien en 1693 publica su *Ensayo por la Paz presente y futura de Europa*, donde proyectaba una federación de príncipes europeos, con una *Dieta general* que debía reunirse anualmente, etc...

¹⁹ febrero 1831.

ejecutores de aquellos esenciales derechos²⁰ y, más tarde, el conocido Conde COUDENHOVE-KALERGI, quien en 1923 publicaría "Paneuropea: dedicado a la juventud de Europa"²¹. Todas estas obras y sus autores ayudaron a conformar la Declaración universal de Derechos Humanos (DUDH)-Paris 1948-, e influyeron sobremanera en los que les sucedieron. En nuestro país, además de los ya mencionados, conviene no dejar de lado al insigne ORTEGA Y GASSET, quien en 1930 publicó su obra "La rebelión de las masas" en la que ya planteaba que Europa era la solución a los problemas nacionales, poniendo a su vez que, los Estados cooperaban más cuanto más amenazados desde el exterior se veían²².

Será, pues, en esa coyuntura sociopolítica y económica de postguerra que ciertas élites intelectuales vieron el momento para replantear los viejos postulados paneuropeístas. Entre ellos Altieri SPINELLI, ideólogo e impulsor junto ROSSI y COLORINI del "Manifiesto de Ventotene"²³, considerado como una herramienta esencial para la paz, en el que se apostaba por una Europa libre y federal, y que en 1984 daría paso al Proyecto Spinelli²⁴. Ambos proyectos fueron sin duda el substrato de la futura Acta Única Europea²⁵. De igual modo resulta obligado recordar a Jean Monnet,²⁶ impulsor de la idea de que Europa requería una autoridad supranacional que buscara el bien común. Mientras desde el Reino Unido, Sir Winston Churchill²⁷ promovía los Estados Unidos de Europa y el Consejo Europeo²⁸. Se observará, pues, que fue a partir de 1950 cuando el proceso de reconstrucción europea toma fuerza. Y es en ese escenario en el que surgirían personajes tan relevantes como Robert Schumann, patrocinando la creación de una institución que

²⁰ Wojciech Bogumit Jastrzebowski, científico paneuropeísta y soldado polaco, quien durante la defensa de Varsovia - batalla de Olszynka Grochowska - redactaría el conocido como la primera constitución europea, publicado el 31 de mayo de 1831, "O wiecznym pokoju między narodami": "Momentos de Descanso de un Soldado Polaco, o Reflexiones sobre una Paz Eterna entre Naciones". Los rusos se encargaron de destruir los folletos de su publicación y durante largo tiempo se le relegó al ostracismo: JASTRZĘBOWSKI W.B. *O wiecznym pokoju między narodami (Un tratado sobre una alianza eterna entre naciones civilizadas. Constitución para Europa)*, ed. F. Ramotowska, Varsovia-Łódź 1985. Documento en polaco consultado el 12/10/21 en: http://powstanielistopadowe.com/spoleczenstwo_wobec_powstania_w_kraju_i_odzew_na_granica/7.

²¹ DE FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, J.M. "Coudenhove- Kalergi, Ética y Dignidad. El Origen del Proyecto Europeo". *Revista Aequitas*; vol. 4. 2014, p. 305. (303-325). Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4810045.pdf>.

²² LÓPEZ-CUESTA EGOCEAGA, T." Problemas de la integración económica de Europa". *Revista de la Facultad de Derecho V* (80-83),1957, p. 107 (108-207) Consultado en línea el 12/10/21 en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4638/1/1189601_166.pdf.

²³ El Manifiesto para la unión de los pueblos libres de Europa, cuya primera redacción es del 1941, reelaborada en 1943.: ROSSI, E. & SPINELLI, A." Per un 'Europa libera e unita Progetto d'un manifesto. Fondazione Giangiacomo Feltrinelli", Milano, 2017, p. 34. Texto en italiano en: <http://fondazionefeltrinelli.it/app/uploads/2017/09/Per-unEuropa-libera-e-unita.pdf>.; RUIZ MACIÀ, J.P. "Los cimientos de los Estados Unidos de Europa. Los movimientos europeístas. Cronología de la Unión Europea". Netbiblio, A Coruña, 2007, p. 351.

²⁴ ARIAS, J." Altiero Spinelli, 'profeta' del europeísmo, cree cercana la unidad política de Europa". Roma 19 /3/1984 *Entrevista Internacional. Diario el País*. Digital. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://elpais.com/diario/1984/03/19/internacional/448498810_850215.html.

²⁵ Proyecto de Tratado por el que se establece la Unión Europea", aprobado por el Parlamento UE: 237 votos 31 en contra y 43 abstenciones y que al final no fue sustentado por todos los Estados.

²⁶ MONNET, J. *Memorias*, Siglo XXI España Editores, Madrid, 1985, p. 465.

²⁷ Churchill con su "Movimiento por una Europa Única Unida" seguía los postulados de KALERGI y de la Sociedad de Naciones.

²⁸ 1949 en Estrasburgo.

gestionara el motor económico europeo del carbón y el acero²⁹, y el canciller alemán Konrad Adenauer, quien apostó por la cooperación como instrumento para la paz y la estabilidad económica, dando a Europa una nueva identidad, fruto de la asimilación del pasado reciente,³⁰ iniciándose con ello un sinuoso trayecto hacia Lisboa, camino que también sirgieron filósofos paneuropeístas como Derrida o Habermas³¹, quienes apostaron por construir una identidad de pueblos y naciones europeas sobre la base de las fuentes culturales comunes que forjasen el sustrato de la cultura y la política común del futuro Estado europeo.

Ese período de optimismo paneuropeo, surgido en medio de la guerra fría, derivó, tras la Unión Monetaria, en un período de regresión y de euroescepticismo provocado de nuevo por el miedo de los EM a perder soberanía e identidad, lo que llevó a que Maastricht diluyera sus objetivos iniciales, autoimponiéndose límites tales como el principio de subsidiariedad y de proporcionalidad³².

En 2012, en medio de la desafección europea, surgiría un "(...) hidalgo de los de lanza en astillero, adarga antigua, rocín flaco y galgo corredor (...) "³³, Peter Sutherland,³⁴ que se atrevió a sostener que para lograr una UE unida había que ser contundente y actuar con urgencia, incluso amedrentando a los EM, entendiendo que era la única manera de socavar la homogeneidad nacional y emprendiendo una quijotesca lucha por desnaturalizar a las naciones en un frustrado intento de conseguir una Europa unida y en paz. Pero Europa ya estaba (y, creo, aún está) en clara desunión³⁵; no hay más que observar la inoperatividad de las instituciones europeas para solucionar ágilmente situaciones de conflicto social, económico o sanitario, que llevan a la parálisis y el anquilosamiento de cualquier proyecto de una Europa social unida y constitucionalizada que sea realmente eficiente y ágil. Observábamos no hace mucho y con cierto estupor, como países miembros de la UE de corte claramente autoritario o totalitarista, en los que la violación de derechos tan esenciales como libertad y/o dignidad se produce a diario, siguen formando parte de la UE sin que se inicien procedimientos de suspensión³⁶. Quizá por ello estos EM tensionan sin el menor sonrojo el sistema, llegando inclusive a bloquear a los organismos europeos ante necesidades imperiosas sobre las que

²⁹ El 9/5/50 la Declaración de Robert Schuman marcaría el inicio de la construcción de la CEE. Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y Acero (TCECA) o Tratado de París/18/4/51, la Europa de los Seis. (Francia, la República Federal Alemana, Italia y los países del Benelux –Bélgica, los Países Bajos y Luxemburgo).

³⁰ MARTINEZ RODA, M. "Europa antes de Europa. Ficciones y realidad de la comunidad supranacional europea. Siglos XVIII-XX", *Letras Históricas*, nº 19, México, 2019, p. 141 y ss. (127-156). Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://www.letrashistoricas.cucsh.udg.mx/index.php/LH/article/view/7074>.

³¹ HABERMAS J. "Construcción de una identidad política europea", en CASTELLS M., & SERRA N., (eds.) *Europa en construcción: integración, identidades y seguridad*, Barcelona, CIDOB. 2004, pp. 35-48.

³² El principio de subsidiariedad está estrechamente vinculado a los principios de proporcionalidad y necesidad, que exigen su vez que ninguna acción de la UE exceda de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado.

³³ CERVANTES, M. *Don Quijote de la Mancha*. Edición del Instituto Cervantes, (Dir.) Francisco Rico, (1997-2020), Centro Virtual Cervantes. Cap. I. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/default.htm>.

³⁴ En 1994, en la Tercera Conferencia Anual Conmemorativa de Hayek, Londres, expuso la conferencia ¿Cómo crear un mercado mundial libre de las intrusiones estatales, pero reforzado por leyes que –hasta entonces– pertenecían al ámbito de los Estados? Abogando por crear una especie de Senado de sabios que sería el encargado de hacer cumplir la ley.

³⁵ SCHWARZE, J. "Perspectivas constitucionales de la Unión Europea", en V.V.A.A: E. GARCÍA DE ENTERRÍA (director), *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Madrid 2002, p. 299 ss.

³⁶ Suspensión por cuanto expulsión resulta difícil cuando no imposible, si previamente no se reforman los tratados tal y como están concebidos.

decidir³⁷, tales como la aprobación de las ayudas a los EM movilizadas a raíz de la Crisis del COVID-19, desbloqueo que se condicionó a que se dejara de exigir, a entre otros a Bulgaria, que cumpliera con los derechos y libertades de la Carta³⁸. Y todo ello pese a las constantes resoluciones del TEDH, TJUE, Parlamento y Consejo exigiendo a Bulgaria que dejara de violar derechos esenciales³⁹. De modo que, mientras para unos se dilatan los procedimientos sancionatorios y/o el cumplimiento de sanciones y/o multas⁴⁰, otros deciden emprender la salida voluntaria de la UE, así el Brexit de GB. Habrá que preguntarse, pues, si los dirigentes han explicado bien a los ciudadanos europeos qué es y qué les garantiza la UE. Mientras ello no se haga y se dilate la incorporación en forma del Convenio a la normativa de la UE, no se garantice la eficacia de la Carta Social europea, así como la de la Carta, en todo el territorio de la Unión, la desafección de la ciudadanía y de las autoridades internas será cada vez mayor, reafirmando a aquéllos que se aferran al hueso de la territorialidad normativa, social y económica.

2.2 La disfuncional confianza y reconocimiento mutuo.⁴¹

La génesis de la CEE, inicialmente, tuvo lugar casi en exclusiva en el ámbito económico, ampliándose con la llegada de la UE, momento en que las instituciones, organizaciones y algunos Estados apostaron por la aproximación de sistemas, conscientes de que ello provocaría perturbaciones en las concepciones soberanistas estatales⁴², pero firmes a su vez en que aquéllas no podían suponer un escollo para alcanzar el real *ELSJ*⁴³. Había pues que avanzar en cooperación⁴⁴, evitando que el Reconocimiento Mutuo⁴⁵ derivara en la retorsión o difuminación de derechos. Ese nuevo paradigma obligaba a gestionar los diferentes sistemas penales de la UE⁴⁶ con el consiguiente riesgo de fractura, manifestándose así la necesidad de un

³⁷ Informe (2017/2089(INI)) insta a alcanzar un acuerdo político para la adhesión de la UE al CEDH, poniéndose a su vez de manifiesto la preocupación, por el la actitud autoritaria y limitadora de derechos de algunos países de la UE, "(...); 22. Condena (...) (a) Polonia, sin precedentes y aislada, de oponerse a las Conclusiones del Consejo sobre la aplicación de la Carta (...)."; En 2018, el Parlamento aprobó una Resolución en la que acogía la decisión de la Comisión de activar el artículo 7.1 del TUE en relación con Polonia y con Hungría, presentándose una propuesta motivada al Consejo, invitándolo a determinar si existe un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del TUE, y a dirigir recomendaciones adecuadas a Hungría a este respecto.; MARZOCCHI, O., "The protection of fundamental rights in the EU: European Parliament achievements during the 2014-2019 legislative term and challenges for the future", Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies PE 621.911, C 2019. Consultado en línea el 12/10/21 en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/621911/IPOL_BRI\(2019\)62191_1_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/621911/IPOL_BRI(2019)62191_1_EN.pdf).

³⁸ Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea (2000/C 364/01)

³⁹ Promulgada por SG 56/13 julio de 1991, modificada mediante SG 85/26 septiembre de 2003, SG 18/25 febrero de 2005, SG 27/31 marzo 2006, SG 78/26 septiembre 2006. Sentencia del Tribunal Constitucional nº 7/2006, SG 12/6 febrero 2007.

⁴⁰ El art. 7 del TUE, prevé que el Consejo pueda suspender temporalmente los derechos de un Estado miembro, incluidas la capacidad de votación, caso de que se incumpla grave y persistentemente principios, valores y derechos recogidos esenciales (art. 2 TUE).

⁴¹ En adelante reconocimiento Muto (RM) y Confianza muta (CM).

⁴² STJCE de 13 /9/2005, asunto C-176/03, *Comisión vs. Consejo*.

⁴³ Espacio de Libertad Seguridad y Justicia en adelante ELSJ.

⁴⁴ Había que renovar estructuras organizativas e instrumentos jurídicos.

⁴⁵ ARANGÜENA FANEGO, C. "Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza", *RDCE*, nº. 58, 2017, pp. 905-939. Doi: <https://doi.org/10-18042/cepc/rdce.58.03>; GONZÁLEZ VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 42,61-62,187.

⁴⁶ STJUE Asunto *Grecia vs Consejo* 68/88. &24,25.

Derecho penal propio para la UE⁴⁷, con más autonomía⁴⁸ y que se asentara sobre férreos principios y derechos democráticos, a la vez que humanos. Sin duda el Tratado de Lisboa demostró de nuevo que sólo la tragedia⁴⁹ desencalla la inacción. Ese nuevo instrumento apostaba por una Europa por y para los ciudadanos⁵⁰, redefiniendo competencias y utilizando como norma primigenia a las Directivas, junto los Reglamentos y Decisiones⁵¹. Igualmente, Lisboa comportó que la toma de decisiones pasase a ser por codecisión (Parlamento Europeo y Consejo), y, por último, aunque no por ello menos importante, se incluyó en el corazón de la UE la Carta⁵², siendo también esencial el principio del efecto directo, proyectándose con ello expectativas en los ciudadanos de que, allá donde fueren dentro de la UE, dispondrían de iguales derechos⁵³. Así, tras el programa de Estocolmo⁵⁴, el Consejo y el Parlamento establecieron una serie de programas de Justicia⁵⁵ que intentaban favorecer el RM, aproximar legislaciones penales, implementar y estandarizar garantías procesales, etc., siendo garante en el ámbito de su competencia el TJUE⁵⁶, programas que se verían implementados aún más a partir de 2010⁵⁷.

En el ínterin, la Comisión publicaría en 2011 una comunicación destinada a implementar y homogeneizar políticas comunes en materia penal⁵⁸, en aras a mejorar la eficiencia en la lucha contra la delincuencia transnacional y a homogeneizar la protección de los derechos y principios fundamentales de los ciudadanos. Se observará que todo ello supone un escenario global diferente, que necesitaba de herramientas y soluciones diversas que fueran prácticas y eficientes

⁴⁷ STJCE de 4/2/59, asunto *Stork*, C-1/58, STJCE de 15/7/60, asunto *Comptoirs de vente*, C-36/59, C-37/59, C-38/59 y C-40/59; STJCE de 28/10/75, asunto *Rutili*, C-36/75, &32.

⁴⁸ FONDEVILA MARÓN, M. "Soberanía y legitimidad en el proceso de Integración europea". *AFDUC* 17, 2013, pp. 329-340. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12563/AD_17_2013_art_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁴⁹ Entre otros, los atentados del 11-S en NY, 11-M en Madrid, 2015 Francia etc., que provocaron sin duda al no estar preparados para afrontar estas situaciones políticas reactivas.

⁵⁰ Glosario de las síntesis EUrolex. Comitología, en: <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/comitology.html>.

⁵¹ El artículo 83.1, fijaba once materias de interés armonizativo.

⁵² CRUZ VILLALÓN, P. "La Carta, o el convidado de piedra. (Aproximación a la Parte II del proyecto de Tratado / Constitución para Europa)", en V.V.A.A: *La Constitución de la Unión Europea*, (coord.) Carlos Closa Montero, Natividad Fernández Sola, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (España), 2005, pp. 185-197(325).

⁵³ HERMIDA DEL LLANO, C. "Relaciones entre ordenamientos jurídicos en el ámbito de la Unión Europea", en V.V.A.A: *perspectivas actuales de las fuentes del derecho*. María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández (Coord.). Dykinson. 2011, pp. 288-290; SSTJCEE, Asunto *ENEL* 6/64, de julio de 1964 y Asunto *Simmenthal* 106/77, de 9 de marzo de 1978.

⁵⁴ Programa de Estocolmo, una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (2010/C 115/01).

⁵⁵ Decisión del Consejo 2007/126/JAI, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el *programa específico Justicia Penal, integrado en el programa general Derechos Fundamentales y Justicia*, continuación del programa penal (AGIS) (2003-2007.) Consultado el 12/10/21 en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l10110&from=ES>.

⁵⁶ Artículo 6 de la Carta y STJUE, de 8/4/14, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, apartado 42. High Court (Irlanda) y el Verfassungsgerichtshof (Austria) vs. Digital Rights Ireland Ltd. y otros.

⁵⁷ Reglamento (UE) 2021/693 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 por el que se establece el programa Justicia y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1382/2013 PE/24/2021/INIT.

⁵⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. "Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal", COM/2011/0573 final.

a la hora de afrontar los problemas judiciales transfronterizos,⁵⁹ pero sin olvidar que, en esa europeización del Derecho, las garantías que limiten la alargada y en no pocas ocasiones autoritaria sombra de la soberanía nacional, resultaban esenciales.

La CJP es ahora una prioridad, a la vez que una competencia compartida entre la UE y los EM⁶⁰, que se ejecuta, tras Lisboa, principalmente mediante directivas y reglamentos⁶¹, y que se estructura en diferentes niveles de cooperación y/o asistencia, que deriva en una cooperación anagnórisca del RM y la homologación⁶². Y en ese nuevo paradigma jurídico se requiere de una correcta gestión, aplicación e interpretación de la enorme y continua dispersión normativa. De manera que, tal como manifestara SOTIS (2017)⁶³, varios eran los posibles modelos constructivos⁶⁴ a seguir y uno el elegido inicialmente: el modelo del Corpus Juris⁶⁵, de gran influencia en el actual Tratado de Lisboa y en la nonata Constitución Europea. De modo que a aquel malogrado proyecto amalgamador le siguieron numerosos documentos cooperativos que se incorporaba en los OJ internos, eso sí, no sin reticencias⁶⁶, documentos que requerían, sin duda, de unos estándares mínimos que dieran armonía a la dispersión jurídica de complejo acompasamiento, la cual hace que la protección y tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de la UE no fuera unívoca ni regular.

Será por todo ello que, primeramente, el sistema legal europeo (y con él las relaciones cooperativas) en esa nueva Europa globalizada, debía democratizarse y legitimarse⁶⁷. Y a su vez se hacía necesario moderar la excesiva jurisprudencialización, que había provocado que los tribunales supranacionales acaben sustituyendo, por ausencia o renuencia, al legislador europeo⁶⁸, comportando la conocida como jurisprudencia "persuasiva o sustitutiva"⁶⁹.

La pregunta que surge de todo ello es si esa doctrina jurisprudencial, que comportó, entre otros, los conocidos como canon europeo de derechos fundamentales o la *opinio communis europea*⁷⁰, son suficientes para generar seguridad jurídica y fomentar la constitucionalización de los derechos, con un alto nivel de tutela y garantía. Pues bien, tras sentencias como las Melloni, Taricco etc., parece que el diálogo judicial en la defensa de los derechos fundamentales ha

⁵⁹ LOPES SALDANHA, J. M. & PACHECO VIEIRA., L" Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia", *AMXDI*, XIV, 2014, pp. 545-579. Consultado en línea el 12/10/21 en: [https://doi.org/10.1016/S1870-4654\(14\)70015-7](https://doi.org/10.1016/S1870-4654(14)70015-7).

⁶⁰ Si bien también con anterioridad en el Tratado de Ámsterdam.

⁶¹ Capítulo IV, Artículos 82 y siguientes del TFUE.

⁶² GONZÁLEZ CANO, M. I. "Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal", *Tribunales de Justicia.*, 2001, pp. 19-39.

⁶³ SOTIS, C." Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material", en Arroyo zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la UCLM, Cuenca, 2017, pp. 108, 118 ss.

⁶⁴ MORALES PRATS, F. "Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del Corpus Iuris", *KPH*, Nº 3, 1999, p. 29.

⁶⁵ En adelante CJ.

⁶⁶ De interés entre otras STC 91/2000, de 30/3/00, (BOE núm. 107, de 04/5/00).

⁶⁷ MANGAS MARTÍN, A." La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad", Jornada, *principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, 17/12/08, Fundación Manuel Jiménez Abad, Parlamento de Navarra, 2015, p. 3 (1-14).

⁶⁸ REY MARTINEZ, F. "El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales", (Análisis del artículo 10.2), *RGdD*, Año XLV, nº 537, 1989, p. 3620 (3611-3632).

⁶⁹ CUENCA GÓMEZ, P. "La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *RdEJ*, nº 12/2012, pp. 5, 12-13. 17. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/829/727/>.

⁷⁰ STC 91/2000, de 30/3/00, (BOE nº. 107, de 04/05/ 2000).

resultado más bien una distópica discusión. Por todo ello resulta esencial poner en valor los derechos en tiempos de claro retroceso⁷¹, dotando de autonomía al sistema europeo⁷². Pero para ello, tal como se avanzó, resulta obligado preparar a la ciudadanía europea y a los Estados para asumir un nuevo patriotismo transfronterizo realmente democrático y garantista, que pueda ser apropiado y respetado por el ciudadano medio europeo⁷³. Igualmente se hace necesario poner en valor, pero a la vez alertar, de que la función de la Carta⁷⁴ como parámetro de validez constitucional del Derecho derivado de la UE, realizada a través de las cuestiones prejudiciales⁷⁵, debe servir para ajustar y modular el Derecho interno y el de la UE, pero sin limitar derechos adquiridos, de manera que se constitucionalice el Derecho de la Unión y con él, el proceso penal justo europeo⁷⁶. Ahora bien, el riesgo en el citado proceso, de nuevo, no es otro que el de que, al realizar el ajuste mediante remisiones a las legislaciones nacionales⁷⁷, se acabe primando la celeridad y/o la seguridad sobre los derechos, de modo tal que se provoque lo contrario y se acabe desconstitucionalizando⁷⁸.

3. La Gestión del iuspluralismo.

Sin duda la asunción de que el Orden Constitucional no es un motor inmóvil que surge autónomamente de la nada, sino que puede complementarse, enriquecerse, ampliarse y a la vez también, embrutecerse, pervertirse o incluso diluirse en sus interrelaciones en los procesos de intercambio jurídico, ayudó a superar el viejo enfrentamiento entre teorías monistas y dualistas⁷⁹, acallando a los cerriles doctos que se vieron incapaces de dar solución a una pluralidad de órdenes normativos que se entrelazaban, producto de las interrelaciones entre Estados, y entre éstos y/o las instituciones supranacionales. Esa poliédrica realidad, en su día, derivó en soluciones complejas y en ocasiones distópicas en las que no me detendré en demasía, por cuanto excedería el objetivo real del presente trabajo; tan sólo apunar que las hubo y las hay, y que van desde el puro intento armonizativo de principios básicos que intenta compatibilizar las diferencias

⁷¹ GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. "La Euroorden: hacia una Europa de los carceleros", *Diario la Ley (DLy)*, nº. 6619, 2006, p. 3.

⁷² BECK, U. "Reinventar Europa: una visió cosmopolita", *breus* nº5, CCCB, 2005. "(...) Paradoxically, surrendering sovereignty enhances sovereignty. That is the secret of success for the EU (...)"

⁷³ MIHAJLOVIC, N. El papel del patrimonio cultural en la creación de la identidad europea. *Unidos en la diversidad o más diversos que unidos*. Tesis Doctoral Dirigida por el Dr. Francisco Daniel Hernández Mateo, UCIII, Madrid, 2015, pp. 23. En el que "(...) la fuente de la identificación ya no sea el Estado sino la Constitución (...)"

⁷⁴ La Carta posee una función Operativa e integradora, a través de las cláusulas horizontales (ex. Título VII, arts. 51 a 54).

⁷⁵ Recomendaciones sobre planteamiento de cuestiones prejudiciales, 2018/C 257/01, 20.7.2018.

⁷⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, J. "Constitucionalismo y Constitución Europea", en V.V.A.A: *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, (coord.) J. Alberto del Real Alcalá et al., 2005, pp. 219-250. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9240/constitucionalismo_ansuategui.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁷⁷ Sobre el tema de la primacía del Derecho de la Unión Europea y la supremacía de la Constitución, se: GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional", en: Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (ed.), *la inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, biblioteca Comares de ciencia jurídica, Editorial Comares, 2012, p. 22 Np.29

⁷⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, J. "Constitucionalismo y ...Op. Cit. Pág. 220Np.1.

⁷⁹ BONILLA MALDONADO, D., & ARIZA-HIGUERA, L. "El pluralismo jurídico Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico". En, *Pluralismo jurídico*. Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 43. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Estudiopreliminar-ArizayBonilla-VersionparaAngel.pdf>.

internas, a las que parten de una concepción estratificada que bascula en la transconstitucionalización estatal, pasando por las que creen que la solución a la polifonía jurídica requiere la articulación de modelos (engagement model) que amachambren los sistemas desde las experiencias compartidas. Y, por supuesto, sin olvidar a aquéllas que buscan retornar a los orígenes, al concebir al Derecho Romano como un potencial amalgamador de los OJ europeos en aras a conseguir una cierta armonización sustentada por las fuentes y tradiciones jurídicas comunes⁸⁰. Personalmente debo decir que, pese a no haber hallado la que me colme, sí es cierto que siento como más próximas a las teorías de la Hibridación o Dialéctica-sintética⁸¹, que buscan construir un pluralismo ordenado mediante la hibridación o fusión de los derechos nacionales, armónica y jerárquicamente estructurados por un supra legislador, con responsabilidad y soberanía compartida⁸².

Así pues, constatada la existencia de diferentes posturas jurídicas sobre el significado y significante del término, y más allá de la polisemia jurídica que se le quiera dar⁸³, lo cierto es que ello supone claramente una distorsión jurídica, como consecuencia lógica de un mundo que se reglobaliza diariamente, con centros de producción jurídica dispersos que ponen en jaque a legisladores, Estados, autoridades judiciales y a la propia Academia, quienes actúan a reacción y no en provención. Nos hallamos pues ante lo que algunos autores denominan la feudalización del derecho⁸⁴ y, es esa compleja coyuntura jurídico-política la que ha llevado a que se la intente afrontar mediante diferentes políticas represivas, y/o mediante diferentes tratamientos doctrinales⁸⁵, algunos histriónicos en la terminología y configuración⁸⁶, mientras otros, más templados, apuestan por concebir el iuspluralismo como una práctica discursiva y cognitiva que contribuya a superar las debilidades de los sistemas⁸⁷. Así, pluralismo jurídico y/o el pluralismo normativo, derivado de una globalización jurídico-política, social y económica y su consecuente lógico en el ámbito del Derecho, la concurrencia de sistemas jurídicos,

⁸⁰ NASH ROJAS, C. "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en V.V.A.A Capaldo, Griselda et al. (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Fundación Alexander Von Humboldt, Buenos Aires, 2012, pp. 146 y 147.; NEVES, M. (Nãõ). *Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões*. Sao Paulo: Lua Nova, 2014, pp. 201-232. Consultado en línea en: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/abstract/?lang=pt>; URDANETA, J. S. "Omnipotente, omnipresente, omniscio: apuntes sobre el pluralismo jurídico". Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP, nº 15, 2016, pp. 113-126. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/56933>.

⁸¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law", en: Antonio Pérez Martín et al., Institute for Social, Political and Legal Studies (Valencia, Spain), *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 13. 2016, pp. 275-306.

⁸² Siguiendo las tesis propuestas en su día por: DELMAS-MARTY, M. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Collège de France-Fayard, 2003, pp. 13 y 14(475-494). Consultado en línea el 12/10/21 en: https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmasmarty/UPL12910_r_sum_cours0405.pdf.

⁸³ NEVES, M., (Nãõ). *Solucionando problemas constitucionais...Op. Cit.*, p. 93; LÓPEZ, L. E. "El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho". *Umbral*, Vol. 4, Quito, 2014, pp. 31-64. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://www.academia.edu/27079454/Pluralismo_Jur%C3%ADdico_una_propuesta_paradigm%C3%A1tica_p_repensar_el_derecho_p%C3%A1gs_31-64_en_Revista_Umbral.pdf.

⁸⁴ DE JULIOS-CAMPUZANO, A., (eds.) *¿Hacia un paradigma cosmopolita?* Madrid, Dikynson, IISJ de Oñati, 2008, pp. 23.

⁸⁵ CARLOS WOLKMER, A. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Trad. Dacid Sánchez Rubio, Sevilla: Dykinson, 2018, pp. 37-66(299).

⁸⁶ DELMAS MARTY, M. Estudios jurídicos ...Op. Cit. Pág. 2 (45-56).

⁸⁷ BONILLA MALDONADO, D., & ARIZA. El pluralismo jurídico ...Op. Cit., p. 43.

sobredimensionan y distorsionan los sistemas internos⁸⁸ y la interdependencia jurisdiccional⁸⁹, que acaba provocando un estridente sonido difícil de asimilar por las élites doctas y por las Autoridades judiciales y que es padecido incomprensiblemente por un ciudadano que no alcanza a leer la partitura.

Pluralismo jurídico global, pues, como resultado de la crisis del modelo centralista de producción del Derecho⁹⁰ vinculado al Estado-nación, que desemboca en variadas y múltiples posturas que sobre el tema hay, lo que me lleva a cuestionarme, como alguno ya hiciera, si la solución a los conflictos territoriales no pasa por facilitar la "contaminación positiva"⁹¹ en sí, por perder el miedo a lo ajeno, recordando lo que nos es común, pues ello facilitará la labor del investigador o de la autoridad judicial pero, sobre todo, facilitará la comprensión de quien sea sujeto pasivo del proceso cooperatorio penal.

Sea como fuere, y más allá de doctas cacofonías jurídicas, la práctica del Derecho, como mantenía OST, es una obra hermenéutica que, como la piedra de Sísifo, es tarea siempre inacabada y por ello, en el concreto ámbito del Derecho penal, en el que la prudencia es virtud⁹², la tarea de reconstrucción y/o acomodación de los diferentes sistemas penales y sus interrelaciones es un trabajo constante e infinito, que se debe redefinir y acotar día a día sobre fuertes pilares esenciales. Es por todo ello que debemos avanzar hacia un sistema jurídico global que evite, o cuando menos dificulte enormemente, la violación de derechos fundamentales⁹³. Ése debe ser el objetivo y a la vez el límite a cualquier planteamiento que se haga, más allá del ruido lingüístico que pueda haber.

3.1. El individuo frente al proceso penal transnacional en la UE.

Ciertamente, la bipolaridad en el arrostramiento de la materia plantea un escenario poco optimista. Pese a ello surgen posturas que apuestan, cada vez más, por un iuspluralismo social⁹⁴ que recupere al individuo como tal frente al proceso, evitando que sea meramente un observador-víctima del delito a reprobar o un acusado cosificado frente a un proceso rígido y preeminentemente securitario. Hablamos de proceso penal transnacional con garantías y derechos eficientes para víctima y victimario, por cuanto aquel proceso penal transnacional demanda garantías y derechos eficientes que lo alejen de la visión utilitarista o funcional y lo aproximen a los postulados más neo-humanistas, que son los que permitirán repensar el proceso internacional y las relaciones entre Estados, desde el individuo y no desde el proceso mismo.

Así, desde esa visión analítica multidisciplinar, la UE requiere, en una sociedad global, que el ámbito penal nacional y europeo se dote de unos valores y principios

⁸⁸ GARZÓN LÓPEZ, P. "Pluralismo jurídico Eunomía". *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, 2013- 2014, p. p 187 y 192(186-193). Consultado en línea el 8/8/21 en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2178/1114>.

⁸⁹ DE JULIOS-CAMPUZANO, A. "Hacia un paradigma ..." *Op. Cit.*, pp. 49-75.

⁹⁰ ORTEGA GARCÍA, R. "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011", vol. 15 ,1, *AMdDI*, 2015, p. 503(495-537). Consultado en línea en: DOI: 10.1016/j.amdi.2014.09.009.

⁹¹ HERNÁNDEZ CERVANTES, A. "Los estudios jurídicos interdisciplinarios: hacia la contaminación positiva". *Redhes*, VII, 17. 2015, p. 45. Consultado en línea el 7/9/21 en: [http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista REDHES/Número 14/Redhes14-02.pdf](http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/Número%2014/Redhes14-02.pdf).

⁹² OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos De Juez, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº. 14, 1993, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, pp. 185,193. Consultado en línea el 25/09/21 en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>.

⁹³ DE SOUSA SANTOS, B. Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009. p.63.

⁹⁴ ARIZA HIGUERA, L. & BONILLA, D. "El pluralismo jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico". En: *Pluralismo jurídico*. Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores – Uniandes, 2007, p. 22 (19-85).

comunes⁹⁵, que conformen unos esenciales y fuertes pilares tutelados por la supra esfera de interrelación surgida entre Derecho interno y europeo. Por ello el equilibrio es esencial para evitar, o cuando menos minimizar, las constantes antinomias entre Derecho de la UE y Derecho interno y avanzar así hacia un sistema armónico de Derecho penal europeo, de claro corte garantista.

Surge pues la pregunta de si vamos por el buen camino o, por el contrario, y como algunos proponen, hay que volver al ideario original, que buscaba ordenar codificando por materias/sectores, ideario que casaría más con el raciocinio y con la funcionalidad latina, pues ésta suele obturarse con la dispersión de fuentes normativas por la que, parece, aboga la UE, que además favorece y encumbra a la jurisprudencia herculina⁹⁶ como fuente pseudonormativa al acabar arbitrando un irreal orden frente al caos jerárquico⁹⁷. Y ello sin duda, es lo que está generado en la UE la desvalorización de la ley como marco de la resolución del conflicto⁹⁸, enfrentando a los tribunales a constantes antinomias⁹⁹ no solventadas por el legislador nacional o europeo y que son finalmente resueltas por el TJUE,¹⁰⁰ cuando no incluso por el TEDH¹⁰¹, órganos que acaban asentando los criterios aplicativos, que no todos los Altos Tribunales de los Estados miembros, saben encajar y acomodar¹⁰².

Si a todo ello le unimos, además, los recientes acontecimientos políticos, sociales y económicos, el escenario resulta pesimista, pues se atisba el peligro de desafección y desestabilización de Europa, y con ella de la UE, al que se añade la globalización delincidencial, situaciones éstas que sirven torticeramente para legitimar reivindicaciones de mayor eficacia cooperativa al precio que sea, y que podrían abocarnos a un escenario de retroceso en la tutela de las garantías y derechos y a un avance del autoritarismo punitivo de derechas e izquierdas: el nacionalismo, el proteccionismo y la xenofobia¹⁰³.

⁹⁵ Art 6.1 TUE 1. La UE reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000.

⁹⁶ OST, F. Júpiter, Hércules, Hermes...Op. Cit., p. 170.

⁹⁷ Más próximo al sistema anglosajón del precedente

⁹⁸ MARCO ABATO, M. Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa, Corts: *Anuario de derecho parlamentario*, nº. 29, 2017, p. 122Np. 68 y pp. 126-127. (75-127). Consultado en línea el 8/8/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?Codigo=6275513>.

⁹⁹ ALONSO GARCÍA, R. (2008). La inserción del derecho europeo en el ordenamiento español (informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008), *RDCE*, nº. 29, Madrid, 2008, pp. 7-17. Consultado en línea el 19/09/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2598363.pdf>.

¹⁰⁰ TORRES PÉREZ, A. (2007). Fuentes Bobo y la infra ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España, *REdDE*, nº. 21, 2007, pp. 160-166.

¹⁰¹ Y ello pese a que las sentencias del TEDH sean de corte declarativo, pero sin olvidar que los firmantes del convenio deben acatarlo, y más tras Protocolo nº. 14 del CEDH de 13 /5/04 que da mayor efectividad al sistema de garantía del Convenio.; STC 245/1991, asunto Bultó.

¹⁰² STEDH de 16/11/04, asunto *Moreno Gómez vs. España*; STC 303/1993, de 30 /11, FJ 8.; STC 28/1991, de 15/2, FJ 5; STC 119/2001, FJ 6.; ATC 86/2011, de 9 de junio, resuelta recientemente en STJUE *Melloni*, C-399/11, 26/2/13. ; Art. 46.1 CEDH, STJUE (Gran Sala) de 22/6/10., asunto *Aziz Melki* (C-188/10) y *Sélim Abdeli* (C-189/10); STEDH de 31/10/95, asunto *Papamichalopoulos vs. Grecia*, & 34.; Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, 14 de febrero de 2008. Pág. 316. Consultado en línea el 19/11/19 en: <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.

¹⁰³ ALCACER GUIRAO, "Prevención y garantías: conflicto y síntesis", en *Doxa*, nº 25, 2002. Págs. 139-175. Consultado en línea el 10/10/19 en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10140/1/doxa25_04.pdf.

La realidad, desgraciadamente, nos muestra un alejamiento¹⁰⁴ del tan anhelado proceso penal común europeo, en el que la aplicación preferente del Derecho de la UE frente a normas constitucionales¹⁰⁵ no comporte una limitación de derechos y sea a su vez más comprensivo, social y garantista¹⁰⁶.

De igual modo, en ese mestizaje jurídico y sus consiguientes interrelaciones entre "donantes" y "receptores",¹⁰⁷ la formulación humanista de la dialógica judicial, que se supone es inherente al derecho procesal penal nacional e internacional, ha de recobrar vitalidad. Sin olvidar, además, que el Poder Judicial debe estar acompañado, en su salida de la crisálida, por el Poder Legislativo, pues de lo contrario la oligarquía judicial se vería desprovista de legitimidad¹⁰⁸.

En conclusión, conviene pues avanzar y superar la vetusta concepción del proceso como enfrentamiento, y adentrarse hacia concepciones menos antagónicas, más protectoras, colaborativas y garantistas, en las que la cooperación judicial penal y con ella el proceso penal europeo, se modernicen¹⁰⁹. Y, para ello, el Derecho procesal penal europeo en sentido estricto¹¹⁰, unido a la jurisprudencia dimanante de TJUE y TEDH¹¹¹, en ese diálogo antes mencionado, estarán inexorablemente abocados a aproximar posturas, sin que ello suponga sin más únicamente armonizar o unificar la disparidad de ordenamientos¹¹², sino que, tal como se viene reiterando, el objetivo primordial debe ser la eficiente y eficaz tutela y garantía de los derechos fundamentales. Y para conseguirlo, el ciudadano debe

¹⁰⁴ STJUE *Melloni*, C-399/11, 26/2/13; STJUE de 22 /12/17, asunto *Samet Ardic* C-571/17 PPU; STJUE, Asunto *Yassin Abdullah Kadi vs. Consejo de la Unión Europea* y Comisión de las Comunidades Europeas, T-315/01.; STJUE de 22 /12/17, asunto *Samet Ardic* C-571/17 PPU; STEDH, caso *Schipani vs. Italia* de 21/7/15.

¹⁰⁵ GUTIERREZ GUTIÉRREZ, I. "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional", en: I., Gutiérrez y M.A., Presno (ed.), *la inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, biblioteca Comares de ciencia jurídica, Ed. Comares, 2012. 1-309, p. 22. Np. 29

¹⁰⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., Breves notas sobre los nuevos retos jurisdiccionales derivados de la intervención legislativa de la Unión Europea en el proceso penal, *CDdF. C.G.P.J.*, p. 2-6.

¹⁰⁷ LOPES SALDANHA, J. M. & PACHECO VIEIRA, L. *Nuevas geometrías...* Op. Cit., 2014, p. 569 Np. 109.

¹⁰⁸ En este sentido se ha explayado largamente en sus Trabajos la Prof. DELMAS-MARTY.

¹⁰⁹ VOGEL, J., "Cooperación Penal: Cinco Tendencias. Cinco Propuestas Para Una Acción Futura". En: MUÑOZ DE MORALES, Marta et all (Coord.). *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación Actual y Perspectivas de Futuro*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La-Mancha, 2007, pp. 157-166."(...) un cambio desde la cooperación tradicional hacia una verdadera integración; (...); 3) un cambio desde lo que denominó "proteccionismo nacional" hacia la confianza y el reconocimiento mutuo, (...); 4) un cambio desde un enfoque "represivo" hacia un enfoque integral (tanto represivo como preventivo) que incluye incluso la cooperación entre las diferentes administraciones; 5) un cambio desde un "sesgo persecutorio" hacia un sistema que incluye ciertos controles y supervisiones en aras de la protección de los derechos humanos(...)."

¹¹⁰ Entendido como conjunto de normas provenientes de las instituciones de la UE: AMBOS, K., *Derecho penal europeo*, Trad. Leandro Díaz & Gustavo Urquiza. Civitas. 2017, Pág. 64 y ss. (673); AMBOS, K., "Evaluando la eficiencia de la Justicia Transicional. Unos comentarios preliminares", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2015, pp. 468-472, Consultado en línea el 7/1/19 en: http://www.departmentambos.unigoettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epape/rs/Eficiencia_JustTransZIS_2015_468.pdf.

¹¹¹ STEDH *Soering vs. Reino Unido*, nº 14038/88; STEDH *Saadi vs. Italia* (n. 37201/06); STEDH Asunto *Hirsi Jamaa y Otros vs. Italia* (no. 27765/09) de 23/2/2012.

¹¹² De HOYOS SANCHO, M., "El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?" *Revista de Derecho Comunitario Europeo (RdDCE)*, nº 22, 2005, pp. 807 ss. Consultado en línea el 20/12/21: [file:///C:/Users/huasc/Downloads/Dialnet-ElPrincipiodereconocimientoMutuoederesolucionesPena-1389135%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/huasc/Downloads/Dialnet-ElPrincipiodereconocimientoMutuoederesolucionesPena-1389135%20(1).pdf).

conocer y confiar en las normas que le conciernen, más si cabe las procesales, por cuanto éstas interesan al género humano "más que nada en el mundo"¹¹³.

Sea como fuere, parece que el proceso de hibridación¹¹⁴ de las garantías procesales del reo¹¹⁵ en el ámbito de la CJPI es una necesidad imparable, pues se infiltra e irriga los procesos penales, y con ello los cooperatorios, de modo tal que no puede ya ignorarse¹¹⁶. De ahí la imperante necesidad de tutela que evite que se llegue a institucionalizar y con ello asimilar de tal modo que ni siquiera se perciban las arritmias represivas, dañando con ello el corazón del proceso penal, y con él el de la cooperación penal¹¹⁷. El juez interno debe conocer y aplicar toda la normativa que le es de aplicación, y de poder ser, a su vez, como juez europeo, controlar la ejecución de mandatos europeos claramente represivos. Y para ello deberán aplicar las normas internas de mayor garantía, siempre que sean conforme a la normativa comunitaria, incluidas la normativa no transpuesta por el Estado¹¹⁸.

4. Los miedos a la asintonía jurídica de la Unionización del Proceso penal.

Parece obvio que no ha sido, no es, y claramente no será un camino fácil el de encontrar el *reglaje* correcto al disfuncional motor cooperatorio al que, como mantenía el malogrado profesor PÉREZ PRENDES (2015)¹¹⁹, no hay que reformar sino edificar sobre los fuertes cimientos comunes que sin duda son los derechos y garantías¹²⁰. Estamos, pues, ante una clara llamada a los jueces que, abandonados a su suerte por políticos incapaces de formular y aplicar políticas públicas eficientes¹²¹, no tienen otra salida que la de sistematizar sus idearios bajo el prisma de una correcta formulación humanista¹²², pues será en el ámbito del ELSJ donde

¹¹³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, libro decimosegundo, capítulo II, Ed. Gallimard, La Pléiade, Ouvres complètes, París, 1951, tomo II, p. 432. Traducción libre.

¹¹⁴ LOPES SALDANHA, J. M. & PACHECO VIEIRA, L. Nuevas geometrías y nuevos sentidos...Op. Cit., p. 545-579.

¹¹⁵ Sentido amplio, que acoge a todo sujeto pasivo incurso en un procedimiento penal, incluyendo la fase puramente preprocesal.

¹¹⁶ En relación con la necesidad de generar una verdadera legislación penal europea: SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Principios inspiradores de un derecho penal europeo", *Revista Penal* nº 13, 2004, p. 138 Np.2. Consultado en línea el 7/6/21 en: <http://lawcenter.es/w/file/download/60082>.; BLANCO CORDERO, I. "El derecho penal y el primer Pilar de la Unión Europea", *RECPC* 06-05, 2004, p. 3 Np. 6. Consultado en línea el 2/9/21 en: <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

¹¹⁷ Derechos procesales tan esenciales como la presunción de inocencia, al silencio y a no inculparse, a la defensa eficiente y a la autodefensa, etc....,

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Principios inspiradores..." Op. Cit., p. 139. Reformulación.

¹¹⁹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M. "Argüelles o la radicalidad constitucional", *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 56, Madrid, 2015, p. 4-13.

¹²⁰ JIMENO BULNES, M., "Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea" en AAVV (Jimeno Bulnes, coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, 2007, p. 44.

¹²¹ LOPES SALDANHA, J. M., & PACHECO VIEIRA, L. Nuevas geometrías y...Op.cit., p. 572.

¹²² BURGORGUE-LARSEN, L. Le dialogue des juges: Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois", Dalloz-Sirey, 2008, p. 121 (Págs. 95-130). Consultado en línea el 3/9/21. <http://www.univ-paris1.fr/>; TODOROV, T. *El Jardín Imperfecto, Luces y sombras del pensamiento humanista*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 48 ss.; OREJUDO, J.C. "Defensa del humanismo y de los derechos humanos: la figura del sujeto y su historia". *Eikasía. Revista de Filosofía*, II 7, nov. 2006, p. 50. Consultado el 12/10/21 en: <http://www.revistadefilosofia.org>.

más deba notarse aquélla, en aras a una efectiva protección y garantía de los derechos procesales penales¹²³.

Pareciere, pues, que el legislador europeo y, en ocasiones, los garantes internacionales olvidasen que los derechos fundamentales en el proceso son el límite al poder indagador del Estado y a su capacidad de privar de libertad al ciudadano¹²⁴. Por lo que, frente a esta nueva situación de pérdida de derechos, al ciudadano tan sólo le queda ejercer los postulados Shünemannianos de resistencia ideológica¹²⁵, en un intento de evitar o corregir el avance de teorías preeminentemente retribucionistas, que antepongan seguridad a libertad y justicia¹²⁶. Urge, pues, posicionarse y con ello preguntarse acerca de cuáles son los espacios de libertad que han de mantenerse en pro de la paz y la seguridad y, en caso de que éstos se violenten, cómo se interviene y de qué manera se reparan o tutelan¹²⁷. A la vista de lo expuesto, queda clara la necesidad de que el Derecho procesal penal europeo forme parte de la agenda de la UE y de la ciencia penal en general¹²⁸: si se desea realmente que el Derecho procesal penal europeo sea un instrumento de defensa social¹²⁹, la ninfa debe salir de laberinto en el que se ha

¹²³ DE HOYOS SANCHO, M. "Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la unión europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas", *Revista General de Derecho Procesal* 43, 2017. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://redpe.files.wordpress.com/2017/11/garantc3adas-procesales-personas-jurc3addicas-rgdp-43-2017-m-de-hoyos.pdf>.

¹²⁴ HÄBERLE, P. "Efectividad de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Cívitas, 1991, pp. 271-273

¹²⁵ GARCÍA MARTÍN, L., Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el atermalismo histórico del orden de discurso de la criminalidad, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 18.

¹²⁶ RAFECAS, D.E. "Una aproximación al concepto de garantismo penal", *Revista Lecciones y Ensayos*, 2004, p. 159. Consultado el 14/6/21 en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/una-aproximacion-al-concepto-de-garantismo-penal.pdf> Una aproximación...Op. Cit. Pág. 159.

¹²⁷ GONZÁLEZ AURIOLES, J.A. "Recensión del trabajo de la obra de Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*", Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2008, en: *TªRC. UNED*, n.º 25, 2010, p. 710.

¹²⁸ *Nueva Agenda estratégica de la UE 2019-2024*. Objetivos por orden: "Proteger a los ciudadanos y las libertades; desarrollar una base económica sólida y dinámica; construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social; promover los intereses y valores europeos en la escena mundial." Consultado el 25/09/21 en: <https://www.consilium.europa.eu/media/39964/a-new-strategic-agenda-2019-2024-es.pdf>.

¹²⁹ ARROYO, G. "Las relaciones internacionales del siglo XXI. Un nuevo paradigma metodológico para su estudio" en *RRI de la UNAM*, nº 100, enero-abril 2008, p. 30.; OREJUDO, J.C. "Defensa del humanismo y de los derechos humanos: la figura del sujeto y su historia". *Eikasia. Revista de Filosofía*, II 7, nov. 2006, p. 50. Consultado el 12/10/21 en: <http://www.revistadefilosofia.org>.

convertido su crisálida¹³⁰, de lo contrario seguiremos lidiando con Estados que utilizan torticeramente instrumentos cooperatorios, priorizando la ejecutabilidad frente al Derecho¹³¹, olvidando utilizar todas las herramientas que las normas europeas les confieren para proteger los derechos fundamentales¹³² y con el riesgo, a su vez, de que el TJUE¹³³, priorizando la ejecutividad y con ella la confianza mutua, acabe teniendo visión túnel¹³⁴.

No hay duda de que el mundo ha evolucionado, y con él sus relaciones, que ahora son más complejas y en ocasiones disfuncionales, lo que nos obliga a afrontar la búsqueda de la libertad, la paz, la seguridad etc., con unas dioptrías diferentes a las utilizadas hasta ahora, aun cuando ello ponga en jaque el viejo orden jurídico-social, ahora disfuncional (*establishment*)¹³⁵. La realidad supera a la academia; la sociedad es hoy internacionalizada, intercultural e interconectada¹³⁶, de manera que las relaciones sociales que en ellas se producen serán más complejas, por lo que, se debe tener presente que las relaciones cooperatorias internacionales no deben ser una exclusiva de la ciencia penal, sino que lo son de la más amplia ciencia social¹³⁷, y que tan sólo tomando conciencia de ello se evitará caer en el error de que el fundamento ontológico del sistema internacional bascule únicamente sobre el concepto de seguridad¹³⁸.

¹³⁰ ALDECOA LUZARRAGA, F., & GUINEA LLORENTE, M." El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto ". *RIe/C*, Doc. de Trabajo Nº 9/2008, p. 18; ARANGÜENA FANEGO, C. "Nuevos avances en la armonización de garantías procesales en la Unión Europea", en *Cooperación judicial penal en la Unión Europea*, Dir.: M.I. González Cano, Valencia: Tirant lo Blanch. 2015, pp. 267 y ss.; ARANGÜENA FANEGO, C., "Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales", en: *Los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea en el año 2016*, Coord.: A. Gutiérrez Zarza, Madrid, 2017, pp. 13 y ss.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., & MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. "Reflexión sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa", en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. Madrid: Marcial Pons, 2009, vol. 2, p. 1053.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., & MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J. "Reflexión sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa". En: *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. Madrid: Marcial Pons, 2009, vol. 2, p. 1053.

¹³¹ ALONSO GARCÍA, R." La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins vs. Letonia)", *UCM, WP IDEIR*, nº 32, 2017, p. 14. Np 39. Consultado el 12/10/21 en: <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2017-05-03-RAG%20Postbosphorus60.pdf>; CORTÉS MARTÍN, J.M., " Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, nº 55, 2016, pp. 819 y ss.

¹³² STEDH de 21/1/11, asunto *M. S. S. vs. Bélgica y Grecia*; STEDH de 6-12-2012, asunto *Michaud vs. Francia* 12323/11.; TEDH de 26/5/16, asunto *Avotins vs. Letonia*. Application no. 17502/07.; STEDH, de 21/7/15, asunto *Schippani vs. Italia*, &72.

¹³³ TJUE, propone que el estándar de derechos fundamentales dentro de la UE puede ser inferior al garantizado por el CEDH cuando la efectividad de los instrumentos jurídicos relativos al espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, estén en peligro frente a la ejecución de la decisión judicial.

¹³⁴ ALONSO GARCÍA, R. "La doctrina de Estrasburgo....Op. Cit., p. 13. Np. 33.

¹³⁵ GALLEGU GARCÍA, M. *Sobre el monopolio legítimo de la violencia*, *Nuevo Foro Penal*, 2003, p. 2. Consultado en el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3823123.pdf>; BOBBIO, N. *¿Es una alternativa la no violencia?, El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1982, p. 199.

¹³⁶ ARROYO, G. Las relaciones internacionales del siglo XXI. Un nuevo paradigma metodológico para su estudio, *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, México, nº. 100,2008, p. 30.

¹³⁷ MURILLO ZAMORA, C. "Relaciones Internacionales: algunas consideraciones disciplinarias y teóricas". *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, núm. 116,2013, p. 11,22,41.

¹³⁸ CANCELADO, H." Poder y sistema internacional: un aporte apócrifo a las Relaciones Internacionales", *RRI*, vol. 5, nº. 1,2010, p. 34.

De manera que la hoy disfuncional Ciencia penal, en su prospección del mesotés, debe buscar la armonía desde los derechos y con los derechos, pues sólo así se superará la asintónica pluralidad jurídica que comporta la incorporación a la orquesta europea de nuevos instrumentos¹³⁹. Su reconstrucción requiere avanzar con paso firme hacia la anhelada Europa, en la que los ordenamientos nacionales y supranacionales se interrelacionen mediante vasos comunicantes irrigados por un plasma de principios, derechos y garantías comunes esenciales, en el que se desarrolle con valentía visión de futuro, un ELSJ alejado de patriotismos vacuos que teman al pluralismo constitucional y que será el único que pueda, como mantenía ACOSTA ALVARADO 2016, "superar los zombis", que pululan en el complejo ámbito de la interconstitucionalidad. No cabe duda, pues, que Europa no pudo seguir anclada en un "juego de espejos rotos"¹⁴⁰. Su reconstrucción requiere destreza y de la valentía de idealistas con capacidad para arengar a los EM a pasar al otro lado del espejo, para tañer de consuno la rapsodia europea en esa búsqueda incansable de la Europa unida en pro de la paz y, en la que el individuo disponga y se le respeten los derechos esenciales¹⁴¹. Otra cosa nos abocaría a la distopía y la dispersión, parece obvio pues que la falta de cooperación que no beneficia a nadie.

En conclusión, la asintonía jurídica requiere, encontrar el ajuste perfecto de cara a lograr una buena partitura que, con la batuta adecuada, pueda encadenar un compás cooperatorio justo y garantista. La cooperación judicial penal, necesita hallar la palanca adecuada, aquella con capacidad de mover incluso un planeta¹⁴², con capacidad de accionar el resorte cooperatorio penal, social y económico, desde la primacía de los derechos, que en lo que a cooperación judicial penal se refiera, se sustentara sobre fuertes pilares esenciales comunes- los derechos procesales penales, esenciales e inalienables, no sólo en su configuración, sino también en su ejecución.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, P.A. "Zombis vs. Frankenstein: "Sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno". *Estudios Constitucionales*, Año 14, N° 1, 2016 Págs. 15,55.56. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>.
- ALDECOA LUZARRAGA, F., & GUINEA LLORENTE, M. "El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto". *RIe/C*, Doc. de Trabajo N° 9, 2008, p. 18.
- ALONSO GARCÍA, R. "La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el veto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de Avotins v. Letonia)", UCM, WP IDEIR n° 32 ,2017, p. 14. Np. 39. Consultado el 12/10/21 en <https://www.ucm.es/data/cont/docs/595-2017-05-03-RAG%20Postbosphorus60.pdf>.

¹³⁹ DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M. "El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)", *REEI*, núm. 17, 2009, p. 16-17. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/tratado-lisboa-juego-espejos-rotos>.

¹⁴⁰ DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M., "El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos) ...Op. cit., p. 16 Consultado en línea el 13/4/19 en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/tratado-lisboa-juego-espejos-rotos>."(...) un juego que parece desarmarse (...)."

¹⁴¹ De todo tipo, económicos, sociales, laborales y como no procesales penales.

¹⁴² Como se mantenía en los diálogos de Dune: HERBERT, F. *Dune*, (Trad, Domingo Santos), La Factoria de ideas, Madrid, 2012, Apdo. 2. Consultado el 12/10/21 en: <https://books.google.es/books?id=2CINyY6oG84C&pg=PT19&dq=palanca+adecuada+dune&hl=ca&sa=X&ved=2ahUKewjX6MG93sTzAhWjQvEDHazMBuAQ6wF6BAgHEAE..>

- ALONSO GARCÍA, R. "La inserción del derecho europeo en el ordenamiento español (informe del Consejo de Estado de 14 de febrero de 2008)", *RDCE*, nº. 29, Madrid, 2008, pp. 7-17. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2598363.pdf>.
- AMBOS, K. *Derecho penal europeo*, Trad. Leandro Dias & Gustavo Urquiza. Civitas. 2017, p. 64 y ss. (673)
- AMBOS, K. "Evaluando la eficiencia de la Justicia Transicional. Unos comentarios preliminares", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* nº 9, 2015, pp. 468-472, Consultado en línea el 12/10/21 en: http://www.departmentambos.unigoettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/Eficiencia_JustTransZIS_2015_468.pdf.
- ANSUÁTEGUI ROIG, J. "Constitucionalismo y Constitución Europea", en: *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, (coord.) J. Alberto del Real Alcalá, Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Antonio López García, Ramón Ruiz Ruiz, 2005, pp. 219-250. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9240/constitucionalismo_ansuategui.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- ARANGÜENA FANEGO, C. "Orden Europea de Investigación: próxima implementación en España del nuevo instrumento de obtención de prueba penal transfronteriza". *RDCE*, nº. 58, 2017, pp. 905-939. Doi: <https://doi.org/10-18042/cepc/rdce.58.03>.
- ARANGÜENA FANEGO, C. "Las garantías procesales de sospechosos e imputados en procesos penales", en *los retos del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea en el año 2016*, Coord.: A. Gutiérrez Zarza, Madrid, 2017, p. 13 y ss.
- ARANGÜENA FANEGO, C. "Nuevos avances en la armonización de garantías procesales en la Unión Europea". En: *Cooperación judicial penal en la Unión Europa*, Dir.: M.I. González Cano, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 267 ss.
- ARIAS, J. "Altiero Spinelli, 'profeta' del europeísmo, cree cercana la unidad política de Europa". Roma 19 /3/1984 Entrevista Internacional. *Diario el País*. Digital. Consultado en línea el 21/1/19 en: https://elpais.com/diario/1984/03/19/internacional/448498810_850215.html.
- ARIZA HIGUERA, L. & BONILLA, D. "El pluralismo jurídico, contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico". En: *Pluralismo jurídico*. Bogotá, D. C.: Siglo del Hombre Editores – Uniandes, 2007, p. 22, 43 (19-85).
- ARMENTA DEU, T. "Europeización del proceso penal y Derechos Fundamentales: guía y condicionante", en: *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, (coord.) José Martín Ostos Árbol, 2013, p. 67-81.
- ARROYO, G. "Las relaciones internacionales del siglo XXI. Un nuevo paradigma metodológico para su estudio", *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, nº. 100, FCPyS-UNAM, México, 2008, p. 30.
- ASÍS ROIG, R. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 2000;
- BARBÉ, E. "Identidad y frontera en Europa: los veinticinco y sus vecinos", en SALINAS DE FRÍAS, A., & VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M., (coord.) *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, UCord., Tomo I, 2005, pp. 19-217.
- BAUMAN, Z. *Europa. Una aventura inacabada*. Trad. de Luis Álvarez-mayo. Madrid, Losada. 2006, p. 216.
- BECK, U. *Reinventar Europa: una visió cosmopolita*, breus nº 5, CCCB, 2006.

- BLANCO CORDERO, I." El derecho penal y el primer Pilar de la Unión Europea". *RECPC*, 06-05,2004, p.3 Np. 6. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- BOBBIO, N." *¿Es una alternativa la no violencia?*", en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa,1982, p. 199:
- CABALLERO LOIS, D., &PINTO BASTOS L.M.(Jr.)" Pluralismo constitucional y espacios transnacionales: ¿el fin de la constitución nacional o su nuevo comienzo", *Revista Derecho del Estado*, n. °40, enero-junio de 2018, pp. 127-151. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5220/628>.
- CANCELADO, H." Poder y sistema internacional: un aporte apócrifo a las Relaciones Internacionales", *RRI*, vol. 5, nº. 1, 2010, p. 34
- CARLOS WOLKMER, A. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. Trad. Dacid Sánchez Rubio, Sevilla: Dykinson, 2018, p. 37-66(299).
- CORTÉS MARTÍN, J.M." Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus) y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia", *RDCE*, 2016, nº. 55, p. 819 ss.
- CRISTALDO MONTANER, J.D. *Armonización normativa laboral del MERCOSUR. Una propuesta unificadora*, 1º edición, Ed. Litocolor, Asunción,2000, p. 106 ss.
- CRUZ VILLALÓN, P." La Carta, o el convidado de piedra. (Aproximación a la Parte II del proyecto de Tratado / Constitución para Europa". En: *La Constitución de la Unión Europea*, (coord.) Carlos Closa Montero, Natividad Fernández Sola, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España),2005, pp. 185-197(325).
- CUENCA GÓMEZ, P." La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española", *RdEJ*, nº 12/2012, Univ. de Jaén. Págs. 5, 12-13.17. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/829/727/>.
- DE FARAMIÑÁN FERNÁNDEZ-FÍGARES, J.M." Coudenhove- Kalergi, Ética y Dignidad. El Origen del Proyecto Europeo". *Revista Aequitas*; Vol. 4, 2014, p. 305. (303-325). Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4810045.pdf>.
- DE FARAMIÑÁN GILBERT, J.M. "El Tratado de Lisboa (Un juego de espejos rotos)". *REEI*, nº. 17, 2009, p. 16-17. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/tratado-lisboa-juego-espejos-rotos>.
- De HOYOS SANCHO, M. "El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿Asimilación automática o corresponsabilidad?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (RdDCE), nº. 22,2005, p. 807 ss. Consultado en línea el 20/11/18: [file:///C:/Users/huasc/Downloads/Dialnet-ElPrincipiodeReconocimientoMutuoederesolucionesPena-1389135%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/huasc/Downloads/Dialnet-ElPrincipiodeReconocimientoMutuoederesolucionesPena-1389135%20(1).pdf).
- DE HOYOS SANCHO, M. "Sobre la necesidad de armonizar las garantías procesales en los enjuiciamientos de personas jurídicas en el ámbito de la unión europea. Valoración de la situación actual y algunas propuestas". *Revista General de Derecho Procesal*, nº 43,2017. Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://redpe.files.wordpress.com/2017/11/garantc3adas-procesales-personas-jurc3addicas-rgdp-43-2017-m-de-hoyos.pdf>.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A. *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho frente a la globalización*, Dykinson, Madrid 2009.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, A.(eds.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita?* Madrid, Dykinson, IISJ de Oñat,2008, p. 49-75.
- DE SOUSA SANTOS, B. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá,2009, p. 63.

- DELMAS-MARTY, M. *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, París, Collège de France-Fayard, 2003, pp. 13 y 14(475-494). Consultado en línea el 12/10/21 en: https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmasmarty/UPL12910_r_sum_cours0405.pdf.
- EL ROSAL, JUAN. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General, (Manuel Cobo). Vol. I. Pág. 156. Madrid: Darro, 1976, p. 150-172.
- FATÁS, G. *Tratado Egipcio-Hitita De 1278*. Historia Antigua. UZAr. 2009. Consultado en línea 12/10/21 en: http://www.hechohistorico.com.ar/archivos/culturas_antiguas/poa/tratado1278.pdf.
- FAZ ARREDONDO, L. "La justicia como virtud, igualdad y valor jurídico". *Revista de derechos humanos y estudios sociales*, 2012, p. 147. *Redhes*. Año IV, nº 8. Consultado en línea en: <http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista%20REDHES/N%C3%BAmero%208/Redhes8-07.pdf>.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law, "en: Antonio Pérez Martín et al, Institute for Social, Political and Legal Studies (Valencia, Spain), GLOSSAE. *European Journal of Legal History* 13, 2016, p. 275-306.
- FERRAJOLI, L. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trotta, Madrid, 2004, p. 72.
- FONDEVILA MARÓN, M. "Soberanía y legitimidad en el proceso de Integración europea". *AFDUC* 17, 2013, pp. 329-340. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/12563/AD_17_2013_art_16.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- GALLEGO GARCÍA, M. "Sobre el monopolio legítimo de la violencia", *Nuevo Foro Penal*, 2003, p. 2. Consultados en el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3823123.pdf>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA & MARTINEZ-CARANDE, E. "Sobre los proyectos institucionales anteriores al tratado de Ámsterdam: Regulación de las competencias de la Unión en el proyecto de Constitución Europea", en: *La unión europea tres la reforma*. Manuel Díez de Velasco Vallejo (ed.). Universidad de Cantabria. Parlamento de Cantabria, 2000, p. 39-41;
- GARCÍA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el atermalismo histórico del orden de discurso de la criminalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 18.
- GAROT, M.J. "El caso Melki, la cuestión prejudicial y los Tribunales Constitucionales. A propósito de las STJUE, C-188/10 Y C-189/10, de 22/6/10", *Noticias de la Unión Europea*, nº. 327, 2012, p. 154(149-154).
- GARZÓN LÓPEZ, P. "Pluralismo jurídico Eunomía". *Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 5, 2014, pp. 187 y 192(186-193). Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2178/1114>.
- GONZÁLEZ AURIOLES, J.A. "Recensión del trabajo de la obra de QUERALT JIMÉNEZ, A., La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales", Madrid. *TªRC. UNED*, n.º 25, 2010, p. 710.
- GONZÁLEZ CANO, M. I. Algunas consideraciones sobre el reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal, *Tribunales de Justicia*, 2001, p. 19-39.
- GONZÁLEZ CUÉLLAR SERRANO, N. "La 'Euroorden': hacia una Europa de los carceleros", *Diario la Ley* (DLy), nº. 6619, 2006, p. 3.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M.I. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el Derecho de la Unión Europea. Evolución y retos", en: *El derecho de la Unión Europea. Principios y encaje constitucional: especial referencia a la*

- concurrency de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. CDF, nº 4, 2017, p. 1-22.
- GONZÁLEZ VIADA, N. *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional*, Marcial Pons, 2009, pp. 42,61-62,187.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. "Alcance de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo supranacional, en: Ignacio Gutiérrez y Miguel Ángel Presno (ed.), *la inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, biblioteca Comares de ciencia jurídica, Editorial Comares, 2012, p. 22 Np 29.
- HÄBERLE, P. "Efectividad de los derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Cívitas, 1991, pp. 271-273
- HABERMAS J. Construcción de una identidad política europea, en CASTELLS M., & SERRA N., (eds.) *Europa en construcción: integración, identidades y seguridad*, Barcelona, CIDOB, 2004, pp. 35-48.
- HERBERT, F. Dune, (Trad, Domingo Santos), La Factoría de ideas, Madrid, 2012, Apdo. 2. Consultado el 12/10/21 en: <https://books.google.es/books?id=2CINyY6oG84C&pg=PT19&dq=palanca+a+decuada+dune&hl=ca&sa=X&ved=2ahUKEwjX6MG93sTzAhWjQvEDHazMBuAQ6wF6BAgHEAE>
- HERMIDA DEL LLANO, C." Relaciones entre ordenamientos jurídicos en el ámbito de la Unión Europea". En: *perspectivas actuales de las fuentes del derecho*. María del Carmen Barranco Avilés, Óscar Celador Angón, Félix Vacas Fernández (Coord.), Dykinson, 2011, p. 288-290
- HERNÁNDEZ CERVANTES, A." Los estudios jurídicos interdisciplinarios: hacia la contaminación positiva ". *Redhes*, VII, 17. 2015, p.45. Consultado en línea el 21/10/21 en: [http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista_REDHES/Número 14/Redhes14-02.pdf](http://www.derecho.uaslp.mx/Documents/Revista_REDHES/Número%2014/Redhes14-02.pdf).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J. Breves notas sobre los nuevos retos jurisdiccionales derivados de la intervención legislativa de la Unión Europea en el proceso penal. En: *la aplicación judicial del nuevo modelo de investigación penal. Derecho de defensa y plazos de instrucción*. CDdF. CGPJ. Nº 53, 2018, p. 2-6.
- JIMENO BULNES, M. "Origen y evolución de la cooperación judicial en la Unión Europea". En: en AAVV (Jimeno Bulnes, coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, 2007, p. 44.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J. & MARTÍN RODRÍGUEZ P.J. "Reflexión sobre los derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa". En: *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo*. Homenaje a la Profesora Victoria Abellán Honrubia. Madrid: Marcial Pons. Vol. 2, 2009, p. 1053.
- LOPES SALDANHA, J. M. & PACHECO VIEIRA., L." Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia". *AMXDI*, XIV, 2014, p. 545-579. Consultado en línea el 12/10/21 en: [https://doi.org/10.1016/S1870-4654\(14\)70015-7](https://doi.org/10.1016/S1870-4654(14)70015-7).
- LÓPEZ LÓPEZ, L. E." El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el Derecho". *Umbral* (Vol. 4). Quito, 2014, p. 31-64. Consultado en línea el 6/8/19 en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2178/>.
- LÓPEZ-CUESTA EGOACHEAGA, T." Problemas de la integración económica de Europa". *Revista de la Facultad de Derecho V* (80-83), 1957, p. 107(108-207) Consultado en línea el 12/10/21 en: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/4638/1/1189601_166.pdf.
- LUTERSTEIN, N.M. El principio de prohibición y la clausura del derecho internacional como sistema normativo: Hans Kelsen y la historia de un barco. *Rev.Trib.*

- Int.* Vol. 6, nº 11, 2017. Consultado el 12/10/21 en: <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/46367/48375/>
- MANGAS MARTÍN, A. "La distribución de competencias en la Unión Europea y el principio de subsidiariedad", *Jornada, principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, 17/12/08, Parlamento de Navarra, 2008, p. 3.
- MARCO ABATO, M. "Una reflexión sobre la primacía del Derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción legislativa", *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, nº. 29, 2017, p. 122 Np68, 126-127. (75-127). Consultado en línea el 12/10/21 en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6275513>.
- MARÍN AÍS, J.R., "La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Ordenamiento jurídico de la UE", *RDCE*, nº. 44, p. 234.
- MARTINEZ RODA, M. Europa antes de Europa. Ficciones y realidad de la comunidad supranacional europea. Siglos XVIII-XX, *Letras Históricas*, nº. 19, México, 2019, p. 141 y ss. (127-156). Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://www.letrashistoricas.cucsh.udg.mx/index.php/LH/article/view/7074>.
- MARZOCCHI, O. "The protection of fundamental rights in the EU: European Parliament achievements during the 2014-2019 legislative term and challenges for the future", *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies*, PE 621.911, C 2019. Consultado en línea el 12/10/21 en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/621911/IPOL_BRI\(2019\)621911_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/621911/IPOL_BRI(2019)621911_EN.pdf).
- MONNET, J. *Memorias, Siglo XXI de España* Editores, Madrid, 1985, p. 465.
- MORALES PRATS, F. "Los modelos de unificación del Derecho penal en la Unión Europea: Reflexiones a propósito del Corpus Iuris", *RPH*, Nº. 3, 1999, P. 29 ss. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://lawcenter.es/w/file/view/60043/articulo-doctrinal-los-modelos-de-unificacion-del-derecho-penal-en-la-union-europea-reflexiones-a-proposito-del-corpus-iuris>.
- MORENO JUSTE, A. "Desde la Historia. El estudio del proceso de construcción europea: sueño, aventura y realidad", *Rubrica Contemporánea*, vol. 3, 6, 2014, p. 129-146.
- NASH ROJAS, C. "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en Capaldo, Griselda et al. (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Fundación Alexander Von Humboldt, Buenos Aires, 2012, p. 146 y 147.
- NEVES, M. Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana", en Capaldo, Griselda et al. (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 58 y 67.
- NEVES, M., (Não). "Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões". Sao Paulo: *Lua Nova*, 93, 2014, pp. 201-232. Consultado en línea el 12/10/21 en: https://www.researchgate.net/publication/272398911_Nao_Solucionando_problemas_constitucionais_transconstitucionalismo_alem_de_colisoes.
- OREJUDO, J.C. "Defensa del humanismo y de los derechos humanos: la figura del sujeto y su historia". *Eikasia. Revista de Filosofía*, II 7, 2006, p. 50. Consultado el 12/10/21 en: <http://www.revistadefilosofia.org>.
- ORTEGA GARCÍA, R. "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011".

- AMdDI, vol. 15,2015, p. 503, 2015(495-537). Consultado en línea el 12/10/21 en: DOI: 10.1016/j.amdi.2014.09.009.
- OST, F. "Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos De Juez", Doxa, 1993, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 14, en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Pág. 185,193. Consultado en línea el 12/10/21 en: <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/jpiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, J.M. Argüelles o la radicalidad constitucional, *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 56, Madrid, 2015, p. 4-13.
- PUTIN, A. *De Roma a Lisboa. Problemas histórico-jurídicos en la construcción de Europa*, tesis doctoral dirigida por directora: Dra. R., Morán Martín. UNE, 2016.
- REY MARTINEZ, F." El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales, (Análisis del artículo 10.2)", *RGdD*, Año XLV, nº 537,1989, p. 3620 (3611-3632).
- ROJAS DONAT, L. "El sistema probatorio medieval de los germanos visto por historiadores alemanes del derecho del siglo XIX y de comienzos del siglo XX". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, nº. -34, 2012, p. 483-507. Consultado el 12/10/19 en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552012000100015>.
- RUIZ MACIÀ, J.P. *Los cimientos de los Estados Unidos de Europa. Los movimientos europeístas. Cronología de la Unión Europea*. Netbiblio. A Coruña, 2007, p. 351.
- SILVA DE LAPUERTA, R. "La protección jurisprudencial de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: nacimiento y evolución". En BENEYTO PÉREZ, J.M. (dir.), MAÍLLO GONZÁLEZ- ORÚS, J. & BECERRIL ATIENZA, B. (coords.) *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Tomo II. Derechos Fundamentales. Pamplona: Aranzadi, 2009, p. 20.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Principios inspiradores de un derecho penal europeo", *Revista Penal* nº 13, 2004, p. 138, Np.2. Consultado en línea el 7/6/20 en: <http://lawcenter.es/w/file/download/60082>.
- SOTIS, C. Estado actual y perspectivas de futuro en la armonización del Derecho penal material", en Arroyo zapatero, L. / Nieto Martín, A. (dirs.), *El Derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2017, p.108, 118 ss.
- TODOROV, T. *El Jardín Imperfecto, Luces y sombras del pensamiento humanista*, Paidós,1999, p. 48 ss.
- TORRES PÉREZ, A. (2007). Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España, *REdDE*, nº. 21,2007, p. 160-166.
- URDANETA, J. S." Omnipotente, omnipresente, omniscio: apuntes sobre el pluralismo jurídico". Derecho y Ciencias Sociales. *Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica*, nº 15,2016, p. 113-126. Consultado en línea el 10/12/21 en: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/56933>.
- VOGEL, J. "Cooperación Penal: Cinco Tendencias. Cinco Propuestas Para Una Acción Futura". En: MUÑOZ DE MORALES, Marta Romero (Coord.). *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación Actual y Perspectivas de Futuro*. UCLM, 2007, pp. 157-166.

Perspectivas sobre a responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor no Brasil

Perspectives on civil liability for damages caused by Artificial Intelligence applications in identification of the consumer's profile in Brazil

Sabrina Jiukoski da Silva¹

Thatiane Cristina Fontão Pires²

Universidade Federal de Santa Catarina

Sumário: 1. Introdução; 2. A Inteligência Artificial aplicada às estratégias de *marketing* e o processo de perfilização; 3. LGPD e a Responsabilidade Civil do uso de aplicação de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo introduzir o problema da imputação da responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial (IA) no delineamento do perfil comportamental do consumidor no Brasil, por meio do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica. Para tanto, na primeira seção, traçar-se-á o conceito e as características da IA, notadamente a falta de limites em relação aos resultados que ela pode alcançar nas aplicações estratégicas de *marketing* para o delineamento do perfil do consumidor. Na segunda seção, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil previstos na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira (LGPD) em face do tratamento irregular de dados, numa abordagem comparada com o regulamento análogo europeu (RGPD). Conclui-se, ao final, que os agentes devem ser responsabilizados independentemente de culpa no Brasil, uma vez que o elemento essencial de imputação é o tratamento irregular dos dados pessoais, sendo este observado quando ocorrer em inobservância da legislação de proteção ou frustrar a legítima expectativa de segurança dos titulares dos dados.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Danos; Inteligência Artificial; Perfilização.

Abstract: This article aims to introduce the problem concerning liability imputation of damages caused by Artificial Intelligence (AI) applications in the process of identification of the consumer's profile in Brazil, through the deductive method and the bibliographic research technique. In the first section, the concept and characteristics of AI are identified, mainly the lack of limits on the results it can achieve in strategic marketing applications for identification of the consumer's profile. In the second section of this paper, the assumption of civil liability in the Brazilian

¹ Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Substituta de Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bolsista CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo e do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (IBERC).

² LL.M. em andamento na Universidade de Maastricht (Holland-High Potential Scholarship). Doutoranda e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo.

Data Protection Law regarding the irregular data processing are analyzed, in a comparative approach to the European analogue regulation (GDPR). The proposed analysis leads to the conclusion that agents must be held responsible regardless of negligence in Brazil, because the essential element of imputation is the irregular processing of personal data, once observed occurring in non-compliance with the protection legislation or frustrating the legitimate expectation of data subjects' security.

Keywords: Civil liability; Damages; Artificial Intelligence; Profiling.

1. Introdução

O avanço tecnológico mudou significativamente o hábito de compra dos consumidores. Pouco tempo atrás, era necessário dirigir-se às lojas físicas para a aquisição de bens e serviços. Para tanto, as possíveis influências externas para o ato de consumo eram propagandas realizadas nas mídias tradicionais. Na contemporaneidade, porém, o consumidor sequer precisa sair de casa para adquirir um produto ou serviço e, antes de tudo, utiliza-se de plataformas de busca, como *Google*, para pesquisar qual fornecedor tem o produto ou serviço mais indicado para as suas necessidades. Não satisfeito, consulta redes sociais, como *YouTube*, *Instagram* ou *Facebook*, para saber a opinião de outros consumidores, blogueiros e famosos acerca do produto escolhido para, então, tomar sua decisão.

Se na era pré-internet o obstáculo comercial era físico, diante da necessidade de aproximação entre os consumidores e os fornecedores, atualmente, todos os serviços, produtos e outros bens da informação podem ser acessados virtualmente. Nesse contexto, conforme Pedro Domingos, a dificuldade comercial passou a ser a previsão dos "cliques"³.

Por conseguinte, as estratégias de *marketing* também passaram por uma mudança de paradigma. O foco empresarial migrou das mídias tradicionais para o ambiente virtual e passou a ser, sobretudo, o perfil comportamental do consumidor⁴. Entender o público-alvo, as características demográficas, o comportamento econômico para expandir as vendas, refinar produtos e preços, padronizar entregas e fornecer o *link* perfeito para cada tipo de usuário são, hoje, objetivos prementes do *marketing*, o que só se torna possível com o auxílio dos algoritmos⁵ de Inteligência Artificial (IA).

Notável é o progresso proporcionado pelos algoritmos de IA ao *marketing* empresarial, posto que, em maior ou menor grau, essa tecnologia possibilita que programas de computador, em tempo real e em larga escala, por si próprios, passem a definir comportamentos humanos individuais ou de grupo – com base na análise do grande volume de dados pessoais deixados pelos usuários-consumidores no ambiente virtual – e direcionar campanhas publicitárias em conformidade com os

³ DOMINGOS, P. *O algoritmo mestre*, Trad. Aldir José Coelho Corrêa da Silva, Novatec, São Paulo, 2017, p. 34.

⁴ TORRES, C. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você precisa saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. Novatac, São Paulo, 2019. Cumpre consignar que o *marketing* engloba todas as composições criativas para se alcançar clientes e vendas, como infere-se: "[...] quando falamos em *marketing*, não se iluda, estamos falando também de vendas, de atrair novos clientes, de fidelizar os atuais, enfim, de fazer negócios. Como algumas empresas dividem as áreas de *marketing* e vendas em dois departamentos, muitas pessoas acabam criando a ideia equivocada de que são duas coisas distintas. Na verdade, vendas é parte do *marketing*. É um de seus resultados, mas não o único. Vender com rentabilidade, fidelizar clientes, expandindo o negócio e valorizando a marca no mercado, essa é uma das funções do *marketing*." (TORRES, C., *Op. cit.*, p. 65).

⁵ Em síntese, "um algoritmo é uma sequência de instruções que informa ao computador o que ele deve fazer" (DOMINGOS, P., *Op. cit.*, p. 24).

dados tratados, atingindo resultados que seus criadores não eram capazes de alcançar.⁶

Esses sistemas são, hoje, classificados como semiautônomos, na medida que ainda possuem supervisão direta de seus programadores. Todavia, os sistemas de IA, sejam eles supervisionados ou não, têm o potencial de operar e decidir de forma verdadeiramente autônoma, ou seja, sem o aval ou, até mesmo, o conhecimento de seus programadores. E essas ações independentes dos sistemas de IA trazem novos desafios jurídicos e, portanto, demandam soluções de forma premente.⁷

Dentre as áreas sensíveis ao avanço tecnológico da IA, situa-se, notadamente, a prática de identificação de perfis comportamentais do consumidor, usualmente denominada pela expressão inglesa *profiling*⁸, uma vez que as suas consequências negativas (danos) causadas aos mais diversos usuários-consumidores podem ser potencializadas, ainda mais, através do uso de aplicações de IA. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo introduzir o problema da imputação de responsabilidade por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial no delineamento do perfil comportamental do consumidor (perfilização), trazendo perspectivas da atual Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Para tanto, na primeira parte, é apresentado o conceito de IA, as suas principais características, notadamente a falta de limites em relação aos resultados que ela pode alcançar, bem como as estratégias de *marketing* que estão sendo delineadas com sua aplicação e os riscos e danos vivenciados pelos consumidores diante da perfilização.

Na segunda parte do artigo, a partir da caracterização do processo de perfilização como tratamento de dados pessoais, passa-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil previstos na LGPD em face do tratamento irregular de dados, introduzindo os principais debates doutrinários acerca da matéria, bem como aspectos-chave da normativa aplicáveis ao delineamento do perfil do consumidor, em abordagem comparada com o regulamento análogo europeu (Regulamento Geral de Proteção de Dados - RGPD).

⁶ A exemplo, *Netflix*, *Amazon Prime* e *Disney+* utilizam algoritmos de IA para analisar dados como avaliações de filmes, compartilhamento nas redes sociais e histórico de filmes assistidos nas plataformas, para recomendar novos títulos aos assinantes, assim como entender por que as pessoas são emocionalmente atraídas por alguns conteúdos e por outros não (MACIEL, R. *Serviços como Netflix querem usar a IA para criar uma conexão emocional com você*, 2019). As redes varejistas, como *Renner* e *Target*, estão utilizando os algoritmos de IA para analisar o hábito de compra dos consumidores e tornar mais personalizada a venda de produtos em suas lojas (LOTUFO, É. *Com inteligência artificial, Renner quer "prever" venda de produtos*, 2020; e *TARGET: entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor*. 2020).

⁷ Para ilustrar, esse receio de lacunas de responsabilidade é uma das razões que levaram o Parlamento Europeu a aprovar, em 20 de outubro de 2020, uma resolução que inclui uma "Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a responsabilidade pelo funcionamento de Sistemas de inteligência artificial". Essa proposta coloca mais pressão sobre a Comissão, que, com base no relatório apresentado pelo Grupo de Peritos em Responsabilidade e Novas Tecnologias - Formação de Novas Tecnologias (EG-NTF), publicou um relatório sobre as implicações de segurança e responsabilidade de IA, Internet das Coisas (Internet of Things - IoT) e robótica em fevereiro de 2020 e vem trabalhando em propostas legislativas há algum tempo. A propósito, cf. WENDEHORST, C. "Strict Liability for AI and other Emerging Technologies", *Journal of European Tort Law*, vol. 11, nº 2, 2020, pp. 150-180.

⁸ Zanatta pontua que "No dicionário de língua inglesa, *profiling* (expressão inglesa de perfilização) significa "o ato ou processo de extrapolar informação sobre uma pessoa baseado em traços ou tendências conhecidas". Na tradição da ciência da informação anglo-saxônica, a perfilização se refere ao processo de construção e aplicação de um perfil de usuário (*user profile*) gerado por análises de dados computadorizadas". (ZANATTA, R. *Perfilização, Discriminação e Direitos: do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, 2019, pp. 04-05).

2. A Inteligência Artificial aplicada às estratégias de *marketing* e o processo de perfilização

A programação de computadores, por muito tempo, resumiu-se ao processo de descrever as etapas necessárias para que uma máquina realizasse determinada tarefa e alcançasse um objetivo previamente determinado. A habilidade de acumular e aprender a partir de experiências, utilizando-se do aprendizado daí extraído, assim como a capacidade de agir de forma independente e tomar decisões de modo autônomo sempre foram características associadas à inteligência humana⁹.

O desenvolvimento da inteligência artificial (IA), no entanto, promoveu uma verdadeira revolução nesse sentido, uma vez que possibilitou a mimetização da maneira como o cérebro humano funciona – e, conseqüentemente, da forma como os seres humanos aprendem e se comportam –, por meio de algoritmos aplicados em programas de computador. Isso permitiu que as máquinas passassem a aprender com as próprias experiências e a executar, com maior ou menor grau de autonomia, tarefas semelhantes às humanas¹⁰.

Desse modo, os algoritmos de IA se distanciaram dos algoritmos tradicionais de computação, por possuírem capacidade de atuar de forma autônoma, a partir de experiências acumuladas, extraíndo conhecimento e tomando decisões independentemente de seus criadores¹¹. Assim como os humanos, portanto, as soluções de IA podem aplicar regras, aprender a partir de novos dados e informações e se adaptar às mudanças em seu ambiente¹².

Klaus Schwab sinaliza que os sistemas de IA estão sendo responsáveis por progressos impressionantes na última década, impulsionados tanto pelo aumento exponencial da capacidade de processamento, quanto pela disponibilidade de grandes quantidades de dados pessoais¹³. Muitos algoritmos de IA aprendem a partir de rastros de dados que os seres humanos deixam no ambiente digital e, mediante a análise de tais informações, apresentam sugestões, automatizando processos de decisão. Isso facilita e torna mais ágeis as conclusões empresariais com base em dados ou em experiências vividas¹⁴.

Dito de outro modo, à medida que os seres humanos passaram a estar conectados diariamente ao ambiente virtual – dependendo cada vez mais de seus *smartphones*, computadores e assistentes virtuais –, o volume, a velocidade e a variedade de dados pessoais deixados no ambiente virtual cresceram significativamente e, com isso, as empresas visualizaram uma grande oportunidade de melhoramento de seu *core business*¹⁵.

Mas esse melhoramento, grande parte através de estratégias de *marketing*, só é possível com a criação de bancos de dados específicos e de ferramentas cognitivas artificiais. Daí por que o progressivo interesse empresarial nos sistemas

⁹ FONTÃO PIRES, T.C.; PETEFFI DA SILVA, R. "A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, nº 3, 2017, p. 238-254.

¹⁰ DUAN, Y.; EDWARDS, J. S.; DWIVEDI, Y. K. "Artificial intelligence for decision making in the era of big data - evolution, challenges and research agenda", *International Journal of Information Management*, nº 48, 2019, p. 63-71.

¹¹ FONTÃO PIRES, T.C.; PETEFFI DA SILVA, R., *Op. cit.*

¹² CANHOTO, A.I.; CLEAR, F. "Artificial intelligence and machine learning as business tools: A framework for diagnosing value destruction potential", *Business Horizons*, nº 63, 2020, p. 183-193.

¹³ Os incisos I e II do artigo 5º da LGPD definem, respectivamente, dados pessoais como "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" e dados pessoais sensíveis como "dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural".

¹⁴ SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira. Edipro, São Paulo, 2016.

¹⁵ Diz respeito à principal atividade de uma companhia.

de IA, em seu subcampo do *machine learning*¹⁶, que é responsável, propriamente, pela habilidade de realizar o cruzamento de dados e extrair deles conhecimento de forma autônoma.

Pedro Domingos¹⁷ pontua que as empresas passam por três estágios de crescimento na contemporaneidade e, ao final, necessitam do auxílio do *machine learning* para permanecerem no mercado de consumo, visto que esses algoritmos de aprendizagem fazem o papel de conciliadores, unindo fornecedores e consumidores.

Na primeira fase, as empresas fazem tudo manualmente. Ou seja, os proprietários conhecem pessoalmente seus clientes e encontram ou recomendam produtos ou serviços caso a caso. Com o crescimento da empresa, porém, isso já não é possível, e uma segunda fase se inicia. Trata-se da fase em que a empresa se depara com a necessidade de usar programas de computador. São necessários, então, programadores, consultores e gerentes de bancos de dados, e milhões de linhas de código são escritas para automatizar aquelas funções empresariais que, logicamente, podem ser automatizadas. Dessa forma, um número muito maior de consumidores é atendido, porém, de forma não personalizada, pois decisões são tomadas de acordo com categorias demográficas elementares, e os programas de computador empregados são rígidos demais para satisfazer a infinita versatilidade humana. Após um determinado ponto, não são encontrados programadores e consultores suficientes para fazer tudo que é necessário, momento em que a empresa passa a adotar o *machine learning*.¹⁸

Para tanto, os sistemas de IA possuem três componentes básicos de funcionamento. O primeiro deles é, justamente, os dados de entrada (*in-put*), ainda que não estruturados, como imagens, falas e conversas. O segundo componente é composto por algoritmos de *machine learning*, responsáveis pelo processamento dos dados de entrada. Tais algoritmos podem ser: (i) supervisionados¹⁹ (quando recebem de seus programadores um modelo rotulado para que possam aprender o padrão e, a partir dele, executar tarefas e desenvolver regras a serem aplicadas); (ii) não supervisionados (quando recebem apenas um conjunto de dados de treinamento com entradas sem rótulos e a tarefa do algoritmo é encontrar a melhor maneira de agrupar os pontos de dados e estabelecer como eles podem estar relacionados); e, por fim, (iii) de reforço (quando recebem um conjunto de dados de treinamento e uma meta a ser alcançada, sendo sua obrigação encontrar a melhor combinação de ações para alcançar essa meta). O terceiro, e último, componente da IA é, pois, a

¹⁶ Em tradução livre, literalmente, aprendizagem de máquina. Isso significa que, quando um problema é dado para a IA resolver, os seus desenvolvedores não fornecem um algoritmo específico que descreve o passo a passo para alcançar a solução. Pelo contrário, é fornecida apenas uma descrição do problema em si, o que permite à IA construir o caminho para chegar a uma solução, ou seja, a tarefa da IA é buscar por uma solução através do seu próprio aprendizado. A propósito: POOLE, D.; MACKWORTH, A. *Artificial Intelligence: Foundations of Computational Agents*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2010.

¹⁷ DOMINGOS, P., *Op. cit.*

¹⁸ A título de exemplo, sem *machine learning*, Amazon precisaria codificar, precisamente, os gastos de todos os seus clientes em um programa de computador, assim como Facebook teria que escrever um programa que selecionasse as melhores atualizações a serem exibidas para cada usuário; por sua vez, Walmart, que vende milhões de produtos, precisaria tomar bilhões de decisões complexas todos os dias. Desse modo, as empresas aplicam algoritmos de aprendizagem às montanhas de dados pessoais acumulados e deixam que eles, por si próprios, rompam a sobrecarga de informações e apontem o que os consumidores buscam ou querem adquirir naquele determinado momento (DOMINGOS, P., *Op. cit.*).

¹⁹ Importante sinalizar, desde logo, que mesmo o processo de *machine learning* supervisionado, em que a função do algoritmo é inferida a partir de pares de dados de entrada e de saída rotulados, deve permitir que o algoritmo determine corretamente os rótulos (*labels*) para instâncias não previstas. Assim, diversas são as razões do porquê o algoritmo resultante possa vir a se comportar, posteriormente, de maneira imprevisível, notadamente erros no processo de rotulagem (*labelling*). Cf. WENDEHORST, C., *Op. cit.*

decisão resultante desse processo algoritmo ou uma seleção de resultados para ações humanas futuras, isto é, para a tomada de decisão empresarial futura²⁰.

Os algoritmos de aprendizagem no *marketing* normalmente recebem dados e uma meta a ser alcançada. Assim sendo, classificam-se como não supervisionados e são utilizados para garantir resultados considerados mais assertivos na tomada de decisão.²¹²² São, ainda, projetados e utilizados tanto em decisões estratégicas, quanto em decisões táticas e operacionais. Dentre essas, destacam-se, essencialmente, a otimização automática de campanhas, a identificação de perfis comportamentais de consumidores – individuais ou em grupos –, prevendo tanto comportamentos de compra futuras, quanto estratégias para obter um maior número de consumidores e padronização de preços.

Como exemplo típico de aplicação de IA ao *marketing*, Thomas Davenport *et al.* elenca a otimização de preços, visto que o preço de um produto ou serviço deve ser baixo o suficiente para atrair clientes, mas alto o suficiente para permitir que a empresa obtenha lucros. Outro uso, consequentemente, está na identificação do perfil dos clientes: os altamente propensos a comprar, os muito improváveis de comprar e, por fim, aqueles intermediários. Depois disso, é possível direcionar a publicidade aos clientes intermediários, pois, via de regra, são os consumidores que podem fornecer os maiores retornos financeiros.²³

Em outros casos, ainda, os sistemas de IA chegam a iniciar conversas por mensagens instantâneas ou chamadas telefônicas com potenciais clientes e, em seguida, os direcionam para um vendedor (humano). Do mesmo modo, entregam produtos sem que os consumidores se envolvam no processo de escolha e compra propriamente dito. Isto é, os clientes preenchem pesquisas de estilo e a IA avalia esses estilos, cria *links* e envia notas pessoais. O resumo dessas descobertas, após os cliques dos usuários, é encaminhado a estilistas de moda, que selecionam roupas adequadas com o perfil de cada consumidor e enviam os produtos selecionados. Outros sistemas de IA, por fim, incluem reconhecimento facial, varreduras biológicas, análises de estímulos (a exemplo do DNA e das temperaturas corporais).²⁴

As possibilidades dos sistemas de IA no *marketing* são ilimitadas, contudo, como pontua Bruno Bioni, o ato de consumo está sendo modelado²⁵ e, mais do que isso, o direcionamento comportamental algorítmico e todas as ações daí decorrentes estão influenciando os consumidores, como também estão aumentando o controle sobre os usuários, ocasionando práticas discriminatórias e abusivas, além de causar danos às pessoas.

Dito de outra maneira, inúmeros são os dados sensíveis disponíveis no ambiente virtual – dados que revelem a origem racial ou étnica, o gênero, a preferência sexual, as opiniões políticas e as convicções religiosas – e a conectividade e a capacidade cognitiva da IA apresentam muitos desafios. Como enfatizam Canhoto e Clear, a IA pode se conectar a inúmeros ambientes externos, de modo que os dados coletados e verdadeiramente minerados serão desconhecidos por seus criadores, além de poderem vir a ser corrompidos, mostrarem-se incompletos ou enganosos. Os algoritmos de IA podem produzir resultados incompreensíveis para os seres

²⁰ CANHOTO, A.I.; CLEAR, F., *Op. cit.*

²¹ CANHOTO, A.I.; CLEAR, F., *Op. cit.*

²² Complementando, Duan, Edwards e Dwivedi enfatizam que “A nova onda de sistemas de IA tem melhorado a capacidade de usar dados para fazer previsões e tem reduzido, substancialmente, o custo de realizar tais previsões”. No original: “*The new wave of AI systems has improved an organisation’s ability to use data to make predictions and has substantially reduced the cost of making predictions*” (DUAN, Y.; EDWARDS, J. S.; DWIVEDI, Y. K., *Op. cit.*, p. 63).

²³ DAVENPORT, T.; GUHA, A.; GREWAY, D.; BRESSGOTT, T.B. “How artificial intelligence will change the future of marketing”, *Journal of the Academy of Marketing Science*, nº 48, 2020, p. 24–42.

²⁴ DAVENPORT, T.; GUHA, A.; GREWAY, D.; BRESSGOTT, T.B. *Op. cit.*

²⁵ BIONI, B.R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 122.

humanos, o que os torna impossíveis de corrigir ou controlar, como quando os *bots*²⁶ de negociação de IA do *Facebook* desenvolveram sua própria linguagem. Ou ainda, podem apresentar limitações na conversão de recursos complexos em formatos binários e criar *loops*, tornando-se complexos para seus programadores.²⁷ Mais do que isso, nesse processo, a depender do conteúdo da amostra de dados tratada, podem vir a direcionar oportunidades, potencializar padrões negativos e fomentar publicidades abusivas.

Exemplos de ações discriminatórias e abusivas realizadas por algoritmos de inteligência artificial e que se tornaram conhecidas no Brasil são, respectivamente, o *geoblocking* e o *geopricing*. O primeiro trata de um conjunto de ações que impedem determinados consumidores, diante de suas origens geográficas, de acessar e comprar produtos ou serviços como, por exemplo, locação de veículos e reservas de hotéis que, por vezes, têm o preço alterado conforme a região do consumidor. O segundo trata da precificação diferenciada de produtos e serviços, também com base em origens geográficas. Ou seja, o preço de determinado produto ou serviço variará de acordo com a região que o consumidor está (que é identificada através do número do IP). Dessa forma, não apenas as experiências dos usuários serão diferentes, mas também as ofertas que serão feitas dependendo da região, riqueza, gênero, raça e idade dos consumidores.²⁸

Com a introdução de sistemas de IA mais avançados, a probabilidade de danos deve aumentar. Isso porque é intrínseco à inteligência artificial: (a) o ímpeto de se auto aperfeiçoar; (b) o desejo de ser racional; (c) a busca pela preservação da utilidade das suas funções; (d) a prevenção da falsificação de seus resultados operacionais ou das suas propriedades funcionais; (e) o desejo de adquirir recursos e usá-los de forma eficiente.²⁹ Essas aspirações são, apenas, objetivos intermediários e convergentes que levam ao objetivo final para o qual a IA foi criada. Ao alcançar tais objetivos intermediários, visando atingir o objetivo final, a IA pode causar danos a terceiros³⁰.

Como corolário lógico, essa propagação dos sistemas de IA no *marketing* empresarial permite a enunciação de uma série de questões jurídicas, principalmente no que tange à disciplina da responsabilidade civil. Os exemplos do *geoblocking* e o *geopricing* ilustram que a operação da IA e seus possíveis desdobramentos podem causar danos, assim como muitos outros em que os sistemas de IA podem tomar decisões independentes, sem transparência e, por vezes, não imaginadas por seus programadores.

3. LGPD e a responsabilidade civil do uso de aplicação de Inteligência Artificial no delineamento do perfil do consumidor

Ao se tratar da Inteligência Artificial (IA), duas das principais características novas que podem suscitar dúvidas acerca das noções de responsabilidade civil tradicionais são a autonomia e a opacidade. O termo autonomia refere-se, justamente, a essa certa falta de previsibilidade no que diz respeito à reação do

²⁶ *Bot*, diminutivo de *robot*, também conhecido como *Internet bot* ou *web robot*, é uma aplicação de *software* concebido para simular ações humanas repetidas vezes de maneira padrão, da mesma forma como faria um robô (KONGTHON, A. et al. "Implement-ing an online help desk system based on conversational agent", *Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems*, nº 69, 2009).

²⁷ CANHOTO, A.I.; CLEAR, F., *Op. cit.*

²⁸ MARTINS, G.M. "O *geopricing* e *geoblocking* e seus efeitos nas relações de consumo", em FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (Coords.), *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, p. 636-637.

²⁹ MUEHLHAUSER, L.; SALAMON, A. "Intelligence explosion: evidence and import", em EDEN, A. (Ed.) et al. *Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 15-42.

³⁰ FONTÃO PIRES, T.C.; PETEFFI DA SILVA, R., *Op. cit.*

software a circunstâncias não antecipadas. Trata-se, em particular, de situações em que a codificação do *software* ocorreu total ou parcialmente com a ajuda de *machine learning* – muito embora a noção de IA deva ser mais ampla e mais neutra do ponto de vista tecnológico –, tornando difícil prever como o *software* reagirá a cada situação específica no futuro.³¹

Embora o comportamento imprevisto em situações não antevistas pelo programador também possa ocorrer com o *software* de tipo tradicional, algoritmos criados com a ajuda de *machine learning* não podem ser facilmente analisados, especialmente quando métodos sofisticados de *deep learning*³² foram empregados. Essa opacidade do código – chamado "efeito caixa-preta" (*black box effect*) – significa que não é fácil explicar por que a IA se comportou de uma maneira particular em uma dada situação. Tarefa ainda mais difícil seria rastrear esse comportamento de volta a qualquer ponto que pudesse ser chamado de "defeito" do código programado ou qualquer falha no processo de desenvolvimento.³³

Nesse contexto, as propostas aos desafios impostos pela IA usualmente se dividem entre medidas de prevenção (*ex ante response*) ou de responsabilidade (*ex post response*). Uma abordagem puramente econômica – que tem sido a abordagem predominante, por exemplo, nos Estados Unidos da América – insiste que as medidas de prevenção devem ser tomadas apenas quando o custo geral dessas medidas ainda seja inferior ao custo geral do dano provável de ser causado. Se, porém, o custo das medidas preventivas excederia o custo total do dano provável, tais medidas não são necessárias, ou não deveriam ser tomadas, porque simplesmente deixar que o dano ocorra, compensando-se as vítimas posteriormente, seria mais eficiente.³⁴ Alguns iriam mais longe, dizendo que isso é verdade mesmo quando nenhuma compensação é concedida (fórmula de Kaldor-Hicks³⁵).³⁶

Por sua vez, a Europa sempre seguiu um caminho diferente, por várias razões, incluindo que a morte, lesões corporais e (outras) violações dos direitos fundamentais não podem ser simplesmente reduzidas a um valor monetário. Outrossim, defende-se que a abordagem puramente econômica muitas vezes não leva em conta o real custo de acidentes, por exemplo, o dano econômico causado por uma falta geral de confiança por parte dos consumidores e outros danos coletivos, bem como questões sociais.³⁷ Tais considerações apontam que medidas de prevenção e de responsabilidade não devem ser totalmente independentes umas das outras. Pelo contrário, uma conexão mais estreita entre ambas as respostas é aconselhável.³⁸

Isso significa dizer, *inter alia*, que se o risco vier a se materializar, a pessoa responsável pelo dano será, justamente, aquela que deveria ter evitado o risco através da adoção de medidas de prevenção. Nesse contexto, a regulamentação de um *standard* mínimo de segurança a ser adotado deve determinar, até mesmo, a

³¹ WENDEHORST, C., *Op. cit.*

³² O *deep learning*, ou simplesmente aprendizagem profunda, é uma subdivisão do machine learning e pode ser definido, em apertada síntese, como "o uso de redes neurais em multiníveis para encontrar padrões em imensos corpos de dados". No original: "*Deep learning (DL) is the use of multilevel neural networks to find patterns in huge bodies of data*" (BODEN, M. "On deep learning, artificial neural networks, artificial life, and good-old fashioned AI", *Oxford University Press's Blog*, 2016).

³³ WENDEHORST, C., *Op. cit.*

³⁴ Cf. KOLSTAD, C.; ULEN, T.; JOHNSON, G. "Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?", *The American Economic Review*, 1990.

³⁵ Em apertada síntese, a fórmula Kaldor-Hicks afirma que um resultado é proveitoso se quem obteve o ganho poderia, hipoteticamente, compensar aquele que sofreu a perda. Cf. a respeito: KALDOR, N. "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, nº 549, 1939; bem como: HICKS, J.R. "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, nº 696, 1939.

³⁶ WENDEHORST, C., *Op. cit.*

³⁷ WENDEHORST, C., *Op. cit.*

³⁸ Chega-se a afirmar que é da natureza e do propósito da imputação de responsabilidade a função de prevenir o dano. Cf. European Group on Tort Law. *Principles of European Tort Law (PETL)*, art. 10:101, parte 2: "*Damages also serve the aim of preventing harm*".

distribuição do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade e possíveis excludentes (ao se provar que as medidas de segurança foram adotadas).³⁹

Não raramente, os dados tratados no âmbito do *marketing* serão de cunho pessoal dos usuários-consumidores, enquadrando-se, pois, na categoria de tratamento de dados pessoais. Nesse ponto, seja por uma questão de tradição jurídica, seja em função da evidente inspiração da recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) brasileira em relação à normativa análoga europeia (Regulamento Geral de Proteção de Dados - RGPD), é natural a comparação com o velho continente.⁴⁰

No cenário europeu, o RGPD impõe ao controlador a obrigação de aplicar medidas técnicas adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento de dados está sendo realizado em conformidade com o diploma normativo, sem perder de vista o contexto e a finalidade do tratamento de dados, bem como os riscos para os direitos e liberdades das pessoas naturais.⁴¹ Nota-se, pois, a opção pela conjunção de medidas de prevenção com a de eventual responsabilidade nos casos de não atendimento do padrão mínimo de segurança, que engloba, *v.g.*, a declaração de consentimento livre dos usuários, bem como a existência de um interesse legítimo para a atividade de tratamento.⁴²

Em sentido similar, a responsabilidade civil no âmbito da LGPD tem em conta, em primeiro lugar, a natureza da atividade de tratamento de dados, que a norma procura restringir às hipóteses com fundamento legal (art. 7º), bem como que o tratamento não compreenda dados além do que o estritamente necessário (princípio da finalidade, art. 6º, III), nem seja inadequado ou desproporcional em relação à sua finalidade (art. 6º, II).⁴³

No que tange mais especificamente à obrigação de indenizar dos agentes de tratamento⁴⁴, o artigo 42 estabelece a regra geral para sua configuração, ao passo que o artigo 43 prevê as hipóteses excludentes de responsabilidade, dentre as quais se destaca a possibilidade de prova, por parte dos agentes de que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados (inciso II) – ou seja, o padrão mínimo de segurança foi devidamente adotado.

Da simples leitura dos artigos citados, percebe-se que o legislador nacional optou por não definir, expressamente, a modalidade de responsabilidade civil a ser aplicada no âmbito da LGPD. Como corolário, a doutrina civilista nacional apresenta forte discussão sobre o fundamento de imputação do dever de indenizar, em que se defrontam dois princípios ético-jurídicos: o princípio da culpa e o do risco.

Sustenta-se, de um lado, que a legislador optou por consagrar a responsabilidade subjetiva, pois, dentre tantos argumentos presentes na doutrina, o

³⁹ WENDEHORST, C., *Op. cit.*

⁴⁰ Cf. WERLANG PAIM, B.; RUTHES GONÇALVES, L. "A responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelas aplicações de inteligência artificial", em WACHOWICZ, M. (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*, Gedai, UFPR, Curitiba, 2020, p. 451-480.

⁴¹ WERLANG PAIM, B.; RUTHES GONÇALVES, L., *Op. cit.*

⁴² Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*, Preâmbulo, parágrafos 24 e 40 a 49.

⁴³ SCHERTEL MENDES, L.; DONEDA, D. "Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120, ano 27, 2018, p. 469-483.

⁴⁴ Conforme a definição da própria legislação, os agentes de tratamento são os controladores e os operadores de dados (art. 5º, inc. IX). O controlador "é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" e o operador, por sua vez, é "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador" (art. 5º, inc. VI e VII da LGPD).

legislador teria adotado uma espécie de culpa normativa⁴⁵, afastando-se da concepção clássica de culpa e se alicerçando em uma visão objetiva, pautada na adequação do tratamento à norma.⁴⁶ De outro lado, afirma-se que a omissão legislativa dá-se porque a atividade de tratamento de dados pessoais possui um risco próprio ou intrínseco e, portanto, se configura objetiva à luz parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (CC/2002).⁴⁷ Finalmente, há quem defenda que não é possível ter uma abordagem unitária, uma vez que a sistemática da norma apresenta ora viés objetivo, ora subjetivo.⁴⁸

Cumpra aqui fazer uma crítica pontual aos defensores da culpa normativa, visto que o que se pretende por meio da expressão é, em verdade, fazer alusão ao critério objetivo do conceito de ato ilícito, ou seja, a antijuridicidade. A tradição nacional tem a antijuridicidade como elemento da responsabilidade civil a partir da locução “violar direito” (art. 186 do CC/2002), que, agora, está presente no *caput* do art. 42 e no inc. II do art. 43 ambos da LGPD (“violação à legislação de proteção de dados pessoais”).

Dito de outro modo, culpa e antijuridicidade não se confundem, posto que, consoante elucida Rafael Peteffi da Silva, “o juízo de antijuridicidade conecta-se com o desvalor que recai sobre o fato que está em contradição com o interesse preponderante declarado pela norma [ato contrário à norma], afastando-se definitivamente de um juízo de culpabilidade”.⁴⁹ Por tal motivo se afirma que a antijuridicidade está igualmente presente na responsabilidade objetiva, notadamente porque “o ordenamento jurídico cobre com o manto da antijuridicidade os fatos causadores de danos que estiverem dentro da área de atuação de determinado agente, ainda que a conduta *normalmente* desenvolvida, apesar de perigosa, não seja considerada, *per se*, ilícita”⁵⁰.

A partir desses pressupostos, a responsabilidade civil dos agentes de tratamento deve ser interpretada como sendo objetiva, por se tratar de uma atividade que, por sua natureza, implica em riscos para os direitos dos usuários (parágrafo único do artigo 927 do CC/2002), além de ser normalmente desenvolvida pelos operadores e controladores.

Outrossim, no que concerne especificamente aos danos causados por aplicações de IA, frisa-se que a responsabilidade subjetiva não responde adequadamente aos desafios colocados pelas tecnologias digitais emergentes, visto que tanto a autonomia, quanto a opacidade tornam difícil rastrear o dano a qualquer tipo de intenção ou negligência por parte de um ator humano.⁵¹

⁴⁵ GUEDES, G.S.C.; MEIRELES, R.M.V. “Término do Tratamento de Dados”, em FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; DONATO OLIVA, M., *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, p. 219-241.

⁴⁶ Também são partidários dessa corrente: BIONI, B.R.; DIAS, D. “Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor”, *Civillistica.com*, v. 9, nº 3, 2020, p. 1-23.

⁴⁷ Nesse sentido: SCHERTEL MENDES, L.; DONEDA, D., *Op. cit.*; e GODINHO, A.M.; QUEIROGA NETO, G.R.; MORAIS TOLÊDO, R.C. “A responsabilidade civil pela violação a dados pessoais”, *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, 2020.

⁴⁸ A propósito: BRUNO, M.G.S. “Da responsabilidade e do ressarcimento de danos”, em MALDONADO, V.N.; BLUM, R.O. (coords.), *LGPD: Lei Geral de Proteção de dados comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019. p. 322-331; SCHREIBER, A. “Responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”, em DONEDA, D.; SARLET, I.W.; MENDES, L.S.; RODRIGUES JUNIOR, O.L.; BIONI, B.R., *Tratado de proteção de dados pessoais*, Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 319-338.

⁴⁹ PETEFFI DA SILVA, R. “Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 18, ano 6, 2019, p. 169-214.

⁵⁰ PETEFFI DA SILVA, R., *Op. cit.*, p. 198.

⁵¹ WENDEHORST, C., *Op. cit.* O mesmo se aplica aos fenômenos de complexidade, abertura e vulnerabilidade dos ecossistemas digitais, bem como às novas tecnologias distribuídas de livro-

Os agentes de tratamento de dados devem ser, portanto, responsabilizados, independentemente da comprovação de culpa, podendo-se afirmar que a LGPD consagrou uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva⁵², cujo elemento essencial para imputação é o tratamento irregular dos dados pessoais coletados.

Consoante a LGPD, o tratamento de dados pessoais será irregular nas hipóteses de: (i) inobservância da legislação de proteção (art. 44, *caput*); e (ii) fornecimento de segurança inferior àquela que o titular dos dados pode esperar, sendo relevante, para tal configuração, o modo pelo qual o tratamento é realizado, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado (art. 44, *caput* e incisos). Assim, respondem pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no artigo 46 desta Lei, der causa ao dano (art. 44, parágrafo único).

Por fim, o artigo 45 da LGPD remete à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) às hipóteses de violação do direito do titular dos dados no âmbito das relações de consumo. O marco regulatório brasileiro abrange, portanto, todas as operações de tratamento de dados pessoais realizadas no território nacional (art. 3º), englobando também as operações de dados nas relações consumeristas. Por derradeiro, a leitura do *standard* mínimo da LGPD deve ser realizada em conjunto com as diretrizes do microssistema consumerista.

Como se vê, o legislador vinculou o tratamento irregular dos dados pessoais a dois critérios: a observância da legislação de proteção e a legítima expectativa de segurança. A proteção contra o tratamento irregular não visa, contudo, a uma segurança absoluta, já que o tratamento de dados não pode ser considerado irregular simplesmente em razão de as expectativas subjetivas do titular terem sido frustradas.⁵³ Trata-se, pois, de um parâmetro objetivo, consubstanciado na expectativa legítima do público em geral, aferida não pela análise individual da vítima, mas por meio da concepção coletiva da sociedade de consumo, ou melhor, da sociedade de informação⁵⁴.

É evidente o paralelo com o código consumerista ao se adotar o critério segurança na LGPD. A doutrina aponta tratar-se de uma fórmula indeterminada, que estará sempre vinculada à casuística,⁵⁵ predominando, no aspecto, a corrente que entende ser objetivo o critério de segurança. Para Guilherme Reinig, “o critério objetivo tem como vantagem exigir do juiz que procure, ao decidir o caso concreto,

razão (DLT), como *blockchain*, em que o risco é diluído pela interação de um número muito grande de diferentes pessoais, muitas das quais guardam anonimato.

⁵² O termo “responsabilidade civil objetiva” é utilizado, aqui, em sentido amplo, para qualquer forma de responsabilidade sem culpa. Isso engloba, pois, a responsabilidade desencadeada pela violação de determinadas leis ou padrões específicos (*non-compliance liability*), cujo objetivo inclui a prevenção de danos do tipo em questão, bem como a responsabilidade por defeito do produto. Não se ignora, porém, o entendimento segundo o qual o termo deva ser, indiscutivelmente, reservado para as formas de responsabilidade baseadas quase exclusivamente na causalidade e que, como tais, não exigem qualquer tipo de não conformidade ou defeito ou mau desempenho. Em defesa do uso estrito do termo responsabilidade objetiva: WENDEHORST, C., *Op. cit.*

⁵³ No ponto, fazendo-se um paralelo com a legislação consumerista acerca do defeito do produto, a defectibilidade do produto se baseia numa falta de segurança que o público em geral pode legitimamente esperar. O parâmetro para a verificação do defeito, assim como na Diretiva 85/74/CEE (art. 6º), são as legítimas expectativas de segurança. (LIMA REINIG, G.H. *A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento*, Atlas, São Paulo, 2013).

⁵⁴ Para maiores esclarecimentos, ver: VASCONCELLOS E BENJAMIN, A. H. “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos.”, em OLIVERA, Juarez., *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 60.

⁵⁵ Nesse sentido, VIEIRA SANSEVERINO, P.T. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 125; LIMA REINIG, G.H., *Op. cit.*, p. 30; e VASCONCELLOS BENJAMIN, A.H., *Op. cit.*, p. 60.

generalizar ao máximo os fundamentos de sua decisão, a fim de que a mesma solução possa ser aplicada a casos semelhantes”⁵⁶.

A despeito da adoção de critérios objetivos, a noção de segurança no ambiente digital é nebulosa, sobretudo ao se subsumir as circunstâncias relevantes elencadas pelo legislador às aplicações de IA, nas quais a autonomia é uma característica previsível que, por sua vez, pode gerar resultados inesperados. Nesse ponto, adverte Dominique Guinard, “a segurança dos objetos inteligentes é tão forte quanto seu enlace mais fraco”⁵⁷. Ou seja, as soluções de segurança ainda não estão consolidadas entre controladores e operadores, sendo ainda objeto de debate. Nesse contexto, ao menos hipoteticamente, a autonomia da IA traz novamente à tona o problema dos riscos indetectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos, tratado pela teoria do risco do desenvolvimento.⁵⁸

Outro aspecto sensível diz respeito ao fato de a LGPD vincular o resultado e os riscos esperados à noção de consentimento, confidencialidade e finalidade. Os dados pessoais estão caracterizados na legislação, em regra geral, como informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, inc. I)⁵⁹, e essas informações só podem ser coletadas e tratadas mediante o consentimento pelo titular (art. 7º, inc. I), sendo vedado o tratamento de dados pessoais mediante vício de consentimento (art. 8º, *caput* e § 3º)⁶⁰.

Infere-se, portanto, que o instituto do consentimento passa a figurar como instrumento, por excelência, da manifestação da escolha individual. Se, por um lado, tal aspecto privilegia a autodeterminação informativa⁶¹, por outro lado, passa a figurar como instrumento de legitimação de situações potencialmente abusivas.

A exemplo, muito embora o regulamento europeu de proteção de dados tenha tratado expressamente do fenômeno da perfilização, garantindo ao titular dos dados o direito de não estar sujeito a decisões baseadas somente em processamento automático, acabou por excepcionar essa regra caso a decisão esteja apoiada no consentimento explícito do titular dos dados.⁶² Ocorre que, e não é demais pontuar, uma análise puramente literal dos dispositivos aplicáveis pode levar a crer que o consentimento “pode ser dado [pura e simplesmente] validando uma opção ao visitar um sítio *web* na *Internet*, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto”⁶³. Argumenta-se, assim, que o consentimento não pode ser dissociado da noção de finalidade prevista no regulamento.

⁵⁶ LIMA REINIG, G.H., *Op. cit.*, p. 31. O autor aponta críticas tanto ao critério subjetivo quanto ao critério objetivo de segurança legitimamente esperada, pois ambos são imprecisos. A imprecisão é própria do conceito de defeito estipulado, mas o critério objetivo, como aponta, é mais adequado para as análises dos casos concretos. Partindo, assim, da ideia de que a segurança deve ser analisada a partir da segurança legitimamente esperada pelo consumidor médio (LIMA REINIG, G.H., *Op. cit.*, p. 31-32).

⁵⁷ No original: “After all, the security of a smart object is only as strong as its weakest connected link” (GUINARD, D. *The Politics Of The Internet Of Things*. 2016).

⁵⁸ A propósito: LIMA REINIG, G.H.; AMARAL CARNAÚBA, D. “Responsabilidade civil e novas tecnologias: riscos do desenvolvimento retornam à pauta”, *Revista Consultor Jurídico*, 2019.

⁵⁹ O legislador brasileiro tomou o cuidado de conceituar os dados pessoais sensíveis e os dados anonimizados (art. 5º, inc. II e III).

⁶⁰ A legislação elenca hipóteses em que o tratamento de dados pode ser realizado sem o consentimento do titular, vide *caput* e incisos do art. 7.

⁶¹ DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 366. O surgimento do direito à autodeterminação informativa tem suas origens no ordenamento jurídico alemão. A ideia central é garantir o direito de autodeterminação dos indivíduos no sentido de poder controlar e fiscalizar o levantamento de seus dados pessoais e relativos à sua vida privada (DONEDA, D., *Op. cit.*, p. 196).

⁶² UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Seção 4, artigo 22, (1) e (2), alínea c.

⁶³ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016*. Preâmbulo, Parágrafo 32.

No mesmo sentido, a fiel observância dos termos da LGPD também deverá acarretar o desvinculamento da ideia de consentimento do simples “eu aceito” ou “eu concordo” ao final de grandes textos de política de privacidade presentes no acesso a sítios eletrônicos, aplicativos e redes sociais. Os termos de uso generalistas, complexos e em letras muito pequenas, que permitem coletar todo e qualquer tipo de dado para fins de “melhoria dos serviços” ou de “compartilhamento com terceiros”, não são suficientes para configurar o consentimento dos usuários. O consentimento deverá referir-se a finalidades determinadas, pois o tratamento de dados só poderá ocorrer com propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades (inc. I do art. 6º). Importante frisar que as autorizações genéricas para o tratamento de dados pessoais serão nulas (§ 4º do art. 8º).

Esse aspecto final deve representar um grande desafio para as ações de *compliance* junto aos agentes de tratamento de dados que atuam nos processos de perfilização mediante a aplicação de IA, porquanto a conexão com a finalidade precípua do tratamento poderá ser perdida no decorrer do processo, sobretudo diante das características de autonomia e opacidade dessa nova tecnologia.

4. Considerações Finais

O problema da imputação de responsabilidade civil por danos causados pelas aplicações de Inteligência Artificial (IA) tem ensejado inúmeros debates no âmbito acadêmico. Está claro que a IA, por suas características próprias, não encontra limites teóricos e que inúmeros danos podem derivar do seu uso. Dentro desse universo de possíveis aplicações, tratou-se do uso da IA no delineamento do perfil comportamental do consumidor. A relevância do problema exposto é tangível e tende a afetar cada vez mais a sociedade, já que as empresas estão investindo nessa área para crescimento de mercado.

A partir da caracterização do processo de perfilização como atividade de tratamento de dados pessoais dos usuários-consumidores, bem como das diferentes abordagens jurídicas da questão, verificou-se que os agentes de tratamento de dados devem ser responsabilizados independentemente de culpa, em consonância com os diplomas normativos aplicáveis (LGPD e CDC). Trata-se, assim, de modalidade de responsabilidade objetiva, cujo elemento essencial de imputação será o tratamento irregular dos dados pessoais, sendo este observado quando ocorrer em inobservância da legislação de proteção ou frustrar a legítima expectativa de segurança dos titulares dos dados.

Dessarte, questões relativas à segurança dos titulares passam a ser pauta de análise, pois as características de autonomia e opacidade da IA fazem reavivar o problema dos riscos indetectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos.

Por derradeiro, apontou-se como aspecto merecedor de especial atenção a importância conferida pela legislação de proteção ao consentimento do titular dos dados. Se, por um lado, tal aspecto privilegia a autodeterminação informativa, por outro lado, passa a figurar como instrumento de legitimação de situações potencialmente abusivas.

Referências

- BIONI, B.R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*, Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- BIONI, B.R.; DIAS, D. “Responsabilidade civil na proteção de dados pessoais: construindo pontes entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e o Código de Defesa do Consumidor”, *Civilistica.com*, v. 9, nº 3, 2020, p. 1-23.

- BODEN, M. "On deep learning, artificial neural networks, artificial life, and good-old fashioned AI.", *Oxford University Press's Blog*. Disponível em: <https://blog.oup.com/2016/06/artificial-neural-networks-ai/>. Acesso em: 30 jun. 2021.
- BRUNO, M.G.S. "Da responsabilidade e do ressarcimento de danos", em MALDONADO, V.N.; BLUM, R.O. (coords.), *LGPD: Lei Geral de Proteção de dados comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019. p. 322-331.
- CANHOTO, A.I.; CLEAR, F. "Artificial intelligence and machine learning as business tools: A framework for diagnosing value destruction potential", *Business Horizons*, nº 63, 2020, p. 183-193.
- CORACCINI, R. *Walmart transforma megastore em laboratório de inteligência artificial*, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/gjCKS. Acesso em: 22 jun. 2021.
- DAVENPORT, T.; GUHA, A.; GREWAY, D.; BRESSGOTT, T.B. "How artificial intelligence will change the future of marketing", *Journal of the Academy of Marketing Science*, nº 48, 2020, p. 24-42.
- DOMINGOS, P. *O algoritmo mestre*, Trad. Aldir José Coelho Corrêa da Silva, Novatec, São Paulo, 2017.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- DUAN, Y.; EDWARDS, J. S.; DWIVEDI, Y. K. "Artificial intelligence for decision making in the era of big data - evolution, challenges and research agenda", *International Journal of Information Management*, nº 48, 2019.
- FONTÃO PIRES, T.C.; PETEFFI DA SILVA, R. "A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do Parlamento Europeu", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, nº 3, 2017, p. 238-254.
- GODINHO, A.M.; QUEIROGA NETO, G.R.; MORAIS TOLÊDO, R.C. "A responsabilidade civil pela violação a dados pessoais", *Revista IBERC*, v. 3, n. 1, 2020.
- GUEDES, G.S.C.; MEIRELES, R.M.V. "Término do Tratamento de Dados", em FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; DONATO OLIVA, M., *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, p. 219-241.
- GUINARD, D. *The Politics Of The Internet Of Things*, 2016. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2016/02/25/the-politics-of-the-internet-of-things/>> Acesso em: 10 jul. 2021.
- HICKS, J.R. "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, nº 696, 1939.
- KALDOR, N. "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, nº 549, 1939.
- KOLSTAD, C.; ULEN, T.; JOHNSON, G. "Ex Post Liability for Harm vs. Ex Ante Safety Regulation: Substitutes or Complements?", *The American Economic Review*, 1990.
- KONGTHON, A. et al. "Implement-ing an online help desk system based on conversational agent", *Proceedings of the International Conference on Management of Emergent Digital EcoSystems*, nº 69, 2009.
- LIMA REINIG, G.H. *A responsabilidade do produtor pelos riscos do desenvolvimento*. Atlas, São Paulo, 2013.
- LIMA REINIG, G.H.; AMARAL CARNAÚBA, D. "Responsabilidade civil e novas tecnologias: riscos do desenvolvimento retornam à pauta", *Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/direito-civil-atual-riscos-novas-tecnologias-retornam-pauta>>. Acesso em 10 jul. 2021.
- LOTUFO, E. *Com inteligência artificial, Renner quer prever venda de produtos*, 2020. Disponível em: encurtador.com.br/bemtN . Acesso em: 22 jun. 2021.

- MACIEL, R. *Serviços como Netflix querem usar a IA para criar uma conexão emocional com você*, 2019. Disponível em: encurtador.com.br/aprX4. Acesso em: 22 jun. 2021.
- MARTINS, G.M. "O geoprising e geoblocking e seus efeitos nas relações de consumo", em FRAZÃO, A.; MULHOLLAND, C. (Coords.), *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade*, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.
- MUEHLHAUSER, L.; SALAMON, A. "Intelligence explosion: evidence and import", em EDEN, A. (Ed.) et al. *Singularity hypotheses: a scientific and philosophical assessment*, Springer, Heidelberg, 2012, p. 15-42.
- PETEFFI DA SILVA, R. "Antijuridicidade como requisito da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição", *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 18, ano 6, 2019, p. 169-214.
- POOLE, D.; MACKWORTH, A. *Artificial Intelligence: Foundations of Computational Agents*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2010.
- SCHERTEL MENDES, L.; DONEDA, D. "Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 120, ano 27, 2018, p. 469-483.
- SCHREIBER, A. "Responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", em DONEDA, D.; SARLET, I.W.; MENDES, L.S.; RODRIGUES JUNIOR, O.L.; BIONI, B.R., *Tratado de proteção de dados pessoais*, Forense, Rio de Janeiro, 2021. p. 319-338.
- SCHWAB, K. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira. Edipro, São Paulo, 2016.
- TARGET: *entenda como a loja monitora o comportamento do consumidor*. 2020. Disponível em: <https://www.traycorp.com.br/conteudo/target-e-o-comportamento-do-cliente/>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- TEPEDINO, G. "Desafios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)", *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 26, 2020, p. 11-15.
- TORRES, C. *A bíblia do marketing digital: tudo o que você precisa saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. Novatac, São Paulo, 2019.
- UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em 15 jul. 2021.
- VASCONCELLOS E BENJAMIN, A. H. "Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos.", em OLIVERA, Juarez., *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, Saraiva, São Paulo, 1991.
- VIEIRA SANSEVERINO, P.T. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. Saraiva, São Paulo, 2010.
- WENDEHORST, C. "Strict Liability for AI and other Emerging Technologies", *Journal of European Tort Law*, vol. 11, nº 2, 2020, pp. 150-180. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/jetl-2020-0140>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- WERLANG PAIM, B.; RUTHES GONÇALVES, L. "A responsabilidade civil no tratamento de dados pessoais pelas aplicações de inteligência artificial", em WACHOWICZ, M. (Org.). *Proteção de dados pessoais em perspectiva: LGPD e RGPD na ótica do direito comparado*, Gedai, UFPR, Curitiba, 2020, p. 451-480.
- ZANATTA, R. *Perfilização, Discriminação e Direitos do Código de Defesa do Consumidor à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*, 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331287708_Perfilizacao_Discriminacao_e_Direitos_do_Codigo_de_Defesa_do_Consumidor_a_Lei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais. Acesso em: 22 jun. 2021.

A cidadania participativa na política tributária: uma análise da participação social no conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo

Participatory citizenship in tax policy: an analysis of social participation in the municipal tax council of the city of São Paulo

Juliana Paganini¹

Mario Di Stefano Filho²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Sumário: 1. Introdução; 2. A política tributária no federalismo fiscal brasileiro; 2.1 As políticas públicas como instrumentos concretizadores dos objetivos da República; 2.2 aspectos teóricos das políticas tributárias; 2.3 políticas tributárias nacionais, estaduais e municipais; 3. A cidadania participativa no Estado Democrático de Direito; 4. O conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo como política tributária instituidora da cidadania participativa; 5. Conclusões; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo trata da instituição da cidadania participativa por meio de uma política tributária, mais especificamente, o caso do Conselho Municipal de Tributos da cidade de São Paulo. Nessa linha, o trabalho tem como objetivo promover uma análise crítica acerca da relação da cidadania participativa na esfera fiscal, como meio de materialização do Estado Democrático de Direito. Assim, a partir de um exame teórico acerca de políticas públicas tributárias e da participação social, o estudo procura responder a possibilidade da instituição do segundo pelo primeiro. Para tanto, contou-se com o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica de livros e artigos científicos qualificados, pertinentes ao tema. Ao final, concluiu-se, por conseguinte, pela possibilidade de uma política tributária instituidora de cidadania participativa, na seara fiscal.

Palavras-chave: Política tributária; cidadania participativa; federalismo fiscal; conselho municipal de tributos; estabilização do sistema.

Abstract: This article deals with the institution of participatory citizenship through a tax policy, more specifically, the case of the municipal tax council of the city of São

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professora da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com.

² Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Mestre no Programa de Pós-Graduação de Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Bolsista CAPES/PROSUC. Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas e pós-graduado em Direito Público pela FACAB. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: mariodsfilho.adv@gmail.com.

Paulo. In this line, the work aims to promote a critical analysis of the relationship of participatory citizenship in the fiscal sphere, as a means of materializing the Democratic Rule of Law. Thus, based on a theoretical examination of public tax policies and social participation, the study seeks to answer the possibility of establishing such participation by a tax policy. For that, the deductive method was chosen and a bibliographic research of books and qualified scientific articles pertinent to the theme was carried out. In the end, it was concluded, therefore, by the possibility of a tax policy instituting participatory citizenship, in the fiscal area.

Keywords: Tax policy; participatory citizenship; fiscal federalism; municipal council of taxes; system stabilization.

1. Introdução

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito. Para concretizá-lo, no entanto, o Estado deve constantemente perseguir certos objetivos fundamentais da república, previstos no artigo 3º. Dentre eles, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, além de promover o bem de todos os brasileiros, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

Diante dessa conjuntura, o Estado utilizar-se-á de políticas públicas, visando cumprir os referidos objetivos constitucionais. Enfatiza-se, entretanto, que a realização de políticas públicas sociais gera, automaticamente, um custo, que deverá ser arcado por meio da arrecadação de tributos. Não obstante, haverá políticas públicas que versarão sobre o sistema tributário brasileiro, as denominadas “políticas tributárias”.

Além disso, o Estado Democrático de Direito garante a democracia participativa, ocasião na qual os cidadãos poderão atuar na sociedade de maneira ativa. A Carta Magna, assim, torna possível certo grau de protagonismo para a própria sociedade.

Sob esse contexto, o presente estudo tem como objetivo promover uma análise crítica a cerca de uma provável relação entre a política tributária e a cidadania participativa, mais especificamente, a instituição do Conselho Municipal de Tributos da cidade de São Paulo. Sendo exequível, assim, a instituição de uma forma de democracia participativa por uma política tributária municipal.

Para o proposto, optou-se pelo método dedutivo, utilizando como procedimento de pesquisa a revisão bibliográfica de livros e artigos científicos qualificados e pertinentes à discussão proposta, bem como instrumentos legislativos que versam sobre o tema.

Diante dessa perspectiva, a fim de realizar as reflexões propostas, no item 02 serão abordados os aspectos teóricos das políticas tributárias. Partindo da definição de políticas públicas e subsequentemente analisando as diversas funções e diferentes naturezas, frente ao federalismo fiscal, das políticas tributárias.

Já no item 3, buscou-se abordar o instituto da cidadania participativa, oriunda do Estado Democrático de Direito, introduzido na Constituição Federal de 1988, além de sua relação necessária com a democracia.

Por fim, no item 4 almejou-se examinar o Conselho Municipal Tributário da cidade de São Paulo como potencial política tributária instituidora de cidadania participativa.

Com tudo isso, se concluiu, por conseguinte, que o Conselho Municipal Tributário da cidade de São Paulo pode ser caracterizado como uma política tributária com função estabilizadora, que torna possível a cidadania participativa com a indicação de cidadãos para o seu conselho.

2. A política tributária no federalismo fiscal brasileiro

O artigo terceiro da Constituição elenca os objetivos fundamentais da República, dentre os quais estão: A construção de uma sociedade solidária, justa e livre, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza e a promoção do bem-comum³. Todavia, apesar de constitucionalmente imposto ao Estado, perseguir tais objetivos requer investimentos de grande monta.

Assim, conforme argumento sustentado por Stephen Holmes e Cass Sustein, toda e qualquer prestação do Estado terá um custo⁴. Em vista disso, salienta-se que as discussões sobre a garantia de direitos fundamentais, realizada pelo Estado, consistem basicamente sobre os direitos de primeira geração, caracterizados pela não-intervenção do Estado, como direito à liberdade de expressão e liberdade religiosa, e pelos de segunda geração, definidos por prestações positivas do Estado, como o direito à saúde e educação. No entanto, cabe mencionar o reconhecimento da doutrina por direitos de até quinta geração, caracterizada pelos direitos virtuais, contudo, a discussão de Holmes e Sustein é fundamentada nos direitos de primeira e segunda geração⁵.

Com isso, os autores concluem que o custo monetário reside não apenas nas prestações positivas, como a contratação de profissionais e compra de materiais, mas também nas negativas, pois essas dependem de uma estrutura judicial prévia para a sua devida manutenção⁶.

Diante disso, o meio pelo qual o Estado vai financiar essas prestações será a tributação. Apesar da arrecadação tributária de seus cidadãos, o ente estatal não contará com recursos suficientes para um investimento satisfatório em todas as áreas sociais, fazendo com que o fenômeno da chamada “escassez de recursos” seja uma realidade⁷.

A partir desse cenário, os mecanismos de planejamento e atuação do Estado para almejar a realização desses objetivos, frente a mencionada escassez de recursos, são as políticas públicas⁸.

2.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS CONCRETIZADORES DOS OBJETIVOS DA REPÚBLICA

As políticas públicas, ao garantirem a efetivação de direitos sociais, exercem um papel fundamental no Estado Democrático de Direito. Logo, elas são as principais ferramentas das quais o Estado utilizará para cumprir os objetivos da República.

Não obstante, os estudos sobre políticas públicas, iniciados na década de 1930 nos Estados Unidos da América por Harold Lasswell, indicam a multidisciplinariedade como um de seus principais aspectos. Desse modo, o tema não abrange exclusivamente a ciência política, mas também a sociologia, o direito, a economia

³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988, São Paulo: Saraiva, 56ª Edição, 2020, artigo 3º.

⁴ HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999, p 15.

⁵ RODRIGUES, H.T.; OLIVEIRA, A. F. de. “A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais”. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 1, 2018, p. 54-55.

⁶ HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999, p 35.

⁷ PIERDONÁ, Z. L.; LEITÃO, A. S.; FURTADO FILHO, E. T. “Primeiro, o básico. Depois, o resto: o direito à renda básica”. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 02, n. 55, 2019, p. 410-411.

⁸ ANSELMINI, P.; BUFFON, M. “Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do bem comum no estado democrático de direito”. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, n. 1, 1º quadrimestre de 2020, p. 296

entre tantas outras. À vista disso, um conceito unânime sobre o tema não existe, embora muitos pesquisadores se dediquem ao tema⁹.

Mastrodi e Ifanger esclarecem que atualmente há a utilização do termo “políticas públicas” como basicamente um sinônimo de direitos sociais. Lecionam os autores:

A expressão políticas públicas tem sido usada, em profusão, para se referir a um certo tipo de ação estatal eficaz para promover e garantir quais direitos e, no limite, um remédio capaz de resolver todas (ou quase todas) as demandas da sociedade¹⁰.

Entretanto, os autores elucidam que as políticas públicas não tem como objetivo direto a concretização de direitos fundamentais, mas sim o atingimento dos objetivos fundamentais da República, na qual o Estado está vinculado constitucionalmente a partir do artigo 3º. Apesar dos objetivos estarem fortemente ligados ao atingimento de direitos fundamentais, destaca-se que as políticas públicas concretizarão esses direitos de modo indireto e não direto¹¹.

Tal raciocínio respalda-se no fato de que há investimentos mínimo em áreas sociais dispostos na Constituição, logo é possível não compreender como políticas públicas qualquer ação estatal de prestação de direitos sociais. A partir disso, afirma-se que as políticas públicas tem como objetivo central a realização dos objetivos estatais¹².

Fonte, indica em sua obra que:

Políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais da administração pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas do direitos (e.g., Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (e.g., os contratos administrativos, as nomeações de servidores públicos para o desempenho de determinadas função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (e.g., o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais, públicos, as lições de professor em estabelecimento de ensino , etc.)¹³.

A conceituação sobre políticas públicas proposta pelo autor evidencia a finalidade do ato governamental, não a elencando necessariamente como uma finalidade social. Fonte parte da perspectiva de que nem toda política pública concretizará direitos fundamentais, uma vez que a complexidade do estado o obriga a atuar em diversos setores e utiliza, como exemplo, as políticas financeiras¹⁴.

Nesse sentido, o presente trabalho propõe que as políticas tributárias, aquelas que dispõe sobre o sistema fiscal, também são políticas públicas, cujos aspectos teóricos serão abordados a seguir.

⁹ SOUZA, M. S. de; BUCCI, M. P. D. “O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações”. *REI-Revista Estudos Intitucionais*, v. 5, n. 3, 2019, p. 835.

¹⁰ MASTRODI, J.; IFANGER, F. C. de A. “Sobre o conceito de políticas públicas”. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 5.

¹¹ Ibid, p. 9-10.

¹² Ibid, p.15-16.

¹³ FONTE, F. de M. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação de controle jurisdicional de políticas no estado democrático de direito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

¹⁴ Ibid, p. 52.

2.2 ASPECTOS TEÓRICOS DAS POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS

O direito tributário, naturalmente, guarda constante relação com as políticas tributárias. No entanto, o primeiro se baseia no sentido jurídico do tributo, mediante normas positivadas, enquanto o segundo visa aprimorar o sistema tributário sob certos parâmetros, cuja principal finalidade é cumprir os objetivos da República¹⁵.

Outrossim, a relação entre o direito tributário e a política tributária não usufrui do seu verdadeiro potencial, pois há um entendimento de que a política tributária se resumiria à instituição normativa da área das Finanças Públicas. Contudo, apesar de terem relação, a política financeira trata das práticas que possibilitem a otimização das atividades financeiras do Estado, finalidade diversa das políticas tributárias, que se empenham em aperfeiçoar o sistema tributário¹⁶.

A política tributária possui um aspecto legislativo de muita importância, pois é por meio da legislação que a política entrará em prática. Seu objetivo dependerá do contexto na qual ela é inserida, mas sua função mais comum é utilizar-se da tributação, por meio de instituição, majoração, diminuição ou isenção, para atingir determinado fim¹⁷.

Rodrigues e Kuntz consideram as políticas tributárias como políticas indutoras de arrecadação, baseadas na realidade socioeconômica de cada contribuinte visando o financiamento de políticas públicas, em especial as sociais. Assim, elas são respaldadas nos princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva¹⁸.

Já Difini e Jobim, resumem as políticas tributárias como a simples escolha da parcela da sociedade do qual o ônus tributário vai recair. Tal escolha seria, então, pautada nas políticas tributárias indutoras, caso a tributação do consumo fosse estimulada, a população mais carente seria, proporcionalmente, mais onerada. Por outro lado, caso a tributação de renda fosse priorizada, as camadas mais ricas seriam os principais responsáveis pela arrecadação¹⁹.

Entretanto, embora o aspecto da tributação seja o mais relevante, ele não é o único da política tributária. Destacam-se três funções básicas das políticas tributárias: 1) Função alocativa, que baseia-se na arrecadação em geral para financiar os serviços públicos do Estado; 2) Função distributiva, caracterizada pela redistribuição de riquezas, por meio da tributação de patrimônio e renda para financiamento de políticas sociais; 3) Função estabilizadora, medidas que viabilizam o crescimento econômico e o desenvolvimento²⁰.

Nessa linha, a função estabilizadora é de extrema importância para países em desenvolvimento, pois atuam na aceleração do progresso, distribuição de renda, alocação de recursos e estabilidade dos preços²¹. Resta claro, assim, que tal função repercute nas outras funções, bem como nos objetivos financeiros do Estado.

A partir desse cenário, salienta-se que há três facetas da norma tributária: fiscal (arrecadatória), função extrafiscal (modeladora de comportamento) e simplificadora (praticidade). Assim, a política tributária pode ter a faceta fiscal, caracterizado meramente pela arrecadação. Além disso, também, assumir uma faceta extrafiscal, podendo ela ser implementada com um intuito interventivo, desestimulando

¹⁵ BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. "Políticas Tributárias anticíclicas: análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19". *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 64, 2021, p. 518-519.

¹⁶ *Ibid*, p. 519.

¹⁷ *Ibid*, p. 521.

¹⁸ RODRIGUES, H. T.; KUNTZ, T. G. "Políticas públicas tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social". *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38.2, 2018, p. 160.

¹⁹ DIFINI, L. F. S.; JOBIM, E. de S. L. "Estado fiscal e os critérios de justiça no direito tributário". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 41, 2019, p. 286.

²⁰ BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. "Políticas Tributárias anticíclicas: análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19". *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 64, 2021, p. 521.

²¹ *Ibid*, p. 522.

comportamentos, por meio da instituição ou majoração de impostos ou estimulando comportamentos por meio da concessão de benefícios fiscais²². E por fim, pode revelar uma a faceta simplificadora, com o intuito de simplificar o sistema tributário.

A esse respeito, Borges, Teodorovicz, Esteche Filho e Simioni Filho explicam:

Assim, a política tributária pode produzir efeitos arrecadatários, redistributivos, regulatórios, simplificadores, estabilizadores, bem como intervir na ordem social, econômica, ambiental, dentre outras, razão pela qual a Política tributária, por meio da função extrafiscal dos tributos, atinge o direcionamento econômico, social ou ambiental e pode, ainda mesmo, buscar a eficácia de determinados ideias em relação ao sistema tributário, como a justiça fiscal, a integração econômica regional, o desenvolvimento econômico e o combate as crises estruturais²³.

Diante do exposto, constata-se a clara relação entre a política tributária e os objetivos da República. No entanto, a dinâmica de tal política é bem versátil, podendo não apenas ser caracterizada pelo ato de tributar ou o ato de isentar. Desse modo, reconhece-se que a política tributária pode se fazer presente na democracia.

Ademais, salienta-se o fator federativo da política tributária, sendo possível sua instituição em nível federal, estadual ou mesmo municipal.

2.3 POLÍTICAS TRIBUTÁRIAS NACIONAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS

As políticas tributárias são políticas públicas que influem no sistema tributário, no sentido de concretizar os objetivos da república, sendo por sua função alocativa, distributiva ou estabilizadora. A Constituição, no entanto, em seu artigo primeiro, institui como pessoas jurídicas de direito público autônomas a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, denominando tal ato de “pacto federativo”.

Diante do “pacto federativo” há, conseqüentemente, sistemas tributários inseridos nos sistemas dos diferentes entes, logo um federalismo fiscal. Jorge Eduardo Braz de Amorim afirma: “entende-se por federalismo fiscal, o conjunto de previsões constitucionais que definem as diretrizes do sistema de financiamento das pessoas políticas da Federação²⁴.”

Desse modo, a autonomia financeira e orçamentária de cada ente da Federação é elemento crucial para que haja federalismo. A Carta Magna instituiu, dessa maneira, um federalismo descentralizado, baseado em equilíbrio e cooperação mútua entre entes²⁵.

Já na seara fiscal, a CF/1988 optou por uma descentralização, caracterizada pela distribuição especificada das competências tributárias dos entes, com o objetivo de que todos tenham autonomia financeira. Além disso, foi instaurada uma distribuição da arrecadação fiscal entre os membros, buscando controlar as diferenças regionais, objetivo da República descrito no artigo 3º, III CF.

Cabe frisar que o sistema possui muitas imperfeições, principalmente acerca dos Municípios. Muitas municipalidades dependem financeiramente dos repasses da

²² ANSELMINI, P.; BUFFON, M. “Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do bem comum no estado democrático de direito”. *Revista Eletrônica de Direito e Política*, Itajaí, v. 15, n. 1, 2020, p. 301-302.

²³ BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. “Políticas Tributárias anticíclicas: análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19”. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 64, 2021, p. 524-525.

²⁴ AMORIM, J. E. B. de. “A extensão do manto da cláusula pétrea do pacto federativo: um estudo sobre o federalismo fiscal e reforma tributária”. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021, p. 590.

²⁵ *Ibid*, p. 591.

União e não conseguem estabelecer um sistema tributário próprio. Por outro lado, alguns Municípios são economicamente pujantes, o suficiente, para estabelecer seu próprio sistema tributário e instituir suas próprias políticas tributárias, como a cidade de São Paulo.

Assim, políticas tributárias municipais são possíveis, caracterizadas da mesma maneira que as estaduais e federais. Dito isto, frisa-se que apesar de municipais, as políticas tributárias sempre devem estar de acordo com os objetivos da República, uma vez que os Municípios compõem a República, buscarão, obrigatoriamente, o bem comum.

A partir das considerações feitas sobre a instituição da política tributária, o presente trabalho passa a examinar o instituto da cidadania participativa.

3. A cidadania participativa no Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 já em seu artigo 1º *caput* previu que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, significando um avanço em termos de respeito aos direitos humanos e as garantias fundamentais²⁶.

Isso se deu devido seu conteúdo transformador da realidade,

não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, onde a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência²⁷.

Portanto, o Estado Democrático de Direito objetiva a inserção da lei num contexto instrumental de disponibilidade do aparelho estatal e não de uma maneira hierarquizante e coercitiva para com as pessoas, fortalecendo com isso o aspecto da cidadania.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 trouxe ainda dentre seus fundamentos a soberania (inciso I), cidadania (inciso II), dignidade da pessoa humana (inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) e o pluralismo político (inciso V), demonstrando sua preocupação com outras formas de atuação legítima para além daquela realizada pelo Estado, respeitando os direitos que são atribuídos a todo ser humano.

Antes de se adentrar na democracia participativa, objeto de estudo do artigo, torna-se necessário elencar os demais instrumentos de exercício da soberania popular, sendo eles a democracia representativa e a democracia semidireta, demonstrando que o Brasil se preocupou em ampliar o leque de atuação do cidadão nos acontecimentos públicos.

Segundo Bastos²⁸, a democracia representativa se dá através da vontade do povo exteriorizada por meio de representantes, ou seja, não existe nesse modelo a

²⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov.2021.

²⁷ STRECK, L. L.; MORAIS, Losé Luis B. de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 6. ed Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012, p.97-98.

²⁸ BASTOS, C. R. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 5. ed São Paulo: Saraiva, 2002, p.139.

participação direta, mas intermediada por outras pessoas eleitas para atuarem de tal modo.

A vontade popular então é encarada como algo forte, já que é ela quem escolhe tanto os membros do Congresso Nacional (poder legislativo), quanto os membros do poder executivo²⁹, havendo um respeito pela vontade das pessoas independente de sua condição na sociedade.

Isso porque em seu artigo 14 a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a "soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com valor igual para todos", sendo o voto obrigatório aos cidadãos maiores de 18 anos (§ 1º, I), e facultativo para os analfabetos (§ 1º, "a"), maiores de setenta anos (§ 1º, "b"), para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (§ 1º, "b")³⁰.

Ao observar a exigência de filiação partidária do parágrafo 2º, V desse mesmo dispositivo, no que tange a eleição para candidatos nas eleições proporcionais ou majoritárias, Mezzaroba³¹ afirma que a democracia brasileira "caracteriza-se como uma democracia representativa partidária, isto é, uma democracia que não admite candidaturas avulsas, candidaturas desvinculadas das organizações político-partidárias".

Na democracia semidireta por outro lado, o povo interfere, conforme artigo 14 da Constituição Federal de 1988, porém através do campo legislativo, ou seja, através de plebiscito (Inciso I), referendo (Inciso II) e iniciativa popular (Inciso III)³².

O plebiscito se dá através de consulta prévia do povo, para que este através do voto se manifeste sobre assuntos de grande interesse nacional, "na maioria das vezes de índole constitucional³³", ou seja, o que se busca com esse instrumento é justamente uma "autorização" da população sobre determinada atuação do Estado.

Já o referendo se constitui da mesma maneira que o plebiscito, ou seja, ocorre através de consulta ao povo, porém após a aprovação de uma lei ou ato administrativo, cabendo a sociedade através do voto aceitar ou não a medida³⁴.

Dessa maneira, como se pode perceber, tanto o plebiscito quanto o referendo são instrumentos de manifestação popular, sendo que em ambos os casos o povo é ouvido, porém essa oitiva se dá em momentos distintos, pois enquanto que no primeiro a sociedade se manifesta antes da criação de uma lei, no segundo, a consulta popular é sobre lei já aprovada.

Por fim, a iniciativa popular trata-se de um processo de participação mais complexo que os demais instrumentos, já que envolve desde a "elaboração de um texto até a votação de uma proposta, passando pelas várias fases da campanha, coleta de assinaturas e controle da constitucionalidade"³⁵.

²⁹ VIEIRA, R. de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde*, 2013.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov.2021.

³¹ MEZZAROBBA, O. *A democracia representativa partidária brasileira: necessidade de (re)pensar o conceito de povo como ator político*. Disponível em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-1-artigo-3-orides-mezzaroba>. Acesso em 01 nov.2021, p.42.

³² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov.2021.

³³ BASTOS, C. R. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 5. ed São Paulo: Saraiva, 2002, p.138.

³⁴ SANTOS, J. J. C. dos. *Referendo... O que é?* Disponível em http://www.fmr.edu.br/publicacoes/pub_49.pdf. Acesso em 01 jul.2014. Acesso em 01 nov. 2021.

³⁵ BENEVIDES, M. V. de M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2000, p.33.

Além da democracia representativa e da semidireta, a Constituição Federal de 1988 dispõe também da chamada democracia participativa, objeto deste estudo, que

apesar de se contrapor à representação no que diz respeito ao exercício direto da cidadania a partir das manifestações coletivas da Sociedade, o paradigma participativo não renega a existência da democracia representativa, mas apenas lhe retira a exclusividade como lócus do exercício da cidadania. Deste modo, teremos uma coabitação entre o paradigma moderno representativo e o paradigma participativo pós-Moderno³⁶.

Sendo assim a própria Constituição Federal de 1988 foi elaborada num cenário de mobilização e participação social, resultando num documento de caráter democrático, já que acolhe em seu texto a democracia representativa, semidireta e participativa enquanto instrumentos disponíveis para a sociedade.

Por democracia participativa se entende a participação das pessoas nos acontecimentos públicos, naquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, se tornando protagonista de sua história, já que a participação de todos em todas as decisões a eles pertinentes acaba se tornando uma proposta insensata^{37 38}.

Portanto,

Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade³⁹.

Então, a democracia participativa busca alcançar a atuação da sociedade de maneira ativa, uma vez que os anseios e demandas sociais não correspondem mais com as decisões dos representantes eleitos, razão pela qual hoje se alega a crise da democracia representativa.

Segundo Ribeiro e Scalabrin⁴⁰ “não mais nos sentimos representados, não mais o povo é invocado de maneira autêntica, ora é mero ícone, ora é apenas faceta do que deveria ser um todo”, ou seja, é necessário o resgate da democracia participativa, para que atue paralelamente com a democracia representativa, ampliando o campo de atuação popular conforme o que foi garantido constitucionalmente.

“A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo, o cidadão-governante, o cidadão-nação, o cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo⁴¹”.

³⁶ VIEIRA, R. de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde*, 2013, p.180.

³⁷ RIBEIRO, D. G. SCALABRIN, F. “O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa”. *Revista Scientia iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009, p.155.

³⁸ BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

³⁹ *Ibid*, p. 41.

⁴⁰ RIBEIRO, D. G. SCALABRIN, F. “O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa”. *Revista Scientia iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009, p.155.

⁴¹ BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.34.

Nesse contexto, para Vieira⁴², a cidadania participativa foi uma conquista para o Estado Democrático de Direito, pois “para além do estabelecimento de regras de participação política e ampliação do reconhecimento dos direitos humanos/fundamentais” a Constituição Federal de 1988 garantiu que este instrumento tivesse como protagonista a própria sociedade.

Portanto, a cidadania participativa se dá através de um exercício diário, ou seja, por meio do engajamento, da mobilização, da conscientização, e em especial do sentimento de fazer parte enquanto ator social, onde ao cultivar tal espírito, se colherá uma sociedade mais humana e consequentemente um Estado mais voltado para o bem comum.

4. O conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo como política tributária instituidora de cidadania participativa

O processo administrativo fiscal versa sobre uma lide tributária que geralmente tem como objetivo a impugnação, apresentanda pelo contribuinte, por infração cometida. A referida impugnação consiste na apresentação de defesa cuja alegação baseia-se na inaplicabilidade de sanção por legalidade integral da ação do contribuinte ou ilegalidade por motivo que ele mesmo não o deu⁴³.

A atividade estatal de apreciar o processo administrativo é considerada uma autotutela, sendo o ente extramamente interessado em sanar seus próprios atos eivados de vícios que a própria administração cometeu. A súmula 473 do STF dispõe:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los; por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial⁴⁴.

Ademais, a Constituição Federal garante a defesa de ilegalidade ou abuso de poder sem o pagamento de nenhuma taxa. Assim, o artigo 5º XXXIV CF tornou inconstitucional qualquer cobrança no contencioso administrativo tributário.

Sob essa perspectiva, os municípios sofrem algumas limitações para autorregular seu próprio sistema tributário. Dessa maneira, a Constituição Federal, Código Tributário Nacional, Constituição Estadual e a Lei Orgânica do Município deverão ser observadas⁴⁵.

Nessa linha, a Constituição Estadual dispõe sobre garantias aos cidadãos e não sobre organização administrativa. Portanto, cada município tem a autonomia necessária para organizar seu contencioso administrativo tributário como melhor lhe convier, sempre observando as disposições gerais superiores⁴⁶.

⁴² VIEIRA, R. de S. *A cidadania na república participativa*: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde, 2013, p.187.

⁴³ RAMOS, M. De G.; FEITOSA, R. J. R. “Federalismo fiscal nas legislações de processo”. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, v. 15, n. 2, jul./dez. 2020, p. 397.

⁴⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los; por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em 05. Nov. 2021.

⁴⁵ RAMOS, M. De G.; FEITOSA, R. J. R. “Federalismo fiscal nas legislações de processo”. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, v. 15, n. 2, jul./dez. 2020, p. 409.

⁴⁶ *Ibid*, p. 409-410.

Salienta-se, no entanto, que as diretrizes das normas superiores quanto ao processo administrativo tributário sofrem constantes alterações, podendo inclusive ampliar as garantias fundamentais dos contribuintes. Obrigando, assim, os municípios a segui-las⁴⁷.

A partir do exposto, o presente trabalho passa a analisar o conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo, sob uma perspectiva de política tributária instituidora de participação social.

O conselho foi instituído pela Lei Municipal n. 14.107 de 12 de dezembro de 2005, cujo projeto de lei (Projeto de Lei n. 617/05) fora originado no Poder Executivo. As competências do conselho são descritas no artigo 53 de sua lei instituidora.

Substancialmente, o referido conselho foi criado para formalizar o crédito tributário, mediante processo administrativo fiscal, como instância de segundo grau⁴⁸. O mencionado processo administrativo, assim, será decorrente de notificação de lançamento ou auto de infração emitido pelo Inspetor Fiscal responsável, conforme prevê o artigo primeiro da lei.

No referente à composição do conselho municipal de tributos, o artigo 55 de sua lei instituidora dispõe que ele será composto por no mínimo 2 (duas) e por no máximo 6 (seis) câmaras julgadoras, cada uma compostas por 6 (seis) conselheiros, sendo 3 (três) representantes da prefeitura de São Paulo e três (03) representantes dos contribuintes⁴⁹.

Além disso, o parágrafo primeiro do artigo aludido salienta que os representantes da prefeitura serão nomeados pelo prefeito, dentre servidores efetivos e integrantes das carreiras de "Inspetor Fiscal" ou de "Procurador Municipal"⁵⁰. Dessa forma, os procuradores ocupam 1/3 do total de conselheiros representantes da prefeitura, logo os Inspectores ocupam 2/3⁵¹.

Já o parágrafo 3º indica, o modo que a participação dos contribuintes vai se dar:

Os representantes dos contribuintes deverão ser portadores de diploma de título universitário com notório conhecimento em matéria tributária, e indicados por entidades representativas de categoria econômica ou profissional e serão nomeados pelo Prefeito, na forma do regulamento⁵².

O mandato dos conselheiros é de 2 (dois) anos, sendo a última seleção para conselheiros representantes dos contribuintes realizada pela Portaria SF n. 70, de 02 de Abril de 2020, cujo mandato vige desde 1º de Julho de 2020 até 30 de julho de 2022.

As exigências para a ocupação da função de conselheiro representantes dos contribuintes na referida portaria eram que os candidatos fossem: i) portadores de diploma de título universitário; ii) notório conhecimento em matéria tributária e iii) domiciliados no Município de São Paulo.

Assim, no atual mandato 2020/2022, os 12 contribuintes que compõem conselho municipal são: 1) Jonathan Barros Vita, doutor em direito tributário pela PUC/SP e representando a MDA – Movimento de Defesa da Democracia; 2) Semíramis de Oliveira Duro, mestra em direito tributário pela PUC/SP e indicada pela FIESP; 3) Márcio César Costa, doutor em direito tributário pela PUC/SP e apontado pelo IBET – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; 4) Alexandre Evaristo Pinto, doutor em

⁴⁷ Ibid, p. 411.

⁴⁸ PREFEITURA DE SÃO PAULO, *Lei n. 14.107 de 12 de Dezembro de 2005*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e cria o conselho municipal de tributos. Publicada em 12/12/2005, São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14107-de-12-de-dezembro-de-2005>. Acesso em: 31.10.2021. Artigo 41.

⁴⁹ Ibid, Artigo 55.

⁵⁰ Ibid, Artigo 55, parágrafo primeiro.

⁵¹ Ibid, Artigo 55, parágrafo segundo.

⁵² Ibid, Artigo 55, parágrafo terceiro.

direito tributário pela USP e designado pelo IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário; 5) Sarina Sasaki Manata, especialista em direito tributário pelo Mackenzie, representando a FECOMÉRCIO; 6) Marina Vieira de Figueiredo, doutora em direito pela PUC/SP e indicada pela IGA IDEPE – Instituto Internacional de Direito Público e Empresarial; 7) Catarina Rosa Rodrigues, doutora em direito tributário pela PUC/SP e apontada pela OAB; 8) Fátima Pacheco Haidar, especialista em direito tributário pela CEU e designada pela OAB; 9) Michel Przeipiorka Vieira, mestre em direito tributário pelo IBDT e indicado pelo mesmo; 10) Alberto Borges de Carvalho Júnior, especialista em direito tributário pela FGV-SP representando a FECOMÉRCIO; 11) Raquel Harumi Iwase, mestra em direito tributário pela USP e indicada pela FIESP e 12) Silvio Luís de Camargo Saiki, mestre em direito tributário pela PUC/SP e indicado pela AESCON/SP⁵³.

A partir desse cenário, os mencionados contribuintes vão participar do julgamento de recursos administrativos em segundo grau de matéria fiscal. Possibilitando, desse modo uma atuação conjunta entre Estado e cidadão.

Em vista disso, considera-se, primeiramente, a instituição do Conselho Municipal de Tributos da cidade de São Paulo uma política tributária com função estabilizadora. Apesar de não ter objetivo fiscal ou extrafiscal, a análise de recursos administrativos, buscando solucionar matérias fiscais de maneira celere e ampla tem como objetivo a concretização de direitos fundamentais do contribuinte e a viabilização de um desenvolvimento devido à possibilidade de contestação sem o pagamento de taxa.

Dessa maneira, com base nos aspectos estudados no presente trabalho, ao contemplar o cumprimento dos objetivos da república, a partir de uma ação estatal, haverá uma política pública. A partir disso, visando estabilizar o sistema tributário, considera-se que a política pública em questão é uma política tributária, com função estabilizadora.

Posteriormente, passa-se a analisar a instituição de democracia participativa por meio do conselho. Mediante indicação do prefeito, cidadãos poderão assumir a função de conselheiros, decidindo sobre lides tributárias e garantindo a ampla defesa, de maneira gratuita, dos demais contribuintes.

Feitas tais considerações, o trabalho utilizou como conceito de democracia participativa a participação das pessoas nos acontecimentos públicos. Logo, o julgamento fiscal municipal é um acontecimento público, situação em que os cidadãos seletoriais atuam em prol da sociedade.

Ao desempenhar a função ao lado do Estado, na figura dos procuradores e inspetores, constata-se que a cidadania participativa é concretizada pela política tributária em questão, apesar de eventuais requerimentos para a participação.

5. Conclusões

A Constituição Federal de 1988 responsabilizou ao Estado perseguir alguns objetivos fundamentais, dentre os quais destacam-se a construção de uma sociedade justa, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais culminando na erradicação da pobreza e a promoção do bem-comum. Sendo assim, as políticas públicas serão os instrumentos concretizadores dos objetivos da República, por meio de atos e fatos jurídicos que materializarão direitos sociais.

Destaca-se, porém, que as políticas públicas dependem de um dispêndio de recursos do Estado, que arrecadará o montante necessário por meio da tributação.

⁵³ PREFEITURA DE SÃO PAULO, *Conselheiros julgadores representantes dos contribuintes Mandato 2020/2022* Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/composicaoocmt2020_1593601209.pdf. Acesso em: 06. 11. 2021.

Todavia, haverá uma escassez de recursos, não sendo possível o investimento de maneira concomitante em todas as áreas sociais.

A partir desse cenário, discute-se a existência de políticas públicas no âmbito tributário. Não confundindo-as, porém, com políticas fiscais, pois essas são responsáveis pela normativa das finanças públicas. Já as políticas tributárias, visam aprimorar o sistema tributário.

Destacam-se três funções de política tributária, são elas: alocativa de recursos; distributiva de recursos e estabilizadora. Além disso, são três as facetas da norma tributária, a fiscal, a extrafiscal e a simplificadora. Logo, conclui-se que a política tributária vai além da escolha política de quem tributar e da mera instituição ou majoração de tributo, abrangendo, também, diversos atos e fatos jurídicos.

Ademais, ressalta-se, também, que o federalismo fiscal possibilita a existência de políticas tributárias para todos os entes federativos, seja a União, Estado, Municípios e Distrito Federal.

A partir do exposto, analisou-se a criação do Conselho Municipal de Tributos da cidade de São Paulo. Em primeiro momento, como uma política tributária, de função estabilizadora e com faceta simplificadora, pois cria uma segunda instância no processo fiscal administrativo.

O processo administrativo serve para o contribuinte contestar um ato ilegal ou erro do ente fiscal. Desse modo, ao aprimorar um sistema que garante direitos fundamentais ao contribuinte, viabilizando um desenvolvimento, é clara a pretensão de atingir os objetivos constitucionais.

Posteriormente, analisou-se a criação de tal conselho como um ato criador da cidadania participativa. Uma vez que, cidadãos comuns, na qualidade de contribuintes, podem participar ativamente de decisões estatais. O que se reconheceu mediante a atuação do Conselho Municipal de Tributos.

Com isso conclui-se, por conseguinte, pela possibilidade de uma política tributária municipal instituidora de cidadania participativa, na seara fiscal. Especificamente a instituição do Conselho Municipal de Tributos da cidade de São Paulo.

6. Referências Bibliográficas

- AMORIM, J. E. B. de. "A extensão do manto da cláusula pétrea do pacto federativo: um estudo sobre o federalismo fiscal e reforma tributária". *Cadernos de Direito Actual*, n. 15 número ordinário (2021), p. 589-599.
- ANSELMINI, P.; BUFFON, M. "Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do "bem comum" no estado democrático de direito". *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. p. 295-315.
- BASTOS, C. R. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 5. ed São Paulo: Saraiva, 2002.
- BENEVIDES, M. V. de M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3. ed. São Paulo: Ed. Ática, 2000.
- BOBBIO, N. *O Futuro da Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. "As políticas públicas tributárias anticíclicas: análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19." *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 2, n. 64, 2021, p. 515-539.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov.2021.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 473*. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los; por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 1969. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em 05. Nov. 2021.
- DIFINI, L. F. S.; JOBIM, E. de S. L. "Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre. n. 41, p. 278-304, dez. 2019.
- FONTE, F. de M. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação de controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999, p. 256.
- MASTRODI, J.; IFANGER, F. C. de A. "Sobre o conceito de políticas públicas". *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 05-18, Set./Dez. 2019.
- MEZZAROBIA, O. *A democracia representativa partidária brasileira: necessidade de (re)pensar o conceito de povo como ator político*. Disponível em <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-1-artigo-3-orides-mezzarobia>. Acesso em 01 nov.2021.
- PIERDONÁ, Z. L.; LEITÃO, A. S.; FURTADO FILHO, E. T. "Primeiro, o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica". *Revista Jurídica*, v. 02, n. 55, Curitiba, 2019, pp. 390-417.
- PREFEITURA DE SÃO PAULO, *Lei n. 14.107 de 12 de Dezembro de 2005*. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e cria o conselho municipal de tributos. Publicada em 12/12/2005, São Paulo. Disponível em: <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-14107-de-12-de-dezembro-de-2005>. Acesso em: 31.10.2021.
- PREFEITURA DE SÃO PAULO, *Conselheiros julgadores representantes dos contribuintes Mandato 2020/2022*. Disponível em: Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/composicaoamt2020_1593601209.pdf. Acesso em: 06. 11. 2021.
- RAMOS, M. de G.; FEITOSA, R. J. R. "Federalismo fiscal nas legislações de processo". *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, v. 15, n. 2, p. 391-414, jul./dez. 2020.
- RODRIGUES, H. T.; KUNTZ, T. G. "Políticas Públicas Tributárias: A justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social". *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38.2, p. 151-170, jul./dez. 2018.
- RODRIGUES, H. T.; OLIVEIRA, A. F. de. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 1, p. 51-71, jan./abr. 2018.
- RIBEIRO, D. G.; SCALABRIN, F. "O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa". *Revista Scientia iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.
- SANTOS, J. J. C. dos. *Referendo... O que é?* Disponível em http://www.fmr.edu.br/publicacoes/pub_49.pdf. Acesso em 01 jul.2014. Acesso em 01 nov. 2021.
- SOUZA, M. S. de; BUCCI, M. P. D. "O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações". *REI- Revista Estudos Intitucionais*, v. 5, n. 3, p. 833-855, set./dez. 2019.

STRECK, L. L.; MORAIS, L. L. B. de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 6. ed
Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

VIEIRA, R de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde*, 2013.