

CADERNOS

Dereito
Actual

Número XVIII | 2022

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 18– 2022

Volumen Ordinario - Junio

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual
Nº 18. Ordinario - Junio - 2022

EQUIPO EDITORIAL

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

Estado garantidor x Estado mitigador da tutela jurisdiccional coletiva: a inconstitucionalidade do teor do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública brasileira

Joana Silvia Mattia Debastiani & Cleide Calgaro 08

Lenguaje discriminatorio, su trascendencia jurídica y su incidencia en la doble construcción social: género y diversidad funcional manifiesta

Nadia Domínguez Pascuales 20

Superinterpretação como abuso de direito (inconstitucional) no processo penal brasileiro

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho 98

Los derechos de las generaciones futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable como mecanismo de justicia y acción por el futuro.

Jhoner Luis Perdomo Vielma 107

Sobre a solução pro misero nos processos judiciais de seguridade social

Rodrigo Zacharias, Cristiane Haik & Raul M. Junior 157

Perda ampliada de bens e o Devido Processo legal

Marcelo Correra, Gabriela Ianni & Claudio J. Pereira 180

O papel das condutas alternativas para o direito penal no âmbito dos delitos culposos: análise do nexu jurídico entre a infração de um dever e o seu resultado

Rodrigo Sánchez Rios 206

El patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas: su protección en la normativa internacional

Ana Laia Feo 228

A possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural: uma análise da legislação e jurisprudência

Pauliney Costa e Cruz & Patrícia Spagnolo Parise Costa 248

Estudo de Caso: Viabilidade de implantação do Programa de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) para recuperação da bacia hidrográfica do “Rio das Pedras” no Município de Quirinópolis – GO

Carolina Merida, Rejaine Guimarães & Fabiana Silva 264

A legalidade da cláusula de washout nos contratos de compra e venda de safra futura de soja

Thiago de Castro, Rejaine Guimarães & Murilo Couto Lacerda 283

A relevância das convenções para evitar a dupla tributação internacional e dos acordos de troca de informações em matéria fiscal

Marco Rodrigues & Patrícia Anjos Azevedo 298

Reframing citizenship and migratory cycles

Leilane Serratine Grubba & Mayara Pellenz 311

Compartilhamento e tratamento de dados pessoais pelo setor público no Brasil: uma análise do Decreto n. 10.046/2019

Gilson Delgado Miranda, Erika Doria & Liliane M. Barbosa 326

O direito internacional nas cortes brasileiras: o uso de doutrinas de não justiciabilidade pelos juízes federais do Distrito Federal

Anderson Santos da Silva 344

Análisis general y comparativa de la transparencia de los órganos consultivos municipales: Énfasis especial a la conveniente reforma del Consejo Económico y Social de la ciudad de Jaén

Manuel Palomares Herrera 367

Estado garantidor x Estado mitigador da tutela jurisdicional coletiva: a inconstitucionalidade do teor do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública brasileira

State guarantor vs. State mitigator of collective judicial protection: the unconstitutionality of the content of art. 16 of the brazilian Public Civil Action Law

Joana Silvia Mattia Debastiani¹

Cleide Calgaro²

Universidade de Caxias do Sul

Sumário: 1. Introdução. 2. Segurança jurídica: limitação ao poder estatal e fundamento do estado democrático de direito. 3. Microssistemas processuais e a tentativa de restrição dos efeitos condenatórios em demandas coletivas. 4. Considerações finais. Referências

Resumo: O ensaio examina institutos do direito processual coletivo e sua relação com as problemáticas sociais transindividuais, sob a ótica da alteração legislativa do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública brasileira. Busca-se compreender se, antes da declaração de inconstitucionalidade do teor do artigo antes referido, a proteção aos direitos difusos e coletivos estava mitigada. Entende-se que o microssistema processual permaneceu eficaz, garantindo a defesa e tutela desses interesses/direitos. Contudo, reconhece-se que a incoerência técnico-legislativa na modificação da LACP brasileira, buscou reduzir a aplicação dos efeitos das sentenças condenatórias coletivas em total descompasso com princípios e regras e com o próprio Estado Democrático de Direito. O método de abordagem é o dedutivo e o procedimento de pesquisa é o jurídico-bibliográfico. Conclui-se que a decisão do STF sobre a questão é uma maneira de garantir os direitos e garantias constitucionais.

Palavras chaves: Direitos Difusos; Estado; Tutela coletiva; Violações legislativas.

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul - UCS. Bolsista Cnpq - Edital 03/2020 ASES. Integrante do grupo de pesquisas "Metamorfose jurídica". Mestra em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF em dupla titulação com o programa de Tecnologías y políticas públicas sobre la gestión ambiental na Universidad de Alicante, Espanha, com estância acadêmica de investigação em 2019. Bolsista Prosup- CAPES. Integrante do grupo de pesquisas Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. Colaboradora voluntária no Programa de Extensão universitária PROJUR Mulher e Diversidade - UPF. Experiência em Projeto de Pesquisa e de Extensão. Faz parte da equipe editorial da Revista Justiça do Direito (Qualis A1). Coordenadora do Curso de Direito e Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Erechim - Anhanguera. Vice-Líder do Divers@, programa da Cogna em observância ao ESG. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Campus de Erechim. E-mail joanamattia@gmail.com

² Doutora em Ciências Sociais, Filosofia e em Direito. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. Líder do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>; E-mail: <ccalgaro1@hotmail.com>

Abstract: This essay examines the institutes of collective procedural law and their relationship with transindividual social problems from the perspective of the legislative alteration of art. 16 of the Brazilian Public Civil Action Law. We seek to understand whether, before the declaration of unconstitutionality of the content of the aforementioned article, the protection of diffuse and collective rights was mitigated. It is understood that the procedural microsystem remained effective, guaranteeing the defense and protection of these interests/rights. However, it is recognized that the technical-legislative incoherence in the modification of the Brazilian LACP sought to reduce the application of the effects of collective sentences in total disagreement with principles and rules and with the Democratic State of Law itself. The approach method is deductive and the research procedure is legal-bibliographical. We conclude that the STF's decision on the issue is a way to guarantee constitutional rights and guarantees.

Keywords: Diffuse Rights; State; Collective Redress; Legislative Violations

1. Introdução

A tutela dos direitos coletivos é tendência mundial que alcançou o arcabouço jurídico brasileiro. Por mais que não possua uma codificação própria, faz uso de legislação esparsa, a fim de tutelar interesses de direitos coletivos na defesa dos direitos fundamentais.

A importância da temática encontra fundamento na forma atual de interação social, baseadas na globalização, que garantiram conflitos sociais com consequências em massa, que vão desde aquelas demandas com natureza indivisível e que as pessoas, estão unidas por circunstâncias fáticas ou por uma relação jurídica, até os casos de interesses individuais que acidentalmente são coletivos, mas esses com natureza divisível.

No Brasil, para garantir tutela a esses interesses, com base nesse novo modelo de organização social, são aplicáveis, como um microssistema processual a Lei de Ação Civil Pública - LACP, a Lei de Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, dentre outros institutos legais protetores. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a preocupação do constituinte com a perfectibilização de direitos fundamentais, por meio da tutela coletiva restou cristalina. Assim, a organização legal do Processo Coletivo fundamenta-se tanto em legislação infraconstitucional, quando na própria Constituição.

A irradiação dos efeitos constitucionais no processo civil exige do próprio Estado a formulação de legislação e a organização do poder judiciário a ponto de garantir segurança ao cidadão de que o próprio poder estatal está limitado à Carta Magna. Nesse sentido, o processo coletivo vai ao encontro do princípio da segurança jurídica, o qual além de desaguar na coisa julgada, se entrelaça com o princípio da eficiência, reduzindo a quantidade de ações individuais propostas, da igualdade, pois garante igual tratamento ao jurisdicionado, acesso à justiça, da efetiva tutela jurisdicional, dentre outros.

Assim, busca-se, com o ensaio, compreender se, antes da declaração de inconstitucionalidade do teor do artigo 16 da LACP (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), ou seja, vigente a limitação territorial para os efeitos da sentença em processos coletivos, a proteção aos direitos difusos e coletivos estava mitigada.

Para responder ao questionamento, com o uso do método abordagem dedutivo e procedimental jurídico-bibliográfico, o ensaio foi dividido em duas partes. A primeira, evidenciou-se a extensão do princípio da segurança jurídica como pilar de limitação do Estado e fundamento do Estado Democrático de Direito, tratando-se, inclusive da coisa julgada, seis limites objetivos e subjetivos no processo individual. A segunda fração, tem por base o microssistema do processo coletivo e suas nuances

na efetivação de direitos transindividuais sob o prisma do teor do art. 16 da LACP, julgado, recentemente, inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, Corte Suprema brasileira.

2. Segurança jurídica: limitação ao poder estatal e fundamento do estado democrático de direito

A constitucionalização do processo civil acabou chamando à atenção para, além das perspectivas das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais, a ligação entre a coisa julgada e a segurança jurídica. Daí, além de equacionar adequadamente a convivência das formas de controle contrato e abstrato da constitucionalidade das normas reforçou o dever de pensá-la a partir do conceito de segurança jurídica, para Marinoni *et al*³ a partir da proteção contra a irretroatividade da interpretação judicial do direito e da tutela da confiança legítima.

A Constituição Federal brasileira expressa a densificação ao princípio constitucional da segurança jurídica, expresso no artigo 5º, XXXVI, mediante a regra de proteção à coisa julgada. A partir de então, há nítido reconhecimento de que a coisa julgada integra do núcleo duro do direito constitucional à segurança jurídica do processo. Isso porque, quando uma lesão ou ameaça a direito é levada ao Poder Judiciário espera-se que o provimento além de colocar fim à demanda, reestabeleça a paz social, rompida pelo conflito. Para garantir a segurança jurídica e estabilidade das relações sociais, exigida constitucionalmente, é que o instituto da coisa julgada ganhe importância no direito brasileiro. Em um Estado de Direito cabe ao Poder Judiciário, por meio de um sistema judicial apto a emitir uma decisão definitiva, a resolução de conflitos sociais, assim, a coisa julgada é essencial para o modelo jurídico.

Mas veja-se: quando o Estado determina algo por meio do poder judiciário, em busca de um ideal de justiça, deve observar o que foi estabelecido como regra, algo obrigatório de ser respeitado no plano do direito, sob pena de transformar o sistema jurídico em um *locus* de insegurança. Admitir, nesse contexto, algo diferente do que foi previsto na lei significa ir de encontro com os anseios sociais. Para Ávila⁴, o significado de segurança jurídica deve ser observada sob diferentes dimensões: a segurança do Direito, pelo Direito, frente ao Direito, dos direitos e como um direito.

No plano jurídico a segurança possui um duplo significado. Em um primeiro momento apresenta-se a segurança do direito, que exige a positivação do direito, estabelecendo laços constitucionais. De outro, é uma certificação consequente da positividade. Ou seja, é possível formar uma divisão da segurança jurídica: em sentido amplo, há uma construção de ideia que lida com circunstâncias como a garantia que configure uma proteção à determinada situação. Em sentido estrito, observando o lado mais específico da segurança jurídica, verifica-se como seu objetivo proporcionar uma estabilidade no que diz respeito aos negócios jurídicos.

Kelsen, Canotilho e Silva são uníssimos no entendimento de que o Estado de Direito é baseado em uma ordem jurídica, revestida de uma submissão da jurisdição e da administração à legislação. Essa ordem é centralizada, necessitando também de segurança jurídica para seu pleno funcionamento. Assim, ela passa a ser considerada fator fundamental ao Estado de Direito⁵, e garante estabilidade e previsibilidade o que, por sua vez, também garante sossego ao cidadão, justamente pelo reconhecimento de que a estrutura do direito e sua aplicação acompanha a vida das pessoas.

Decorrencia desse entendimento é preciso dar relevância para a utilização de ferramentas que não deixem dúvidas, que busquem diminuir os casos de injustiça,

³ MARINONI, Luiz. G.; ARENHAT, S. C.; MITIDERO, D. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 679.

⁴ ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 119.

⁵ ROSAS, R. "Segurança Jurídica. Efetividade. Jurisprudência", *Revista de Informação Legislativa*, n. 190, ano 48, p. 215-216.

de modo a não mais ser admitido solução judicial em uma determinada situação e outra nas mesmas condições de fato e de direito. Por meio da segurança jurídica é possível verificar na jurisdição a existência de uma eficácia concreta e definitiva no tocante às garantias de cada indivíduo⁶.

Nesse sentido:

a EC nº 45 confirmou a preocupação com a previsibilidade da interpretação constitucional, vinculando-a, inclusive, ao valor segurança, ao instituir a súmula vinculante, ressaltando a necessidade de se evitar a 'grave insegurança jurídica'. Mas nenhum dispositivo constitucional é mais incisivo do que o art. 5º, XXXVI, que, sem mencionar o termo 'segurança jurídica' expressamente, reconhece a importância fundamental de tal valor ao prever o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Trata-se, aqui, de preservar a estabilidade das relações jurídicas, em uma sociedade fundada, nos dizeres da própria Carta Magna, na 'harmonia social' (Preâmbulo da CF/88). Além da previsibilidade da lei e de sua interpretação, há de ser previsível, também, a conduta das autoridades, a quem devem os cidadãos poder depositar sua legítima confiança, não podendo ser por elas desiludidos ou enganados.⁷

Reconhecer a essencialidade da segurança jurídica garante valorização à democracia e incentiva seu progresso. Essa previsão, constituição do próprio Estado de Democrático de Direito, representa garantia de certeza ao cidadão de que o poder político se encontra limitado no que tange a mudanças futuras e resquícios de alterações do que já passou.

Nesse sentir, a segurança jurídica é fator elementar para a existência da coisa julgada o que garante dentre outros aspectos decisivos para a construção da ordem do direito, a confiança no término definitivo do processo, fazendo referência nesse caso à coisa julgada formal, e a preclusão definitiva do direito, considerada a coisa julgada material.

Para Marinoni *et al* a coisa julgada reveste-se na imutabilidade que qualifica a sentença de mérito não mais sujeita a recurso e que impede que haja discussão posterior. A aplicação da norma contida na sentença é a declaração de que determinada norma regula um dado caso concreto. Isso porque, as normas são objeto de aplicação pelo juízo na sentença, contudo, para que possam ser aplicadas, necessitam, em primeiro lugar, serem precisas a partir de um discurso interpretativo e reconstrutivo, daí a aplicação da norma é eminentemente declaratória.

Nesse sentido, o chamado efeito declaratório da sentença, segundo da Silva⁸ "corresponde ao juízo de subsunção praticado pelo julgados, ao considerar incidente no caso concreto e regra normativa constante da lei". Assim, a sentença é o reflexo da ordem jurídica abstrata no caso concreto, nada mais normal que essa lei mostre-se imutável, haja vista a necessidade de que os litígios não se eternizem socialmente e que paz social seja restabelecida. Parece razoável entender que a coisa julgada representa critério de justiça no processo civil:

A coisa julgada corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não de um direito da parte que requer tutela jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer

⁶ GRECO, L. "Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". (Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico. DIDIER JR, F. (Coord.), Juspodvim, Salvador, 2006, p. 225.

⁷ AMARAL, G. R. "Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 53, 2013. p. 05.

⁸ SILVA, O. B. da. *Sentença e coisa julgada*, Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 671.

coisa julgada, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito [...], o seu juízo não terá força suficiente para gerar a imutabilidade típica da coisa julgada.⁹

É preciso destacar “que a doutrina clássica afirmava que a coisa julgada era o efeito declaratório da sentença que, ultrapassados os prazos e meios de ataque previstos em lei, tornava a sentença indiscutível e imodificável em qualquer processo futuro”¹⁰, mas, na verdade, a natureza da coisa julgada não é efeito da sentença, a qual a torna, por assim dizer, não só seu conteúdo imutável, mas também seus efeitos. Então, para os autores, a coisa julgada é a qualidade especial que torna imutável o conteúdo da sentença, bem como os seus efeitos, no mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco¹¹ referem “a eficácia natural da sentença vale *erga omnes*, enquanto a autoridade da coisa julgada somente existe entre as partes.”

Os limites da decisão são objetivos e subjetivos: objetivamente, a autoridade da coisa julgada recai sobre a parte decisória da sentença de mérito, e subjetivamente, são os efeitos que atingem as partes, embora a doutrina predominante acredite que, segundo Wambier, Almeida e Talamini os assistentes litisconsorciais também sejam atingidos. A limitação subjetiva encontra fundamento na garantia constitucional do contraditório que resta maculada se uma pessoa, sem ter exercido as oportunidades processuais de defesa inerentes à sua condição de parte seja impedida de repor em discussão o preceito constante na sentença.

Cintra, Grinover e Dinamarco¹² entendem que o principal fundamento da restrição imposta pela coisa julgada é de índole política pois, quem não foi sujeito do contraditório, não participou de instrução probatória, ou seja, não influiu no convencimento do juiz – não pode, por consequência lógica, ser prejudicado pela “coisa julgada” alcançada por terceiros estranhos ao processo. Note-se que em se tratando de demanda individual tal efeito encontra justeza nos princípios do devido processo legal, mais precisamente em seus desdobramentos: ampla defesa e contraditório, ou seja, encontra fundamento em princípio constitucional, muito mais importante e essencial do que o próprio fundamentos político.

Para Mendes e Branco por mais que o conceito legal de coisa julgada encontrava respaldo, junto com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, na antiga lei de Introdução ao Código Civil brasileira, a conveniência ou não de tratar a matéria em legislação ordinária, suscitada não raras vezes, diante da possibilidade do deslocamento do debate da esfera constitucional para a legal, não encontra mais campo, diante da positivação constitucional da matéria.

Superada a breve análise da decisão em matéria cível nos processos individuais, contemporaneamente, os debates possuem na centralidade discussões acerca da tutela de direitos transindividuais.

3. Microssistemas processuais e a tentativa de restrição dos efeitos condenatórios em demandas coletivas

Nas ações coletivas, a decisão judicial ganha contornos próprios às demandas, assim, no processo coletivo, a regra é a de que a decisão alcance todos aqueles indivíduos que se encontrem em situações semelhantes, ou seja, titulares dos mesmos interesses e direitos.

⁹ MARINONI, L. G.; ARENHAT, S. C.; MITIDERO, D. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 668.

¹⁰ SILVA, O. A. B. da; GOMES, F. L. *Teoria geral do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006. p. 324.

¹¹ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 343.

¹² CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 357.

As alterações as quais a sociedade contemporânea passou ao longo dos últimos anos, refletiu, na tutela dos interesses transindividuais. Coube ao operador do direito buscar meios para acompanhar todas as mudanças, diante da importância da coletivização de direitos. Na esfera processual, os reflexos também foram consideráveis por meio do desenvolvimento e sedimentação dos processos coletivos no *locus* jurídico brasileiro. A tutela jurisdicional atrelada a concepções privatistas, que não se afeioam à natureza de novos direitos em “um processo voltado à tutela de interesses individuais.”¹³

A tutela de direitos difusos e coletivos é tendência mundial e alcança também o ordenamento jurídico brasileiro. Para Wolkmer¹⁴ a sociedade ocidental contemporânea passou a clamar por um outro modelo jurídico, diverso do individualista, pois esse, se mostrou pouco eficaz para a tutela de tais direitos e às novas demandas sociais relacionadas com direitos humanos de dimensões individuais, coletivas, metaindividuais, bioéticas ou virtuais, o que demanda a criação de novos instrumentos jurídicos capazes de pôr fim aos conflitos sociais decorrentes desses direitos.

Capeletti¹⁵ ao referir sobre a complexidade da sociedade aponta para a insuficiência da tutela individual na proteção dos novos direitos e afirma que a justiça “será invocada não mais somente contra a violação de caráter individual, mas sempre mais frequente contra violações de caráter coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades”. Sobre o processo coletivo, juntamente com Garth, refere:

Interesses ‘difusos’ são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.¹⁶

São instrumentos de defesa da coletividade e que proporcionam a tutela de interesses transindividuais específicos, a exemplo Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e os novos dispositivos sobre os direitos da personalidade, recepcionados pela Constituição da República de 1988 (Título II, Capítulo I, artigo 5º, incisos V, IX, X, XIV, XXV, XXVII e XXVIII), transplantados para o Código Civil de 2002. A preocupação do constituinte brasileiro em consagrar as necessidades coletivas, cada vez mais, face à complexidade das relações, reflete, consequentemente nas ações coletivas. Isso é fato decorrente da preocupação estatal em assegurar interesses transindividuais, visto que as relações contemporâneas são estabelecidas entre grupos e não mais definidas individualmente.

Ao contrário do que o ocorre com a formação das decisões nas ações individuais, nas de ação coletiva, ela se constitui conforme o resultado, ou seja, procedente ou não o pedido, a coisa julgada material será formada segundo o resultado da demanda. Aqui, é o elemento diferenciador dos limites objetivos da decisão nas ações coletivas se comparadas às individuais. Assim, por sua natureza, a coisa julgada há de operar *ultra partes* ou *erga omnes*, atingido toda a unidade, ou seja, grupo ou classe. Nesse sentido:

Tende-se, porém, nesses casos, a estruturar a coisa julgada *segundum eventum litis* (ou seja, segundo o resultado do processo), para beneficiar, mas não para prejudicar, individualmente, cada qual dos interessados. Tal solução, além de

¹³ LUNELLI, C. A. “Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental. A contribuição do contempt of court”, em *Estado, meio ambiente e jurisdição*, (LUNELLI, C. A.; MARIN, J. org.), Educs, Caxias do Sul, 2012, p. 147.

¹⁴ WOLKMER, A. C. “Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos direitos humanos”, *Revista de Direito - Tópicos em Direitos Humanos*, Florianópolis, n. 1, jul/dez, 2006, p. 21.

¹⁵ CAPPELLETTI, M. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”, *Revista de Processo*, São Paulo, n. 4, jan/mar. 1977, p. 130.

¹⁶ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Fabris, Porto Alegre, 1988. p. 26.

prudente, não infringe as regras do contraditório, pois o réu terá participado plenamente deste – o mesmo não ocorrendo com cada componente da categoria.¹⁷

A tutela coletiva acaba inserindo uma novidade na configuração processual, seja por tentar prestar adequadamente a jurisdição, seja por tentar garantir a igualdade de condição entre os litigantes, na medida em que o rigor formal do processo abre um espaço para análise dos fins das normas processuais, bem como a segurança jurídica e a coisa julgada são relativizados em relação à necessidade de conferir justiça às decisões.¹⁸

Muito embora fique demonstrado um panorama onde figuras jurídicas servem para que os direitos das pessoas sejam respeitados socialmente, é facilmente perceptível que o Estado, por vezes, não desempenha sua atribuição de respaldar as garantias a quem as pertencem. Nesse sentir, as ações coletivas são construídas como força instrumental para garantir a prática da tutela processual devida.¹⁹

Os direitos de terceira dimensão, caracterizados pela transindividualidade já avançaram àquelas concepções de interesses de um único indivíduo. Assim, o papel do Estado Democrático de Direito deve conferir a devida tutela coletiva aos novos direitos, ante da ineficácia da proteção individual ao acesso à justiça dessas demandas.²⁰

Para garantir afirmação à ideia de criação de instrumentos legais para a tutela ambiental, é preciso reconhecer que o direito processual é, em si, uma instituição constitucionalizada. Qualquer reforma que se imagine fazer na processualística civil brasileira requer a utilização de uma metódica pluralista e aberta, sem prejuízo do uso de um controle de ordenação e de concreção, algo que irá conferir legitimidade. Além de considerar as premissas do direito processual como instituição constitucionalizada, respeitar à teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.²¹

Contudo, há situações em que o Estado não contribui efetivamente para a satisfação de direitos coletivos, a exemplo do teor do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública - ACP, que restringe os efeitos da decisão ao limite territorial do juízo competente para a decisão. Em casos como esse, em que a norma legal restringe a tutela do direito transindividual, os princípios orientadores do Direito Coletivo passam a ter muita importância.

A Ação Civil Pública permite a defesa de interesses relacionados com o meio ambiente, o consumidor patrimônio cultural (bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), a ordem econômica e urbanística, a honra e a dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, o patrimônio público e sociais e, ainda, qualquer outro interesse difuso ou coletivo não elencado em seu artigo 1º.

É mais abrangente do que a Ação Popular e compreende não só a responsabilização por danos morais e materiais causados a interesses transindividuais, como também garante possibilidade de manejo preventivo (art. 4º), cumulação de indenização com obrigação de fazer ou não fazer, ou, ainda, qualquer outra tutela que se mostre necessária para preservação de interesses coletivos.²² Em que pese a tentativa de restringir a efetividade do alcance da proteção a interesses, para Grinover,

¹⁷ CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 342.

¹⁸ RODRIGUES, M. A. "Ação Civil Pública", em *Ações constitucionais*, (DIDIER JÚNIOR, F. Coord.), JusPodvim, Salvador, 2007. p. 252-253.

¹⁹ LUNELLI, C. A.; MARIN, J. D. "Patrimônio cultural e ações coletivas", em *Ambiente, políticas públicas e jurisdição* (LUNELLI, C. A.; MARIN, J. D.), Educs, Caxias do Sul, 2012, p. 14.

²⁰ RODRIGUES, G. de A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 207.

²¹ ALMEIDA, G. A. de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 147.

²² MAZZILLI, H. N. *Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*, Saraiva, São Paulo, 2013.

o âmbito da abrangência da coisa julgada é determinado pelo pedido, e não pela competência. Esta nada mais é do que a relação de adequação entre o processo e o juiz, nenhuma influência tendo sobre o objeto do processo. Se o pedido é amplo (de âmbito nacional) não será por intermédio de tentativas de restrições da competência que o mesmo poderá ficar limitado.²³

Percebe-se que a alteração do artigo 16 da ACP restou inócuo e ineficaz porque desacompanhado da alteração simultânea dos arts. 93 e 103 do CPC e em total descompasso com princípios ganham evidência na tutela de interesses coletivos, e passam a servir tanto para a elaboração da norma, quanto na aplicação da norma positivada, garantindo proteção e eficácia aos direitos fundamentais, também é meio indutor de análise da tutela com base nos princípios de direito coletivo.

O princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum está intimamente relacionado com o princípio constitucional do devido processo legal. É reconhecido como princípio essencial e capaz de dirimir conflitos sociais ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando, no último caso, a perfectibilização de múltiplas ações individuais. Seu fundamento legal encontra definição no código de Defesa do Consumidor (nota de rodapé com o 103, § 3) e, segundo Almeida, pode ser definido decorrente do próprio espírito do direito processual coletivo comum, visto que, por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se resolver, em um só processo, um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar desequilíbrio e insegurança na sociedade, tanto que foi justamente esse o espírito do CDC ao disciplinar a coisa julgada coletiva (art. 103). Esse dispositivo do CDC deixa expresso a adoção desse princípio no seu § 3º, quando prevê a admissibilidade da transferência *in utilibus* da coisa julgada coletiva formada nas demandas de tutela dos direitos e dos interesses difusos e coletivos para o plano individual.²⁴

Ao preconizar que os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados no que tange à tutela coletiva, o princípio em tela, reflete que serão aceitos todos os tipos de ações, procedimentos, provimentos ou medidas, desde que adequados para garantir a correta e efetiva tutela coletiva questionada. O princípio da máxima efetividade, encontra respaldo, segundo Almeida, no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor combinado com o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, que lhe garante hipereficácia na condição de superdireito processual coletivo comum. No mesmo sentido, é o posicionamento de Raymundo que, ao tratar acerca do princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional refere que:

O artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública permite que aos processos coletivos em geral se aplique o Título III do Código de Defesa do Consumidor, no qual estão insertos o artigo 83, que deixa clara a possibilidade de utilização de todo e qualquer tipo de ação judicial na defesa dos direitos consumeristas e o artigo 90, que preceitua serem aplicáveis às ações individuais e coletivas fundadas no Código de Defesa do Consumidor o Código de Processo Civil, desde que compatível.²⁵

Nesse sentir, acrescenta que o princípio consiste na possibilidade de se utilizar de todas as ações capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção da tutela jurisdicional coletiva - direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, assegurados pela Lei de Ação Civil pública. Diante disso, reconhece-se que as

²³ GRINOVER, A. P. "A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo", *Revista de Processo*, vol. 96, out/1999, DTR 1999/483, p. 31.

²⁴ ALMEIDA, G. A. de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 65.

²⁵ RAYMUNDO, A. L. *Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum: acesso à justiça*, Florianópolis, p. 21.

alterações imprimidas na LACP, tinham por intuito restringir a eficácia da coisa julgada nas Ações Coletivas e, como consequência, causar prejuízo à economia processual, violação ao princípio da igualdade, por tratar diferentemente os brasileiros, violação do reconhecimento de que esses direitos são indivisíveis, mistura fatores determinantes de competência com eficácia da decisão, além de confundir coisa julgada com eficácia da sentença.

Com efeito, a Lei 9.494/97 confundiu competência com coisa julgada. A imutabilidade erga omnes de uma sentença não tem nada a ver com a competência do juiz que a profere. A competência importa para saber qual órgão da jurisdição vai decidir a ação; mas a imutabilidade do que ele decidiu estende-se a todo o grupo, classe ou categoria de lesados, de acordo com a natureza do interesse defendido, o que muitas vezes significa, necessariamente, ultrapassar os limites territoriais do juízo que proferiu a sentença.²⁶

Segundo o voto Ministra Carmem Lúcia no Re 1.101.937/SP, alteração na LACP foi de encontro, inclusive com o princípio da segurança jurídica que impõe que a decisão tomada em determinada ação tenha a desse de efetividade segurança e garantia de tratamento dada a determinada matéria.

O próprio Código de Defesa do Consumidor manteve regra diversa: a ampliação dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da decisão - contrariando a regra geral do processo civil de que a imutabilidade da coisa julgada se limita às partes integrantes da relação processual em matéria de ação popular, ação civil pública e ação coletiva, a lei garantiu e estendeu a imutabilidade da coisa julgada para além das partes formais do processo sem ignorar, a importância do transporte *in utilibus* da sentença favorável, situação essa, bastante razoável diante da natureza dos direitos, da dispersão de seus titulares e isso, sem ignorar as particularidades que a tutela coletiva exige.

Com a alteração legislativa tentou-se limitar os efeitos subjetivos da decisão com eficácia *erga omnes* nas ACP's, medida em total descompasso com as garantias de direitos coletivos e interesses tutelados, o retrocesso na proteção de interesses, na contramão do avanço institucional de proteção a interesses transindividuais, viola preceitos norteadores da tutela coletiva e atenta contra os comandos de acesso à justiça e isonomia.

O Superior Tribunal de Justiça em análise ao Recurso Especial 1.243.887/PR²⁷, já havia se manifestado pela inaplicabilidade do art. 16 da ACP. Para o Ministro Luis Felipe Salomão a limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação do mecanismo de solução plural das lides.

Antes mesmo da manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da alteração legislativa, o fato é que a transindividualidade do direito material é circunstância importantíssima para as questões processuais direcionadas à proteção ambiental. A partir de fatores que despontam as eficácias objetivas e subjetivas daquilo que é decidido em sentença, forma-se uma abrangência uniforme às pessoas que tenham direito em relação àquela ação, mesmo que alheias ao processo.

O julgamento do RE 1101937/SP²⁸, considerado *Leading case*, e formador de tese de repercussão geral (tema 1075) reconheceu que o sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios metaindividuais, atingiu *status* constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção dos direitos de solidariedade, os de terceira dimensão, com a Constituição Federal.

²⁶ MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em Juízo*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 698.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.243.887/PR*. Recorrente Branco Banestado S/A. Recorrido Dionísio Rovina. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 19/10/2021. Publicado em 12/12/2011.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1101937/SP*. Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 08/04/2021. Publicado em 14/06/2021.

Segundo o voto do Ministro Alexandre de Moraes, o intuito da alteração legislativa foi o de “fracionar por células territoriais a defesa dos interesses difusos e coletivos de grupos menos determinados – ou até indeterminados – de pessoas, limitar os efeitos da sentença unicamente aos titulares do direito pleiteado residentes no território do juiz sentenciante”.²⁹ O fracionamento, segundo o Ministro, meramente territorial dos efeitos da decisão parece ignorar o longo processo jurídicopolítico de amadurecimento do sistema protetivo aos interesses difusos e coletivos e contrariar, frontalmente, o comando constitucional de imprimir maior efetividade à sua real efetivação.

Nesse sentido, a Corte enfrentou a matéria e julgou inconstitucional artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional.

O novo paradigma processual contemplado pela Constituição Federal de 1988 exige redimensionar a função jurisdicional para contemplar uma sociedade onde os conflitos não são mais de ordem puramente individual, mas atingem a coletividade formada pelas pessoas. Novos conflitos metaindividuais esperam solução Estatal que observe os limites constitucionais impostos e garanta eficácia, segurança e observe a dignidade humana.

4. Considerações finais

A pesquisa em questão apresentou como objetivo geral verificar se, antes da declaração de inconstitucionalidade do art. 16 da LACP que restringiu os efeitos da sentença em processo coletivo a limites territoriais, cuja redação, além de confusa acaba por misturar alguns institutos do processo civil, restou reduzida a tutela de interesses e direitos transindividuais.

Da análise, percebe-se que a Lei de Ação Civil Pública brasileira é um instrumento mais abrangente que outros, partes desse mesmo microssistema, pois, compreende não só a responsabilização por danos morais e materiais causados a interesses transindividuais, mas possibilita manejo preventivo, cumulação de indenização com indenização de obrigação de fazer ou não fazer, ou, ainda, qualquer tutela que se mostre imprescindível para preservar e garantir interesses coletivos.

Diante da abrangência da legislação, não causa espanto o Estado, por meio de alteração legislativa, tentar enfraquecer o processo coletivo. Contudo, nesse ínterim entre o início da vigência do teor do art. 16 da LACP e a declaração de inconstitucionalidade, diante da formação de maioria, no STF, além de princípios constitucionais, a exemplo do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum, foram utilizadas outras legislações constantes no microssistema processual brasileiro, a fim de garantir a tutela desses novos direitos.

Assim, entende-se que, apesar da tentativa de reduzir os efeitos da sentença condenatória em ACP, o ataque ao processo coletivo não surtiu os efeitos desejados, vez que o próprio microssistema processual, fundamentado constitucionalmente, garantiu a tutela dos interesses transindividuais. Não fosse haver previsão destoante no CDC ou, ainda, “descuido” do legislador que, não o alterou, certamente haveria prejuízos na tutela jurisdicional coletiva que ocasionaria infringência a inúmeros princípios e regras constitucionais.

²⁹ MORAIS, A. de. Voto no RE 1101937/SP. In: Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1101937/SP*. Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 08/04/2021. Publicado em 14/06/2021. p. 14.

Nesse sentido, a decisão do STF, mesmo que tardia, demonstra o comprometimento da Corte com os direitos e garantias constitucionais, consequência essencial do próprio Estado Democrático de Direito.

Referências

- ALMEIDA, G. A. de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes de uma nova proposta de codificação*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2007.
- AMARAL, G. R. "Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas", *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 53, mar/abr. 2013.
- ÁVILA, H. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, Malheiros, São Paulo, 2012.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 27 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.243.887/PR*. Recorrente Branco Banestado S/A. Recorrido Dionísio Rovina. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento em 19/10/2021. Publicado em 12/12/2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1101937/SP*. Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 08/04/2021. Publicado em 14/06/2021.
- BURDEAU, G. *A Democracia*. Ensaio Sintético, Publicações Europa-América, Lisboa, 1975.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, M. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil". Tradução Nelson Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 4. p. 128-159, jan/mar. 1977. p. 130-132.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, Malheiros, São Paulo, 2015.

- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, Malheiros, São Paulo, 2001.
- GRECO, L. "Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior" em "Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico" (DIDIER JR, F. Coord.), JusPodvim, Salvador, 2006, p. 225.
- GRINOVER, A. P. "A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo", *Revista de Processo*, vol. 96, out/1999, DTR 1999/483, p. 28-36.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, Tradução de João Baptista Machado, Martim Fontes, 2006.
- LUNELLI, C. A. "Por um novo paradigma processual nas ações destinadas à proteção do bem ambiental. A contribuição do contempt of court", em Estado, meio ambiente e jurisdição (LUNELLI, C. A.; MARIN, J. org.), Educs, Caxias do Sul, 2012.
- LUNELLI, C. A.; MARIN, J. "Patrimônio cultural e ações coletivas", em *Ambiente, políticas públicas e jurisdição*, (LUNELLI, C. A.; MARIN, J. org.), Educs, Caxias do Sul, 2012.
- MARINONI, L. G.; ARENHAT, S. C.; MITIDERO, D. *Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- MAZZILLI, H. N. *Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- MENDES, G. F.; BRANCO, G. G. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2017.
- MORAIS, A. de. Voto no RE 1101937/SP, em Supremo Tribunal Federal. *RE nº 1101937/SP*. Caixa Econômica Federal e outros. Recorrido Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgamento em 08/04/2021. Publicado em 14/06/2021. p. 14.
- RODRIGUES, M. A. "Ação Civil Pública", em *Ações constitucionais*, (DIDIER JÚNIOR, Fredie Coord) JusPodvim, Salvador, 2007.
- RODRIGUES, G. de A. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, Forense, Rio de Janeiro, 2002.
- ROSAS, R. "Segurança Jurídica. Efetividade. Jurisprudência", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48 n. 190, abr./jun. 2011.
- RAYMUNDO, A. L. *Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum: acesso à justiça*, Florianópolis, 2009.
- SILVA, J. A. da. "Constituição e segurança jurídica", em *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Pablo Sepúlveda Pertence*. (ROCHA, C. L. A. coord.), Fórum, Belo Horizonte, 2004.
- SILVA, O. B. da. *Sentença e coisa julgada*, Forense, Rio de Janeiro, 2006.
- SILVA, O. B. da; GOMES, F. L. *Teoria geral do processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. *Curso avançado de processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- WOLKMER, A. C. "Perspectivas contemporâneas na fundamentação dos direitos humanos", *Revista de Direito - Tópicos em Direitos Humanos*, Florianópolis, n. 1, p. 15-27, jul/dez. 2006.

Lenguaje discriminatorio, su trascendencia jurídica y su incidencia en la doble construcción social: género y diversidad funcional manifiesta

Discriminatory language, its legal significance and its impact on the double social construction: gender and manifest functional diversity

Nadia Domínguez Pascuales¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

"No tengas sólo piedad de l@s ciegos y de l@s tullidos; tenla también de l@s malvados, que tienen la desdicha de ser inválidos de espíritu"
Epicteto

Sumario: 1. Introducción. 1.1. Un concepto nuevo: Personas con diversidad funcional manifiesta. 1.2. Normas jurídicas hasta el siglo xx. 1.2.2. Normas jurídicas a partir del siglo xx: a) *Personas desgraciadas*. b) *Infelices seres*. c) *Anormales*. d) *Decrépitas-inútiles*. e) *Inválidas-mutiladas*. f) *Subnormales*. g) *Retrasadas mentales*. h) *Personas impedidas*. i) *Personas disminuidas*. j) *Personas minusválidas*. 1.3. La terminología en las normas jurídicas del siglo xxi: personas con discapacidad. 1.3.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 1.3.2. Discapacidad en América Latina. 1.3.3. Discapacidad en la legislación española: Ley General de Discapacidad e Inclusión Social. 1.4. Definiciones de la OMS. 1.4.1. Primeras definiciones: deficiencia, incapacidad y minusvalía. 1.4.2. Segundas definiciones. 2. Incidencia en la doble construcción social: género y diversidad funcional manifiesta. 2.1. Construcción social de género. 2.1.2. Construcción social de la diversidad funcional manifiesta. 2.1.3. Concurrencia de la doble construcción social: género y diversidad funcional manifiesta. 2.1.4. La interseccionalidad como enfoque de categoría de discriminación. 2.1.5. Desigualdad y exclusión social. 3. Derechos Humanos. 3.1. Coronavirus, Derechos Humanos y Diversidad Funcional Manifiesta. 4. Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo, de tipo documental, tiene como finalidad realizar un análisis en cómo el lenguaje discriminatorio ha tenido trascendencia jurídica en el campo de la diversidad funcional manifiesta y su incidencia en lo concerniente al género. Tiene por *objetivo* principal proporcionar un mapa de la legislación que a través de la historia se ha aprobado utilizando un lenguaje discriminatorio para hacer referencia a la diversidad funcional manifiesta. El documento muestra como idea transversal que a lo largo de la historia la diversidad funcional manifiesta ha sido un factor de exclusión social lo que ha conducido a que las personas que conviven con ella se hayan visto excluidas de poder participar activamente en todos los ámbitos de la vida social. Es por ello que el texto nos especifica que la construcción social de género, la de la diversidad funcional manifiesta y la concurrencia de estas dos realidades ha incidido en que se considere a las mujeres con este perfil como indefensas y pasivas.

¹ Abogada (Universidad del Atlántico), Magíster en Estudios Feministas y de Género (Universidad del País Vasco), Doctora en derecho de la sociedad global: desarrollo económico, riesgo e integración social (Universidad de Navarra), Postdoctorado en Derecho Público (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria).

Palabras clave: lenguaje discriminatorio, legislación, diversidad funcional manifiesta y género.

Abstract: This work is an analysis of how discriminatory language has had legal significance in the field of manifest functional diversity and its impact on gender. Its main objective is to provide a map of the legislation that throughout history has been approved using discriminatory language to refer to manifest functional diversity. The article shows as a cross-cutting idea that, throughout history, manifest functional diversity has been a factor of social exclusion, which has led to the people who live with it being excluded from being able to participate actively in all areas of life. social life. That is why the text specifies that the social construction of gender, that of manifest functional diversity and the concurrence of these two realities has influenced the consideration of women with this profile as defenseless and passive.

Keywords: discriminatory language, legislation, manifest functional diversity and gender.

1. Introducción

Tomando en consideración que nuestro propósito al realizar esta investigación va encaminado a visibilizar el lenguaje discriminatorio que a lo largo de la historia se ha utilizado para hacer referencia a las personas con Diversidad Funcional Manifiesta (DFM)², consideramos necesario iniciar definiendo qué es lenguaje. Primero que todo, destacamos que el filósofo francés, Foucault; en su obra "Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas"³ señala que el lenguaje "existe desde un principio, en su ser en bruto y primitivo".

En tal sentido para definir el concepto en cuestión se especificará lo que señala el lingüista y semiólogo francés, Mounin, en su magnífico libro "Saussure. Presentación y textos"⁴ en torno a lo que define como lenguaje el reconocido lingüista y semiólogo suizo, Ferdinand de Saussure; cuyas ideas sirvieron para el estudio de la lingüística moderna en el siglo XX. Examinando brevemente dicho concepto, encontramos que destaca que Saussure define el lenguaje "como la facultad común a todas las personas". Para ser más específicas, destacamos que establece que "entre todas las personas así ligadas por el lenguaje, se establecerá una especie de promedio: todas

² Resulta necesario destacar que, aunque jurídica y socialmente, sea utilizado el término "discapacidad" para hacer referencia a la población que estudiamos; a lo largo de este documento se empleará "diversidad funcional manifiesta".

Esta precisión terminológica se debe a dos razones, principalmente: primero porque se considera que ninguna persona tiene la "capacidad nula". Desde nuestro punto de vista lo que sucede es que existen entornos que "discapacitan". Por otra parte, la reflexión realizada durante el largo período que conllevó esta investigación nos lleva a concluir que todas las personas funcionamos de manera diferente. Lo que sucede es que en unas se manifiesta de forma visible, y en otras no. Es imprescindible apuntar que al término creado se le ha anexo el vocablo "manifiesta" con el fin de hacer alusión a esa parte de la población que tiene una diversidad funcional que es perceptible o visible (física, auditiva, visual, psíquica), que es la que puede generar cualquier tipo de discriminación. De esa manera lo diferenciamos de la población cuya diversidad funcional no es visible (problemas cardíacos, hepáticos, etc.).

Cabe señalar que el término "Diversidad Funcional" fue propuesto por primera vez en España por Manuel Lobato y Javier Románach el 12 de mayo del año 2005 en un mensaje enviado a través del Foro de Vida Independiente. Puede consultarse en <https://bit.ly/2IGxUps> Cfr. ARAMAYO, R y AUSÍN, T. (Eds.). *In(ter) dependencia. Del bienestar a la dignidad*, Plaza y Valdés Editores, 2008.

³ FOUCAULT, M. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1984. En torno a esta obra; Pena Voogt; nos dice que se encuentra marcada por el llamado "giro lingüístico" que consiste en colocar como centro de todo análisis, de las realidades humanas y sociales, al fenómeno de la lengua. Cfr. PENA VOOGT, L. "Lenguaje y literatura en las palabras y las cosas de, M. Foucault", *Nuevo Pensamiento. Revista de Filosofía*, 3(3), 2013, pp. 1-19.

⁴ MOUNIN, G. *Saussure. Presentación y textos*. Editorial Anagrama, Barcelona, 1971.

reproducirán -no exactamente, sin duda, pero sí aproximadamente- los mismos signos unidos a los mismos conceptos” Llamando a este proceso <la cristalización social>.

Debido a la importancia de dicha facultad, Yanko Salas en “Lenguaje y transcendencia”⁵ plantea que el lenguaje crea al ser. En esa creación, nos dice el filósofo estadounidense, Searle⁶; célebre por sus contribuciones a la filosofía del lenguaje, que siempre que emitimos una onda acústica en una situación de habla normal estamos realizando un acto de habla⁷, los cuales se presentan en diversas variedades. Especifica que por medio de las ondas acústicas hacemos una afirmación, planteamos una pregunta, damos una orden, hacemos una petición, explicamos algún problema científico o predecimos un acontecimiento futuro. Destaca que todos esos actos fueron bautizados por el filósofo británico Austin como “actos ilocucionarios”; definiéndolos como la unidad mínima completa de comunicación lingüística humana, realizados intencionalmente. Siempre que hablamos o escribimos estamos realizando este tipo de actos. Diferenciándolos de los efectos que tienen esos actos sobre la persona que los oye; que puede ser persuadirle, convencerle o lograr que haga algo; Austin los bautizó como “actos perlocucionarios”, que son actos que tienen que ver con consecuencias ulteriores más allá de la comunicación lingüística, que no tienen que ser realizados con intencionalidad puesto que una persona puede persuadir a alguien de algo, conseguir que haga algo, molestarle, o divertirlo, sin tener la intención de hacerlo.

En tal sentido, el lenguaje que usamos condiciona nuestro actuar y la manera que tenemos de ver el mundo y, asimismo, el mundo que nos rodea imprime su impronta en el lenguaje que aprendemos. En realidad; el pensamiento influye en el lenguaje, que por abstractas o particulares que sean las operaciones del pensamiento, reciben expresión en la lengua⁸, y la realidad que vivimos modifica de manera decisiva cómo hablamos y la necesidad de nombrar el mundo que nos rodea nos conlleva a la imperiosa necesidad de crear nuevos términos que contengan esos significados genuinos que aparecen según avanzamos en nuestros conocimientos⁹. Esto quiere decir que el manejo de los fonemas, colocados según cierto orden, sigue siendo para las mujeres y los hombres un gran placer que no está desprovisto ni de eficacia ni de peligro¹⁰. Es decir; el lenguaje que usamos, a la vez que describe la realidad, la valora, distingue cosas buenas y malas, y lo hace reflejando un sentir y un pensar morales que se ha ido gestando durante siglos¹¹.

Avanzando en nuestro razonamiento; debemos recordar, o tener presente, que nuestro “lenguaje natural”, en palabras de García-Carpintero¹², son aquellos lenguajes usados de hecho por comunidades de individuos, que constan en primer lugar, de un cierto número (que en lenguajes léxicamente ricos puede llegar a algunos cientos de miles) de palabras, de un léxico o vocabulario. Su importancia radica en que toda persona que domine un lenguaje natural puede en virtud de su competencia comunicativa comprender en principio y hacer comprensibles a otra, es decir, interpretar, cualesquiera expresiones con tal que tenga sentido¹³. Y tal y como

⁵ YANKO SALAS, J. *Lenguaje y transcendencia*, Mago editores, Santiago de Chile, 2015.

⁶ SEARLE, John: *Mente, lenguaje y sociedad. La filosofía en el mundo real*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

⁷ Debido a la importancia de esta teoría, para una mayor profundización del tema resulta interesante consultar: LOZANO BACHIOQUI, E. “La interpretación y los actos de habla”, *Mutatis Mutandis*, 3(2), 2010, pp. 333-348.

⁸ BENVENISTE, E. *Problemas de lingüística general*, Siglo XXI editores, Madrid, 1974.

⁹ VIK, I. “El lenguaje que usamos, cómo pensamos”, *Mujeres del Mundo*, 78, p. 22, 2021.

¹⁰ VINCENT, G. Akenatón. *La historia de la humanidad contada por un gato*, Alfaguara, Madrid, 1996.

¹¹ CAMPS, V. y VALCÁRCEL, A. *Hablemos de Dios*, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2007.

¹² GARCÍA-CARPINTERO, M. *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

¹³ HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989.

nos lo especifica Nietzsche¹⁴ es una convención social ya que acordamos socialmente el significado que le damos a los sonidos que emitimos y que constituyen las palabras que pronunciamos.

En consonancia con lo anterior especifica que hay conceptos que no nos ayudan a vivir nuestra existencia de manera plena. No obstante, aunque convenga mantener algunos de ellos, hay que tener en cuenta la naturaleza humana, demasiado humana, de esos conceptos, y la petrificación a la que han sido sometidos. Cuando ese gran filósofo se refiere a esa naturaleza humana de los conceptos, en especial de los que utilizamos para organizar nuestra vida moral, destaca que el origen de nuestros conceptos morales no es divino, sino humano puesto que somos nosotras y nosotros quienes definimos nuestra moralidad; es decir, no nos viene dada por ninguna Diosa, o Dios, o instancia superior o trascendente. Cabe señalar que hace énfasis en que, si estos conceptos morales viniesen impuestos por algún ser superior, no tendríamos capacidad de acción y deberíamos aceptarlos tal y como vienen dados, pero teniendo en cuenta que no es así; considera que tales principios se pueden criticar, cuestionar e, incluso, modificar, pues son creaciones humanas que pueden ser recreadas de manera diferente.

Dicho de otra manera; siguiendo al notable filólogo español, Casares Sánchez¹⁵; se ha de destacar que la lógica del lenguaje; como todo hecho social, como todo producto de cultura, es una obra colectiva, inestable, en cuya evolución intervienen, influyéndose de manera recíproca, factores materiales, fisiológicos, y psíquicos.

Todo lo anterior parece confirmar que el lenguaje humano es un complejo conjunto de reglas y usos lingüísticos, provisorio y contingente, sujeto a una continua construcción y modificación en la praxis lingüística ordinaria de las lenguas naturales que constituyen la base de todo discurso. El conjunto de las reglas lingüísticas, es decir, el lenguaje entendido como un sistema regulativo, tiene naturaleza práctica y, precisamente, pragmática porque los signos lingüísticos y sus usos son una obra humana. Los significados de los signos lingüísticos varían en función del contexto lingüístico, de las actitudes y de los objetivos propios de las usuarias y usuarios de la lengua, de la naturaleza de la referencia de los discursos, etc.¹⁶

Lo dicho hasta aquí supone que el lenguaje al ser una creación humana evoluciona de forma constante, y en esa evolución resulta de suma importancia situar la lengua en la acción colectiva; es decir, tener en cuenta lo que se conoce como la "glotopolítica", la cual se pregunta por las prácticas lingüísticas que legitiman, reproducen y transforman las formas y luchas del reconocimiento de la otra y del otro, articuladas a las estructuras de poder. El interés por comprender la lengua desde esa perspectiva está relacionado con el reconocimiento que la lengua se modifica en la interacción social y esta, a su vez, se transforma por la influencia de la primera¹⁷.

De manera que analizando que el tratamiento concedido a la DFM ha transcurrido por diversas etapas y que en ello ha influido la actitud que la sociedad ha mostrado ante ella y su posición en el contexto social; se analizarán los términos adjudicados, los cuales han reflejado lo que la persona no puede hacer por encima de sus capacidades. Dicha noción ha implicado que las personas con DFM hayan sido definidas mediante conceptos que son el polo negativo de categorizaciones dicotómicas¹⁸.

¹⁴ Citado en CANO ABADÍA, M. *Judith Butler. Performatividad y vulnerabilidad*, Shackteton Books, Barcelona, 2021.

¹⁵ CASARES SÁNCHEZ, J. *Cosas del lenguaje. Etimología, lexicología, semántica*, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1972.

¹⁶ ZORZZETO, S. "La filosofía analítica de Uberto Scarpelli. Del análisis del lenguaje valorativo a los principios de la bioética", *Derecho PUCP*, 73, 2014, pp. 535-582.

¹⁷ MOLINA RÍOS, J. A. "Estudios del lenguaje desde una perspectiva glotopolítica", *Signo y Pensamiento*, (38)74, 2019, pp. 1-9.

¹⁸ FERREIRA, M. y RODRÍGUEZ DÍAZ, S. "Desde la discapacidad hacia la diversidad funcional. Un ejercicio de dis-normalización", *Revista Internacional de Sociología*, 68(2), 2005, pp. 289-309.

Obviamente, el derecho no ha sido ajeno a esta situación por lo cual la proliferación de términos con los que se les ha designado ha generado una imagen colectiva negativa y despectiva de la DFM, alejando a las personas con este perfil de las cualidades y valores positivos que poseen¹⁹. Precisamente, producto de ese alejamiento podríamos decir que a lo largo de la historia se ha ejercido sobre ellas lo que el sociólogo francés, Bourdieu²⁰, denomina "violencia simbólica", que es esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas <expectativas colectivas>, en unas creencias socialmente inculcadas. Dicha violencia en el campo del lenguaje, es ejercida mediante lo que él llama el "orden de las cosas". Una de las maneras de ejercerla es a través de la censura, ya que esta resulta especialmente eficaz e invisible cuando se excluye a determinados agentes de la comunicación excluyéndoles de los grupos que hablan o de los lugares donde se habla con autoridad²¹; como en el caso de las personas con DFM.

Debido a lo anteriormente descrito resulta interesante realizar de forma esquemática las relaciones existentes entre el Derecho y la DFM, y en particular las respuestas que el Derecho español ha otorgado a las personas con este perfil. Con lo cual podremos comprobar lo señalado por el reconocido lingüista estadounidense, Sapir²²; en cuanto a que es de conocimiento generalizado que el lenguaje es variable, no es sólo una cosa que se extiende en el espacio sino que va avanzando a lo largo del tiempo, fluye y se transforma sin cesar. Y como dice su discípulo, Benjamín Lee Whorf²³, "el lenguaje es el mejor espectáculo que pone en escena el hombre y la mujer. Es su propio <acto> sobre la escena de la evolución, en el que viene ante el telón de fondo cósmico y realmente <actúa>. Por lo tanto, plantea que "uno de los importantes pasos venideros para el conocimiento occidental es una revisión de los fondos lingüísticos de su pensamiento, y para el caso, de todo pensamiento".

1.1. Un concepto nuevo: personas con diversidad funcional manifiesta

Antes de abordar la terminología usada a lo largo de la historia para hacer referencia al colectivo de personas con DFM, se hará énfasis en este nuevo término. Palacios Rizzo y Romañach Cabrero²⁴ plantean que con esta nueva propuesta terminológica lo que se busca es un lugar intermedio que no obvie la realidad, la cual se basa en que las mujeres y hombres con DFM son diferentes desde el punto de vista biofísico de la mayor parte de la población. Es la primera denominación de la historia en la que no se da un carácter negativo ni médico a la visión de una realidad humana. Considerando en ese aspecto que el fin es hacer énfasis en la diferencia o diversidad como valores que enriquecen a nuestra sociedad. Los términos anteriores no se consideran ni positivos ni neutros, lo que justifica un cambio de terminología que ofrezca una visión neutral o positiva de la DFM.

En ese sentido, Toboso, señala lo siguiente:

La diversidad funcional es una innovación clave dentro del mundo de la discapacidad, nace como sustituto del concepto de discapacidad ya que este es un concepto peyorativo que habla de lo que supuestamente la persona no tiene, que es una capacidad para hacer algo. Se plantea como un concepto mucho más abarcante, que se extiende a lo largo y ancho de la sociedad, y a lo largo de la vida de las personas,

¹⁹ En relación con la conexión lenguaje discriminatorio-DFM, Cfr. MOSCOSO PÉREZ, M. "Tirar la piedra y esconder la mano: el lenguaje de lo políticamente correcto en la discapacidad", *Intersticios: Revista Sociológica de pensamiento crítico*, 4(2), 2010, pp. 271-276.

²⁰ BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1997.

²¹ FERNÁNDEZ, J.M. "La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica", *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 2005, pp. 7-31.

²² SAPIR, Edward: *El Lenguaje. Introducción al estudio del habla*, Ediciones F.C.E, Madrid, 1981.

²³ LEE WHORF, B. *Lenguaje, pensamiento y realidad*, Circulo de Lectores, Madrid, 1998.

²⁴ PALACIOS RIZZO, A. y ROMAÑACH CABRERO, J. *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas, Madrid, 2006.

porque desde que nacemos nos movemos en diferentes aspectos del funcionamiento que van variando a lo largo de la vida, hay cosas que hacemos desde pequeños y que no podemos hacer de mayores, también a la inversa. Es una apuesta bastante fuerte y una innovación terminológica y conceptual, que podría ser considerada como una innovación social que va a generar un cambio que afecte no sólo al colectivo de personas discriminadas por su diversidad funcional, sino a toda la sociedad, que sea extensible a la sociedad, que sea un caso de apropiación de una innovación terminológica y conceptual²⁵.

Romañach Cabrero plantea que el término diversidad funcional es el más adecuado para referirse al colectivo; y lo señala así:

Este es el término que se ajusta a una realidad en la que la persona funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad. Este término considera la diferencia de la persona y la falta de respeto de las mayorías, que en sus procesos constructivos no tienen en cuenta esa diversidad funcional.

Simi Linton afirma:

Una primera respuesta podría ser que eres discapacitado si te consideras como tal. Aunque esa declaración no es válida para obtener una pensión por incapacidad, tiene cierta credibilidad entre la comunidad discapacitada. El grado e impacto de la limitación de una persona es a menudo menos importante que la identificación de la persona con el colectivo. Una buena aproximación es que es discapacitada toda persona que se define como tal.

Por último, Howard Becker resalta:

Con la discapacidad sucede lo mismo que con la homosexualidad, la afirmación identitaria se articula en torno a una categoría desviada²⁶.

Debido a lo anteriormente descrito, en la actualidad muchas personas con DFM consideran que este nuevo término es el adecuado para referirse a ellas²⁷ puesto que con él se lucha por la dignidad, en la diversidad del ser humano.

De lo planteado podríamos preguntar: ¿para qué un nuevo término?. Pues bien; desde nuestro punto de vista, la respuesta que halla esta pregunta; hela aquí: la razón principal es que si recordamos el refrán que dice que “Los palos y piedras podrán romper mis huesos, pero las palabras nunca podrán hacerme daño”; sabemos perfectamente que no es así. Si empleamos la DFM como una categoría analítica que permite acercarnos al modo en que las culturas han construido aquello que designan como sano/enfermo, normal/anormal; vemos que los usos del lenguaje que se han utilizado para definir a este colectivo no han sido los más adecuados, debido a que se han usado vocablos despectivos y discriminatorios, lo cual ha traído como consecuencia que se marginase y devaluase a estas personas.

A partir del año 2005; el FVI²⁸, tomando en consideración que el lenguaje debe ser neutral en esta materia, asume el objetivo de sustituir el término discapacidad, y los que le precedieron, por otro normativamente neutro, que es el de *Diversidad Funcional*. En torno a esta evolución terminológica es necesario subrayar que llegar a este término ha sido un proceso forjado durante un largo período de tiempo. El FVI²⁹ parte de la idea que la sociedad natural está compuesta por personas diversas,

²⁵ Transcripción que se encuentra disponible en: ROHRER, G. (Productor): *La Aventura del Saber* [serie de televisión], Radio Televisión Española, Madrid, 2014. Disponible en <http://www.rtve.es/alcarta/videos/la-aventura-del-saber/aventura-del-saber-mario-toboso/2454180/>

²⁶ *Ibidem*, p. 87.

²⁷ En defensa de este término, se puede consultar: *Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad funcional del ser humano*. Disponible en <https://bit.ly/2j0bTo3>

²⁸ El FVI es un movimiento presente en más de 45 países y con miles de activistas por todo el mundo, y bajo el lema “nada de nosotras-os sin nosotras-os”; originalmente tomado del apartheid; lucha por los derechos del colectivo. Para mayor información acerca del FVI, se puede consultar su página web, cuyo enlace electrónico es <http://www.forovidaindependiente.org/>

²⁹ Sobre la filosofía del FVI, v. ARNAU RIPOLLÉS, M. S. *Una construcción social de la discapacidad: El Movimiento de Vida Independiente*. Comunicación presentada en las VIII Jornadas de Fomento de la Investigación de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, de la

siendo lo equivocado e ineficaz que regulemos una sociedad compuesta para un tipo de persona "estándar"³⁰, tipo imaginario o aspiración; que, en sí misma, es un sofisma. Por esta razón, consideran que la expresión "personas con discapacidad" mantiene un contenido negativo por discriminatorio.

Acorde con lo planteado podemos decir que con base en el *People First Language*³¹, por primera vez se propone un cambio hacia una terminología no negativa, ni basada en la capacidad; y lo más interesante de esta propuesta es que surge de las mujeres y hombres con este perfil³². Con ella se pretende ir más allá y obviar la llamada "estrategia social del desviacionismo", es decir, la que se obtiene como resultado del binomio "ellas-os" y "nosotras-os". Permite plantear que la DFM es algo inherente al ser humano que, en muchas ocasiones, puede ser de carácter transitorio o circunstancial (por lo que afloja su carácter de conflicto social) y que, de forma indirecta o directa, transitoria o definitiva, alcanza a todos los seres humanos³³.

1.2. Normas jurídicas hasta el siglo XX

Antes de entrar en materia en las Normas Jurídicas que se aprobaron hasta el siglo XX en torno a la DFM; haremos una pequeña referencia con respecto al lenguaje jurídico o normativo, o a los vocablos jurídicos. Comenzamos destacando que desde tiempos inmemorables la humanidad se ha preguntado por la relación entre lenguaje y derecho. Es así como encontramos que realizando una detallada lectura al magnífico diálogo platónico "Crátilo"³⁴ hallamos que dicha relación data desde la antigüedad.

Teniendo en cuenta los planteamientos del profesor Hernández Marín³⁵ se ha de destacar que dicha relación es intrínseca, puesto que tal como él concluye "la

Universitat Jaume I. Publicación electrónica de la Universitat Jaume I de Castelló, 2003. Recuperado de <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi8/hum/42.pdf>.

³⁰ En alusión a lo planteado es necesario resaltar la famosa frase del prestigioso científico Stephen Hawking: "Todos somos especiales a nuestra manera porque no existe un ser humano estándar o común".

³¹ Es una forma de comunicación que refleja el conocimiento y respeto por las personas con DFM mediante la elección de palabras que reconocen a la persona, ante todo.

³² En ese sentido, Ferreira, nos plantea que, al amparo de ese ideario, se ha propuesto el abandono del concepto discapacidad, dado que continúa definiendo en negativo a la persona (incluyendo el prefijo "dis", falta de). En sustitución del mismo se ha propuesto "Diversidad Funcional", que nombra en positivo la peculiaridad de la que son portadoras las personas con este perfil, y lo hace apelando a una característica propia de las sociedades actuales, la de su condición diversa. Asimismo, señala que el hecho que haya sido promovido por el propio colectivo lo convierte en una herramienta para la lucha; es decir, es fruto de la decisión activa de emprender la lucha por la mejora de sus condiciones de existencia y, sólo por eso, merece la pena tomarla en consideración: FERREIRA, M. *Discapacidad, individuo y normalidad: la "axiomática" de la marginación*. Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales "Universidad y Discapacidad", San Miguel de Tucumán, Argentina, 14-16 de Agosto de 2009.

Disponible en http://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf

³³ PALACIOS, A. y ROMANACH CABRERO, J. citadas por PIE BALAGUER, A. (Coord.): *Diversidad(es). Discapacidad, altas capacidades intelectuales y trastornos del espectro autista*, Editorial UOC, Barcelona, 2015.

³⁴ En dicho diálogo, Sócrates le pregunta a Hermógenes ¿No puedes decir quién nos suministra los nombres de que nos servimos?, respondiéndole este: No, en verdad; a lo que Sócrates, vuelve y le pregunta: ¿No te parece que es la ley la que nos los suministra?, respondiendo posteriormente: "no es árbitro todo el mundo, mi querido Hermógenes, de imponer nombres, sino que lo es sólo el verdadero obrero de nombres, y este es, al parecer, el legislador": PLATÓN: *Crátilo o de la exactitud de los nombres*, Edición electrónica de la Escuela de Filosofía de la Universidad ARCIS. Disponible en <https://www.philosophia.cl/biblioteca/platon/Cratilo.pdf>

³⁵ HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998.

naturaleza del Derecho es que el Derecho es un hecho lingüístico: los elementos últimos del Derecho son entidades lingüísticas factuales, concretamente enunciados". Definiendo estos como una expresión de un lenguaje bien formada y con significado completo.

Continuando con sus aportes se ha de especificar que considera que los lenguajes pueden ser naturales y artificiales. En cuanto a los últimos señala que son los inventados por algunas personas en atención a finalidades concretas, en la mayoría de los casos, con fines científicos o técnicos. Pone como ejemplos de este tipo de lenguaje los utilizados en lógica, matemática e informática.

A lo anterior señala que hasta hoy día, los lenguajes utilizados en la formulación del Derecho han sido y son lenguajes naturales; los enunciados jurídicos son por ahora expresiones (bien formadas y con significado completo), oraciones, de lenguajes naturales.

En ese sentido, destaca que cada vez son más numerosas las investigaciones que analizan el Derecho, o partes del mismo, como si estuviese formulado en un lenguaje artificial, concretamente, en algún lenguaje lógico o informático. Sobre ello concluye que el paso decisivo a que sean las propias personas legisladoras quienes formulen sus enunciados (obviamente, enunciados jurídicos) en un lenguaje artificial parece, a día de hoy, un aspecto todavía lejano³⁶.

Lo precedente es corroborado por Nino³⁷, quien señala que "las personas que legislan utilizan un lenguaje natural, como el castellano, hablado por sus súbditas y súbditos, ya que generalmente están interesadas en comunicar sus directivas en la forma más eficaz posible; lo cual obviamente no conseguirían si emplearan un idioma extranjero o un lenguaje privado" Añade que "el uso de un lenguaje natural compromete a las personas que legislan³⁸ con la consecuencia que sus expresiones sean interpretadas de acuerdo con el significado que a ellas les atribuyen las costumbres lingüísticas del grupo social al que las normas van dirigidas".

Al continuar indagando sobre la relación que nos interesa -lenguaje-derecho-, necesariamente tenemos que acudir al filósofo y sociólogo alemán, Jürgen Habermas, ya que al ser conocido por sus trabajos en filosofía del lenguaje, desarrolla sus planteamientos en el papel que el lenguaje cumple en el orden social.

En efecto, en su obra "Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso"³⁹ señala que "desde el

³⁶ En torno a este aspecto cabe destacar que teniendo en cuenta que nos encontramos en una ola de transformación tecnológica muy grande se está llevando a cabo el "Procesamiento de Lenguaje Natural".

Por lo tanto, desvirtuando lo señalado por el profesor en esta materia, Brett Bell, en cuanto a que "El lenguaje es más complejo que cualquier sistema de comunicación humana que haya existido en la historia. Y sin embargo, los humanos nos comunicamos fluidamente en él. Estamos, en mi opinión, a años luz de poder siquiera hacer que un robot pase el Test de Turing. No tienen el conocimiento necesario para la comunicación natural"; se creó en 2020, GPT-3, que es un modelo generador de texto, o modelo de lenguaje, capaz de generar párrafos y párrafos de texto con contenido creíble, realista, muy realista, respetando la gramática, la coherencia párrafo tras párrafo y pudiendo redactar, por ejemplo, artículos artificiales sobre cualquier tema que le demos como input en cuestión de segundos. (para una mayor profundización sobre este tema, consultar el canal de Youtube https://www.youtube.com/results?search_query=dot+csv).

Por consiguiente, como la ola de transformación tecnológica aumentará cada día más, se puede predecir que el derecho en un corto intervalo temporal podría sumarse a esta gran revolución. Y en ese aspecto cabe destacar la "Transferencia de Aprendizaje (Transfer Learning)" donde a partir de determinados datos se lleva a cabo un pre-entrenamiento, o entrenamiento general; es decir, de un sistema pre-entrenado, se logran unos datos que conducen a un sistema entrenado para una tarea concreta.

³⁷ NINO, C.S. *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.

³⁸ Robles define a estas personas como las "teóricas o científicas que estudian e investigan el Derecho": ROBLES, G. "La filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho*, 47, 2002, 151-185.

³⁹ HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

punto de vista de la teoría de la acción comunicativa, el sistema de acción <Derecho>, pertenece, como un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, a la componente social del mundo de la vida". Asimismo, especifica que "el lenguaje del derecho, a diferencia de la comunicación moral, reducida a la esfera del mundo de la vida; puede operar como un transformador en el circuito de comunicación entre sistema y mundo de la vida, que abarca la sociedad global".

En consecuencia de lo señalado, uniendo los dos vocablos -lenguaje y derecho- tenemos que definir el "lenguaje jurídico o normativo" como el conjunto de términos y expresiones que denotan principios, preceptos y reglas a las que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civilizada. Para hacerlo más entendible, resaltamos lo apuntado por Ferrajoli⁴⁰ en cuanto a que el lenguaje jurídico "es el lenguaje en el que pensamos los problemas y sus soluciones". Y sobre ello, Belloso⁴¹ nos plantea que puede dar lugar a un cierto grado de confusión ya que el lenguaje del Derecho, es decir, el lenguaje de las personas juristas es formulado como si incluyese en sí, una descripción de la realidad. Se trata de una forma del deber ser y no del ser.

Haciendo referencia a sus características, se ha de destacar que presenta características especiales que lo diferencian de los otros lenguajes tales como la prescriptividad y el uso de términos integrados en la lengua común desde sus orígenes, pero con un significado jurídico específico. Motivo por el cual hay quienes prefieren hacer referencia al "uso jurídico del lenguaje", en vez de "uso del lenguaje jurídico"⁴².

Con respecto a la prescriptividad, el profesor Ramón Soriano⁴³ señala que la norma jurídica es claramente una proposición prescriptiva como forma de lenguaje, ya que en ella la función predominante es la imperativa, que motiva e influye en los comportamientos sociales, y se apoya en unas pautas de valoración y en la descripción de un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica, los cuales no pueden dejar de tener cierta información.

Explorando aún más en tal relación, encontramos que Bono⁴⁴ destaca que el jurista más influyente del siglo XX, el austriaco, Hans Kelsen, se ocupó en numerosas ocasiones de los "problemas lingüísticos" del derecho. En una de ellas destacó que las normas se expresaban por medio del lenguaje natural –"a través de palabras verbalmente formuladas"– y que poseían cierto significado jurídico por sí mismas. En esa línea afirmaba que "el enunciado de un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa".

En esa explicitación se presentan dos grandes enfoques: Instrumentalista y Constitutivo⁴⁵. Para el primero; esta relación consiste en que el derecho usa el lenguaje para poder llegar a las personas, en cuyo caso el lenguaje es un instrumento necesario para la efectiva aplicación del derecho, el cual sería diferenciable del primero. En síntesis, en este enfoque el derecho puede ser catalogado como un instrumento de control social que para ser usado necesita, a su vez, de otro instrumento: el lenguaje.

⁴⁰ FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.

⁴¹ BELLOSO MARTÍN, N. "La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43, 2020, pp. 1-24. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/17445/pdf>

⁴² EL LENGUAJE JURÍDICO. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2926/5.pdf>

⁴³ SORIANO, R. *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.

⁴⁴ BONO, M. "La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto", *Isonomía*, 13, 2000, pp. 159-175.

⁴⁵ AGUIRRE ROMÁN, J. O. "La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico", *Opinión Jurídica*, 7(13), 2008, pp. 139-162.

Por su parte, el enfoque constitutivo especifica que el lenguaje no es un instrumento subordinado del derecho, ni el derecho es algo que se exprese mediante el lenguaje. El derecho es constituido en el lenguaje y por el lenguaje y, por lo tanto, es definido como una forma de lenguaje, o en algunos casos como una forma especial de discurso.

Para comprender mejor la relevancia de dichos enfoques en torno a la relación bajo análisis, traemos a colación a Capella⁴⁶, quien en "El Derecho como lenguaje" especifica que en la construcción de la normatividad se han presentado diversas escuelas del pensamiento jurídico, dentro de las cuales, unas han sostenido que el derecho es simple reflejo de la realidad social, y otras han afirmado que el derecho es un instrumento promotor del cambio social.

Siguiendo a Aarnio⁴⁷; en cuanto a que los objetos de la interpretación jurídica son los textos promulgados oficialmente, cuya función es servir como instrumentos en el ejercicio del poder social; podemos destacar que, en lo concerniente a la primera escuela, es decir, que el derecho es simple reflejo de la realidad social; la DFM fue motivo para que jurídicamente se le diese un trato "especial" a este grupo poblacional; entendiendo por especial, un trato diferente al del resto de la población, el cual fue predominantemente discriminatorio y humillante. Todas estas observaciones se relacionan también, como dice Martínez-Torrón⁴⁸, con un excesivo hincapié en lo negativo, en lugar de lanzar un mensaje positivo y de respeto por la pluralidad.

En ese sentido, las primeras consideraciones del término asumido por las sociedades antiguas se enfocaban en el cuerpo físico y biológico de la persona, con fuertes implicaciones en un cuerpo "dañado", "deforme"⁴⁹. Por lo cual, eran notorias las desigualdades sociales ya que gran parte de las normas que se aprobaron en la antigüedad para referirse a estas personas versaban sobre la pobreza y, más específicamente, sobre la limosna. Situación que era producto de las circunstancias históricas puesto que en el sentido medieval del término⁵⁰, nuestra sociedad medieval

⁴⁶ CAPELLA, J.R.: *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.

⁴⁷ AARNIO, A. "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp. 109-118.

⁴⁸ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. "Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 60, 2016, pp. 26-33.

⁴⁹ FERRER, M.A. y OBERTO, A. "La discapacidad desde las fronteras de la normatividad venezolana", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 8(2), 2014, pp. 139-151.

⁵⁰ Para poder comprender de manera explícita qué aspectos influyeron en el lenguaje señalado con antelación, resulta imprescindible hacer referencia, a *grosso modo*, a una de las visiones o modelos más relevantes que la sociedad ha tenido a lo largo de su historia en cuanto al trato que se ha otorgado al colectivo analizado: "modelo de prescindencia y castigo divino".

Este modelo es un reflejo en el espejo del pensamiento social de un momento donde se sugiere la existencia dicotómica y contrapuesta del Bien/Mal, Dios/Demonio, Normal/Raro, etc. Resulta necesario especificar que nos remontamos a un comienzo donde se observa todo un mundo de ideas, prejuicios, juicios y, ante todo, concepciones religiosas en relación con la interacción de las personas con DFM en un mundo que les recibió de manera desigual y eran vistas como malditas y, por ello, no tenían ninguna opción para integrarse en la sociedad. Para ahondar sobre este modelo, Cfr.: JIMÉNEZ PÉREZ, G. y SERRATO CALERO, M. M. "Del padecimiento a la diversidad: Un camino hermenéutico", *Revista Española de Discapacidad*, 2(2), 2014, pp. 185-206.

Las siguientes citas basta que ilustremos lo señalado con antelación:

"El Señor te herirá de locura, ceguera y delirio, de suerte que en pleno día andarás a tientas, como anda el ciego en las tinieblas, y no tendrás éxito en ninguna de tus empresas, sino que te verás siempre oprimido y despojado sin que nadie te socorra". Cita bíblica que se encuentra en Deuteronomio, capítulo 28, versículos 28-29. Los textos han sido extraídos de La Santa Biblia. Traducida de los textos originales en equipo bajo la dirección del Dr. Evaristo Martín Nieto, 18ª Edición. San Pablo.

adoptó el desvalimiento físico (al cual también uno de los términos que se asignó fue el de persona *tullida*; catalogándola como aquella que no anda, se arrastra pero desearía andar, y lo intenta sinceramente ya que es lo esencial⁵¹) y psíquico como factor principal de la “verdadera pobreza” y, por lo tanto, ameritaba una protección tanto pública como privada.

Así, en el año 1324 se promulgó en Inglaterra la ley *King's Act*, en la que a las personas que “no sabían contar o nombrar veinte peniques, que no sabían decir quién era su madre o su padre, ni cuántos años tenían” se le denominaba “idiotas”. Por tal motivo, se les consideraba “incapaces”⁵² de manejar sus propios negocios lo que conllevaba que sus propiedades pasaran, inmediatamente, a manos de la corona. El concepto surge como respuesta a una necesidad social: proteger los derechos de propiedad de las personas ricas⁵³. No puede decirse que con ello se agravara la situación de las personas con DFM porque, de por sí, ya era precaria; lo único que se

Otro ejemplo que demuestra lo especificado es que, en el Antiguo Testamento, en el Libro del Levítico (21, 16-21), se relata: “Yavé habló a Moisés diciendo: Habla a Aarón y dile: Ninguno de tus descendientes en cualquiera de tus generaciones, si tiene un defecto corporal podrá acercarse a ofrecer el pan de tu Dios. Ningún deforme se acercará. Ni ciego, ni cojo, ni mutilado, ni monstruoso, ni el quebrado de pie o mano, ni el jorobado ni el raquíto, ni el enfermo de los ojos, ni el que padezca sarna o tiña, ni el eunuco. Ningún descendiente de Aarón que tenga un defecto corporal podrá acercarse a ofrecer los manjares que se abrasan en honor de Yavé. Si tiene defecto, no se acercará a ofrecer el pan de su Dios”.

De lo anterior debemos destacar que no en vano, pesan sobre nuestros hombros muchos siglos de temperancia judeo-cristiana.

Otra visión sobre ello, es que en las sociedades indígenas se atribuía un carácter divino a la diversidad corporal. En cuanto a la diversidad funcional física, dentro de la cosmovisión indígena prehispánica, se asegura que existía una relación entre el orden de lo sagrado; en ello se puede resaltar que en la cultura mayas y nahuas las deformidades óseas y las mutilaciones eran comunes: SOTO MARTÍNEZ, A. “La discapacidad y sus significados: notas sobre la (in)justicia”, *Política y Cultura*, 35, 2011, pp. 209-239.

⁵¹ HORATCZUK, M. *Los tullidos van a Dios: los escrupulosos, nerviosos, sensuales, desalentados, tímidos*, Ediciones Fax, Madrid, 1961.

Explorando aún más el término en cuestión; encontramos que el profesor estadounidense, Robert McRuer, creó la “*Teoría Crip*” (españolizándola es la “Teoría Tullida”). García-Santesmases Fernández y Sanmiquel-Molinero, nos relatan que es una “caja de herramientas para repensar la relación entre el capacitismo y heterosexismo en tiempos neoliberales”: GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. y SANMIQUEL-MOLINERO, L. “Teoría Crip. La Teoría Tullida llega a España”, *El rumor de las multitudes*, (1 de octubre de 2021). Recuperado de https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/la-teoria-tullida-llega-a-espana?fbclid=IwAR21iKAj-RacVbF8cEq9Y1pSsLXnLXIy-spa9rlqI5FOPDdZn_gcm1vOpnI Mas sobre ello en: ARNAU RIPOLLÉS, S. y MOSCOSO PÉREZ, M. “Lo Queer y lo Crip, como formas de re-apropiación de la dignidad disidente. Una conversación con Robert McRuer”, *Dilemata*, 20, 2016, pp. 137-144.

⁵² Cabe señalar que, en España, en torno a este término en la fase de elaboración de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se había planteado cambiar el término “incapaz” por el de persona con “capacidad judicialmente complementada” en atención a una petición del colectivo y teniendo en cuenta la CDPD, ya que estipula que esta es la nueva denominación que deben recibir. Recuperado de Discapacidad. las personas con discapacidad dejarán de ser “incapaces” en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Economista.es*, (31 de octubre de 2013). Disponible en <https://bit.ly/2NZcVnz>; Finalmente, en la Ley se especifica que “se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”. V. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf>

⁵³ VERDUGO ALONSO, M. Á. “El cambio de paradigma en la concepción del retraso mental: la nueva definición de la AAMR”, *Siglo Cero*, 25(3), 1994, pp. 5-24.

consiguió fue declararlas jurídicamente como “inhábiles”, ya que podían tener patrimonio, pero no disponer de él⁵⁴.

En España, las primeras normas que regulan la atención concerniente a las personas pobres y a la restricción de la mendicidad son también los primeros antecedentes normativos que se tienen en el campo de la DFM, lo que quiere decir que la DFM se basaba en un “régimen caritativo”, aunque también de exclusión⁵⁵. En efecto; en la Nueva y en la Novísima Recopilación⁵⁶, las referencias más directas a las personas con DFM aparecen en los títulos dedicados a la regulación de la mendicidad y la caridad. Estas normas que aluden a las personas *ciegas, deformes, lisiadas, impedidas, laceradas*⁵⁷ y a las verdaderas pobres (entre las que se encontraban las anteriores) determinan los requisitos que eran necesarios para poder pedir limosna, pero organizan también el socorro de estas personas a través de “personas para ello diputadas”.

Muestra de lo anterior es que, en el siglo XVI, la Ley XV, Título XII, Libro I, establece “que los ciegos, estando confesados, y comulgados, puedan pedir limosna sin licencia”; de igual manera, la Ley VIII, Título XXXIX, Libro VII contempla la “facultad de los ciegos para pedir limosna sin licencia alguna en los pueblos de su naturaleza o vecindad”; y la Ley XVIII, Título XII, Libro I, señala “que los pobres envergonzantes sean socorridos con limosna por personas para ello diputadas”. Teniendo en cuenta que el aumento ingente de pobres influyó en que la burguesía y la nobleza se sintieran abrumadas, el emperador Carlos V, en respuesta a ello, expidió la Pragmática Real del 24 de agosto de 1540. En ella se apuesta por la intervención del poder político y por la racionalización del sistema de ayudas, con lo cual se prohibía mendigar, so pena de castigo, a las personas “capacitadas”⁵⁸.

Así, la protección que se promulgaba para el conjunto de personas necesitadas partía de la base de un principio que era considerado de vital importancia y que

⁵⁴ SANTOS URBANEJA, F. “Crónica de Previstonia”, *Fernando Santos Urbaneja*, [Web Log Post], (21 de febrero de 2011). Disponible en <https://bit.ly/2NYOVkP>

⁵⁵ SIIS. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS: *Repertorio histórico de legislación sobre discapacidades*, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1991.

Resulta necesario destacar que, en España, las ideas de la Ilustración se empeñaban en lograr una sociedad utilitaria, sólida y sanamente cultivada, lo que dio pie a que aquellas personas consideradas como ilustradas, de razón y fraternales, rechazaran todo lo catalogado como necio, irracional, primitivo o “simplemente inútil”. Como consecuencia, deseaban eliminar de la sociedad aquellas personas consideradas *insanas o locas* por la sencilla razón que eran consideradas seres nocivos, estorbos o, simplemente, una amenaza para el buen funcionamiento de una sociedad organizada, progresiva y eficaz. Pensamiento que contribuyó a la segregación de las “personas humanamente degradadas, inferiores a las bestias, ciegas y socialmente despreciables”: AZTARAIN DIEZ, J. *La asistencia psiquiátrica en España en los siglos XVIII y XIX*, Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005.

⁵⁶ La “Nueva Recopilación” fue sancionada en 1567 y, posteriormente, ampliada y refundida en la *Novísima Recopilación*, publicada en el año 1805. Disponible en <https://bit.ly/1g3cYqX>

⁵⁷ Su rechazo se presenta de forma generalizada, hasta tal límite que esta visión era compartida por distintas culturas donde se consideraba necesario eliminar a las personas débiles y a las deficientes. Así se trasluce en estas citas:

“Para distinguir los hijos que es preciso abandonar de los que hay que educar convendrá que la ley prohíba que se cuide de manera alguna a los que nazcan deformes”: ARISTÓTELES: *La Política*. Libro IV. Capítulo XIV, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

Otro pensamiento que evidencia la idea descrita, es el siguiente:

“Rómulo ordenó a todos los habitantes de la ciudad que criaran a todos sus hijos varones y a la primera mujer, no matar a ningún niño menor de tres años de edad, a menos que el niño fuera deforme o monstruoso. Él no impedía que los padres expusieran a sus hijos con la condición que antes lo hubieran mostrado a cinco vecinos y estos lo hubieran aprobado”: DIONISIO DE HALICARNASO: *Historia antigua de Roma*. Libros IV-VI. Traducción y notas de ALONSO, A. y SECO, C., Editorial Gredos, Madrid, 1984.

⁵⁸ MOLERO HERNÁNDEZ, P. “La aparente actualidad en el debate sobre los inmigrantes y refugiados”, *Análisis*, 89(48), 2016, pp. 269-289.

inspiraba la normativa tradicional: el llamado *Principio de la Caridad*⁵⁹. Este principio iba aunado a la ayuda mutua, la cual se desarrollaba no sólo en medios informales como la familia, que practicaban la solidaridad primaria, sino también en el seno de instituciones formalizadas, tales como la iglesia, las cofradías profesionales o los gremios que con sus viejas y persistentes prácticas de protección en situaciones de enfermedad o accidente laboral abogaban por un completo amparo.

El *Principio de Caridad* no fue planteado en la Constitución Política de la Monarquía Española (promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812⁶⁰) debido a que no aludía a la protección que se debía otorgar a las personas con DFM, sólo establecía que es "obligación de todos los españoles el ser benéficos" (Art. 6). No obstante, en su art. 25 planteaba que, dentro de las causas para perder, o suspender, el ejercicio de los derechos como ciudadanas, o ciudadanos, españolas y españoles se encontraba la interdicción judicial por incapacidad física o moral. Sí se vio reflejado, sin embargo, en la Ley de Beneficencia, de 6 de febrero de 1822, que es el inicio de la participación y responsabilidad por parte del Estado en temas relacionados con los ámbitos sociales y de la salud. Es decir, el anterior modelo de beneficencia y protección social, que había estado a cargo de la iglesia y de la caridad de particulares, se vio abocado a realizar ajustes que permitiesen una creciente intervención de las autoridades civiles⁶¹. Su trascendencia radica en que representa el paso definitivo de la beneficencia a manos de la Administración, y con ella se muestra una preocupación por los derechos de la ciudadanía, que las personas liberales de la época extendieron a otros campos de la acción del Estado⁶².

Con esta Ley se pretendía tener un plan organizado con la finalidad de controlar la asistencia a las personas necesitadas (obviamente, a este círculo pertenecían las personas con DFM), y en algunos casos la represión a las personas pobres ociosas, "válidas" para el trabajo, ya que representaban un peligro potencial para la seguridad de la ciudadanía. A pesar que con ello se les otorgaba una asistencia; su visión generalizada como casos de los que debían ocuparse los programas de salud, de bienestar y de beneficencia, frecuentemente llevaban a su segregación y exclusión de las actividades de la población en general⁶³.

Para lograr el objetivo planteado se estipuló que los nosocomios, hospicios y centros de caridad, que eran los establecimientos exclusivos para las personas *locas, sordo-mudas, ciegas, impedidas y decrepitas*, funcionaran de manera óptima; fin que

⁵⁹ Enlazando el "Principio de Caridad" con la DFM; Moscoso Pérez nos señala que, al iniciar la democracia en España, la DFM era una realidad atendida de forma marginal por parte de la Administración Pública; hasta entonces, era fundamentalmente atendida dentro de la caridad, sobre todo, en diferentes asociaciones parroquiales, salvo excepciones como la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE): MOSCOSO PÉREZ, M. "La discapacidad como diversidad funcional: Los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social", *Dilemata*, 7, 2014, pp. 77-92.

⁶⁰ Disponible en http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/spagna_constitucion_1812_esp.pdf

⁶¹ SOLORZANO, M. "Reseña De Profesión, Cuidadora" de ANAUT BRAVO, S., OSLÉ GUERENDIÁIN, C. y URMENETA MARÍN, A. Ayuntamiento de Pamplona. Área de Servicios Sociales y Mujer. Plan de Igualdad de Oportunidades. Colección Mujeres de la Historia, 4. 2005. 130 págs. *Enfermería Global*, 2(4), (2005), pp. 1-5

⁶² APARICIO BASAURI, V. y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, A. E. "Norma y ley en la psiquiatría española (1822-1986)", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 17(61), 1997, pp. 125-145.

⁶³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, Ginebra, 2015.

no alcanzaron⁶⁴ puesto que continuaban haciéndolo de forma precaria, hasta tal límite que era evidente la falta de aseo y orden, y la mala alimentación que recibían⁶⁵.

1.2.2. Normas jurídicas a partir del siglo XX

Como se ha podido apreciar a lo largo del texto; la marginación y exclusión de las personas con DFM han estado presentes en la historia de la humanidad, pero en la primera mitad del siglo XX ya se apuntan algunos de los principios que, posteriormente, orientarán el diseño de programas de atención. Este siglo ha sido decisivo para la evolución del colectivo, sobre todo en los últimos años, en los que se ha producido un gran avance normativo y, especialmente, conceptual. Las políticas que se desarrollan en materia de DFM parten de reconocer los derechos que asisten a estas personas en plano de igualdad con el resto de la población.

De esta manera se trata de poner de manifiesto que no constituyen un grupo social aparte, sino que conforman un colectivo más, que quiere, y debe, participar en la vida comunitaria. Todo ello obligó a incluir la DFM en los debates políticos de relevancia, así como también en los acuerdos sociales y económicos⁶⁶.

Por consiguiente, en la presente investigación se ha llevado a cabo una búsqueda detallada de la normativa referente al concepto de DFM durante el período señalado que, por su extensión resulta imposible reflejar en este estudio. Se hará, a continuación, una síntesis del trato que a nivel jurídico se ha otorgado a las personas con este perfil.

a) *Personas desgraciadas*

Ese espíritu de incluir la beneficencia en la legislación se mantiene mucho tiempo después, como se puede apreciar en la exposición de motivos de algunas leyes. Así, en la Ley de Instrucción Pública de 1857⁶⁷; con el fin de educar a la personas ciegas y sordas de escasos recursos, se establece que estas “desgraciadas” recibirán sus enseñanzas en establecimientos especiales (art. 108).

Aunque la ley tuvo mucha trascendencia en el ámbito de la educación. En torno a estas personas; Alcina Madueño⁶⁸ hace referencia que se pierde la ocasión de contribuir a eliminar o paliar la conceptualización popular negativa que a nivel social se tenía de ellas, ya que desde el punto de vista educativo se les relaciona con una presunta incapacidad para aprender.

No obstante, a partir de esa fecha los poderes públicos se preocuparon de enseñar a las personas carentes de visión y audición en edad escolar y de asilar a las adultas ciegas y sordas, pero no mostraron interés por integrarles en la vida laboral, mediante una profesión y un puesto de trabajo. Ello debido a que se les seguía

⁶⁴ Debido a ello; una importante representante del movimiento feminista de la época, como fue Concepción Arenal (1820-1893); “Baluarte de la Dignidad de la mujer, baluarte de la dignidad del ser humano”; criticó severamente la situación y planteaba que “la Beneficencia centralizada no ampara al *desvalido* en la mayor parte de los casos y en muchos casos le socorre tarde y mal”, considerando que la atención no era la debida. Por lo tanto, la atención que se les prestaba a las personas con este perfil era sumamente precaria: PÉREZ MONTERO, M. E. *Revisión de las ideas morales y políticas de Concepción Arenal* (Tesis Doctoral), Universidad Complutense, Madrid, España, 2002.

⁶⁵ VIDAL GALACHE, F. “El Impacto de la Ley General de Beneficencia de 1822 en Madrid”, *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1, 1987, pp. 41-56.

⁶⁶ SERRANO MASCARAQUE, E. “Marco jurídico referido a la discapacidad: especial referencia a la e-accesibilidad”, *Cuaderno de Documentación Multimedia*, 20, 2009, pp. 75-111.

⁶⁷ Ley de Instrucción Pública, de 9 de septiembre de 1857 (Gaceta de Madrid, núm. 1.710 de 10 de septiembre). Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1857/1710/A00001-00003.pdf>

⁶⁸ ALCINA MADUEÑO, A. “La regulación de las enseñanzas de sordomudos en la Ley de Instrucción Pública de 1857. Antecedentes”, *Bordón* 64(1), 2012, pp. 25-37.

considerando como personas menores de edad, sin responsabilidades, ni opción de disfrutar de todos los derechos de ciudadanía⁶⁹.

b) Infelices seres

Siguiendo con la misma preocupación y con el pensamiento que tenían incapacidad para aprender; el RD de 17 de octubre de 1902⁷⁰ se refiere a la enseñanza de estas personas como la "simpática y bienhechora obra de redimir de la esclavitud de la ignorancia a los infelices que, además, viven esclavos de su carencia de vista o de palabra"⁷¹.

c) Anormales

En torno a este término, cabe destacar que tal y como lo especifica; Herlin⁷², dentro de la numerosa familia de las y los "anormales", se catalogaba que hacían parte quienes tenían perturbaciones de la palabra o defectos en el lenguaje. Por lo tanto, se incluía a quienes tenían defectos en la articulación y en la voz, perturbaciones de la elocución y alteraciones gramaticales.

De modo que con base en la palabra "anormal"; el 22 de enero de 1910 se aprobó el RD por el que se creó el Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y *Anormales*⁷³, institución de carácter consultivo y de asesoramiento. Su finalidad era abordar el problema de la educación en las personas "anormales", situación vislumbrada en las instituciones clásicas docentes, y abandonada por completo en España⁷⁴. Incluyendo esta "categoría", se buscaba favorecer a las personas catalogadas como débiles, preparándolas para la "normalización social"; en ese sentido se contribuía a ahondar en la división social entre "normales" versus "anormales".

Dentro de la Exposición de Motivos por la que se consideraba necesaria la creación de dicho Patronato, se justificaban:

Estadísticas particulares que vienen a sustituir a una oficial no realizada todavía, atribuyen a nuestra Patria las cifras horribles de 15.000 mudos, 25.000 ciegos y un número, también elevados, de individuos afectos de diversas manifestaciones psicopáticas que lo apartan de la normalidad social.

Mudos, ciegos y anormales diseminados por todo el territorio nacional, llevan generalmente una vida triste, solitarios unos, abandonados o menospreciados otros en el seno de una sociedad que no los comprende, respeta ni ama, y desposeídos de aquella plenitud de dignidad social que, hasta para los más humildes ciudadanos, es el ideal en todos los pueblos cultos.

Con el RD de 24 de abril de 1914⁷⁵, el Patronato cambia de denominación y pasa a llamarse Patronato Nacional de Anormales, haciendo énfasis, nuevamente, en la

⁶⁹ CASADO MELO, A. "Antecedentes de la educación de ciegos y sordos en España", *Papeles Salmantinos de Educación*, 12, 2009, pp. 137-150.

⁷⁰ RD de 17 de octubre de 1902, que aprueba el reglamento para el régimen y gobierno del Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos (Gaceta de Madrid núm. 294, de 21 octubre).

⁷¹ *Ibidem*, p. 13.

⁷² HERLIN, A. *El lenguaje de los anormales*, Imprenta de J. López, Madrid, 1916.

⁷³ RD de 22 enero 1910, estableciendo bajo la presidencia del Ministro de este Departamento, un Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales (Gaceta de Madrid núm. 24, de 24 enero). Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1910/01/24/pdfs/GMD-1910-24.pdf>

Más información sobre el Patronato en: ALCINA MADUEÑO, A. y NAVARRO JUÁREZ, L. "La incidencia de los patronatos nacionales en la política educativa de las enseñanzas de sordos (1910-1978)", *Revista Española de Discapacidad*, 3(1), 2014, pp. 141-160.

⁷⁴ MOLINA ROLDÁN, R. M. "La Escuela Central de Anormales de Madrid". *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días. XV Coloquio de Historia de la Educación*. BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R. y CONEJERO LÓPEZ, Susana (Coord.), Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009.

⁷⁵ RD de 24 de abril de 1914, Ministerio de la Instrucción Pública y Bellas Artes. Gaceta de Madrid, núm. 115, de 25 de abril de 1914. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1914/04/25/pdfs/GMD-1914-115.pdf>

enseñanza pública de estas personas, y utilizando la etiqueta “anormal” para designar tanto las “anormalidades físicas como las psíquicas”⁷⁶. Posteriormente, con el RD de 25 de agosto de 1917, se divide el Patronato en tres: uno para las personas sorda-mudas, otro para las ciegas y un tercero para las categorizadas como “anormales”⁷⁷.

En 1920 se aprueba una partida económica que se aplicará en 1921 con la implementación de una Granja Agrícola en la que se preparará a las personas “anormales” para oficios que puedan desempeñar, tales como la agricultura o ganadería⁷⁸. Por último, en 1924, con la aprobación del RD Orgánico de 13 de septiembre⁷⁹, se crea la Escuela Central de Anormales, resaltando que “son necesarias para dar medios de vida a los niños, a quienes la enfermedad de la infancia o una desgraciada herencia, han colocado en situación de inferioridad mental”.

d) *Decrépitas-inútiles*

Unos años más tarde; en 1931 comenzaron a emplearse las expresiones “decrépitas” e “inútiles”. Mediante una Orden aprobada el día 7 de mayo⁸⁰, se establece como Hospital para personas “decrepitas” y ciegas el Hospital de Incurables de Toledo, en sustitución del antiguamente denominado Hospital del Rey, al cual también podían asistir las personas denominadas “inútiles”, que eran los jefes y oficiales de la Armada, declarados así por la pérdida total de la visión.

e) *Inválidas-mutiladas*

Otros adjetivos que se han empleado han sido “inválidas” y “mutiladas”. Haciendo alusión al primero de ellos vemos que la OIT en el año 1955 aprobó la “Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99)”⁸¹. Designando como tal a “toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental”. La OIT continuó utilizando dicho término muchas décadas después. Así, en el año 1983 aprobó el “Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159)”⁸².

⁷⁶ DEL CURA GONZÁLEZ, M. “Un patronato para los «anormales»: primeros pasos en la protección pública a los niños con discapacidad intelectual en España (1910-1936)”, *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, 2(LXIV), 2012, pp. 541-564.

⁷⁷ RD de 25 de agosto de 1917, Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes, Gaceta de Madrid, núm. 240 de 28 de agosto de 1917. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1917/08/28/pdfs/GMD-1917-240.pdf

⁷⁸ ARBILLA BARABARIN, B. “Recorrido por la educación especial en el siglo XX. Desde Madrid a Pamplona, la contribución de Carmen Gayatte Galbete a la atención a las personas con discapacidad intelectual”, *Revista Príncipe de Viana*, 254, 2011, pp. 533- 549.

⁷⁹ RD de 13 de septiembre de 1924. Gaceta de Madrid, núm. 258, de 14 de septiembre de 1924. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1924/09/14/pdfs/GMD-1924-258.pdf>

⁸⁰ Gaceta de Madrid, núm. 130, de 10 de mayo de 1931. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1931/05/10/pdfs/GMD-1931-130.pdf
Más de lo mismo en: GARCÍA CANO, J. “Hospitales de la provincia de Toledo en el siglo XVIII(VI)”, *La Tribuna de Toledo*, (24 de mayo de 2020). Disponible en <https://www.latribunadetoledo.es/Noticia/Z6A13547A-DF8B-A4EC-4E87E1D27A6A9EF5/202005/Hospitales-de-la-provincia-de-Toledo-en-el-siglo-XVIII-VI>

⁸¹ Documento disponible en el siguiente enlace electrónico: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R099

⁸² Documento que puede ser consultado en la siguiente URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159#A17

Continuando con la utilización del mismo vocablo, pero esta vez en referencia al Estado Español, se ha de destacar que comenzó a ser utilizado debido a que la Comisión de Reformas Sociales tomaba la responsabilidad de conducir en España las actuaciones dirigidas a solventar el problema creciente de la presencia de un colectivo de personas que sufrían lesiones físicas a consecuencia de un accidente de trabajo.

Una medida destacada para hacer frente a dicha situación fue la creación en Madrid del "Asilo para Inválidos del Trabajo". Inaugurado en el año 1889 con el fin de "albergar a los obreros solteros o viudos que por un accidente hubiesen quedado absolutamente *inválidos* para el trabajo"⁸³. Se trataba de crear una institución destinada a acoger a personas trabajadoras que, siendo portadoras de una deficiencia física producida en el ejercicio de su actividad laboral, les fuera imposible "continuar ganando el sustento" y no contaran con apoyo familiar para poder hacer frente a la vida cotidiana⁸⁴.

Usando la misma expresión; el Decreto de 7 de junio de 1933 aprobó el Reglamento General Orgánico del Instituto Nacional de Reeducción de Inválidos⁸⁵. Su art. 4 establece que "se considerarán *mutilados* absolutos los que fueren en cualquiera de las formas que a continuación se expresan: a) Ceguera completa de ambos ojos [...]"⁸⁶.

En 1958 se creó la Asociación Nacional de Inválidos Civiles, que englobaría a todas aquellas personas con secuelas derivadas de la Guerra Civil siendo protegidas por el cuerpo de "mutilados" de guerra. Bajo la denominación de "personas mutiladas" se incluía a las personas que habían perdido algún elemento corpóreo para diferenciarlas de aquellas con secuelas derivadas de los accidentes laborales.

f) *Subnormales*

Se consideraba "subnormal" a la persona que tenía una capacidad intelectual sensiblemente inferior a la media, que se manifiesta en el curso del desarrollo y que se asocia a una clara alteración del comportamiento adaptivo, madurativo, aprendizaje y ajuste social.

Durante los Siglos XIX y XX, la ciencia comenzó a preocuparse por estas personas. Así, en 1853, el cirujano inglés William Little hizo la primera descripción clínica de la parálisis cerebral. En 1860, el también médico inglés, Long Down, propuso el término mongolismo para las personas afectadas de trisomía doble en el par 21 de los cromosomas, y en 1926, el pediatra norteamericano Bronson Grothers escribió uno de los primeros tratados sobre la "subnormalidad"⁸⁷.

En España, el reconocimiento de la condición de subnormal⁸⁸ para el beneficio de ciertas prestaciones familiares supone una nueva designación a este grupo

⁸³ Si analizamos dicho término a través de la sociología industrial dentro de la cadena de reproducción biológica de la especie humana, se diría que son las piezas de "rechazo" que se generarían en el taylorismo. FERREIRA, M. y RODRÍGUEZ DÍAZ, S. "Diversidad funcional: sobre lo normal y lo patológico en torno a la condición social de la dis-capacidad", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 28(1), 2010, pp. 151-172.

⁸⁴ MARTÍNEZ-PÉREZ, J. y PORRAS GALLO, M. I. "Hacia una nueva percepción social de las personas con discapacidades: Legislación, medicina y los inválidos del trabajo en España (1900-1936)", *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, 26, 2006, pp. 195-219.

⁸⁵ Gaceta de Madrid, núm. 348, de 14 de diciembre de 1933. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1933/12/14/pdfs/GMD-1933-348.pdf

⁸⁶ BURGOS BORDONAU, E. "Repertorio de la Legislación social y educativa entre 1822 y 1938 y su incidencia en la enseñanza de las personas ciegas", *Cuadernos de Historia del Derecho*, 13, 2006, pp. 261-279.

⁸⁷ FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, F. y MONTUFO GUTIÉRREZ, A. "Estudio Geográfico y Social de la Subnormalidad en Granada y Provincia", *Cuadernos Geográficos de la Universidad de Granada*, 15, 1986, pp. 5-50.

⁸⁸ Consideramos necesario visibilizar que, en España, las primeras medidas específicas para las personas catalogadas como subnormales, se inician a finales de la década de los años 60 del siglo pasado. Así, en 1968 se crea el "Servicio Social de Asistencia a Subnormales", que en 1970 pasa a denominarse "Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación para

poblacional, que englobaría no sólo a las personas con diversidad funcional psíquica, sino también a las afectadas por una diversidad funcional física (parálisis cerebral, paraplejia, etc.) o sensorial (ceguera, sordera, etc.).

Con el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, por el que se establece en la Seguridad Social la asistencia a menores subnormales⁸⁹, se señala que “los menores subnormales, por causas físicas o psíquicas, imponen una carga, tanto afectiva como económica para la familia que forman parte, y constituyen, en suma, un grave problema social”. Para especificar qué personas son catalogadas bajo dicho término, el art. 4 del citado Decreto señala que son las personas menores de 18 años que se encuentren comprendidas en algunos de los grupos que a continuación se indican:

- Primero: Ciegos, con una visión menor de veinte/doscientos en ambos ojos, después de la oportuna corrección.
- Segundo: Sordomudos y sordos profundos, con una pérdida de agudeza auditiva de más de setenta y cinco decibelios.
- Tercero: Afectos de pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o de una extremidad superior y otra inferior; conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie.
- Cuarto: Parapléjicos, tetrapléjicos y hemipléjicos.
- Quinto: Oligofrénicos con retraso mental, valorado en un coeficiente intelectual inferior al 0,50.
- Sexto: Paralíticos Cerebrales.

Cabe destacar que el anterior Decreto fue modificado por el Decreto 1076/1970, de 9 de abril⁹⁰. En lo referido al régimen de protección de las personas subnormales, se suprime, en primer término, toda consideración acerca de la edad, al entender que no “cabe apreciar en ellas la existencia de una mayoría de edad laboral en razón de su propio estado”. De igual modo, ese mismo año se publica la Orden del 8 de mayo de 1970, por la cual se aprueba el texto refundido de los Decretos 2421/1968 y 1076/1970. Esta Orden vuelve a reproducir el art. 4 del Decreto 2421/1968 donde se define al grupo de subnormales⁹¹.

g) Retrasadas mentales

La expresión “retrasadas mentales” fue utilizada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971⁹², que aprueba la “Declaración de los Derechos del Retrasado Mental”⁹³. Su finalidad era alentar a los Estados a que adoptaran medidas que sirviesen de plataforma para la protección de los derechos de las personas clasificadas de esa manera, para lo cual su art. 1 especifica que “el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”.

De igual manera, en su art. 3 estipula que “el retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil”; lo que quiere decir que se declara por primera vez el derecho al trabajo para las personas con diversidad funcional psíquica y, nuevamente, aquí el organismo

Minusválidos”. En 1974, este cambia su nombre por el de “Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación para Minusválidos Físicos y Psíquicos” (SEREM), desapareciendo esta denominación en 1979, para dar lugar al “Instituto Nacional de Servicios Sociales” (INSERSO) y finalmente, en noviembre de 1997 se constituye como “Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMERSO).

⁸⁹ BOE núm. 241, de 7 de octubre. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1968/10/07/pdfs/A14237-14239.pdf>

⁹⁰ BOE núm. 91, de 16 de abril. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/1970/04/16/pdfs/A05957-05958.pdf>

⁹¹ BOE núm. 121, del 21 de mayo. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1970/05/21/pdfs/A07871-07872.pdf>

⁹² A/RES/2856 (XXVI).

⁹³ Se puede consultar en https://www.oas.org/dil/esp/Declaracion_AG-26-2856_1971.pdf

internacional plantea la declaración de un derecho consagrado previamente para todas las personas.

h) Personas impedidas

Por lo que se refiere a la expresión "impedidas", hallamos que la ONU, mediante Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975, proclamó la "Declaración de los Derechos de los Impedidos"⁹⁴. Por otra parte, a través de la Resolución 31/123 de 1976, declaró el año 1981 como el "Año Internacional de los Impedidos"⁹⁵. Con ello clasificaba a las personas que no tenían la capacidad de desarrollar su vida valiéndose por sí mismas, expresado así en su art. 1: "El término impedido designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales"⁹⁶. Esta definición implica que estas personas tienen derecho a que se respete su dignidad humana, y que además tienen los mismos derechos fundamentales que el resto de la población, lo que supone, ante todo, el derecho a disfrutar de una vida en igualdad de condiciones que las demás⁹⁷.

De la presente Declaración llama poderosamente la atención que la ONU la haya hecho en 1975, utilizando consideraciones muy similares a las del año 1971. De alguna forma reconoció que en 1971 olvidó a las personas con diversidad funcional física, que también demandaban la consagración de derechos que facilitaran su existencia; es decir, tuvieron que transcurrir cuatro años para que la organización internacional empezara hablar de los derechos de las personas con DFM sin clasificarlas según la tipología, y, además, corregir el gesto excluyente de 1971⁹⁸.

i) Personas disminuidas

En lo que toca a la expresión "personas disminuidas"⁹⁹, la CE de 1978¹⁰⁰ plasmó en su art. 49 que "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación, integración de los *disminuidos físicos, sensoriales y*

⁹⁴ Disponible en https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf

⁹⁵ Para una lectura con detenimiento acceder a <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/31/123>

⁹⁶ Llama poderosamente la atención que en determinados países el término "personas impedidas" todavía se sigue utilizando, tal y como queda reflejado en: GUTIÉRREZ, M. Personas impedidas tendrán más ayudas. El objetivo es reimpulsar la asistencia en sectores humildes. *Últimas Noticias*, (13 de diciembre de 2013). Recuperado de <https://bit.ly/2NZZvrt>

⁹⁷ RUEDA CASTRO, L. y SOTOMAYOR SAAVEDRA, M. A. "Bioética y discapacidad psiquiátrica: aspectos clínicos y jurídicos", *Acta Bioethica*, 9(2), 2003, pp. 239-249.

⁹⁸ SOTO SOLANO, M. "La integración social de los discapacitados. Análisis de la normativa internacional en materia de discapacidad desde la perspectiva colombiana", *Justicia Juris*, 9(2), 2013, pp. 20-31.

⁹⁹ Sobre este término, Cfr.: "Los niños disminuidos", *El País*, (16 de febrero de 1985). Disponible en https://elpais.com/diario/1985/02/16/opinion/477356415_850215.html

¹⁰⁰ En cuanto a la CE, Santos Urbaneja, nos señala que "La Constitución trajo algo bueno, y es lo relativo al Estado de Bienestar, es bueno, salvo que para darte las prestaciones del Estado de Bienestar te estén midiendo todos los días. Ésta es la parte mala porque vas a este organismo y te tienen que decir tú tienes un 40% de esto; en el otro, un 50% para esto, todo el día midiendo, a las personas con discapacidad. En Alemania, por su historia, no está permitido la declaración de incapacidad, y no les ha pasado nada, han sobrevivido a esto, con lo cual es posible otro modelo en el cual no tengan las personas con capacidades diferentes que estar constantemente siendo evaluadas y medidas para obtener recursos": SANTOS URBANEJA, F. La conquista de la dignidad de las personas con capacidades diferentes: una revolución inacabada. En SUMAY, M. (Presidencia): *La diversidad mental y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU*. Conferencia llevada a cabo en la Primera Mesa Redonda sobre Diversidad Mental, SOLCOM, Madrid, España, noviembre de 2013. Disponible en <https://bit.ly/2Ot6B7s>

psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que se otorga a los ciudadanos”¹⁰¹.

j) *Personas minusválidas*

Teniendo en cuenta que algo había empezado a cambiar en los usos lingüísticos, en los términos y giros que se aplicaban al colectivo analizado, pareciera por todo lo anterior que el cambio no es baladí. La razón fundamental se debe a que, frente a la tendencia generalizada a sustantivar lo adjetivo, a destacar la merma de la capacidad, se inicia el camino para primar en el lenguaje la principal condición: la de ser personas¹⁰².

Así, con posterioridad a la utilización del vocablo “disminuidos” por parte de la Carta Magna; el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 13/1982, de 7 de abril¹⁰³, escogió la expresión personas “minusválidas”. Para hacer referencia a estas personas, el título que la Ley estableció fue “Ley de Integración Social de Minusválidos” (en adelante LISMI)¹⁰⁴. En ella se señala que se considera minusválida

¹⁰¹ La importancia de este art. radica en que, por primera vez, en un texto constitucional del país se establecía un mandato a los poderes públicos para amparar especialmente los derechos de las personas con DFM.

En torno a él encontramos un debate sobre el cambio en la terminología lingüística: la RAE emitió un informe sobre el lenguaje inclusivo en la CE. En este informe propone sustituir la expresión “disminuidos” del texto constitucional mediante la incorporación de la expresión “discapacitados”.

En tal sentido; el CERMI muestra su total discrepancia ante la expresión elegida ya que para sustituir a la anterior, considera que la forma apropiada de mencionar al colectivo en un texto constitucional es mediante la expresión “personas con discapacidad”. Subraya el hecho que utilizar el término “personas con discapacidad” no solo atiende a una cuestión de lingüística sino a una cuestión de gran relevancia filosófica, política y simbólica, así como ser un tema de percepción y conciencia social.

Subraya que utilizar el término “discapacitado” supone afirmar que la discapacidad es el factor que define y condiciona a las personas; mientras que la realidad es muy diferente. Puesto que la discapacidad es una circunstancia, una situación o estado de la persona, por lo que la Constitución deberá recogerse como dato esencial el de persona, primero, y que tiene una discapacidad como un elemento añadido y adjetivo.

Destaca que la queja no solo tiene su fundamento en la protección de la dignidad de estas personas para que sean reconocidas constitucionalmente como personas primero; sino que, además, tiene como objetivo cumplir con las obligaciones que internacionalmente adquiere el Estado español al adherirse a determinados instrumentos internacionales. Puesto que al ser parte de la CDPDFM en cumplimiento de las obligaciones que en él se consagra, debe incorporar en su ordenamiento jurídico la terminología en él usada. Sobre ello, consultar: “El CERMI discrepa de la propuesta de la RAE sobre la reforma del artículo de la Constitución referido a la discapacidad”, *Servimedia*, (20 de Enero de 2020). Disponible en <https://www.servimedia.es/noticias/1215777>

¹⁰² SOLVES ALMELA: J. “SOS Discapacidad: los discursos de la discapacidad en los medios españoles”, *Discurso y Sociedad*, 7(1), 2013, pp. 49-72.

¹⁰³ BOE núm. 103, de 30 de abril. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1982/04/30/pdfs/A11106-11112.pdf>

¹⁰⁴ En cuanto a la LISMI, resulta importante anotar que fue la primera Ley aprobada en España cuya finalidad iba dirigida única y exclusivamente a regular la atención y los apoyos necesarios a las personas con DFM; por lo tanto, se puede decir que fue la primera reglamentación del amparo especial que la CE reconoce a este grupo poblacional.

Cuando esta Ley fue aprobada, en España no existía una sensibilidad social en lo referente al tema de la DFM, pero a pesar de ello y de sus propias carencias, supuso un marco legal basado en la integración, el cual se puede catalogar como moderno y progresista, que más adelante se convirtió en referente para el movimiento social de la DFM y, además, situó la acción pública relativa a las personas con este perfil en una dimensión cualitativamente diferente a la que existía antes de la Constitución y se homologó a la del resto de países desarrollados. Lo más importante de todo es que se logró canalizar la sensibilidad social sobre la DFM, para que fuesen los poderes públicos quienes comenzaran a establecer los medios, que por motivos de equidad, justicia y derechos proclamaban las personas con este perfil: MORENO BONILLA, J. M. *30 años de la LISMI: Un recorrido de inclusión*, CERMI, Madrid, 2012.

a "toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social, se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, sensoriales o psíquicas" (art. 7).

Este nuevo término fue adoptado por el RD 348/1986, de 10 de febrero¹⁰⁵. Dicha adaptación se realizó de acuerdo a las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo y teniendo en cuenta la terminología utilizada en la LISMI. En consecuencia se sustituyeron los términos subnormalidad y subnormales por Minusvalía y Persona con Minusvalía, especificando cuándo procedía de naturaleza física, psíquica (clínicamente, el término que se utilizaba era el de Persona Oligofrénica¹⁰⁶) o sensorial.

Con la adopción de ese vocablo se estipuló que todas las personas que tuviesen algún tipo de minusvalía debían acreditarla por medio de un documento denominado "Certificado de Minusvalía", expedido por la AAPP, y que acredita, a través de una valoración multiprofesional (médica, psicológica y social), la condición temporal o definitiva de la misma¹⁰⁷.

De igual manera, se establece que la condición para tal reconocimiento sea alcanzar en las valoraciones un grado mínimo de 33%; baremo que fue estipulado por el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía¹⁰⁸. Para concederlo se basa casi de forma exclusiva en medir objetivamente la presencia y el grado de "deficiencias" que tenga la persona, y no en un diagnóstico que vaya enfocado hacia las circunstancias que coadyuvan u obstaculizan una verdadera integración social libre de discriminaciones.

1.3. La terminología en las normas jurídicas del siglo xxi: personas con discapacidad

Llegado el siglo XXI, el término más utilizado es "discapacidad". No obstante, haciendo un pequeño recorrido por los países que geográficamente se encuentran ubicados en el continente europeo, nos encontramos con que en Gran Bretaña dicha expresión era utilizada antes del inicio del presente Siglo.

Ilustrando a *grosso modo* sobre la temática de la DFM en dicho país, es necesario recalcar determinados aspectos. Para ello nos basamos en lo especificado por Ryan en "Tullidos: austeridad y demonización de las personas discapacitadas"¹⁰⁹. Sobre el tema en cuestión destaca que, en el Siglo XIX, cuando la Ley de pobres se propuso reducir la carga financiera que estas personas suponían para el Estado, las personas con DFM desposeídas eran alejadas por norma en la miseria de los asilos, mientras que otras catalogadas como <<idiotas>> y <<lunáticas>> eran internadas en manicomios para indigentes.

Continúa destacando, que en dicha época como al Estado no le correspondía la obligación de proteger a la ciudadanía con DFM, estas personas al no tener otras opciones se veían obligadas a mendigar por la calle o acudir "gorra en mano" a las cada vez más numerosas entidades benéficas, como aquella que recibía el nombre de "Hermandad de los Valientes Pobrecitos". Cambiando de visión, con el aumento creciente de las capacidades del Estado, en el período comprendido entre finales de

¹⁰⁵ BOE núm. 45, de 21 de febrero. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1986/02/21/pdfs/A06769-06769.pdf>

¹⁰⁶ Este término halla su origen en un vocablo del idioma griego que se traduce al español como "poca mente".

¹⁰⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Informe General, el entorno social e institucional de las personas con discapacidades*, Madrid, 2005.

¹⁰⁸ BOE núm. 22, de 26 de enero de 2000. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/26/pdfs/A03317-03410.pdf>

¹⁰⁹ RYAN, Frances: *Tullidos: austeridad y demonización de las personas discapacitadas*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2020.

la década de los años 40 y mediados de los 60 del siglo pasado, se llevó a cabo un cambio profundo que va desde la miseria de los asilos para pobres a la creencia que las condiciones de vida de las personas con DFM eran cada vez más responsabilidad del gobierno.

Como consecuencia, el retorno del frente de los soldados con DFM condujo a que se aprobara la primera gran medida de protección de las personas con DFM. Es aquí donde encontramos en este país el término "discapacidad", ya que fue aprobada en el año 1944 la "Ley de empleo para discapacitados"; produciéndose de esa manera un avance con la creación de un registro nacional de personas <<notablemente inválidas>>, y garantizándose el empleo y la cuota del mismo en torno al 3%, para estas personas.

1.3.1. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Prosiguiendo con el término que nos ocupa, tenemos que señalar que el 13 de diciembre del año 2006, mediante Resolución 61/106¹¹⁰ aprobada por consenso en la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptó la "Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (CDPD)¹¹¹

En torno a ella se puede señalar que en el mensaje leído por el Vicesecretario General, Mark Malloch Brown, en nombre de Kofi Annan (Secretario General de la ONU en esa fecha), se destacó que "es el primer tratado de DH del siglo XXI en ser adoptado; tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional y el primero que surgió del cabildeo emprendido por internet" y "fue la comunidad de las personas con discapacidades que trabajó incansablemente para promover esta Convención"¹¹².

La aprobación de una Convención dirigida específicamente a proteger los DH de este colectivo se consideraba de vital importancia pues desde hacía mucho tiempo se sentía la necesidad de crear un instrumento jurídico vinculante que les permitiera reconocer el derecho al acceso a los medios y a todos los instrumentos necesarios con el fin de eliminar todas las barreras existentes que, por el mero de hecho de tener una DFM, les impidiese ejercer y disfrutar de todos los derechos como el resto de la población.

Se considera que a partir de su aprobación las personas con DFM dejaron de ser personas "invisibles" jurídicamente para la Comunidad Internacional y, lo más importante aún, para sus respectivas sociedades¹¹³. Lo principal que se plantea no es que sea sólo un cuerpo normativo internacional de aplicación y respeto obligatorios en todo el territorio del Estado y por todas las personas que en él habitan, sino que es también, y centralmente, un verdadero código de valores y conductas, que implica la necesidad de revisar de manera profunda las políticas públicas que incidan sobre

¹¹⁰ Disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf

¹¹¹ La ratificación por parte de España de la CDPD fue publicada en el BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo del mismo año. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Sobre la CDPD considera que para poder paliar todas las falencias que envuelven al tema de la DFM, es necesario que se interprete de una manera innovadora y no solo por parte de las personas que son operadoras jurídicas, sino también por los agentes sociales y políticos: PÉREZ BUENO, L. C. (Presidencia): *Conclusiones del I Congreso Nacional "La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos"*, Granada, España, mayo, 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2zNoRAq>

¹¹² Nota de prensa disponible en: *ONU adopta convención sobre derechos de las personas con discapacidades*, http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=8393#.VCiIPvl_t-9

¹¹³ SANJOSE GIL, A. "El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 13, 2007, pp. 1-26. Recuperado de <https://bit.ly/2DnK7R1>

este grupo poblacional. En definitiva, se destaca que la CDPD reconoce y traduce en norma jurídica vinculante el modelo social de la DFM¹¹⁴.

Es necesario apuntar que con la CDPD no se crean nuevos y especiales derechos para las personas con DFM, es decir, la Convención simplemente es un instrumento facilitador para el ejercicio y disfrute de los derechos reconocidos en el sistema universal, para que las personas con este perfil los disfruten plenamente en igualdad de condiciones que el resto de la población. Entendiéndolo de otra manera, la Convención vendría a ser una especie de "rampa" para poder alcanzar tales derechos¹¹⁵.

1.3.2. Discapacidad en América Latina

Tomando como base que dicho término es el que se utiliza a nivel mundial, destacamos en este caso una parte del globo terráqueo: AL. Con esa terminología se adoptó la CIEDPD¹¹⁶. Asimismo, en el año 2007, la Asamblea General de la OEA adoptó el PAD (2006-2016)¹¹⁷, en el que se pone de manifiesto la necesidad de mitigar el impacto nocivo de la pobreza en las personas con DFM, que en muchos casos las coloca en situación de vulnerabilidad, discriminación y exclusión.

1.3.3. Discapacidad en la legislación española: Ley General de Discapacidad e inclusión social

En España, el término "discapacidad" comienza a utilizarse en el siglo XXI. Así, el RD 1971/1999, que estipulaba lo concerniente a la minusvalía, fue modificado por el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Discapacidad¹¹⁸.

Si el término genérico utilizado por el RD 1971/1999 para describir la situación global de este colectivo era el de "minusvalía"; con el RD aprobado se realiza un cambio terminológico y conceptual, sustituyendo el término "minusvalía" por el de "discapacidad". Asimismo, las referencias que en el RD 1971/1999 se hacían a la minusvalía, son sustituidas por "limitaciones en la actividad"; lo que quiere decir que el término "grado de minusvalía" es sustituido por el "grado de discapacidad" y todas las referencias que hasta el momento se venían realizando en el RD 1971/1999 al "grado de minusvalía", quedan sustituidas por "grado de las limitaciones en la actividad".

En esa línea, resulta importante destacar que la actualización terminológica se estableció teniendo en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de

¹¹⁴ BULIT GOÑI, L. "Los derechos de las personas con discapacidad: Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al derecho argentino", *Revista Síndrome de Down*, 27(106), 2010, pp.105-111. Cabe destacar que el Modelo Social subraya que la noción de persona con DFM tiene su fundamento más allá de esta condición de la persona; en concreto, en las limitaciones que establece la propia sociedad. De este modo se realiza una distinción entre lo que comúnmente se denomina deficiencia, y lo que se entiende por DFM. Más sobre ello en PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

¹¹⁵ ASTORGA GATJENS, L. F. *¡Por un mundo accesible e inclusivo! "Guía básica para comprender y utilizar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad"*, Handicap International, Managua, 2007.

¹¹⁶ Adoptada en Ciudad de Guatemala (República de Guatemala) el 7 de junio de 1999. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

¹¹⁷ El PAD es un instrumento operativo movilizador de políticas públicas que contiene un total de 91 acciones, distribuidas en 9 ámbitos sectoriales, con la finalidad de servir de guía a los Estados Miembros sobre qué medidas adoptar para lograr avances sustantivos en la construcción de sociedades inclusivas. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2339_xxxviii-o-07_esp.pdf

¹¹⁸ BOE núm. 311, de 26 de diciembre. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/26/pdfs/BOE-A-2009-20891.pdf>

la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia¹¹⁹ y en la nueva Clasificación de la OMS, denominada "Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (conocida como CIF- 2001)"¹²⁰.

Continuando con el mismo término, el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGDPD)¹²¹. Esta disposición legislativa refunde todas las regulaciones que estaban vigentes en relación con la DFM¹²². Lo más novedoso es que define por primera vez los tipos de discriminación que pueden llegar a sufrir las personas con este perfil y sus respectivas sanciones¹²³; de igual manera, sistematiza y ordena, algo crucial en este tema caracterizado por la dispersión normativa.

1.4. Definiciones de la OMS

La OMS también ha influido en el lenguaje en torno a la DFM. Pero no se puede hablar de la terminología relacionada con dichos conceptos sin hacer una breve alusión al concepto de salud planteado por esta organización. La salud es "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente ausencia de afecciones y enfermedades" (1946). La OMS para poder establecer la clasificación de los términos, cuenta entre sus grupos de trabajo con uno dedicado a la "Clasificación, evaluación, encuestas y terminología", por supuesto aplicables al campo de la salud.

1.4.1. Primeras definiciones: deficiencia, incapacidad y minusvalía

Dentro de las actividades del grupo señalado se ha desarrollado la revisión de la "Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías" (CIDDDM), publicada en el año 1980. El objetivo planteado en esta versión se centraba en traspasar las barreras de la enfermedad, entendida en su concepción clásica. Se trataba de ir más allá del proceso mismo de la enfermedad y clasificar las consecuencias que esta deja en la persona, tanto en su cuerpo como en su persona y en su relación con el entorno.

Con este nuevo esquema se entiende que:

- La **enfermedad** es una situación intrínseca que abarca cualquier tipo de enfermedad, trastorno o accidente.

¹¹⁹ BOE núm. 299, del 15 de diciembre. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/15/pdfs/A44142-44156.pdf>

¹²⁰ Puede consultarse en <https://bit.ly/194JDKG>

¹²¹ BOE núm. 289, de 3 de diciembre. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>

Término que es utilizado en toda normativa que haga alusión al tema en cuestión. Sirva como ejemplo: *Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, que en el Título I especifica que "Los poderes públicos y los prestadores fomentarán el disfrute pleno de la comunicación audiovisual para los menores con *discapacidad* y el uso de buenas prácticas que evite cualquier discriminación o repercusión negativa hacia dichas personas". BOE núm. 180, de 29 de julio. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/29/pdfs/BOE-A-2015-8470.pdf> y *Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, en cuyo Preámbulo destaca que "los niños, niñas y adolescentes con discapacidad son sujetos especialmente sensibles y vulnerables a esta tipología de violencia, expuestos de forma agravada a sus efectos y con mayores dificultades para el acceso, en igualdad de oportunidades, al ejercicio de sus derechos". BOE, núm. 134, de 5 de junio. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/05/pdfs/BOE-A-2021-9347.pdf>

¹²² LISMI, Ley 51/2003 (LIONDAU) y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

¹²³ ZAMARRO CUESTA, J. "Se aprueba la Ley General de Discapacidad", *Autonomía Personal*, 11, 2013, p. 12.

- La **deficiencia** es la exteriorización directa de las consecuencias de la enfermedad, se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones. Para la OMS: "toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica"

- La **discapacidad** es la objeción de la deficiencia en la persona y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier persona de su característica (edad, género). Para la OMS: "toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano".

- La **minusvalía** es la socialización de la problemática causada en una persona por las consecuencias de una enfermedad manifestada a través de la deficiencia y/o la discapacidad y que afecta al desempeño del rol social que le es propio. Para la OMS: "una situación desventajosa para un individuo determinado como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de su edad, sexo o factores sociales o culturales".

En cuanto a ello, es necesario resaltar que la OMS tuvo que llegar a un acuerdo sobre la utilización de los términos más importantes con una serie de Organizaciones Internacionales. Pese a todo, no se ha podido evitar el uso de términos y conceptos promulgados por esta organización como sinónimos no sólo en la lengua común, sino, incluso, en la literatura especializada¹²⁴.

1.4.2. Segundas definiciones

Con la finalidad de cambiar el lenguaje, la anterior Clasificación fue revisada y actualizada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud del año 2001, dando lugar a la CIF. Según esta clasificación, la DFM se entiende como "las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, derivadas de una deficiencia en el orden de la salud, que afectan a un individuo en su desenvolvimiento y vida diaria dentro de su entorno físico y social".

Su objetivo principal¹²⁵ es brindar un lenguaje unificado y estandarizado y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados relacionados con ella; por consiguiente, se considera que no va dirigida en exclusividad a las personas con DFM, sino que es válida para todo el mundo y de aplicación universal. Se trata de una clasificación con un propósito múltiple para ser utilizada en varias disciplinas y diferentes sectores; y lo más significativo es que una institución como la OMS llega a sustentar el modelo social mediante la CIF¹²⁶.

Como se puede comprobar, a continuación, se revelan tanto las implicaciones médicas como las sociales:

La CIF abandona la terminología usada en la versión de 1980 y organiza la información en dos partes subdivididas a su vez en dos componentes:

- 1) Componentes de Funcionamiento y Discapacidad

- Funciones y Estructuras Corporales: las primeras son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales, incluyendo las funciones psicológicas. Con "cuerpo" se refiere al organismo humano como un todo, y por tanto se incluye la mente en la definición. Por ello, las funciones mentales (o psicológicas) están incluidas dentro de las funciones corporales. En cuanto a las segundas son las partes anatómicas o

¹²⁴ EGEA GARCÍA, C. y SARABIA SÁNCHEZ, A "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", *Boletín del Real Patronato sobre discapacidad*, 50, 2001, pp. 15-30.

¹²⁵ Para profundizar sobre los objetivos de la CIF, consúltese: AYUSO-MATEOS, J., NIETO-MORENO, M., SÁNCHEZ-MORENO, J. y VÁSQUEZ-BARQUERO, J. "Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF): Aplicabilidad y Utilidad en la Práctica Clínica", *Med Clin(Barc)*, 126(12), 2006, pp. 461-466.

¹²⁶ DÍAZ VELÁSQUEZ, E. "Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* 3(2), 2009, pp. 85-99.

estructurales del cuerpo como órganos o miembros, y sus componentes clasificados en relación a los sistemas corporales.

- Actividades y Participación: la actividad es la realización de una tarea o acción por una persona, representa la perspectiva del individuo respecto al funcionamiento; la participación es la implicación de la persona en una situación vital, representa la perspectiva de la sociedad respecto al funcionamiento.

2) Componentes de factores contextuales:

- Factores Ambientales: se refiere a todos los aspectos del mundo extrínseco o externo que forman el contexto de la vida del individuo, y como tal afectan al funcionamiento de esa persona. Incluye el mundo físico natural con todas sus características, el mundo físico creado por el ser humano, las demás personas con las que se establecen o asumen diferentes relaciones o papeles, las actitudes y los valores, los servicios y sistemas sociales y políticos, y las reglas y las leyes.

- Factores Personales: no están clasificados en la CIF. Estos pueden incluir el sexo, la edad, la etnia, la forma física, los estilos de vida, los hábitos, la educación, la profesión, las experiencias actuales y pasadas.

-

2. Incidencia en la doble construcción social: género y diversidad funcional manifiesta

En este apartado se hará una reflexión histórico-conceptual de la construcción social del género, la construcción social de la DFM y la concurrencia de la doble construcción social: género-DFM. Partiendo de ello se aborda la cuestión de en qué medida el género y la DFM son factores que influyen en que se genere una exclusión social y, además, se tiene como objetivo contextualizar la DFM como una cuestión de DH.

2.1. Construcción social de género

Debido a la importancia del tema, resulta necesario especificar que la palabra género proviene de la traducción literal de la palabra inglesa *gender*. El mencionado término fue introducido por la psicología y la sexología en los EUA, en la época de los años 50¹²⁷.

Los primeros en utilizar dicho concepto fueron el psicólogo John Money y el psiquiatra Robert Stoller en sus estudios sobre trastornos de identidad sexual y personas intersexuales y transexuales. Money habla de rol de género para describir el comportamiento asignado socialmente a hombres y mujeres, cuya adquisición compara con la del lenguaje. Stoller, afirma que la identidad de género no viene determinada por el sexo biológico, sino por la socialización, la experiencia y las costumbres asociadas a cada género¹²⁸.

De acuerdo con Aparisi¹²⁹, el término "género" ha tenido un uso fundamentalmente gramatical: distinguía palabras masculinas, femeninas o neutras. Sin embargo, en las últimas décadas, dicho vocablo ha adquirido de forma progresiva significados distintos y novedosos. En ese sentido, indica que dicha evolución ha tenido consecuencias positivas puesto que ha permitido percibir y matizar ciertas realidades sobre la identidad personal y sexual humana que, hasta hace poco, permanecían ocultas; se ha ayudado a poner en evidencia que, en el ser humano, la identidad sexual no depende forzosamente de la biología, sino que se encuentra mediada por la libertad y la cultura.

¹²⁷ STOLKE, V. "La mujer es puro cuento: la cultura del género", *Estudios Feministas, Florianópolis*, 12(2), 2004, pp. 77-105.

¹²⁸ KHALIL TOLOSA, N. *Feminismo para dummies*, Alienta Editorial, Barcelona, 2021.

¹²⁹ APARISI MIRALLES, Á. "Ideología de género: De la naturaleza a la cultura", *Persona y Derecho*, 61, 2009, pp. 169-193.

En ese orden de ideas, se puede señalar que el género¹³⁰ es un concepto social empleado para identificar las diferencias entre mujeres y hombres como seres sociales partiendo no de categorías sexuales naturales, sino de las relaciones que se entablan, que vienen a desempeñar roles diferenciados basados en determinaciones ideológicas, sexuales, históricas o religiosas. La utilización de la categoría género permite distinguir, al menos, tres modelos de relación mujer-varón que han cristalizado a lo largo del tiempo:

- Modelo de subordinación: hace referencia a la desigualdad social, y en ocasiones también jurídica, entre la mujer y el varón. Parte de una premisa antropológica que identifica la diferencia (sexual) con inferioridad y subordinación. Dicho de otra manera, considera que la mujer es diferente y, por lo tanto, inferior, y debe estar subordinada.

- Modelo igualitarista: con el surgió el primer feminismo, cuya lucha por la igualdad de derechos entre mujeres y hombres realizó una aportación innegable; es decir, este modelo ha contribuido a conseguir una mayor igualdad entre las mujeres y los varones¹³¹.

- Modelo de la reciprocidad y corresponsabilidad: se intenta integrar armónicamente lo recibido y lo construido, la naturaleza y la cultura, la biología y la libertad¹³². En palabras del profesor Bañares¹³³, este modelo consiste en una complementariedad, la cual supone la existencia de una diferencia, la posibilidad de una relación y la potencialidad que tal relación sea lo que las personas economistas llaman una "*win-win situation*"¹³⁴, que aplicada al caso de la heterosexualidad, significa que la diferencia entre la persona femenina y masculina, tanto en la relación personal, como en la configuración social, supone un enriquecimiento potencial para cada persona y para el conjunto de la sociedad.

Una de las teóricas más influyentes del tema en cuestión es Gayle Rubin, quien afirma en el artículo titulado "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo"¹³⁵, que todas las sociedades tienen modos sistemáticos de tratar el sexo y el género, y ese sistema puede ser sexualmente igualitario, o puede ser "estratificado por género".

En torno a ello plantea que el *sistema sexo/género* es una estructura social construida bajo los parámetros que el hecho biológico de la diferencia sexual da origen a unas relaciones jerárquicas donde se estipula quien debe ocupar cada espacio física y simbólicamente¹³⁶. En tal sentido, dicho sistema consiste en dos dimensiones: i) Un aspecto es natural o biológico (el sexo) y remite al dato empírico (dado o recibido) de la dualidad biológica mujer/varón; y ii) el otro es cultural (el género), y conduce a la representación psicológica-simbólica, a la construcción histórica y antropológico-cultural de la identidad masculina y femenina¹³⁷.

¹³⁰ Con el fin de eliminar las desigualdades sociales que el género puede conllevar en la vida de las mujeres y los hombres, se aprobó en España la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno (BOE núm. 246, de 14 de octubre. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/14/pdfs/A36770-36771.pdf>). En ella se señala que la promoción de la igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las desigualdades, constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas.

¹³¹ APARISI MIRALLES, Á. "Discursos de género y bioética", *Cuadernos de Bioética*, XXV, 2014, pp. 259-271.

¹³² APARISI MIRALLES, Á. "Identidad de género. Crisis de identidad del varón y la mujer (ideología de género)". Disponible en <https://bit.ly/2Rg0d15>

¹³³ BAÑARES, J. I. "Matrimonio, género y cultura", *Ius Canonicum*, 96, 2008, pp. 415-431.

¹³⁴ Traducido al castellano significa "Situación beneficiosa para todas las personas".

¹³⁵ RUBIN, G. "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Revista Nueva Antropología*, VIII (30), 1986, pp. 95-145.

¹³⁶ HERRERA GÓMEZ, C. *Más allá de las etiquetas, mujeres, hombres y trans*, Editorial Txalaparta, Bizkaia, 2011.

¹³⁷ APARISI MIRALLES, Á. "Modelos de relación sexo-género: De la "ideología de género" al modelo de la complementariedad varón-mujer", *Dikaion*, 21(2), 2012, pp. 357- 384.

Las anteriores circunstancias hacen que, a partir de la segunda mitad del siglo XX, empiece a considerarse, cada vez con más fuerza, que los rasgos propios de la feminidad y la masculinidad obedecen a la asignación de roles o funciones a cada uno de los sexos por parte de la sociedad¹³⁸.

2.1.2. Construcción social de la diversidad funcional manifiesta

Con respecto a la construcción social de la DFM tomamos como punto de partida lo señalado por Allué¹³⁹ en cuanto a que la idea de la diversidad física y funcional es una construcción social. Nadie se inventa a sí misma a partir de las consecuencias sociales de las deficiencias. Ni tampoco esas características son inseparables de la persona. Se les atribuyen. Luego es la sociedad quien construye, alimenta, crea o destruye significados en torno a la diferencia.

Echando una mirada en rededor, Vela Hidalgo¹⁴⁰ nos explica que a través de la historia en la sociedad occidental las personas con DFM son representadas en la cultura dominante de tal forma que se construyen como la Otra-o que contrasta con el ego hegemónico (masculino y capacitado).

En ese sentido, el "yo" dominante se convierte en la norma, y la "otra persona" es quien la transgrede y se encuentra en un nivel jerárquico inferior; resaltando en ese aspecto que el cuerpo capacitado se impone como la norma, mientras que las otras tienen que someterse y aceptar su inferioridad, o cuestionarla; o sea, el cuerpo de la otra, o del otro, es considerado como defectuoso o enfermo porque no cabe en los estándares de quien tiene el poder para establecer la norma¹⁴¹. Por consiguiente, la DFM se considera una condición invalidante o una desventaja¹⁴². En lo anterior ha influido el "discurso biomédico". El cual, como nos señala Moncó¹⁴³, está cargado de androcentrismo, etnocentrismo y antropocentrismo y destaca las diferencias entre

¹³⁸ MIRANDA-NOVOA, M. "Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género", *Dikaion*, 21(2), 2012, pp. 1-10.

¹³⁹ ALLUÉ, M. "Inválidos, feos y freaks", *Revista de Antropología Social*, 21, 2012, pp. 273-286.

¹⁴⁰ VELA HIDALGO, A. *Género y discapacidad en textos de Jorge de Lima, Pablo Palacio y Clarice Lispector* (Tesis Doctoral), Purdue University, Indiana, Estados Unidos de América, 2013.

¹⁴¹ Al señalar que el cuerpo de la Otra Persona es considerado como defectuoso o enfermo porque no cabe en los estándares de quien tiene el poder para establecer la norma, se puede comprender que las personas con DFM al poseer unas condiciones de existencia similares derivadas de la imputación de la médicamente denominada "deficiencia", podían ser consideradas como miembros de una clase oprimida.

Por lo tanto, a partir del etiquetamiento del agente como poseedor de una deficiencia se naturaliza, bajo la forma de enfermedad, una relación de dominación que, muy lejos de ser natural, es un producto histórico de carácter arbitrario: FERRANTE, C. y FERREIRA, M. "Cuerpo, discapacidad y trayectorias sociales: dos estudios de caso comparados", *Revista de Antropología Experimental*, 8, 2008, pp. 403-428.

En tal sentido se creó otro modelo, o visión, en torno a la DFM: El "modelo médico o rehabilitador". Con este modelo se considera que las causas de la DFM ya no son religiosas, sino que pasan a ser científicas. Se puede afirmar que en este modelo cambia la visión que se tenía en cuanto a la DFM puesto que, frente a la exclusión o marginación, prima ahora la reclusión o domesticación. Es decir, a las deformes, lisiadas, monstruosas, subnormales, tullidas, etc., se les otorga la consideración de personas, pero dejando bien claro que se trata de personas enfermas, que deben ser medicalizadas y tratadas con procedimientos especiales. Son personas que ya forman parte de la sociedad, pero constituyen una parte secundaria, un apéndice molesto que se debe alejar del resto de la sociedad, por lo que se estima que son ciudadanas de segunda clase: SEOANE, J. A. "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", *Siglo Cero*, 35(209), 2004, pp. 20-50.

¹⁴² SHAKESPEARE, R. *La psicología de la invalidez*, Compañía Editorial Continental, México, 1979.

¹⁴³ MONCÓ, B. "El cuerpo enfermo y sus cuidados: identidades y representaciones de género". *Cuidar el cuerpo vulnerable, perfeccionar lo humano* (Coord.) Guerrero Muñoz, J y Roque Sánchez, M.V. Editorial Dykinson, 2017.

especies y entre individuos configurando un modelo universal de ser humano: hombre de raza blanca y heterosexual. Presentado como el culmen de la evolución, minusvalora o ignora otros tipos personales y diferencia a las personas mediante divisiones dicotómicas que se jerarquizan. Trayendo como consecuencia la relación que Ferrándiz¹⁴⁴ denomina "cuerpo-estigma social". Todas estas observaciones se relacionan también con lo manifestado por Foucault¹⁴⁵, en cuanto a que lo que tiene una importancia política actual es determinar con claridad cuál es el régimen de veridicción (o sea las condiciones que debieron cumplirse para poder pronunciar un discurso) que se instauró en un momento dado para poder llevar a cabo determinado discurso médico. Destacando que sólo tiene importancia la determinación del régimen de veridicción que les permitió decir y afirmar como verdaderas una serie de cosas a cuyo respecto acertamos hoy a saber que quizá no lo fueran tanto. Por lo que en ese aspecto el análisis puede tener un alcance político. Simultáneamente, concluye que lo que políticamente tiene importancia no es la historia de lo verdadero, no es la historia de lo falso; es la historia de la veridicción.

2.1.3. Concurrencia de la doble construcción social: género-diversidad funcional manifiesta.

En este ítem se intenta trazar un mapa en torno a la construcción de dos categorías de opresión como son el género y la DFM. Dicho lo anterior, tomamos en consideración lo planteado por Gómez Bernal¹⁴⁶ en cuanto a que la construcción de género también juega un papel importante sobre las mujeres con DFM. En efecto, la construcción de la DFM presenta, de igual modo, una gran influencia en el colectivo.

De donde resulta que uniendo los constructos sociales de género y DFM conduce a que en el imaginario social hegemónico y con los códigos culturales dominantes se considere a las mujeres con DFM como mujeres indefensas y pasivas¹⁴⁷, y que ello se convierta en sinónimo de dependencia¹⁴⁸. Bajo esa perspectiva, la DFM es una construcción social que parte de una realidad natural fabricada con base en estereotipos no libres de caracterizaciones ideológicas que definen a las mujeres con este perfil como seres vulnerables y objeto de protección.

Como ocurre con todas las formas hegemónicas de ejercicio de dominación. En este caso cuando se entrelazan ambos factores -género y DFM¹⁴⁹-, se generan situaciones discriminatorias; y, de igual manera, si no se remarcan las diferencias que el ser mujer u hombre añaden a la DFM, se pierde una valiosa información que contribuye a articular de manera correcta la defensa de los DH de este grupo social.

¹⁴⁴ FERRÁNDIZ, F. *Etnografías Contemporáneas: Anclajes, métodos y claves para el futuro*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2011.

¹⁴⁵ FOUCAULT, M. *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Ediciones Akal, Madrid, 2009.

¹⁴⁶ GÓMEZ BERNAL, V. "Procesos, significados y efectos en torno a la catalogación oficial de las discapacidades en las mujeres", *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 35(3), 2012, pp. 225-266.

¹⁴⁷ KEITH, L. "Encuentros con personas extrañas: reacciones ante las mujeres discapacitadas". *Encuentros con desconocidas, Feminismo y discapacidad* (Ed.) Morris, J. Narcea S.A. de Ediciones, 1997.

¹⁴⁸ CONDE RODRÍGUEZ, Á., PORTILLO MAYORGA, I. y SHUM, G. "Discapacidad y Empleo. Una Perspectiva de Género", *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, 11, 2003, pp. 59-86.

En ese caso, dependencia se une a infancia, por lo que es fácil comprender que así se construye el primer obstáculo para estas mujeres, ya que serán inmediatamente asimiladas a niñas: MOSCOSO PÉREZ, M. "Menos que mujeres: los discursos normativos del cuerpo a través del feminismo y la discapacidad". *Estudios sobre cuerpo, cultura y tecnología* (Ed.) Arpal Poblador, J. y Mendiola Gonzalo, I. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2007.

¹⁴⁹ En este contexto se debe resaltar que existen dos conceptos negativos que han estado, y siguen estando, intrínsecamente relacionados con el género y la DFM: estereotipos y prejuicios. En relación con ello, resulta interesante la consulta del siguiente texto: GARCIA DE LA CRUZ, J. J. y ZARCO, J. *El Espejo Social de la Mujer con gran Discapacidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2003.

Durante demasiado tiempo se ha ignorado la situación de desventaja social, o especial vulnerabilidad, en la que se encuentran las mujeres con DFM, cuya presencia ha permanecido invisible (proceso al que en realidad debiéramos calificar de *olvido construido*) bajo el epígrafe común de personas con DFM¹⁵⁰.

De acuerdo con ello, como apunta Arnau Ripollés¹⁵¹; se ha utilizado como genérico el plural masculino para nombrar a las mujeres y a los hombres con DFM. No obstante, fuesen mujeres u hombres, la DFM era la que regía el centro de sus vidas. De manera puntual nos referimos a que se ha sustantivado los adjetivos¹⁵². Es decir, en el ámbito de la DFM, las mujeres no son nombradas, generalmente no suelen ser las protagonistas de las acciones; o sea, que a través del lenguaje se refleja esta realidad desigual y a la vez se refuerza¹⁵³.

Dentro de ese marco, ha de considerarse que la posición de estas mujeres en la matriz sexo-género es completamente de negación, debido a que se enfrentan a una doble invisibilidad:

Por una parte porque se cataloga que no encajan en el estereotipo creado como "cuerpo perfecto"¹⁵⁴.

Por otra porque se considera que no son aptas para llegar a ejercer un rol tradicionalmente femenino como es el de la maternidad¹⁵⁵. Aspecto que influye notablemente que se vean expuestas a que les practiquen la esterilización forzada¹⁵⁶.

Todo esto parece confirmar que género y DFM contribuyen a que la población femenina con estas características ocupe una posición mucho más agravada que sus homólogos masculinos¹⁵⁷. Analizando rápidamente el por qué, diríamos que dicha

¹⁵⁰ Dicho de otra manera, ha sido una "una obviedad negada de manera sistemática, al ser consideradas como personas con discapacidad sin más, constituyéndose así una suerte de género neutro que las sitúa en la máxima exclusión social": GARCÍA, A. V. "Mujeres con discapacidad por una inclusión total", *abc.es*, (12 de enero de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2RIYPdt>

¹⁵¹ ARNAU RIPOLLÉS, M.S. *Estudio: La cara oculta de la violencia: La Violencia de Género contra la(s) Mujer(es) con discapacidad(es)*, Fundación Isonomía, Castellón, 2005.

¹⁵² COCEMFE: *Lenguaje Inclusivo. Pautas para el uso del lenguaje correcto, respetuoso, y consensuado para referirse a las personas con discapacidad física y orgánica y comunicar de manera no sexista*, Madrid, 2020.

¹⁵³ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES: *Guía para un uso no discriminatorio del lenguaje en las mujeres con discapacidad*, Madrid, 2009.

¹⁵⁴ Entiéndase que el no encajar en el estereotipo creado como "cuerpo perfecto", conlleva a que se presente una *dominación anatomopolítica*, la cual plantea el vínculo entre el valor estético y el económico. Al respecto, ver: VENTURIELLO, M. P. "El "Habitus Discapacidad" a la luz de un relato de vida", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 4(2), 2010, pp. 175-185.

¹⁵⁵ ASTARLOA, A., DURÁN, M., FILLAT, Y., OSUNA, A. y RUIZ, K. *Estrategias de Fekoor. Derechos de las Mujeres y Hombres con Discapacidad Física*, Fekoor, Bilbao, 2006.

¹⁵⁶ Cómo la esterilización forzada es una práctica habitual en las personas con DFM, resulta interesante analizar el caso de la República de Colombia, y para ello, véase: HOYOS SUÁREZ, S. y GARCÍA BETANCUR, J. M. "La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional", *Revista de Derecho Público*, 38, 2017, pp. 1-38.

Cabe destacar que hasta hace poco en España era habitual dicha práctica. En cuanto a ello, resulta interesante consultar: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Poner fin a la esterilización forzada de las mujeres y niñas con discapacidad*, Editorial Cinca, Madrid, 2018.

Teniendo en cuenta que es una clara violación de los DH y de los derechos sexuales y reproductivos de estas mujeres, encontramos que el Gobierno pide perdón por ello: SOSA TROYA, M. "Belarra pide perdón en nombre del Gobierno a las mujeres con discapacidad víctimas de esterilizaciones forzadas", *El País*, (2 de diciembre de 2021). Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-12-02/belarra-pide-perdon-en-nombre-del-gobierno-a-las-mujeres-con-discapacidad-victimas-de-esterilizaciones-forzadas.html>

¹⁵⁷ Baste, como muestra: el salario medio bruto anual es inferior en ellas; la contratación laboral de hombres con DFM supera en 23,2 puntos a la de las mujeres; y si nos vamos a una realidad que aún es bastante desconocida como es la violencia de género en estas mujeres se ha de destacar que un 23,4% han sufrido violencia física o sexual de alguna pareja:

situación es producto que el modo en que afecta la DFM a mujeres y hombres es diferente y las causas se encuentran en la base de la representación mental y simbólica, fruto de los estereotipos y roles existentes, diferente para hombres y mujeres en nuestra sociedad¹⁵⁸.

Desde ese ángulo, mientras a los hombres con DFM se les potencia y valora, de manera que encuentran más fácilmente su rol social, a las mujeres les resulta prácticamente imposible responder a los estándares sociales de esposa, compañera, suministradora de alimentos y gestora del hogar¹⁵⁹.

En este sentido, García-Santesmases Fernández¹⁶⁰ apunta que, como consecuencia de la pervivencia de un imaginario patriarcal, existe una diferencia de género importante a este respecto: las mujeres, en comparación con los hombres, por el hecho de tener una DFM encuentran más barreras a la hora de hacer, construir —o rehacer— su vida y hacer que la sociedad, y ellas mismas, sustenten un autoconcepto corporal positivo.

De donde se infiere que van a encontrar más hándicap, prejuicios y dificultades que ellos por la existencia de una mayor tasa de inactividad¹⁶¹, salarios inferiores, menor acceso a los servicios de salud, mayores privaciones educativas y/o informáticas y un mayor riesgo de padecer abuso sexual, físico y psíquico¹⁶². Planteándolo de esa manera, se puede concluir que la discriminación por razón de la DFM, aunado al género, es mucho mayor que el motivado por el sexo.

Llegado a este punto, y con el fin de rescatar del silencio la situación de las mujeres bajo análisis, conviene destacar que la acción sinérgica de género y DFM produce mayores cotas de discriminación y hace que hablar de doble discriminación tenga mucho sentido¹⁶³.

Analizando lo planteado no es difícil descubrir el por qué puesto que la doble discriminación, o vulnerabilidad, origina barreras que obstaculizan el ejercicio de los derechos y responsabilidades de las mujeres como ciudadanas y su participación en escenarios sociales¹⁶⁴. Tal y como manifiesta Price en "Las semillas de un

MINISTERIO DE IGUALDAD: *Mujer, discapacidad y violencia*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2020.

¹⁵⁸ CONDE, Á. y SHUM, G. "Género y discapacidad como moduladores de la identidad", *Feminismo/s*, 13, 2009, pp. 119-132.

¹⁵⁹ IGLESIAS, M. "Las mujeres y la diversidad funcional", *Themis. Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 11, 2012, pp. 46-56.

¹⁶⁰ GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. "Dilemas feministas y reflexiones encarnadas: el estudio de la identidad de género en personas con diversidad funcional física", *Athenea Digital, Revista de pensamiento e investigación social*, 14(4), 2014, pp. 19-47. Disponible en <http://atheneadigital.net/article/view/v14-n4-garcia-santesmases/1353-pdf-es> Para mayor documentación sobre el tema, Cfr.: GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. "El cuerpo en disputa: cuestionamientos a la identidad de género desde la diversidad funcional", *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 9(1), 2015, pp. 41-62.

¹⁶¹ Teniendo en cuenta que la inactividad conduce a la pobreza, resulta interesante analizar cómo afecta dicha situación a las mujeres con DFM: HUETE GARCÍA, A. *Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2013.

¹⁶² INIESTA MARTÍNEZ, A. *La mujer sorda en la vida pública y privada*, Centro de Estudios sobre la Mujer, Alicante, 2004.

Para un mayor análisis: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *La violencia sexual en las mujeres con discapacidad intelectual*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2021; Una de cada cuatro mujeres con discapacidad afirma haber sufrido algún tipo de violencia, según un estudio, *Público*, (28 de octubre de 2021). Disponible en <https://www.publico.es/sociedad/cuatro-mujeres-discapacidad-afirma-haber-sufrido-tipo-violencia-estudio.html>

¹⁶³ MOSCOSO PÉREZ, M. "El patriarcado por otro nombre: El discurso feminista y las mujeres con discapacidad", *Revista con la A*, 17, 2012, pp. 5-7.

¹⁶⁴ CORDOBA ANDRADE, L., ESCOBAR, N., GÓMEZ-BENITO, J., LUCAS-CARRASCO, R., ROSERO, R. y VACA VACA, P. "Creencias y prácticas de mujeres con discapacidad frente al ejercicio de sus derechos", *Estudios de Psicología*, 32(2), 2011, pp. 209-226.

movimiento: las mujeres discapacitadas y su lucha para organizarse¹⁶⁵; por lo general, han sido silenciadas dentro de la sociedad, negándoseles sus derechos¹⁶⁶ y la igualdad de oportunidades económicas y sociales debido a prejuicios o estigmatizaciones y a la pobreza. Se enfrentan a un patrón de discriminación que se repite en todo el mundo, asumiendo diferentes formas tanto en los países ricos como en los pobres. El miedo, la ansiedad, la sensación de vulnerabilidad y la ignorancia de la gente cuando se encuentra con la DFM se traducen en restricciones sociales para su acceso a oportunidades de educación¹⁶⁷ y cuidado de la salud, y en limitadas opciones laborales, ya que por lo general están restringidas a empleos mal remunerados y de baja calificación.

Lo que en el ámbito del feminismo socialista se denomina como "Teoría del Doble Sistema"¹⁶⁸, que intenta conjugar la doble estructura -patriarcal y capitalista-, pesa aún más sobre este colectivo. Pareciera por todo lo anterior que, mientras el feminismo denuncia la existencia de un "techo de cristal" que excluye sistemáticamente a las mujeres sin DFM de posiciones políticas relevantes en cualquier institución, como podrían ser las de directivas o lideresas políticas; dicha situación ni siquiera se ha planteado para las mujeres con DFM, puesto que la mayoría viven en posiciones de "suelo pegajoso", es decir, en situaciones de bajos salarios, reducidas al ámbito doméstico y desempleadas¹⁶⁹. Conviene, sin embargo, advertir que esta circunstancia es aún más notoria en el ámbito rural, debido a que ese plus las "penaliza" el doble porque las dificultades son mucho mayores, y el residir en esas zonas conlleva que sea difícil el acceso a los bienes y servicios; por consiguiente, se dificulta su pleno disfrute¹⁷⁰.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí; cabe concluir que, en el contexto social actual, ser mujer y, además, tener una DFM implica los siguientes aspectos¹⁷¹:

- *Desempeño del trabajo no mercantilizado*: fundamentalmente, a las mujeres con DFM se les asignan tareas del ámbito privado, el cual no está valorado; desempeñan el rol que les han adjudicado como mujeres y, en especial, como mujeres con este perfil, asumiendo con bastante resignación valores y creencias patriarcales y estandarizadas.
- *Escasa formación*: en muchos casos no tienen formación suficiente, lo que les dificulta enormemente una verdadera participación social en diferentes aspectos.
- *Rol femenino*: por lo general, suelen asumir el rol que ha sido asignado a su género, sus acciones y sus responsabilidades.

¹⁶⁵ PRICE, J. "Las semillas de un movimiento: las mujeres discapacitadas y su lucha para organizarse", (C.D), *Asociación para los Derechos de las Mujeres y el Desarrollo (AWID)*, 2011, Toronto, pp. 1-27.

¹⁶⁶ Al hacer referencia al término "Derechos" para las mujeres en general; es decir, tengan, o no, manifiesta, la diversidad funcional; resulta interesante la siguiente lectura: MIRAUT MARTÍN, L. "Los derechos de la mujer en el feminismo moderado de John Stuart Mill", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIII, 2006, pp. 101 - 129.

¹⁶⁷ Situación que queda reflejada en: REVIEJO, S. La lucha desesperada de muchas familias para tener escolarizados a sus hijos con necesidades especiales, *Público*, (31 de octubre de 2021). Disponible en <https://www.publico.es/sociedad/integracion-escolar-lucha-desesperada-muchas-familias-escolarizados-hijos-necesidades-especiales.html>

¹⁶⁸ Para una explicación detallada de la "Teoría del Doble Sistema", véase: CAMBRILS, M. *Feminismo Socialista*, Publicaciones Clara Campoamor, Bilbao, 1992.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ RAMS, P. "Las mujeres con discapacidad y sus múltiples desigualdades; un colectivo todavía invisibilizado en los Estados Latinoamericanos y en las Agencias de Cooperación Internacional". *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Conferencia llevada a cabo en el Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica*. (Presidencia). CAGIAO VILA, P. Santiago de Compostela, España, 2010.

¹⁷⁰ CHARROALDE, J. y FERNÁNDEZ, D. *La discapacidad en el medio rural*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2006.

¹⁷¹ INIESTA MARTINEZ, A. y MAÑAS VIEJO, C. "Situación laboral de las mujeres con discapacidad física y sensorial en la Provincia de Alicante", *Feminismo*, 13, 2009, pp.153-170.

- *Empleos feminizados*: en su mayoría ejercen trabajos que se consideran exclusivos de su género y socialmente menos válidos. Son trabajos relacionados con las tareas del hogar, pero realizados en el ámbito público. Por ejemplo: empleadas en empresas de limpieza, lavanderías....

- *Inferioridad de oportunidades*: se considera que tienen menores oportunidades para trabajar que las mujeres en general, debido a que sus oportunidades descienden cuando en un trabajo no hay adaptaciones técnicas para que puedan desarrollar el empleo como cualquier otra persona.

- *Obstáculos en posiciones de liderazgo político*: que las mujeres con DFM encuentren más obstáculos para ocupar posiciones de liderazgo proviene más del entorno social que las rodea y de las inferencias enraizadas en el sistema cognitivo de la sociedad, que del hecho de que la DFM sea un óbice para ejercer dichas posiciones¹⁷².

De igual manera, se puede concluir que¹⁷³:

- Se las hace económicamente dependientes de la familia.
- Se las trata infantilmente.
- El tratamiento de la sociedad y la familia es de sobreprotección¹⁷⁴ y maltrato a la vez.
- Todo el tiempo de su vida lo pasan en casa.
- En muchos casos, como no han trabajado en el mercado ordinario de trabajo, quedan únicamente con la PNC, con la cual deben cubrir, como puedan, sus propias necesidades.

2.1.4. La interseccionalidad como enfoque de categoría de discriminación

Dado que existen mujeres con DFM con diferentes realidades socio-políticas, los *Disability Studies*¹⁷⁵ especifican que hablar de género es hablar de la "doble, triple o múltiple discriminación"¹⁷⁶ que pueden llegar a sufrir estas mujeres, o más bien este grupo identitario¹⁷⁷, lo cual ocurre, sin duda.

¹⁷² GARCÍA-RETAMERO, R. y LÓPEZ ZAFRA, E. "Mujeres y liderazgo: ¿discapacitadas para ejercer el liderazgo en el ámbito público?". *Mujeres y diversidad funcional (discapacidad): Construyendo un nuevo discurso*, (Ed.) MAÑAS VIEJO, C. Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 2009.

¹⁷³ CONDE RODRIGUEZ, M. A. y SHUM MUNMAN, G. *Las olvidadas. Mujeres en riesgo de exclusión social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2006.

¹⁷⁴ En torno al tema: HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., RAYA DÍEZ, E. y SÁNCHEZ ALCOBIA, A. "Inserción sociolaboral de las personas con discapacidad y modelos familiares". *Respuestas transdisciplinares en una sociedad global. Aportaciones desde el Trabajo Social*. (Coord.) CAPARRÓS CIVERA, N, CARBONERO MUÑOZ, D, GIMENO MONTERDE, Ch. y RAYA DÍEZ, E., Universidad de La Rioja, 2016.

¹⁷⁵ Traducción literal de "Estudios sobre discapacidad". En cuanto a ellos, consúltese: CONTINO, A. M.: "La visibilización de las luchas políticas en discapacidad: acciones directas, contra-conducta y resistencia", *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, 6(2), 2013, pp. 5- 24. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/Disertaciones/article/view/4387/4430>

¹⁷⁶ En torno a las formas de discriminación que pueden llegar a sufrir las mujeres con DFM, las cuales se encuentran mediada por el grado de complejidad que las afecte, se señala que es posible que se exterioricen en lo que Bronfenbrenner, plantea como: microsistema (entorno inmediato); meso-sistema (interacciones entre dos o más microsistemas); exo-sistema (comprende uno o más entornos que no incluyen a la persona como participante activa, pero en los que se producen hechos que afectan, o se ven afectados por lo que ocurre en ese entorno) y macro-sistema (marcos culturales e ideológicos que pueden afectar transversalmente a los sistemas de menor orden (micro, meso, exo), como ejemplo: los valores culturales y políticos de una sociedad: BRONFENBRENNER, U. *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987.

¹⁷⁷ Los grupos identitarios son asociaciones políticamente significativas de personas que se identifican con uno o más marcadores sociales, o que son identificados mediante ellos. El género, la raza, la clase, la ascendencia étnica, la nacionalidad, la religión, la DFM y la orientación sexual son algunos de los ejemplos más evidentes de marcadores sociales

De manera que tomando en consideración que las mujeres con DFM están expuestas a una discriminación múltiple¹⁷⁸ por las desigualdades de género, edad, religión, raza, etnia, clase social, condición sexual, conducta social y cultural, y por los estereotipos que socialmente se han atribuido a la DFM; se presenta un tema muy importante relacionado con ello, y es la interseccionalidad, ya que consideramos que es uno de los conceptos clave para el análisis de la discriminación que sufren estas mujeres.

Inspirándonos en La Barbera¹⁷⁹, haremos referencia al concepto “género interseccional” como categoría analítica para examinar las diferencias que existen entre las mujeres. Según esta autora; el género, como concepto interseccional pone de relieve su origen complejo y su interconexión originaria con las demás condiciones de identificación y discriminación social.

Desde nuestro punto de vista, debemos comenzar el análisis de dicho concepto señalando que históricamente se puede atribuir al colectivo feminista negro, “*Combahee River Collective*”, el interés por la “simultaneidad de opresiones”. En esa dirección, las mujeres afro-descendientes activistas de este colectivo, planteaban que las opresiones de género, clase, raza y sexualidad, eran simultáneas. Por consiguiente, consideraban que, tanto las discriminaciones vividas como las estrategias de resistencia que desarrollaban, se encontraban arraigadas en las interrelaciones de todas estas formas de discriminación, rechazando así la concepción de la separación de cada una de estas formas de opresión¹⁸⁰. En palabras de Cares Mardones y Themme Afan¹⁸¹, tanto la raza como el género son construcciones culturales que actúan en el sistema de regulación de los cuerpos y de sus representaciones para su control, por lo tanto deben ser analizadas de una manera entrelazada, compleja y no fragmentada.

El expresar que la discriminación afecta a las mujeres, no quiere decir que todas las mujeres lleguen a sufrir la misma opresión. Esto es lo que se encarga de poner

compartidos, en torno a los cuales se constituyen grupos identitarios formales e informales: GUTMANN, A. *La identidad en democracia*, Katz Editores, Madrid, 2008.

¹⁷⁸ En vista de la importancia que reviste la discriminación múltiple en este tema, nos permitimos definir el señalado concepto. Para ello, nos remitimos a Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer. El citado autor especifica que la discriminación múltiple es la que sufre una persona sobre la base de más de un motivo discriminatorio. Además, plantea que es un fenómeno que ha cobrado notable actualidad a causa también del surgimiento de nuevos motivos de discriminación como atributos de la persona, que combinados pueden generar una discriminación no solo plural sino múltiple, y cuyo tratamiento requiere tener en cuenta los efectos de la combinación en una misma persona de distintos factores. Para ahondar en el tema, Cfr.: RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “Discriminación múltiple”, *Diario La Ley*, 8571, Sección Columna, 2015, pp. 1-9.

Otro aspecto a destacar en torno a la discriminación múltiple es el relacionado con que en el año 2001 se promulgó la Declaración de Durban (ciudad de Sudáfrica). En torno a ella se ha de resaltar que el apartado 69 especifica que “estamos convencidos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus DH. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación”. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_declaracion_programa_accion_durban.pdf

¹⁷⁹ LA BARBERA, M. C. “Género y diversidad entre mujeres”, *Cadernos Kóre*, 1(2), 2010, pp. 55-72.

¹⁸⁰ PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas) (Ed.): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.

¹⁸¹ CARES MARDONES, C. A. y THEMME AFAN, C. *Participación de mujeres migradas y racializadas en movimientos migrantes y feministas en Euskadi. Narrativas, estrategias y resistencias*, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 2020.

de manifiesto Kimberlé Crenshaw¹⁸², ya que fue la primera teórica afro-americana que, a finales de los años 80, comenzó a teorizar sobre la interseccionalidad.

En la teorización del concepto, buscaba hacer visible cómo las categorías “género” y “raza” están mutuamente interconectadas en las experiencias y luchas diarias de las mujeres de color¹⁸³. En vista de la importancia de su trabajo, conviene destacar que el punto de mira de Crenshaw es el derecho antidiscriminatorio dominante y construido sobre ejes aislados de discriminación (raza y género), pero, por extensión, también se fija en las teorías feministas y antirracistas que habrían alimentado esta división¹⁸⁴.

La interseccionalidad se ha vuelto muy popular en círculos académicos, políticos y activistas, y se define como un proyecto teórico que busca analizar el modo en que distintas formas de desigualdad y opresión se relacionan entre sí¹⁸⁵. Es comprender, tal y como nos lo especifica Rodó-Zárate en “La herida interseccional¹⁸⁶”, cómo el heteropatriarcado, el capitalismo, el racismo, la supremacía blanca o el **capacitismo** se entrecruzan configurando formas concretas de desigualdad, discriminación y violencia en personas posicionadas de forma distinta.

En tal sentido, podríamos definir que la interseccionalidad es habitualmente entendida como un “cruce de caminos”, una vida atravesada por múltiples elementos, que podrían ser la clase social, la raza o el género, que son las tres variables que se han estudiado tradicionalmente en la teoría interseccional¹⁸⁷, y las que a lo largo de la historia han generado desigualdades y discriminaciones sociales¹⁸⁸. Esas categorías de diferenciación pasan a complementarse con una cuarta, que es la biopolítica de los cuerpos. Puede entenderse que estas cuatro categorías describen relaciones de poder asumidas para cada una de ellas¹⁸⁹.

En consecuencia, este enfoque se vuelve más dinámico al considerar que no existe una sola causa de discriminación, sino una “maraña de interrelaciones que conforman las experiencias complejas de las personas y de las estructuras sociales que organizan nuestras vidas”¹⁹⁰.

Las personas expertas señalan, a propósito de ello, que la interseccionalidad debe entenderse como “estructural” y política”. La primera, “interseccionalidad estructural”, se refiere a la experiencia directa que tienen las personas de cómo las intersecciones entre diferentes desigualdades pueden afectar estructuralmente sus

¹⁸² Crenshaw es una jurista estadounidense que publicó un trabajo en el año 1989, considerado como un referente trascendental en el tema de la interseccionalidad.

¹⁸³ SOTELO, X. *Hacia la interseccionalidad: diferencias dentro de diálogos interculturales anglo-europeos* (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2012.

¹⁸⁴ BARRÉRE UNZUETA, M. Á. “La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas”, *Revista vasca de administración pública*, 87-88, 2010, pp. 225-252.

¹⁸⁵ GOÑALONS PONS, P. y MARX FERREE, M. “Practicando la interseccionalidad en España”, *Quaderns de Psicologia*, 16(1), 2014, pp. 85-95.

¹⁸⁶ RÓDO-ZÁRATE, M. “La herida interseccional”, *Píkara online magazine*, 2021. Disponible en <https://www.pikaramagazine.com/2021/05/la-herida-interseccional/>

¹⁸⁷ PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas). “Marañas con distintos acentos: Género y Sexualidad en la Perspectiva Interseccional”, *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 5, 2013, pp. 44-52.

¹⁸⁸ STOLCKE, V. “¿es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad... y la naturaleza para la sociedad?”, *Política y Cultura*, 14, 2000, pp. 25-60.

¹⁸⁹ KLEBA LISBOA, T. y LOLATTO, S. “Políticas públicas con transversalidad de género. rescatando la interseccionalidad, la intersectorialidad y la interdisciplinariedad en el trabajo social”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 26(2), 2013, pp. 409-419.

¹⁹⁰ Para el caso que nos ocupa, resulta interesante: PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas): “Metáforas y articulaciones para una pedagogía crítica sobre la interseccionalidad”, *Quaderns de Psicologia*, 16(1), 2014, pp. 55-72.

Queda en evidencia que no existe una sola causa de discriminación sino que existe una “maraña” de interrelaciones que llegan a afectar a mujeres y hombres con DFM; es así, como encontramos que el hecho de ser mujer u hombre, tener una DFM y ser homosexual, implica que se encuentre un número de inconvenientes, dificultades o imposibilidades para realizarse. Sobre ello: GONZÁLEZ AMAGO, J. *Re-inventarse. La doble exclusión: vivir siendo homosexual y discapacitado*, CERMI, Madrid, 2005.

oportunidades económicas, políticas y sociales, creando desventajas para sujetos que se encuentran en el punto de intersección entre desigualdades concretas.

En lo que respecta a la "interseccionalidad política" es la relevancia que las intersecciones entre desigualdades tienen para la estrategia política de instituciones y movimientos sociales, en el sentido que las estrategias políticas que se dirigen a una desigualdad concreta por lo general no son neutrales hacia las demás desigualdades¹⁹¹. En torno a ella, Cruells López¹⁹² subraya que el alcance de este concepto se ha ido ampliando a lo largo de las dos últimas décadas y con base en ello se continúa dando a conocer que la praxis jurídica y política que segmenta sistemáticamente el problema de la desigualdad en distintas dimensiones no es capaz de ofrecer una solución a la desigualdad interseccional y de captar la complejidad de los procesos de producción de la desigualdad.

Las teorías sobre la raza, la etnicidad, el género y la clase social, poco a poco se fueron extendiendo a otras categorías, entre ellas la DFM¹⁹³. De esta manera, se planteó que, desde la perspectiva de la interseccionalidad, la construcción social del género y las discriminaciones asociadas a la misma, interactuando con otras como la aplicada a la DFM, desembocan en situaciones de múltiple discriminación¹⁹⁴. En realidad, en el proceso de esa extensión, la interseccionalidad fue intuita por algunas mujeres con DFM que reivindicaban sus derechos no solo como personas con DFM, sino también como mujeres, y por encima de todo, de mujeres con DFM.

En ese caso, no es fortuito señalar que la estrategia de introducir el enfoque de género en el trabajo que se realizaba en las organizaciones sociales del sector, fue el catalizador que puso en marcha otra forma de abordar las situaciones de exclusión y opresión, donde la DFM o el género, ya no eran los únicos ejes relevantes, sino que era necesario poner atención a la interrelación de otros constructos sociales que también normativizaban la vida de estas mujeres¹⁹⁵.

En ese contexto, las mujeres con DFM han tenido que hacer un doble esfuerzo para visibilizar la discriminación interseccional por razón de género y DFM, planteando una crítica a los modelos sexista y del cuerpo capaz imperante (entiéndase esta crítica al *ableism*)¹⁹⁶, haciendo patente que estas opresiones solapadas reclaman formas de superación específicas¹⁹⁷.

En el planteamiento de esa crítica, muchas mujeres con DFM de numerosos países, han destacado que ni las políticas feministas ni las acciones a favor de la inserción

¹⁹¹ LOMBARDO, E. "Interseccionalidad de género en la política de la Unión Europea". *Integración europea y género* (Coord.). GIMÉNEZ COSTA, A., PASTOR GOSÁLBEZ, M. I. y ROMÁN MARTÍN, L. Editorial Tecnos, 2014.

¹⁹² CRUELLES LÓPEZ, M. *La Interseccionalidad Política: Tipos y factores de entrada en la agenda política, jurídica y de los movimientos sociales* (Tesis Doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2015.

¹⁹³ En ese sentido diríamos que la interseccionalidad es una forma de descentralizar el feminismo; el feminismo sin interseccionalidad es incoherente: no se puede luchar contra una forma de opresión, si se ignora otra. En torno a ello: CECILIASON, Alexander: Las aventuras del feminismo interseccional sueco, *Pikara*, (14 de julio de 2014). Disponible en <https://www.pikaramagazine.com/2014/07/las-aventuras-del-feminismo-interseccional-sueco/>

¹⁹⁴ Enredando. *Red de mujeres con discapacidad*, 58, 2012, p. 19.

¹⁹⁵ Consideramos que el siguiente texto resume de manera explícita lo concerniente al tema de la interseccionalidad en relación con el género, DFM y otras categorías de diferenciación: CABALLERO PÉREZ, I. "Interseccionalidad". *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad – Manual. Volumen II.* (Dir.) Peláez Narváez, A. y Villarino Villarino, P. Grupo Editorial Cinca, 2013.

¹⁹⁶ Término que en castellano significa capacitismo, y conlleva a la formación de prejuicios, estereotipos y actitudes negativas hacia las personas con DFM; lo que conduce a que sean discriminadas. Para una mayor consulta en relación con el término: HUTCHEON, E. y WOLBRING, G. "De-construyendo el concepto de resiliencia usando lentes "ableístas": Implicaciones para las personas con diversidad funcional", *Dilemata*, 11, 2013, pp. 235- 252.

¹⁹⁷ CÓZAR GUTIÉRREZ, M. Á. (Dir.): *Autodiagnóstico de la situación de las mujeres con discapacidad en Andalucía*, Dirección General de Personas con Discapacidad. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Junta de Andalucía, Sevilla, 2012.

de las personas con DFM se han parado a pensar en acciones específicas cuando convergen los dos factores¹⁹⁸.

2.1.5. Desigualdad y Exclusión Social

La existencia de un sistema donde se reconocían los derechos diferenciados en función del grupo al cual se pertenecía condujo a que la ciudadanía de las personas con DFM fuese una "ciudadanía diferenciada"¹⁹⁹ o una "ciudadanía de baja intensidad"²⁰⁰. De donde se infiere que la DFM sea considerada como una problemática que tiene consecuencias personales, familiares y sociales que llevan a la exclusión social²⁰¹. A continuación; de acuerdo con lo anterior, vamos a esbozar por qué amerita hablar de desigualdad y exclusión social²⁰² en relación con las mujeres y hombres con DFM.

Sobre ello, iniciamos destacando que desigualdad y exclusión social son términos que se encuentran entrelazados. Debemos agregar que se considera que la justicia tiene mucho que ver con ellos, ya que, a lo largo de la historia, se ha tratado de asociarlos en función de los diversos proyectos políticos de organización social²⁰³.

Porras Porras²⁰⁴ plantea que la desigualdad es antinómica con la igualdad, se origina en la diversidad humana, y tiene que ver con el desarrollo existencial de las personas y la estructura de derechos y libertades de la sociedad. Además de ello, señala que tiene una connotación objetiva y otra normativa, pero su comprensión abarca la evaluación del mercado y la posibilidad de la ampliación del bienestar. Huete García²⁰⁵ refiere que el uso de la expresión *exclusión social* surge, en principio, como una nueva forma de referir la marginalidad. Para ello, Marco Fabre²⁰⁶ la define como un concepto amplio que puede referirse a varios aspectos y dimensiones de la realidad social.

¹⁹⁸ DÍAZ FUNCHAL, E. *El reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2013.

¹⁹⁹ Al respecto: KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Editorial Paidós, Barcelona, 1996.

²⁰⁰ GÓMEZ RODRIGUÉZ, E. "Ciudadanía y enseñanza de las ciencias sociales". *Formación de la ciudadanía: las TIC y los nuevos problemas*, Asociación Universitaria de Profesores de Didáctica de las Ciencias Sociales (Eds.) Pérez I Pérez, D. y Vera Muñoz, M. I. Asociación Universitaria de Profesores de Didáctica de las Ciencias Sociales, 2004.

Un claro ejemplo de lo señalado es el art. 80 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay que establece que la ciudadanía se suspende "por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente". Para mayor estudio, consultar: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>

²⁰¹ BARRERA PARDO, O., GUTIÉRREZ DUQUE, M., MORENO FERGUSON, M. E., RAMÍREZ, L. Y. y RODRÍGUEZ, M. C. "¿Qué significa la discapacidad?", *Revista Aquichan*, 6(1), 2006, pp. 78-91.

²⁰² En torno a este tema; Young, nos plantea que vivimos en una *sociedad bulímica* (que absorbe y rechaza), en la que se producen dos fuerzas simultáneas, la inclusión y la exclusión, ya que la masiva inclusión cultural está acompañada por una exclusión sistemáticamente estructural. Al respecto: YOUNG, J. *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

²⁰³ Para profundizar en el tema de la desigualdad y exclusión se recomienda la lectura de: DI CASTRO, E. "Desigualdad, exclusión y justicia global", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 43, 2010, pp. 459- 478.

²⁰⁴ PORRAS PORRAS, T. "Desigualdad, justicia y poder en América Latina", *Apuntes del CENES*, 25(40), 2005, pp. 171-192.

²⁰⁵ HUETE GARCÍA, A. "Los presupuestos de la inclusión: acceso a bienes sociales, ejercicio de derechos, condiciones y calidad de vida". *Sociedad civil, inclusión social y sector fundacional en España* (Ed.) Pérez Bueno, L. C., Grupo Editorial Cinca, 2014.

²⁰⁶ Para ampliar sobre las ideas del concepto de exclusión social, consúltese: MARCO FABRE, M. "Consideraciones en torno al concepto de exclusión social", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 11, 2000, pp. 10-21 y HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. y RAYA DIEZ, E. "Acompañar los procesos de inclusión social. Del análisis de la exclusión a la intervención social", *Trabajo Social*, 16, 2014, pp. 143-156

Motivo por el cual, algunas autoras²⁰⁷ refieren que no es sólo la insuficiencia de recursos financieros, sino que se acompaña de una acumulación de límites (educativos, sanitarios, de vivienda, empleo...) que impiden a las personas o grupos que los padecen acceder a bienes y derechos considerados básicos, y participar en la vida social; en definitiva, constituirse como ciudadanas²⁰⁸. Gomá y Subirats²⁰⁹ señalan que la exclusión social es un concepto estrella para dar cuenta de las especificidades de las actuales situaciones de desventaja social provocadas por los efectos de las transformaciones en curso.

En lo que respecta a la apropiación de dicho concepto en España, podemos subrayar que comenzó a utilizarse en la década de 1970 para hacer referencia a la situación de las personas no cubiertas por la Seguridad Social, entre las que se encontraban las mujeres y los hombres con DFM, víctimas de abusos, malos tratos, toxicómanas, delincuentes, familias mono-parentales, etc. A partir de ese momento; el término ha ido reemplazando a otros, tales como inserción, integración o, incluso, pobreza²¹⁰.

Dicho lo anterior, empezamos por considerar que las personas son desiguales de acuerdo con innumerables criterios²¹¹. En este caso, el tipo de desigualdad que nos interesa aquí es la producida por el hecho de ser mujer/hombre y tener una DFM²¹²; para lo cual destacamos que la relación existente en materia de exclusión social y DFM, es propia de procesos multidimensionales, marcados por acumulaciones históricas, que llevan insertas conflictos pasados²¹³.

Como queda en evidencia, dentro de los motivos que generan desigualdad, o exclusión social, encontramos el hecho de tener ciertas enfermedades²¹⁴ o defectos

²⁰⁷ Para una revisión del tema: DÍAZ, L., GIMÉNEZ, L., GIMÉNEZ, M., GOMÁ, R. y OBRADORS, A. *Buenas prácticas para la inclusión social*, Institut de Govern i Polítiques Públiques, Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en <https://bit.ly/2z2JZkg>

²⁰⁸ En ese caso añadimos lo planteado por Valverde en cuanto a que esos términos “no son un tipo de comportamiento, sino una situación en la que se encuentra la persona, y casi siempre de forma pasiva; es decir, la persona no decide estar excluida, sino que lo está por su pertenencia a un grupo”. Para abordar en profundidad el tema en mención, resulta interesante: VALVERDE, J. *Exclusión Social. Bases teóricas para la intervención*, Editorial Popular, Madrid, 2014.

²⁰⁹ GOMÁ, R. y SUBIRATS, J. (Dir.). *Un paso más hacia la inclusión social. Generación de conocimiento, políticas y prácticas para la inclusión social*, Instituto de Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2004.

²¹⁰ Para leer una magnífica síntesis en relación con el tema de la exclusión social, resulta interesante la siguiente consulta: RAYA DÍEZ, E. “Exclusión social y ciudadanía: claroscuros de un concepto”, *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 9, 2004, pp. 1-18.

²¹¹ RÍOS-RULL, J. V. “Desigualdad, ¿qué sabemos?”, *Investigaciones económicas*, XXVI(2), 2002, pp. 221-254.

²¹² Atendiendo a estas consideraciones, se puede señalar lo planteado en el “Manifiesto de Tenerife” (documento con el que se cerró el primer Congreso Europeo de Vida Independiente, celebrado en Tenerife, en abril de 2003, y en el que las 400 personas que participaron, procedentes de diversos países de Europa, plasmaron los Principios de Vida Independiente e identificaron sus principales necesidades y reivindicaciones) en cuanto a que la desigualdad que sufre este colectivo, la cual se origina por circunstancias fundamentalmente socio-culturales, sigue siendo una labor pendiente que exige que sus necesidades sean tenidas en cuenta en todas las actividades del sector público. Dicho Manifiesto puede consultarse en <http://www.independentliving.org/docs6/tenrife20020426sp.html>

²¹³ CÓRDOBA, P. A. “Discapacidad y exclusión social. Propuesta teórica de vinculación paradigmática”, *Tareas*, 129, 2008, pp. 81-104.

²¹⁴ En este sentido cabe señalar la exclusión social de las personas que padecían lepra. Foucault, en “Los anormales”, destaca que la exclusión de las leprosas-leprosos era una práctica social que implicaba en principio una división rigurosa, una puesta a distancia, una regla de no contacto entre una individuo-o (o un grupo de individuos-os) y otra-o. Se trataba, por otra parte, de la expulsión de esas individuos-os hacia un mundo exterior, confuso, más allá de las murallas de la ciudad, más allá de los límites de la comunidad. Constitución, por consiguiente, de dos masas ajenas una a la otra. Y la que era echada, lo era en sentido estricto hacia las tinieblas exteriores. Continúa especificando que esta exclusión implicaba la descalificación- tal vez no exactamente moral, pero en todo caso sí jurídica y política- de las

físicos. A ello se debe añadir el sexo, ya que las mujeres de cualquier condición estaban por debajo de los hombres de su propia clase o grupo²¹⁵. Aquí hemos de señalar que el trato discriminatorio se presenta por situaciones que se muestran contrarias a las utilidades sociales, que los mecanismos por los que se hace visible la exclusión es la generación de procesos de inadaptación social. Proceso que se define como la incapacidad para cumplir una tarea o asumir un rol previsto, esperado o prescrito por la sociedad. Esta inadaptación puede ser provocada por las diferencias entre las aspiraciones o normas que cumple un individuo y las exigencias o normas de la sociedad. Ciertamente está en el lenguaje común, y está referida a diferentes categorías de personas, y que estas categorías están etiquetadas en función de su forma de inadaptación, dentro de las cuales se encuentran las personas con DFM²¹⁶.

Comprendemos que, producto de esa inadaptación, al examinar las dimensiones en que se hace operativo el concepto de exclusión social, y comparando la población con o sin DFM, se compruebe que las personas con dicha especificidad suelen aparecer como un colectivo que permanece en clara situación de discriminación²¹⁷. En relación con la discriminación directa por motivo de la DFM²¹⁸, observamos que la CDPD plantea en el art. 2, que se entenderá la discriminación por este motivo "cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables".

Atendiendo a estas consideraciones, también observamos que el CESC en la Observación general Nº 5²¹⁹, establece que la discriminación contra las personas con DFM²²⁰ existe desde hace tiempo y reviste formas diversas que van desde la discriminación directa, a formas más "sutiles" de discriminación, como por ejemplo la segregación, y el aislamiento. Por tal motivo, definió este tipo de discriminación como "toda distinción, exclusión, restricción, preferencia o denegación de ajustes razonables sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el

individuos-as así excluidas-os y expulsadas-os. Entraban en la muerte y su exclusión iba acompañada regularmente por una especie de ceremonia fúnebre durante la cual se declaraban muertas-os (y, por consiguiente, sus bienes eran transmisibles) a las individuos-as que padecían la enfermedad e iban a partir hacia ese mundo exterior y extranjero. Se trababa, en efecto, de prácticas de exclusión, de rechazo, de marginación: FOUCAULT, M. *Los anormales. Curso del Collège de France (1974-1975)*, Ediciones Akal, Madrid, 2001.

²¹⁵ VINYOLÉS, T. "Niñas marginadas, mujeres marginadas. Las niñas en los documentos catalanes medievales". *Estudios sobre la mujer. Marginación y desigualdad* (Eds.) Barranquero Texeira, E. y Jimenez Tomé, M. J., Universidad de Málaga, 1994.

²¹⁶ BUENO ABAD, J. R. "Concepto de representaciones sociales y exclusión", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 11, 2010, pp. 24-47.

²¹⁷ HUETE GARCÍA, A. "La exclusión de la población con discapacidad en España. Estudio específico a partir de la Encuesta Social Europea", *Revista Española de Discapacidad* 1(2), 2013, pp. 7-24.

²¹⁸ Para un estudio pormenorizado de la discriminación basada en la DFM en España, consúltese: HUETE GARCÍA, A. y JIMÉNEZ LARA, A. *La discriminación por motivos de discapacidad. Análisis de las respuestas recibidas al Cuestionario sobre Discriminación por motivos de Discapacidad promovido por el CERMI Estatal*, CERMI, Madrid, 2002.

²¹⁹ Naciones Unidas. Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación general Nº 5: Las personas con discapacidad*, 1994. Disponible en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>

²²⁰ En lo que corresponde a la discriminación de las personas con DFM podemos destacar lo señalado por Bariffi y Palacios, en cuanto a que pueden ser discriminadas "por motivos de" o "sobre la base de" la DFM, no teniendo ellas mismas una DFM, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que la tienen; un claro ejemplo de ello puede ser una desfiguración facial: BARIFFI, F. J. y PALACIOS, A. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2007.

reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de los derechos económicos, sociales o culturales”.

No es extraño, pues, que la DFM sea un condicionante para la exclusión y que, a su vez, esté más presente en contextos de exclusión y vulnerabilidad social. Lo que nos lleva a decir que existe una fuerte correlación entre DFM y exclusión de la ciudadanía, que se observa en cuatro ejes fundamentales: la negación de la participación política, la educación, la vivienda y la salud²²¹.

En ese sentido, el estudio realizado sobre “discapacidad y exclusión social en la UE”²²² muestra claramente que lo anterior se debe a las barreras físicas, legales, financieras y de actitud a las que se tienen que enfrentar diariamente las personas con DFM. Además, tienen que enfrentarse a la exclusión social desde la edad más temprana debido a la discriminación y a las barreras que existen en la sociedad. Por otro lado, su participación social está gravemente limitada a causa de las barreras físicas y de actitud que les impiden participar en la vida de la comunidad o incluso ejercer sus derechos como ciudadanas.

Existe, por tanto, una relación que podría definirse como bidireccional entre DFM y exclusión social. Por una parte, las personas que conviven en contextos de privación, infravivienda, empleo precario, etc., están sometidas a un riesgo más alto de adquirir una DFM. A la vez, la circunstancia de la DFM actúa como un factor precursor de exclusión, ya que las oportunidades de acceso al empleo, educación, atención sanitaria, vivienda o participación social, entre otras, son menores²²³.

Lo que es lo mismo, existe una relación directa entre pobreza y DFM y entre DFM y pobreza. Relación que se debe, a ciertas causas. Una es que la pobreza produce DFM, ya que esta puede aparecer como consecuencia de una alimentación inadecuada o desnutrición, así como por falta de cuidados sanitarios o enfermedades que podían haberse evitado, en cuyo caso se debe destacar la falta de prevención. Otra va encaminada a que la discriminación que se deriva de la DFM lleva a la exclusión, la marginación, la falta de estudios, el desempleo; entre otros factores negativos; y todos ellos aumentan el riesgo de pobreza. Lo que debe interpretarse que estas personas tienen más probabilidades de tener un nivel de ingreso por debajo del umbral de la pobreza, y poseen menos ahorros y propiedades que el resto de la población²²⁴. Si se analiza su situación en los países en vía de desarrollo, encontramos que los sistemas de apoyo a la DFM están muy por debajo de lo necesario en cuanto a recursos o bien simplemente inexistentes. Donde existen servicios básicos, la mayoría no tiene la capacidad de ahorros suficientes para costárselos²²⁵.

En concreto, en el “Informe sobre el Estado de la Pobreza, 2020”²²⁶; se destaca que la población con DFM presenta valores extraordinariamente más elevados en cuanto a pobreza, pobreza severa, privación material severa y Baja Intensidad de Empleo que el resto de la población y, además, registran un importante deterioro en la mayoría de los indicadores señalados con antelación; lo que ha provocado un aumento de la brecha entre ambos grupos de población.

²²¹ DÍAZ VELÁSQUEZ, E., FERREIRA, M., RODRÍGUEZ DÍAZ, S., y TOBOSO MARTÍN, M. *Invisibilidad, marginación y exclusión social: las personas con discapacidad en España*, Asociación Española de Sociología de la Discapacidad, Madrid, 2011.

²²² PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Discapacidad y exclusión social en la Unión Europea. Tiempo de cambio, herramientas para el cambio. Informe definitivo*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2003.

²²³ PÉREZ BUENO, L. C. *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2010.

²²⁴ MARTÍNEZ RÍOS, B. “Pobreza, discapacidad y derechos humanos”, *Revista Española de Discapacidad*, I(I), 2013, pp. 9-32.

²²⁵ BARNES, C. “Discapacidad, política y pobreza en el contexto del “Mundo Mayoritario”, *Política y Sociedad*, 47(1), 2010, pp. 11-25.

²²⁶ LLANO ORTIZ, J.C. *EL ESTADO DE LA POBREZA. seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019*, European Anti-Poverty Network (EAPN), Madrid, 2020.

En consonancia con lo anterior; el "VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, 2019"²²⁷, visibiliza que ciertamente hay una íntima relación entre DFM y exclusión social, es así como el 30% de las personas con DFM se encuentran en situación de exclusión social y un 16% en exclusión social severa, el doble que las personas sin DFM.

Debido a la importancia del tema, todavía cabe señalar que el "Informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad, España, 2019"²²⁸, especifica que la exclusión social impacta en el 30% de las personas con DFM y que sí existen diferencias significativas a la hora de analizar la exclusión social e implementar políticas de lucha en su contra en cuanto si la DF es manifiesta, o no. Con lo anterior enfatizan en que por cada persona que la DF no es manifiesta y se encuentra en exclusión social hay 1,6 personas cuya DF es manifiesta en se mismo estado de exclusión. Con ello remarkan que se constata la asociación entre DFM y precariedad social. No solo porque el 16% de estas personas están en una situación de exclusión severa, sino porque esta tasa es casi el doble (1,9/1) de la de las personas cuya DF no es manifiesta (8,9%), razón que, aunque menor, se mantiene en el caso del grupo de la exclusión moderada (1,4/1). Razón por la que concluyen que la DFM puede llegar a ser "la exclusión dentro de la exclusión".

Al afirmar que el sexo unido a ciertas enfermedades o defectos físicos era motivo para desencadenar un trato discriminatorio, se puede señalar que uno de los criterios que influye en todo este proceso de desigualdad y exclusión social es el que se conoce como "normalismo". Término que se viene utilizando para poner de relieve cómo los entornos y espacios se diseñan tomando en cuenta como criterio o referencia a un ser "humano estándar". Ello quiere decir que se toma como modelo a un hombre joven y sin DFM²²⁹.

Con respecto a ese punto debemos agregar que los elementos de ese modelo de ser humano "normal" están bien claros: el género, que durante siglos ha excluido a la mayor parte de la población que no fuera varón, lo mismo sucedía con los otros dos parámetros del ser humano normal: el adulto con capacidad de trabajo, es decir, la capacidad de trabajo que excluía a "las personas discapacitadas"²³⁰.

Las desigualdades de género que cruzan la sociedad revierten también en los procesos de exclusión²³¹, por lo cual, el cruce de dos factores de desigualdad, como son el género y la DFM, acentúan las situaciones de exclusión. Dicho de un modo un tanto "directo", si al hecho de ser mujer, le sumamos la DFM; el "techo de cristal" se hace más bajo²³², es decir, las barreras psicosociales ejercen una presión enorme sobre ellas cuando intentan autorrealizarse como mujeres más allá de la DFM²³³.

Lo curioso es que el marco legal ha incorporado progresivamente la igualdad entre sexos y se han logrado avances relevantes en una amplia gama de indicadores sociales en el campo de la educación o la participación política²³⁴. En ese sentido, si destacamos la representación política por parte de las mujeres con DFM tenemos que

²²⁷ FUNDACIÓN FOESSA. *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España, 2019*, Cáritas Española Editores, Madrid, 2019.

²²⁸ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES CON DISCAPACIDAD: *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2019*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2020.

²²⁹ BUSTAMANTE, C. y CABALLERO, I. "Sabías que... el deseo", *Enredando. Red mujeres con discapacidad*, 54, 2012, p. 9.

²³⁰ LÓPEZ TORRIJO, M. y VEGA FUENTE, A. "Personas con discapacidad: desde la exclusión a la plena ciudadanía", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 5(1), 2011, pp. 123-155.

²³¹ DAMONTI, P. "Exclusión social y género: un análisis de la realidad contemporánea", *Zerbitzuan*, 57, 2014, pp. 71-89.

²³² PARRILLA LATAS, Á. (Dir.) *La construcción del proceso de exclusión social en las mujeres: origen, formas, consecuencias e implicaciones formativas*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2004.

²³³ ARNAU RIPOLLÉS, M. S. "Otras voces de mujer: El feminismo de la *diversidad funcional*", *Asparkia*, 16, 2005, pp. 12-26.

²³⁴ ARANGO CALA, L. V., BALIBREA MELERO, E., CASTRO LARGO, R. M., LÓPEZ YESTE, A. y SANTOS ORTEGA, A. *Mujeres en forma contra la exclusión*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.

subrayar que han visto limitadas sus posibilidades de acceso a puestos de responsabilidad y a una mayor participación en los mecanismos de adopción de decisiones, incluso en aquellos momentos en los que la tendencia general ha sido de apertura hacia las mujeres en ámbitos hasta ahora vedados para ellas²³⁵. Esto demuestra que, si a las desigualdades de género le sumamos la desigualdad que produce la DFM, las dificultades de acceso a la toma de decisiones en el ámbito público se agravan considerablemente²³⁶.

Todo lo dicho hasta ahora queda sintetizado en el trabajo de Laparra y Pérez Eransus, titulado "La exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación"²³⁷, donde destacan que las personas cuya DFM le genera una limitación en la realización de las actividades básicas de la vida diaria; dicha situación supone un factor importante a la hora de explicar la incidencia de los procesos de exclusión, sobre todo los de carácter más moderado, y especialmente en las mujeres.

3. Derechos Humanos

El anterior epígrafe necesariamente conlleva hacer referencia a un tema tan importante como es el de los DH. Empezaremos por considerar que el sistema de DH sigue evolucionando incorporando nuevos colectivos que son discriminados u oprimidos en el mundo²³⁸. Al tratar de definir lo que es este sistema, puede afirmarse, con todo rigor, que son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y a los grupos contra acciones y omisiones que interfieren con las libertades y los derechos fundamentales y con la dignidad humana²³⁹. Pueden ser considerados uno de los productos acabados de la praxis liberal. Incluso, podría mantenerse que constituyen la plasmación de una de las versiones de la ética liberal²⁴⁰. Dentro de sus características encontramos la universalidad²⁴¹,

²³⁵ CÓZAR GUTIÉRREZ, M. Á. "Liderazgo de las mujeres con discapacidad. Una propuesta de capacitación". Disponible en http://www.quadernsdigitals.net/index.php?accionMenu=hemeroteca.DescargaArticuloIU.des+carga&tipo=PDF&articulo_id=6393.

²³⁶ ASSOCIACIÓ DONES NO ESTÁNDARDS: *Indicadores de exclusión social de mujer y discapacidad*, Barcelona, 2002.

Lo señalado no se debe explicar solamente en términos de barreras arquitectónicas sino que es necesario tener en cuenta que el hecho de entrar en la vida pública conlleva actitudes de pena y hostilidad. No cabe duda que en ello influye la "naturalización de las barreras sociales" y la "opresión internalizada". Entendiendo por la primera, que es muy frecuente comprobar cómo los estereotipos incapacitantes o definiciones en negativo acerca de estas mujeres, son asumidas y aceptadas finalmente por ellas. Por su parte, la "opresión internalizada", hace referencia a que las personas se convierten en esclavas de los arquetipos socialmente difundidos sobre las mujeres con DFM: SUSINOS RADA, T. "Mujeres (dis)capacitadas o la construcción social de un yo deficitario e incompleto". *Mujeres en la Periferia. Algunos debates sobre género y exclusión social*, Icaria Editorial, (Eds.) Calvo Salvador, A., García Lastra, M. y Susinos Rada, T. Icaria Editorial, 2006.

Si hacemos referencia a la exclusión social en este colectivo, también podríamos decir que soportan las cinco caras de la opresión: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y la violencia. Sobre las formas de opresión, ver: YOUNG, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.

²³⁷ LAPARRA, M. y PÉREZ ERANSUS, B. (Coord.) *La exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*, Fundación Foessa – Caritas Española Editores, Madrid, 2008.

²³⁸ ROMANACH CABRERO, J. "Diversidad funcional y Derechos Humanos en España: un reto para el futuro", *Dilemata*, 2, 2010, pp. 71-87.

²³⁹ NACIONES UNIDAS. *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York-Ginebra, 2012.

²⁴⁰ VELARDE QUEIPO DE LLANO, C. "Individualismo, universalismo y derechos humanos", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, 1999, pp. 211-238.

²⁴¹ Cabe anotar, que según Ruiz Miguel, la universalidad de los DH es un sinónimo que hace referencia a imparcialidad y a la vocación de aceptabilidad como algo justo para todas las

indivisibilidad e interdependencia; lo que significa que todas las personas, sin distinción alguna, son sujetos de estos derechos²⁴².

La Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁴³ establece que *todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*, y toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo²⁴⁴, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, *nacimiento o cualquier otra condición*.

Asimismo, el PIDESC²⁴⁵ reconoce que no puede realizarse el ideal del *ser humano libre, liberado del temor y de la miseria*, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de los derechos económicos, sociales y culturales. Por esa razón, los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos establecidos en él.

Por otra parte, el PIDCP²⁴⁶ establece que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana, y los Estados Partes se comprometen a garantizar a mujeres y hombres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente pacto.

Lo que quiere decir que estos documentos constituyen en su conjunto la "Carta Internacional de los Derechos Humanos"²⁴⁷, y promueven y protegen los derechos de todas las personas; incluidas las personas con DFM.

A nivel europeo, la protección de estos derechos se encontraba recogida en la fallida Constitución Europea (art. I-9)²⁴⁸, que establecía que la UE se fundamenta en el respeto de los DH, incluidos los derechos de las *personas pertenecientes a minorías*. Alrededor de ello se especifica que estos valores son comunes a todos los Estados miembros debido a que nos encontramos en una sociedad que está caracterizada por el *pluralismo*²⁴⁹.

personas: RUIZ MIGUEL, Alfonso: Derechos Humanos y comunitarismo: aproximación a un debate, *Doxa*, 12, (1992), pp. 95-114.

²⁴² LASA, L. y SEPULVEDA, C. A. *El derecho de asilo frente a la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Bilbao, 2009.

²⁴³ Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución 217 A (III), el día 10 de diciembre de 1948. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))

²⁴⁴ Para profundizar en los DH de las mujeres, consúltese: LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M. "Sinergia feminista por los derechos humanos de las mujeres". (Dir.) Hegoa-Universidad del País Vasco: *Actas. Encuentro: Feminismos en la agenda del desarrollo*, Bilbao, 2010.

²⁴⁵ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en <http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>. Ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE, núm. 103, de 30 de abril. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>)

²⁴⁶ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Disponible en https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr_sp.pdf. Ratificado por España el 13 de abril de 1977, y publicado en el BOE, núm. 103, de 30 de abril (*Ibidem*).

²⁴⁷ Al analizar la importancia de los DH con el bien común se pone de manifiesto la necesidad de velar por el bien común social integral y por el bien común político. El primero comprende todos los bienes que supone la vida de las personas en común. El segundo hace referencia aquella parte del bien común social integral que puede, y debe, ser promovido y tutelado por el Estado. Al respecto: POOLE, D. "Bien común y derechos humanos", *Persona y Derecho*, 59, 2008, pp. 97-133.

²⁴⁸ Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y que se publicó en el DOUE el día 16 de diciembre del año 2004 (DO C 310). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2004.310.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2004%3A310%3AFULL Rechazado en referéndum en Francia y Holanda y no llegó a entrar en vigor.

²⁴⁹ Al mencionar el término *pluralismo*, es necesario resaltar lo planteado por el profesor, Ruiz Retegui, en cuanto a que las personas necesitan de la pluralidad, y en ello radica la grandeza antropológica de la educación y de la cultura. Para mayor profundidad en el tema, dirigirse a: RUIZ RETEGUI, A. "La Ciencia y la fundamentación de la Ética. II: La pluralidad humana". (Dir.)

En lo que nos interesa ahora, que es presentar la DFM como una cuestión de derechos; la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los DH en el Informe del año 2021, titulado "Relación entre la efectividad del derecho al trabajo y el disfrute de todos los derechos humanos por las personas con discapacidad"²⁵⁰, especifica que nos encontramos en un modelo de la DFM basado en los DH para lo cual la CDPD adopta tal modelo.

En tal sentido, en la "Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación"²⁵¹, se subraya que en ese modelo se reconoce que la DFM es una construcción social y que las deficiencias no deben considerarse un motivo legítimo para denegar o restringir los DH. Según ese modelo, la DFM es uno de los diversos estratos de identidad. Por lo tanto, en las leyes y políticas basadas en ella se deben tener en cuenta la diversidad de estas personas. En este modelo también se reconoce que los DH son interdependientes, indivisibles y están relacionados entre sí.

Tomando en consideración lo anterior, queda por aclarar lo que respecta a la historia de la protección de los mismos. En ese sentido, se constata que la visión de la DFM llegó de forma muy tardía a las Naciones Unidas. Lo anterior significa que la interpretación que se hizo de los DH iba dirigida a las personas sin ningún tipo de DFM. Ello condujo a que no se pensase, debido al tipo de sociedad que hemos construido a lo largo de la historia, en los múltiples inconvenientes que pueden encontrar estas personas en su diario vivir. Por lo tanto, al hablar de seres libres e iguales en dignidad no se incluyó el libre desplazamiento al que tienen derecho las personas usuarias de silla de ruedas; el de las personas invidentes que utilizan el bastón, ya sea blanco, rojo y blanco, o verde; la institucionalización que pueden llegar a vivir y, junto con ella, los tratos inhumanos y degradantes....²⁵².

De lo anterior resulta que, desafortunadamente, mientras el proceso de especificación de los DH en Derecho Internacional fue avanzando a lo largo del siglo XX respecto de otros grupos de personas calificadas como vulnerables o desfavorecidas; los derechos de este colectivo fueron prácticamente dejados de lado. Así, históricamente, su protección se ha entendido como parte de la caridad o de la beneficencia y no como un reconocimiento justo –y exigible– de los derechos por parte de las personas titulares de los mismos.

Otra razón que justifica su retraso es la que hace referencia al aspecto pecuniario puesto que se considera que la exigibilidad de los derechos de este colectivo, en pie de igualdad con el resto de la ciudadanía, exige esfuerzos económicos importantes por parte de los Estados²⁵³.

Con el paso del tiempo, se fue cambiando de perspectiva en cuanto a los DH de estas personas. El cambio se debe a que se comprendió que las desigualdades no son hechos naturales, inevitables, o inalterables, y a que el compromiso esencial con el pensamiento y la práctica inclusivos se caracterizó por la intolerancia ante cualquier forma de discriminación²⁵⁴.

De entonces acá, se planteó que manejar un enfoque de DH implica tomarse en serio la idea que las personas con DFM son sujetos que poseen los mismos derechos

López Moratalla, N. *Deontología Biológica*, Facultad de Ciencias. Universidad de Navarra, 1987.

²⁵⁰ NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Relación entre la efectividad del derecho al trabajo y el disfrute de todos los derechos humanos por las personas con discapacidad*, 2021. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/46/47>

²⁵¹ NACIONES UNIDAS, 26 de abril de 2018. Disponible en <file:///C:/Users/user/Downloads/G1811908.pdf>

²⁵² URMENETA, X. "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 38(VIII), 2010, pp. 65-74.

²⁵³ NUÑEZ, P. T. "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 125-167.

²⁵⁴ BARTON, L. "Estudios sobre discapacidad y la búsqueda de la inclusividad. Observaciones", *Revista de Educación*, 349, 2009, pp. 137-152.

que el resto de la ciudadanía garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio²⁵⁵.

A la luz de la evidencia anterior, se estipuló que no son las personas con DFM quienes necesitan ser analizadas, sino la sociedad "capacitada"; de igual manera se aclaró que no se trata de educarles para la integración, sino de combatir el "minusvalismo institucional"²⁵⁶, por lo que promover, proteger y asegurar sus derechos es, por supuesto, hoy día, un objetivo de gran valor²⁵⁷.

Cabada Álvarez²⁵⁸ resalta que, desde el año 1950, la ONU plantea la promoción de sus derechos. Dicha labor comenzó en la década de los cincuenta, elaborándose proyectos dirigidos a la prevención y rehabilitación; en la de los sesenta, se publican estudios sobre aspectos legislativos y programas de rehabilitación. Es así como encontramos que en 1969; la Asamblea General adopta la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo social²⁵⁹ y afirma las libertades fundamentales y los principios de paz anunciados en la Carta de las Naciones Unidas, en cuyo art. 19 hace referencia a la integración de las personas con DFM en la sociedad²⁶⁰.

En la década de los setenta, se inician programas para apoyar la rehabilitación en los países en desarrollo, recomendando en ese aspecto la eliminación de las barreras arquitectónicas que obstaculicen su plena integración social. En los años ochenta, se llevan a cabo diversos simposios internacionales; en los noventa, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos²⁶¹, celebrada en Viena en 1993; en la parte II, párrafo 63, se establece que "todos los DH y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades"; y en el párrafo 64, se destaca: "el lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades....".

Por otra parte, en el "Programa de Acción"²⁶², aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, llevada a cabo en el Cairo en 1994; en el título específico a las personas con DFM, entre una de las medidas a visibilizarlas, en el párrafo 6.30 se establece que "Los gobiernos deberían examinar en todos los niveles las necesidades de las personas con discapacidad en sus aspectos éticos y de DH"

²⁵⁵ CUENCA GÓMEZ, P. "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y libertades*, 24, 2011, pp. 221-257.

²⁵⁶ OLIVER, M. "¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?". (Comp.) Barton, L. *Discapacidad y sociedad*, Ediciones Morata, 1998.

²⁵⁷ ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, 53, 2016, pp. 262-266.

²⁵⁸ CABADA ÁLVAREZ, J. M. "Los derechos de 650 millones de personas". (Coord.)

Álvarez Posua, L., Barberena Fernández, T., Evans Pim, J., Reboiras Loureiro, O. y Villanueva, J. *Comunicación y discapacidades. Actas do Foro Internacional*, Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia: Observatorio Galego dos Medios, Santiago de Compostela, 2007.

²⁵⁹ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969. Disponible en

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx>

²⁶⁰ Al hacer referencia a la integración de las personas con DFM en la sociedad, nos vemos en la necesidad de resaltar que, en la actualidad, su integración versa también sobre las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). El acceso diferenciado de estas personas a las TIC, implica una paradoja ya que forman uno de los colectivos que más podría beneficiarse de ellas, y al mismo tiempo, es quien experimenta más barreras en torno a ello. Más detalles en: CHIPRE, L., FERNÁNDEZ, M. y VIDAL, P. *Las TIC. Una oportunidad para la inclusión*, Observatorio de la Discapacidad Física, Barcelona, 2016.

²⁶¹ Documento disponible en https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

²⁶² Documento disponible en https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

En la misma década; en la "Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social"²⁶³, llevada a cabo en el año 1995, se destaca que "las personas con DFM, en demasiados casos, reducidas a la pobreza, el desempleo y el aislamiento social, constituyen una de las mayores minorías del mundo, más de una de cada diez personas", se asume en el compromiso 6 (n) que los Estados "nos esforzaremos porque todas las personas con discapacidades tengan acceso a la rehabilitación y a otros servicios para una vida independiente y a una tecnología de asistencia que les permita desarrollar al máximo su bienestar, independencia y participación en la sociedad".

De manera análoga, en la "Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos"²⁶⁴, pronunciada en 1996; en el párrafo 7 se señala que "como el ser humano es el aspecto más importante de nuestras preocupaciones respecto del desarrollo sostenible, es también la base de nuestra acción para dar efecto al Programa de Hábitat...propiciaremos el acceso sin restricciones de los discapacitados. Asumimos estos compromisos.... ante los grupos vulnerables y desfavorecidos que se mencionan en el Programa de Hábitat".

De igual modo; en el "Programa Hábitat"²⁶⁵, 1996; los Estados participantes se pronunciaron en torno a que "La discapacidad es parte de la vida normal. Las personas con discapacidad no siempre han tenido la oportunidad de participar plenamente y en condiciones de igualdad en el desarrollo y la gestión de los asentamientos humanos, comprendida la adopción de decisiones, a menudo a causa de barreras sociales, económicas, de actitudes y físicas, así como de la discriminación. Deben eliminarse esas barreras, y las necesidades y las preocupaciones de las personas con discapacidad deben quedar plenamente integradas en los planes y las políticas de vivienda y de asentamientos humanos sostenibles, a fin de que estas sean accesibles para todos" .

Y debido a la importancia de todo lo anterior, es decir, a la importancia de los DH de las personas con DFM; en la misma década a la que nos estamos refiriendo, la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de la Resolución 47/3²⁶⁶, proclama el día 3 de diciembre como día internacional de las personas con DFM.

De esta suerte es como, en los inicios de los dos mil; la ONU, en virtud de lo dispuesto en la Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001²⁶⁷, estableció un Comité Especial²⁶⁸ encargado de examinar propuestas relativas a una Convención Internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de este grupo poblacional²⁶⁹. Esa iniciativa condujo a la aprobación de la CDPD que

²⁶³ Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CONF.166/9>

²⁶⁴ Documento que puede ser consultado en <http://habitat.aq.upm.es/aghhab/adecllestambul.html>

²⁶⁵ Para su consulta acceder a <http://habitat.aq.upm.es/aghhab/aproghab.html>

²⁶⁶ Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/47/3>

²⁶⁷ Disponible en <http://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm>

²⁶⁸ El Comité sobre los derechos de las personas con DFM es el órgano de personas expertas independientes que supervisa la aplicación de la CDPD. Su página web se encuentra disponible en el siguiente enlace: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>.

La primera vez que se planteó seriamente la posibilidad de elaborar una CDPD fue en 1987 en una reunión de personas expertas encargadas de examinar la aplicación del Programa de Acción Mundial. De hecho, el primer esbozo fue presentado a la Asamblea General por Italia. Luego, también, Suecia hizo un nuevo intento, pero ninguno de los dos países tuvo éxito. Esto fue así hasta que el presidente de México, en el transcurso del debate general correspondiente a la Sesión núm. 56 de la Asamblea General, propuso el establecimiento de un "Comité Especial" a los fines de analizar la posible elaboración de una Convención específica sobre DFM. La idea fue apoyada por muchas ONG internacionales y nacionales dedicadas a la protección de los derechos de las personas con este perfil: DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A. "Los grandes hitos de la protección de las personas con discapacidad en los albores del Siglo XXI", *Revista de Documentación Administrativa*, 272, 2005, pp. 291-338.

²⁶⁹ Situación de la CDPD y el protocolo facultativo de esta. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>

consagra los DH y se enmarca dentro del desarrollo que ha tenido lugar en los casi setenta años de existencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Haciendo referencia a la UE; encontramos que, con el fin de luchar por los DH de las personas con DFM, en su Carta de los Derechos Fundamentales²⁷⁰, estipula en el art. 26, que reconoce y respeta el derecho de este grupo poblacional a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social, profesional y su participación en la vida comunitaria.

Además, por decisión del Consejo de Europa de 3 de diciembre de 2001, se establece el Año Europeo de las Personas con Discapacidad (2003)²⁷¹, cuyo objetivo primordial consiste en la sensibilización de los derechos que tienen estas personas a verse protegidas frente a la discriminación y a disfrutar plena y equitativamente de sus derechos. De igual manera, el Consejo de Europa persigue estos mismos objetivos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁷² para lo cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la máxima autoridad judicial para poder garantizarlos en toda Europa.

Con el propósito de continuar velando por los DH de estas personas, dentro de los 20 principios que conforman el "Pilar europeo de derechos sociales"²⁷³; en el número 17 se menciona su inclusión social para lo cual se señala que "tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades".

Para terminar con el ámbito regional; destacamos que en marzo de 2021, la Comisión Europea adoptó la "Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030"²⁷⁴. Para continuar con el objetivo de la defensa de los DH de las personas con DFM a nivel europeo, se señala que el fin de la Estrategia "es avanzar hacia una situación en la que, con independencia de su sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, edad u orientación sexual, todas las personas con discapacidad en Europa puedan hacer valer sus DH.

En cuanto al Estado Español; cabe destacar que, con el fin de velar por los DH de las personas con DFM²⁷⁵, aunque con una formulación superada por las nuevas tendencias en materia de protección de DH; la Constitución vigente es la primera del constitucionalismo español que dedica un precepto autónomo a los derechos de estas personas²⁷⁶. Concretamente, el art. 49 estipula que los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración²⁷⁷.

Para ello, tomando en consideración que la defensa de estos derechos sigue siendo imprescindible en todos los países, y también en España; y recordando que "el

²⁷⁰ Proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

²⁷¹ Decisión 2001/903/CE. Disponible en <https://bit.ly/1x6DvIy>

²⁷² Adaptado por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor en 1953. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Ratificado por España el 10 de octubre de 1979. Publicado en el BOE núm. 243, del 10 de octubre. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

²⁷³ Disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

²⁷⁴ <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes>

²⁷⁵ En referencia a los DH de las personas con DFM en España, consúltase: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*, Madrid, 2021.

²⁷⁶ ESCOBAR ROCA, G. (Dir.). *Federación Iberoamericana de Ombudsman. VII Informe sobre derechos humanos. Personas con discapacidad*, Editorial Trama, Madrid, 2010.

²⁷⁷ Basándose en que "La integración es el fin supremo de la política, y que el Estado -y el poder político en general- desempeñan un papel importante en ella": DUVERGER, M. *Sociología política*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.

abandono de los derechos conlleva riesgos para los grupos oprimidos”²⁷⁸, se señala que se les prestará la atención especializada que requieran.

Para poder lograrlo, se entendió que, si bien es cierto que las leyes han coadyuvado a la lucha por equiparar a este grupo social con el resto de la población; lo más importante era tener en cuenta que no sólo con las leyes se llega a generar condiciones efectivas de igualdad que repercutan directamente en este colectivo, sino que era de vital importancia crear organismos que asesoraran sobre el tema en cuestión²⁷⁹.

Con esas indicaciones, por medio de la Orden de 17 de Junio de 1999 se crea el Consejo Estatal de las Personas con Discapacidad (hoy, Consejo Nacional de la Discapacidad)²⁸⁰, regulado por el RD 1855/2009, de 4 de diciembre²⁸¹, cuyo fin es velar por la promoción de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Asimismo, mediante la Orden ESD/603/2009, de 4 de marzo, se creó la Comisión de Seguimiento para la Agenda Política de la Discapacidad y Promoción de la Autonomía Personal²⁸², cuya función principal va encaminada a prestar asesoría en cuanto a los objetivos que deben perseguir las políticas públicas sobre DFM y sobre los planes y programas de actuación para su cumplimiento.

Hemos dejado para el final, sin ser lo menos importante, la referencia a los DH de las mujeres con DFM. Como se ha señalado, la discriminación sufrida por estas mujeres es particularmente intensa, puesto que en ella confluyen la perspectiva de género y la DFM, ocasionando un efecto de excepcional desigualdad en la sociedad²⁸³.

En torno a ello, el 13º encuentro feminista de AL y el Caribe refiere que la discriminación sufrida por estas mujeres es producto de un modelo que todavía no ha llegado a subsanar los obstáculos que determinan la DFM en ellas²⁸⁴. Por esta razón, las siguientes líneas irán sacando a la luz que debido a la preocupación por compensar todas esas situaciones discriminatorias se buscan mecanismos con la finalidad que desaparezca esta problemática social y se dé cabal cumplimiento a sus DH, lo cual atañe a la sociedad en general.

Comencemos con que el binomio mujer y DFM es una cuestión que no tiene agenda política hasta 1990 en el Seminario de Expertas de las Naciones Unidas sobre Mujeres con Discapacidad, celebrado en Viena²⁸⁵. Es decir, el tratamiento conjunto de este

²⁷⁸ BELTRÁN PEDREIRA, E. “Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad”. (Eds.) Beltrán Pedreira, E. y Maquieira D’angelo, V. *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, 2008.

²⁷⁹ En este sentido, se puede decir que se tuvo en cuenta lo planteado por el art. 33 de la CDPD, que señala que “Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles”

²⁸⁰ El Consejo Nacional de la Discapacidad es un órgano colegiado interministerial a través del cual las organizaciones representativas de este grupo poblacional y sus familias participan en lo relacionado con la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en dicho ámbito. Información que se encuentra disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/cnd/home.htm>

²⁸¹ BOE núm. 311, de 26 de diciembre. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2009/12/26/pdfs/BOE-A-2009-20890.pdf>

²⁸² BOE núm. 62, de 13 de marzo. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/o/2009/03/04/esd603/dof/spa/pdf>

²⁸³ ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. “Igualdad y no discriminación”. *Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad. Volumen I* (Dir.) Pérez Bueno, L.C. Grupo Editorial Cinca, 2012.

²⁸⁴ El tema género y DFM fue abordado en el 13º encuentro feminista de AL y el Caribe, dando como resultado un Manifiesto que puede ser consultado en: *Manifiesto político del 13º encuentro feminista de América Latina y el Caribe (EFALC)*, Lima – Perú, mayo, 2014. Disponible en <https://bit.ly/2yBRDD4>

²⁸⁵ MAÑAS VIEJO, C. “Mujeres y diversidad funcional (discapacidad): construyendo un nuevo discurso”, *Feminismo/s*, 13, 2009, pp. 9-20.

binomio no se aborda hasta finales del siglo XX y principios del XXI²⁸⁶ cuando la sociedad civil llama la atención sobre las enormes desventajas que sufren estas mujeres en ámbitos como el económico, educativo, laboral y profesional²⁸⁷.

A partir de ese momento se producen importantes cambios, dentro de ellos que se pone de manifiesto que "los roles del género han marcado los itinerarios de las personas con DFM con mayor intensidad que al resto de la población"²⁸⁸. Por consiguiente; tomando como base que la población femenina con esta característica experimenta un trato discriminatorio en múltiples áreas de la vida; cabe señalar que existen protecciones legales en el marco internacional destinadas a prevenirlas y corregirlas.

En esa línea hay que advertir que las Naciones Unidas auspiciaron la elaboración de un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales destinados explícitamente al reconocimiento de determinados derechos²⁸⁹. En particular, en el art. 6 de la CDPD se establecen una serie de enmiendas con orientaciones encaminadas al sexo y al género en el marco de un abordaje llamado de "doble vía". Conviene distinguir que ese abordaje reconoce, entre otras cuestiones, la múltiple discriminación que sufren estas mujeres, y la obligación de adoptar medidas a fin de garantizar el disfrute pleno y en igualdad de condiciones de los DH y libertades fundamentales.

En las anteriores palabras, advirtamos que el doble abordaje se traduce, en términos jurídicos, en dos tipos de obligaciones; esto es, prohibición general de discriminación por motivo de género y obligaciones específicas para abordar la discriminación de género en áreas especialmente sensibles²⁹⁰.

Por tal motivo, la CEDAW, en su Recomendación General núm. 18²⁹¹, muestra su preocupación debido a que considera que viven una doble discriminación por la situación particular en la que viven. Por eso, recomienda a los Estados parte que incluyan en sus informes periódicos información sobre ellas y, sobre todo, en relación con las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular, incluidas las medidas especiales para que puedan gozar de igualdad de oportunidades, en educación, empleo, salud y asegurar que puedan participar en la vida social y cultural.

La Tercera Conferencia Mundial de Mujeres, celebrada en Nairobi en 1985²⁹², incluyó provisiones específicas en su apartado de estrategias, considerando a las mujeres con DFM entre los grupos más vulnerables. Como consecuencia de dicha

²⁸⁶ Solo hasta tiempos recientes; la sociedad, a través del Derecho Penal, llega a enviar el siguiente mensaje específico: "como sociedad, consideramos inaceptable e inmoral, toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad, en concreto contra las mujeres, ya que presentan una mayor vulnerabilidad, y cualquier acto de esta naturaleza por ser dañino será sancionado. El mensaje también indica que los derechos de estas personas no están en discusión: existen, se deben respetar, acatar y promover": LLOP CUENCA, P. y PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, R. "Protección judicial de las víctimas con discapacidad en los delitos relacionados con violencia de género". (Dir.) Aguirre Zamorano, P. y Torres Vela, M. *Mujer, discapacidad y violencia*, Consejo General del Poder Judicial, 2013.

²⁸⁷ BALLESTER CARDELL, M. "Mujer y discapacidad". (Coord.) Serra Cristóbal, R. *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant Lo Blanch, 2013.

²⁸⁸ SANTAMARINA, C. "Mujer y discapacidad: una doble discriminación. (Dir.) Consejería de Asuntos Sociales del Principado de Asturias. *Mujer y discapacidad: un análisis pendiente*, 2002.

²⁸⁹ AGIRRE, X., AGUIAR, X., CABALLERO, I. y CELIS, R. *Género y perspectiva de género. Persecución por motivos de género*, CEAR-Euskadi, Bilbao, 2007.

²⁹⁰ BARIFFI, F. J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2014.

²⁹¹ Se llevó a cabo en el décimo período de sesiones, 1991. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4729_S.pdf

²⁹² Llevada a cabo del 15 al 26 de julio. Documento disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>

inclusión, la Comisión sobre el Estatus de la Mujer de la ONU contuvo elementos programáticos a largo plazo referidos a esta temática.

De igual manera; en la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujer en Beijing de 1995²⁹³, la cual también ha generado normativa vinculante para los Estados miembros²⁹⁴, incluyó varios puntos relativos al tema analizado. En ese aspecto se reconocieron las múltiples barreras a las que se enfrentan y se delinearon acciones específicas en las estrategias acordadas acerca de la erradicación de la pobreza, educación, empleo, liderazgo, igualdad ante la ley, entre otras (Párrafo 106 c y o)

Otro instrumento internacional reseñable en el que se hace referencia a ellas son las "Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad"²⁹⁵. Sin embargo, se debe destacar que únicamente lo hacen en el art. 6 señalando que las mujeres con DFM es uno de los grupos al que se debe prestar especial atención en cuanto a la educación se refiere²⁹⁶.

Finalmente, destacamos la "Observación general núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad"²⁹⁷. En este documento, en el que se brinda orientación a los Estados parte para interpretar el tratado internacional de DH correspondiente a las personas con DFM, como es la CDPD; se hace notar que las leyes y políticas internacionales y nacionales sobre la DFM han desatendido históricamente los aspectos relacionados con las mujeres y las niñas con este perfil. También se enfatiza que las leyes y las políticas relativas a la mujer tradicionalmente han hecho caso omiso a una categoría de opresión, como es la DFM. A su vez, se recalca que esta invisibilidad ha perpetuado una situación en la que existen formas múltiples e interseccionales de discriminación contra estas mujeres y niñas. Por lo que se insta a que se tenga en cuenta que la igualdad de género es esencial en el contexto de los DH. La igualdad es un principio fundamental de DH que es relativo por su propia naturaleza y específico en función del contexto. Junto con ello se plantea que para garantizar los DH de las mujeres y niñas con DFM se requiere, ante todo, una comprensión amplia de las estructuras sociales y las relaciones de poder que configuran las leyes y las políticas, así como de la dinámica económica y social, la vida familiar y comunitaria, y las creencias culturales.

En cuanto al ámbito europeo; en la "Resolución del Parlamento Europeo de 11 de diciembre de 2013, sobre las mujeres con discapacidad" se recuerda que la inclusión y participación de las mujeres y niñas con discapacidad solo se puede lograr si se

²⁹³ Reunida en Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Para un análisis detallado de esta Conferencia, véase: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL): *Informe regional sobre el examen y la evaluación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y el documento final del vigesimotercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (2000) en los países de América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2015.

²⁹⁴ Texto que puede consultarse en: JUBETO, Y. "Los presupuestos con enfoque de género: una apuesta feminista a favor de la equidad en las políticas públicas", *Cuadernos de Trabajo*, 43, 2008, pp. 5-32.

²⁹⁵ Debido a la importancia de estas Normas, nos permitimos señalar que fueron aprobadas el 4 de marzo de 1994, en el cuadragésimo octavo período de sesiones. En ellas se especifica que las esferas previstas para la igualdad de participación son: posibilidades de acceso, educación, empleo, mantenimiento de los ingresos y seguridad social, vida en familia e integridad personal, cultura, actividades recreativas y deportivas y religión; obviando por completo un tema tan importante, como es el de la participación política. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx>

²⁹⁶ ADYA, M., BLANCK, P. y REINA, M. V. "Mujeres con discapacidad en el marco legal internacional de los derechos humanos". (Ed.) Cosme Valadez, A. *Los derechos de las personas con discapacidad. Memoria del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por una cultura de la implementación*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2010.

²⁹⁷ NACIONES UNIDAS, 25 de noviembre de 2016. Disponible en https://www.ceramiandalucia.es/uploads/1/1/7/8/117873877/observacion_mujeres_discapacidad_convencion_2.pdf

facilita su movilidad en un entorno físico y social sin barreras y pide que se tomen medidas con ese fin.

En el "Primer Manifiesto de Mujeres con discapacidad en Europa"²⁹⁸ se subraya que los DH y las libertades fundamentales de las niñas y mujeres con DFM deben ser plenamente reconocidos y respetados". En el segundo²⁹⁹ se destaca que es necesario que alcancen mayor visibilidad en todos los niveles de la sociedad, lo cual es una clara muestra de preocupación por el cumplimiento de sus DH.

Haciendo referencia a nivel estatal; en el año 2005, en el Reino de España se aprobó el "I Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2005-2008"³⁰⁰. Debido a lo trascendental de este Plan; en torno a los DH de estas mujeres, se señala que solo si se considera que el respeto de sus DH es el pilar fundamental que sustenta cualquier actuación para ellas, se estará en el camino hacia la libertad de todas las mujeres y de todos los hombres. Por ende, se abordan temáticas tan importantes como educación, formación, empleo, violencia de género, salud, maternidad, sexualidad, vida independiente, medios de comunicación e imagen social y participación y liderazgo. Obviamente, todas relacionadas con su integración e inclusión social y, por consiguiente, con el cumplimiento de sus DH.

Posterior al anterior Plan, en el año 2013 se aprobó el "II Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2013-2016"³⁰¹. En torno a él se destaca que es necesario un nuevo Plan debido a que el trabajo desarrollado en esta área ha servido para mostrar cómo la confluencia de dos ejes de discriminación, como el género y la DFM, generan situaciones de violación de DH que han pasado totalmente inadvertidos y que merecen ser abordados de manera sistemática a partir de un nuevo enfoque. En este nuevo documento; además de las temáticas abordadas en el I Plan, se incluyen otras como el igual reconocimiento ante la ley y acceso efectivo a la justicia, los derechos sexuales y reproductivos, y nivel de vida adecuado y protección social.

En tal sentido se insiste en lo señalado por Fernández Gutiérrez³⁰² en cuanto a que la DFM es un aspecto más de los DH y ello debe ser el punto de partida de toda política en la materia; por consiguiente, digamos que son diversos los aspectos en los que confluye la igualdad efectiva de este colectivo.

En ese punto, apropiándonos de lo que se señala en el "Informe sobre los Derechos Humanos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad. España, 2019"³⁰³, en cuanto a que los DH de las mujeres y niñas con DFM se siguen vulnerando cada día en España, en Europa y en todo el mundo³⁰⁴; ello, pese a los grandes esfuerzos de las

²⁹⁸ Adoptado en Bruselas el 22 de febrero de 1997. Disponible en https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_folletos/es_emakunde/adjuntos/folletos.i02.manifiesto.de.las.mujeres.con.discapacidad.de.europa.pdf

²⁹⁹ Adoptado en Budapest los días 28 y 29 de Mayo de 2011 y disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/informes/2%C2%BA%20Manifiesto%20de%20los%20Derechos%20de%20las%20Mujeres%20y%20Ninas%20con%20Discapacidad%20de%20La%20Union%20Europea%20accesible.pdf>

³⁰⁰ Para una revisión detallada de dicho documento, ir a <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/basicas/Libro188905.pdf>

³⁰¹ Para su consulta: https://www.fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/ii_plan_integral_de_accin_de_mujeres_definitivo.pdf

³⁰² FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, C. R. "La igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias", *Documentación Social*, 130, 2003, pp. 25-40.

³⁰³ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *El derecho a la salud de las mujeres y niñas con discapacidad. Derechos Humanos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad. Informe España, 2019*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2020. Para una consulta en profundidad sobre este Informe, acceder a http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/6115/Derechos_humanos_mujeres_y_ni%C3%B1as_discapacidad_Informe_Espa%C3%B1a_2019.pdf?sequence=1&rd=0031635746769689

³⁰⁴ Lo que nos lleva a visibilizar que nos encontramos en una "Dicotomía Estructural", producto de un sistema jerárquico que produce, reproduce y legitima desigualdades. En ese sentido,

organizaciones de la DFM, de mujeres en general y, recientemente, de las de las mujeres con DFM dando a conocer esta realidad que sigue invisibilizada. Lo cual debe interpretarse que los DH, tan soñados y valorados, sólo se han conseguido para unas millones de mujeres en el mundo ya que existen mujeres que viven en determinados países que no gozan de ellos.

Y cómo la DFM está presente en todos los ámbitos; si nos vamos para el mundo rural, se debe subrayar que no existe un abordaje conjunto de la ruralidad y de las mujeres con DFM lo que evidencia la falta de acceso a la condición de su ciudadanía y que el residir en este entorno se asocia con escasez y carencias³⁰⁵.

Motivo por el cual, hoy más que nunca es sumamente necesario mostrar las violaciones contra la dignidad humana, la integridad y el respeto a la autodeterminación de estas mujeres y niñas, por lo cual no debe resultar nada extraño que la igualdad efectiva de las mujeres y niñas con DFM se mire desde el punto de vista que la DFM debe estar relacionada con la autonomía y la independencia.

Centro de ese marco; con base en las ideas anteriores, estas líneas pretenden hacer hincapié en que, en una sociedad democrática y respetuosa con los DH; las mujeres y niñas con DFM deben poder ejercer sus derechos como cualquier otra persona. De modo que la autonomía se ha de considerar como la capacidad para moverse en el sentido más literal: en el caso de ser necesario, disponer de una persona que ejerza la labor de asistente personal, no encontrar barreras arquitectónicas en los desplazamientos ni en las entradas a viviendas, locales, espacios sociales, etc., o tener acceso a las producciones culturales (literatura, cine, televisión, espacios de ocio....) y la independencia debe interpretarse como la capacidad de decidir por la misma persona los pasos y direcciones de la propia vida³⁰⁶.

3.1. Coronavirus, Derechos Humanos y Diversidad Funcional Manifiesta

Por obvias razones; un tema tan importante y de actualidad para la humanidad, en general; no podía faltar en esta investigación. En torno a ello se comienza señalando que a lo largo de la historia la humanidad ha sufrido diversas pandemias; es decir, las pandemias son viejas conocidas de la humanidad.

Haciendo un poco de historia; las grandes pandemias de la historia han sido: en el año 430 A.E.C. en Atenas, la "Fiebre Tifoidea"; En la E.C.; en Roma, en el año 165, la "Plaga de Galeno"; y en el 249, la "Peste Cipriana"; en el 541, en Bizancio; la Peste Justiniana"; en Europa, en el 1350, la "Peste Negra"; en AL, en 1492; el "Cóctel del Descubrimiento"; en 1665, en Londres; el retorno de la "Peste Bubónica"; en 1817, en Rusia; el "Cólera"; en 1855, en China; la "Peste China"; en 1875, en Fiji; el "Sarampión Británico"; en 1889, en Rusia; la "Gripe Rusa"; en 1918, en EUA, la "Gripe Española"; en 1957, en Hong Kong; la "Gripe Asiática"; en 1981, en EUA; el "Virus de Inmunodeficiencia Adquirida"³⁰⁷.

Llegado el Siglo XXI; encontramos que, en China, en el 2003 se dio el "Síndrome Respiratorio Agudo Severo" y en el mismo país, en 2019, el COVID 19. Tal y como destaca Artal en "La bolsa o la vida. El coronavirus que desnudó y cambió la

hay que destacar que las mujeres con DFM, al encontrarse inmersas en un sistema patriarcal, capitalista y capacitista están sumamente oprimidas.

³⁰⁵ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: *Las mujeres y niñas con discapacidad en el ámbito rural en España*, 2018. Disponible en <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/05/OED-MUJERES-CON-DISCAPACIDAD-MEDIO-RURAL.pdf>

³⁰⁶ AGULLÓ, C., ARROYO, J., ENRIQUE EMA, J., GÁMEZ, Ch., GÓMEZ, E., JIMÉNEZ, P.,.... COLINA, M. *Cojos y precarias haciendo vidas que importan. Cuaderno sobre una alianza imprescindible*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2011.

³⁰⁷ DUCKER, K. *Más allá del coronavirus. ¿El fin de los tiempos?*, Redbook Ediciones, Barcelona, 2020.

sociedad”³⁰⁸; la sociedad del presente siglo nunca pensó que pudiera sucederle a ella una pandemia de tal magnitud. Sociedad que se cataloga como dotada y hasta saturada de suficientes elementos para combatir cualquier contrariedad.

No obstante, nos subraya que no nos dimos cuenta del virus ni cuando ya estaba empezado a invadirnos por encima de todas las previsiones. Los gobiernos de todo el mundo sabían que el coronavirus se iba a extender, aunque no en la previsiones que lo hizo, al menos hasta el 11 de marzo de 2020, fecha en la que la OMS declara la existencia de una pandemia.

La COVID-19 ha generado a nivel mundial una crisis sanitaria sin precedentes, la cual ha repercutido de forma especial en colectivos o grupos catalogados como más vulnerables. Según el *Centers for Disease Control and prevention* de los EUA, están integrados por los grupos de población con mayor riesgo de enfermedad grave, constituidos principalmente, por personas de edad avanzada con enfermedades y patologías previas; las inmunocomprometidas, incluido el tratamiento de cáncer; las que tienen una obesidad severa; las gestantes y las que tienen una DFM que viven en centros residenciales y padecen una patología de base o comorbilidades³⁰⁹.

España, al no ser ajena a esta situación; el gobierno debido a la gravedad del asunto tuvo que declarar el estado de alarma³¹⁰ y con ello adoptar diversas medidas, algunas encaminadas a paliar los efectos en dichos colectivos. Así se especificaba el establecimiento de limitaciones o restricciones al ejercicio de derechos y libertades, pero no se suspendía la vigencia de los derechos fundamentales. Con tal fin se aprobó el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19³¹¹.

Antes de entrar en materia en el impacto de la COVID 19 en el colectivo de personas con DFM; nos permitimos especificar que el enfoque de este ítem no será excesivamente detallado ya que un análisis con más profundidad sobre el tema en cuestión requerirá un mayor número de páginas; lo que no quiere decir que no se aborden cuestiones que resulten importantes.

Con respecto a lo señalado, iniciamos destacando que la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencia de personas mayores y centros socio-sanitarios³¹², establecía que “los mayores, las personas con discapacidad u otros usuarios de residencias y otros y otros centros sociosanitarios se encuentran en situación de vulnerabilidad ante la infección COVID-19, por varios motivos, como son entre otros, que habitualmente presentan edad avanzada; patología de base o comorbilidades; y su estrecho contacto con otras personas, como son sus cuidadores y otros convivientes”. Por lo que se ha de destacar que, António Guterres, Secretario General de la ONU³¹³; ha declarado que “debemos garantizar la igualdad de derechos de las personas con discapacidad al acceso a los cuidados sanitarios y a los procedimientos que les salvan la vida”. Ha urgido también a los Gobiernos a que estas personas estén en el centro de la respuesta al COVID 19 y en los esfuerzos de recuperación. Razón por la cual el “Real Patronato sobre

³⁰⁸ ARTAL, R. M. *La bolsa o la vida. El coronavirus que desnudó y cambió la sociedad*, Roca Editorial de Libros, Barcelona, 2021.

³⁰⁹ OSAKIDETZA: ¿Cómo afecta la pandemia del COVID-19 a los colectivos más vulnerables?, Junio 4 de 2020. Disponible en <http://www.osakidetza.euskadi.eus/noticia/2020/como-afecta-la-pandemia-del-covid-19-a-loscolectivos-mas-vulnerables/ab84-oskcon/es/>

³¹⁰ La declaración del estado de alarma se encuentra regulada por los arts. 4 a 12 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAS). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1981/BOE-A-1981-12774-consolidado.pdf>

³¹¹ BOE núm. 67, de 14 de marzo. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/14/pdfs/BOE-A-2020-3692.pdf>

³¹² BOE núm. 78, de 21 de marzo. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/21/pdfs/BOE-A-2020-3951.pdf>

³¹³ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: “Proteger a las personas con discapacidad frente a la crisis de la COVID 19”, 7 de mayo de 2020, p. 2. Disponible en <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2020/05/NOTA-OED-PCD-CRISIS-COVID19.pdf>

Discapacidad”³¹⁴ defendió que esta fuese considerada materia transversal ante las medidas adoptadas por el COVID-19.

Con miras a lograr el cumplimiento del imperativo del art. 11 de la CDPD, que señala que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y protección de las personas con DFM en situaciones de emergencias humanitarias; el art. 7 del citado RD, entre las actividades excepcionales para las que se permitía la movilidad, incluía, por su carácter esencial, la *“asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables”* y la de *“cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”*.

El señalado RD fue modificado por el RD 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorrogaba el estado de alarma declarado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19³¹⁵. El apartado 1 del art. 7, aclaraba que se exceptuaba de la limitación general de realizar las actividades permitidas individualmente el supuesto *“que se acompañe a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada”*. En el caso de las personas con DFM se tuvo en cuenta el impacto emocional que podía presentarse en ellas debido al aislamiento social y la interrupción de las terapias que se realizaban diariamente³¹⁶.

Por otra parte; el Consejo General del Poder Judicial elaboró un “Plan de Choque” que contenía cinco bloques. Uno de ellos destinado a las medidas para la protección de colectivos vulnerables; definiéndolos en función de la edad, género, DFM y en circunstancias sociales, económicas, étnicas y culturales.

En cuanto a las medidas en función de la DFM se tuvo como objetivo agilizar los procedimientos de provisión de apoyos, así como los relativos a internamientos involuntarios. Así, se sugirió que se complementaran las demandas de modificación de capacidad facilitando una relación de parientes, lo que agilizaría el enjuiciamiento; que se introdujese la posibilidad de dictar sentencias *in voce*, con transcripción posterior del fallo; o que en determinados supuestos -personas encamadas o imposibilitadas por graves patologías orgánicas- la exploración judicial se hiciese por medios telemáticos; estipulando también que debían potenciarse en los internamientos involuntarios de carácter psiquiátrico³¹⁷.

Con base que en la situación descrita todas las medidas adoptadas debían ir encaminadas a la protección de las personas objeto de estudio; de Lorenzo García³¹⁸ especifica que debe garantizarse, especialmente en este contexto, la accesibilidad (cognitiva y sensorial) en todo momento de la información sobre la pandemia para que las personas con DFM conozcan las recomendaciones para evitar contagiarse, reconocer síntomas o tomar sus propias decisiones en lo que a la atención sanitaria se refiere. Por tal motivo, como lo especifica Morales-Chávez, las campañas de prevención también deben hacerse en lengua de signos, en pictogramas subtítulos y otros formatos que resulten accesibles³¹⁹.

³¹⁴ BOLETÍN DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: “El Real Patronato defiende que la discapacidad sea considerada materia transversal ante las medidas adoptadas por el COVID-19”, 162, 2020, p. 1. Disponible en <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/actualidad/noticias/2020/0-449.htm>

³¹⁵ BOE núm. 115, de 25 de abril. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/25/pdfs/BOE-A-2020-4652.pdf>

³¹⁶ AQUINO-CANCHARI, C. R., HUAMAN CASTILLON, K. M. y QUISPE ARRIETA, R.C. “COVID 19 y su relación con poblaciones vulnerables”, *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 19, 2020, pp. 1-18.

³¹⁷ BELLOSO MARTÍN, N. “¿Hacia un estado pandémico?. Algunas valoraciones a partir del efecto Covid-19”. *COVID-19 e seus paradoxos* (Coord.) Calgaro, C, Pilau Sobrinho, L. y Severo Rocha, L., Univali, 2020.

³¹⁸ DE LORENZO GARCÍA, R. “La declaración del estado de alarma y su impacto en algunos colectivos o grupos vulnerables”, *Anales de derecho y discapacidad*, 5, 2020, pp. 11-36.

³¹⁹ MORALES-CHÁVEZ, M. “Coronavirus y discapacidad. Una población muy vulnerable”, *Acta Odontológica Venezolana*, 1. Extra. Edición especial COVID 19, 2020, pp. 9-10.

Definitivamente, esta pandemia será recordada por cobrarse millones de vidas en todo el mundo y por provocar que cientos de millones de personas más se hayan visto sumidas en una situación de pobreza y de falta total de recursos ya que ha afectado en mucha mayor medida a estas personas y ha tenido consecuencias especialmente graves para las comunidades históricamente excluidas y oprimidas en todo el mundo, dentro de las cuales se encuentra las personas con DFM.

Lo que es lo mismo; la pandemia ha puesto de relieve las fracturas sociales y políticas que ya de por sí existían en un mundo que era profundamente desigual y ha desencadenado una serie de respuestas discriminatorias que están afectando a las comunidades excluidas de todo el mundo; asimismo, ha puesto de manifiesto las múltiples vulnerabilidades y capas de opresión y exclusión a las que se enfrentan algunas personas; obviamente dentro de ellas están las personas con DFM³²⁰.

En torno a lo anterior, vemos que la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la Estrategia Europea sobre discapacidad posterior a 2020³²¹; denunció que "durante la crisis de la COVID-19, las personas con discapacidad han experimentado graves problemas y violaciones de derechos, como perturbaciones en los servicios de asistencia, atención y apoyo personales, un acceso desigual o nulo a la información relativa a la salud y a la atención sanitaria, incluida la atención urgente, falta de información general y pública en materia de seguridad presentada de manera clara y sencilla, en particular en formatos accesibles y fáciles de utilizar, falta de medidas preventivas en las residencias, un acceso desigual a las alternativas ofrecidas por las instituciones educativas, esto es, a la formación en línea y a distancia, y un aumento de los casos de violencia doméstica; y que existe la posibilidad que la pandemia y los problemas mencionados se reactiven en los próximos meses".

En España; el informe "DH y Discapacidad, 2020"³²²; destaca que la pandemia ha agudizado hasta extremos insoportables la discriminación hacia estas personas. En ese contexto, su impacto es desproporcionadamente más intenso en ellas; les castiga más severamente ya que se unen pobreza y exclusión

Lo precedente debe interpretarse que la pandemia ha puesto en evidencia la vulnerabilidad extrema en la que se encuentran las personas con DFM desde la óptica de la atención y cuidados de la salud. Es decir, la negación, la prescindibilidad de estas personas está ahí y aflora en los momentos críticos.

Sobre ello; García Ortiz³²³ visibiliza que en determinadas CC.AA. españolas se produjo un desabastecimiento de recursos materiales y humanos que desatendieron gravemente las necesidades de las personas con DFM que estaban percibiendo el servicio de prevención de las situaciones de dependencia o se encontraban en un centro residencial durante el estado de alarma. Lo que conllevó que se produjesen unos hechos que dieran como resultado un retroceso en el Modelo Social o de Vida Independiente y, por consiguiente, una vulneración de sus DH. Regresando así al enfoque caritativo, médico-rehabilitador y en algunos casos utilitarista o casi eugenésico.

Y cómo el tema de género es de suma importancia para esta investigación; tenemos que destacar el impacto de la COVID 19 en los DH para el sector de las mujeres con DFM. Sobre ello; Riquelme Saldivia en "DH de mujeres y niñas con discapacidad: el impacto de la pandemia de COVID-19"³²⁴, señala que durante la

³²⁰ OXFAM: *El virus de la desigualdad. Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible*, Oxford, 2021.

³²¹ Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0156_ES.html

³²² COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*, Madrid, 2020.

³²³ GARCÍA ORTIZ, M. "Riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en relación con las crisis sanitarias", *Revista de Bioética y Derecho*, 50, 2020, pp. 369-383.

³²⁴ RIQUELME SALDIVIA, K.S. "Derechos Humanos de mujeres y niñas con discapacidad: el impacto de la pandemia de COVID-19", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 2021, pp. 215-247.

etapa del confinamiento muchas de estas mujeres se vieron obligadas a vivir con sus agresores, lo cual conducía que durante este largo período de tiempo fuesen maltratadas física y psicológicamente por su entorno³²⁵; incluso hasta por las propias administraciones.

Por otra parte, también destaca que la integridad psicológica de muchas de ellas se veía en severo riesgo de colapsar, puesto que, al verse desempleadas, aisladas, sin recursos mínimos para vivir, y sujetas a la exclusión social; trajo como consecuencia daños psicológicos graves que han requerido de terapias.

Igualmente enfatiza en que fueron las más afectadas por el descuido de los poderes públicos en cuanto a gozar del derecho a una vida independiente y, además de ellas, sus madres, hermanas, y/o esposas de personas con DFM ya que de algún modo veían cercenada sus vidas, bien porque no se les otorgó las prestaciones sociales de las que eran beneficiarias, se les denegó o tenían desconocimiento de tal derecho.

En cuanto al derecho a la salud hace notar que debido al confinamiento muchas se vieron incapaces de acceder a una alimentación adecuada, a unos cuidados mínimos y a un estado de salud apropiado que las ayudara a mantenerse sanas y en plena forma.

De manera que lo anterior nos conduce a concluir que si el colectivo de personas con DFM se vio afectado por el confinamiento, las mujeres se vieron aún más. Por lo tanto, queda demostrado que la garantía del cumplimiento de sus DH va por detrás de la sociedad en general.

Para concluir; debido a que podemos decir que nos encontramos en una “sociedad postpandémica” (sin afirmarlo del todo), es imprescindible que las situaciones señaladas con antelación no se vuelvan a presentar. Podemos condensar lo dicho hasta aquí que se debe repensar el futuro con una mirada puesta en los derechos de las personas con DFM.

En relación con ello, Guerrero Custodio y Noles Cotito³²⁶ plantean que es fundamental que las políticas, planes y protocolos sanitarios³²⁷ permitan que las personas profesionales de la salud puedan garantizarles una atención de calidad. Ponen como ejemplo, que en los centros de salud existan personas intérpretes de lengua de signos con el fin de no vulnerarles derechos a las personas con diversidad funcional auditiva. De la misma manera, destacan que se debe derogar las disposiciones que signifiquen un impedimento en el acceso al tratamiento médico por razón de la DFM; que se evalúen los protocolos existentes para la asignación de recursos y que se lleve el análisis del impacto posterior de la COVID-19 en la salud de estas personas. En cuanto al ámbito de la educación señalan que se deben tomar en consideración las dificultades para acceder al uso de las tecnologías de la información y comunicación, y aplicar las medidas que correspondan para asegurarles las adaptaciones y ajustes correspondientes.

4. Conclusiones

³²⁵ Teniendo en cuenta a los colectivos vulnerables en función del género; en materia de violencia de género, el Pleno del Congreso de las Personas Diputadas aprobó el RD 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género en el contexto de la crisis del COVID-19. (BOE, núm. 91, de 1 de abril de 2020). Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/01/pdfs/BOE-A-2020-4209.pdf>

³²⁶ GUERRERO CUSTODIO, R. y NOLES COTITO, M. “La discapacidad en emergencia: Una aproximación a las medidas adoptadas por el Estado peruano frente a la pandemia”, *Revista Ius et Veritas*, 61, 2020, pp. 68-77.

³²⁷ En torno a ello, cabe añadir que el Gobierno de España se encuentra realizando el “Primer Plan de prevención y apoyo de la salud para las personas con discapacidad”. El objetivo es ayudar a hacer políticas públicas de salud y de atención temprana que respeten los derechos de las personas con DFM y de sus familias. Más información: <https://es.surveymonkey.com/r/plan-prevencion-discapacidad>

Con el trabajo de investigación intitulado "Lenguaje discriminatorio, su transcendencia jurídica y su incidencia en la doble construcción social: género y DFM" se ha explorado la complejidad de un tema innovador y complejo como es el trato que el Derecho, como ciencia basada en la regulación de las relaciones humanas de toda sociedad, le ha concedido a las personas con el perfil señalado. Por lo tanto, la utilidad de este trabajo consiste en aportar al terreno político, jurídico, social y académico una exploración socio-jurídica de la cual se espera que sirva de encuentro entre este grupo poblacional y los ámbitos señalados.

De la exhaustiva revisión normativa realizada queda en evidencia que a lo largo de la historia, los distintos modos de considerar la DFM condujeron a la construcción de un paradigma basado en la intervención sobre personas consideradas decrepitas, anormales, subnormales, minusválidas, o poseedoras de cualquier otra carencia; ello con independencia de su sexo o género. Estos enfoques influyeron en el tratamiento jurídico del problema y, como consecuencia, en la manera de entender el papel de estas personas en la esfera pública.

De ahí que a lo largo de las páginas precedentes se ha podido comprobar que culturalmente se ha ido formulando una estrecha relación entre DFM y exclusión social. En ese aspecto ha influido el hecho que las ciencias jurídicas a través de la historia asociaran la DFM con dependencia, desvalimiento y desventaja, lo cual conllevó a que estas personas hayan sido calificadas de diferentes maneras y se utilizara un lenguaje discriminatorio para hacer referencia a ellas.

Lo anterior se puede catalogar como un agravio histórico hacia este colectivo y justifique que en el Derecho sea necesario un cambio de paradigma en torno al tema de la DFM y, que producto de ello, se determine una reconceptualización de los términos que hasta el momento son utilizados.

Al profundizar en los modelos o visiones que la sociedad ha estipulado sobre la DFM evidenciamos que no nos encontramos en la etapa del "positivismo divino" donde las personas con DFM eran excluidas por creer que eran castigo del poder superior sino en un "occidente capitalista-capacitista" donde estas personas han tenido que luchar "ardua e incansablemente" para llegar al modelo social o de vida independiente y con ello a la CDPD.

Es decir, el tratamiento jurídico que se les otorgó durante una parte importante de la historia condujo que fuesen relegadas a una posición marginal. Situación que ha influido en todos los ámbitos de sus relaciones sociales. Es así como en la Edad Media, las personas con DFM eran vistas únicamente como seres a los que se les tenía que otorgar un trato "especial", un trato diferente al del resto de la población, el cual era predominantemente discriminatorio y humillante. El rechazo de estos planteamientos que situaban a estas personas como "ciudadanas de segunda clase" dio origen a otros modelos en torno a la DFM, cuyo eje central son los DH.

Hacer referencia a esos derechos exige reconocer la labor de reivindicación que emprendió este colectivo desde hace varias décadas. En este sentido, la presencia de las mujeres ha sido decisiva, por lo tanto, es necesario destacar la importante contribución que en los últimos años han realizado en torno a esta cuestión al señalar cómo los constructos sociales de género y DFM originan situaciones específicas de discriminación.

Comprobando que uniendo dos categorías analíticas, como son género y DFM, conllevan a que las mujeres con estas características tengan condiciones personales y sociales diferentes a la de los hombres. Para hacer una idea más clara y precisa sobre ello, resulta necesario visibilizar que a pesar que las mujeres y los hombres con DFM comparten mucho el peso de los prejuicios y estereotipos en lo que respecta a la DFM, puede decirse que lo viven de manera diferente ya que la población femenina, usualmente, suele estar sujeta a determinados sometimientos sociales, los cuales se ven agravados por la influencia de la DFM. Tal es el caso que a estas mujeres se les niega determinados derechos, como el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad, situación contraria a la población masculina puesto que no se le niega su derecho a la paternidad, sino que se les apoya en ello. Por lo tanto,

se puede afirmar que se encuentran con mayor desventaja al momento de poder incluirse, integrarse o participar verdaderamente en la sociedad.

El análisis del tema de la interseccionalidad confirmó que existen mujeres con DFM con diferentes realidades socio-políticas donde diversas categorías de identidad, como pueden ser la etnia, la raza, el tener escasos recursos económicos, una preferencia sexual diferente a la heterosexualidad, el ser analfabeta y vivir en el mundo rural, confluyen para que se presente una doble o múltiple discriminación que las conduce a no estar plenamente integradas en la sociedad³²⁸.

Respecto a la exclusión social que pueden padecer estas mujeres, que no es sólo la insuficiencia de recursos financieros sino que se puede acompañar de una acumulación de límites, se puede comprobar que existen todavía prácticas que se encuentran enraizadas en la cultura que conllevan a que coexistan barreras estructurales, simbólicas y también arquitectónicas.

En este sentido, cabe señalar que las barreras que hacen referencia al entorno fácilmente pueden ser eliminadas a través de medidas implementadas en el ámbito jurídico; sin embargo, las basadas en esquemas mentales requieren de unas fuertes campañas de sensibilización para lo cual es imprescindible una intervención socio-política, o sea, un compromiso y cooperación por parte de la sociedad en su conjunto; lo que quiere decir, que en el nivel que estamos es necesario un cambio cultural profundo que vaya encaminado a de-construir ideas arcaicas en torno a la DFM y lograr una nueva concepción de ella, para lo cual obviamente el lenguaje tiene una gran influencia.

Con miras a lograrlo se requiere que el movimiento feminista, como movimiento socio-político que es, incluya dentro de sus análisis de estudio, y planteamientos de lucha, que género y DFM confluyen a que las mujeres con DFM no sólo vivan el "techo de cristal" sino que también el "suelo pegajoso" las lleva a que no se les pueda garantizar un modo de vida con unos mínimos aceptables. Por lo tanto, se reconozca que en el mundo existen millones de mujeres con DFM que en su diario vivir se les vulnera constantemente sus derechos fundamentales y que se debe trabajar en su reconocimiento social y político, lo cual requiere de un "Affidamento"

En cuanto al ámbito académico se considera necesario incentivar investigaciones en torno a género y DFM, lo cual daría cumplimiento al art. 31 de la CDPD puesto que de esa manera se puede recopilar información adecuada que permita a los Estados formular y aplicar políticas públicas que ayuden a las mujeres con DFM a lograr su empoderamiento para lo cual es indispensable dotarlas de todos los recursos necesarios de manera que puedan obtenerlo de forma real y verdadera.

Tomando en consideración que es impensable visualizar el siglo XXI y no darse cuenta de los avances en materia de DH que poco a poco se han ido experimentando en todos los niveles. El abordar la desigualdad entre mujeres y hombres en este grupo poblacional ha conducido a que en los últimos años en el derecho positivo se hayan realizado importantes cambios materializados en la aprobación de normas que pretenden luchar contra la doble discriminación que sufren las mujeres con DFM.

La adopción de la CDPD ha sido fruto de la lucha que, a nivel mundial, ha mantenido la sociedad civil en torno al campo de la DFM. En tal sentido, la CDPD es una muestra de la necesidad de implicar a las personas con DFM en los procesos de

³²⁸ En este sentido, se puede citar cómo define Alice Walker en su libro *The Color Purple*, cuando anterior a la guerra civil norteamericana en una mujer concurrían determinadas características. La autora por boca de Mr.-----, señala que el marido/amo de Celie define: "Eres negra, pobre, fea y mujer....nada de nada": citada en TALLER DE ESTUDIOS NORTEAMERICANOS: *Jarena Lee. la vida y experiencia religiosa de Jarena Lee, una mirada de color, contando su llamada a predicar el evangelio*, Servicio de Publicaciones Universidad de León, León, 1996, p. 12.

En comentario a lo anterior, se puede señalar, que si además de las anteriores características, añadimos la DFM, podríamos decir que se conjuga otra forma de opresión.

elaboración de normas para contar con un ordenamiento que responda a sus intereses y necesidades.

El hecho que en el art. 6 de la CDPD se haga alusión a las mujeres y niñas con DFM puede considerarse un gran logro debido a que se introduce la perspectiva de género en la DFM. Esto es clave para visibilizarlas como ciudadanas activas y no como sinónimo de pobreza y dependencia ya que en ellas se ha operado una toma de conciencia —debido a los grandes obstáculos por los que deben atravesar (barreras arquitectónicas, mentales o acceso al empleo, entre otros)— que exige el acceso a las esferas de la educación, laboral, ocio, deportes, poder y decisión política, en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Indiscutiblemente, en una democracia constitucional, como la nuestra, cuyo eje fundamental es el Principio Garantista; la identidad democrática debe estar asociada con el derecho a la igualdad (contemplado en el art. 5 de la CDPD) y en el mismo sentido con los Ajustes razonables ya que son medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con DFM a todas las esferas de la vida social.

En consecuencia, tomando en consideración que la sociedad se enfrenta a fuertes presiones para el cambio, entre las cuales destacan: la globalización, el desarrollo sostenible, las nuevas tecnologías y el cambio demográfico³²⁹. Destacamos lo planteado por la especialista en ingeniería en telecomunicaciones, Nuria Oliver³³⁰, en cuanto a que vivimos en un mundo tecnológico, en donde el desarrollo de tecnologías como la IA³³¹ ha dado lugar a lo que se conoce como la "Cuarta Revolución Industrial". Revolución, según Oliver, en la que nos encontramos inmersas, se apoya en avances de la Revolución Digital, y en consecuencia muchos de los aspectos que rodea nuestra vida, dentro de los cuales se encuentra la comunicación, dependen y se ven enriquecidos por la tecnología. Lo que quiere decir que esta revolución tecnológica está redefiniendo nuestro mundo y traerá como consecuencia una nueva realidad social y económica. Quedando planteado en el "Plan Coordinado sobre la IA"³³² cuando se señala que al igual que la electricidad en el pasado, la IA está transformando nuestro mundo.

Además, en ese avance tecnológico se ha de tener en cuenta lo especificado por el Profesor de Asís Roig³³³, en torno a que el discurso de los DH es un referente útil a la hora de enfrentarnos a los retos que las nuevas tecnologías plantean para el futuro³³⁴. Futuro que, como bien dice, el trabajo jurídico estará sufriendo un profundo cambio y donde la argumentación jurídica posee ciertos rasgos y características que la condicionan y que es posible, en cierto sentido, automatizar. Justificación que encontramos en la "Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial"³³⁵ cuando

³²⁹ FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN. BANKINTER: *El arte de innovar y emprender. Cuando las ideas se convierten en riqueza*, Madrid, 2010.

³³⁰ OLIVER, N. *Inteligencia Artificial: Ficción, Realidad y...Sueños*, Real Academia de Ingeniería, Madrid, 2018.

³³¹ La IA es definida como la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear: "Qué es la Inteligencia Artificial y cómo se usa?", *Noticias. Parlamento Europeo*, 26 de marzo de 2021. Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

³³² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES: *Plan coordinado sobre la inteligencia artificial*, 2018. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795&from=DA>

³³³ MORA-SIFUENTES, F. "Derechos, discapacidad e inteligencia artificial. Entrevista a Rafael de Asís Roig", *Ciencia Jurídica*, 17, 2020, pp. 141-153.

³³⁴ Sobre ello: MIRAUT MARTÍN, L. "New realities, new rights. Some reflections on the need to safeguard personal data". *Artificial Intelligence and Human Rights* (Ed.) Miraut Martín, L y Załucki, M. Dykinson, 2021.

³³⁵ MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. GOBIERNO DE ESPAÑA: *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial*, 2019, p. 9. Disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf

señala que debido a la creciente complejidad de las aportaciones de la IA, es cada vez más interdisciplinar con sinergias con la biología, la filosofía, *el mundo del derecho*, la psicología, la sociología y la economía.

Razón por la cual, considerando el crecimiento exponencial que presentan las nuevas tecnologías, podemos afirmar que en un futuro muy cercano se encontrarán muy ligadas con los DH de las personas con DFM³³⁶ (IA y Robótica, como ejemplos) y, además, que el derecho se sumará cada vez más a esa gran revolución. Por consiguiente, en la unión del "Procesamiento de Lenguaje Natural"³³⁷ o la "Transferencia de Aprendizaje" con el derecho, es necesario que las personas que lleven a cabo dicha labor eliminen los prejuicios que tengan en torno a la DFM (lo cual es un ejercicio permanente) y que ello conduzca a que haya un cambio estructural profundo que se haga visible en la unión entre lenguaje, DFM, género, IA y Derecho.

Por otra parte, con el compromiso de aportar para conseguir un mundo más humano y equitativo, es decir, una sociedad que tenga otros rasgos, debido a que todavía nos encontramos en una sociedad pandémica. Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a todas las mujeres y hombres con DFM bajo la jurisdicción del Estado.

En estos momentos, especial énfasis adquiere garantizar de manera oportuna y apropiada el derecho a la salud a las personas con DFM para lo cual se les debe respetar su dignidad humana y, además, garantizarles la accesibilidad y calidad en todas las medidas que se adopten.

Como se señaló a lo largo del texto, durante la pandemia las mujeres y niñas con DFM están más expuestas a sufrir episodios de violencia de todo tipo, por lo que es imprescindible recalcar que se deben adoptar todas las acciones necesarias para prevenir casos de violencia de género y reforzar la atención para las víctimas.

Asimismo, debido a que el uso de las tecnologías es esencial deben disponerse las medidas adecuadas para que su uso se garantice a todas las personas con DFM sin importar si viven en el mundo urbano o rural. Lo anterior con el fin que tengan conocimiento de todas aquellas medidas que se adopten y que conlleven afectación o restricción de sus DH.

Después de lo expuesto también podemos concluir que cuando llegue el momento de vivir en una sociedad post-pandémica, teniendo en cuenta la alta tasa de desempleo que presentan las mujeres con DFM se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten sus derechos laborales. En dicho sentido, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo y asegurarles un ingreso necesario para su subsistencia en condiciones de dignidad humana.

³³⁶ Lo cual queda en evidencia en el Apartado 2 (Derechos de Igualdad), art. XI de la "Carta Derechos Digitales", donde se especifica que en relación a la "Accesibilidad universal en el entorno digital"; "se promoverán las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad universal de los entornos digitales, en particular a las personas con discapacidad, tanto desde el punto de vista del diseño tecnológico como respecto de sus contenidos, asegurando especialmente que la información relativa a las condiciones legales del servicio resulte accesible y comprensible". Documento disponible en la siguiente URL: https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

³³⁷ Un claro ejemplo de ello: El primer sistema masivo de IA de la lengua española, MarIA, empieza a resumir y generar textos, *Ministerio de Asuntos y Transformación Digital. Nota de Prensa*, (11 de noviembre de 2021). Recuperado de https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/211111_np_maria.pdf

Cabe anotar que tanta es la importancia de la digitalización y la IA, que el Estado Español ha creado la Secretaría de Digitalización e IA. Para mayor información sobre dicha Secretaría; acceder a su página web a través del siguiente enlace: <https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Paginas/sedia.aspx>

ABREVIATURAS

En el trabajo desarrollado con antelación se utilizaron determinadas abreviaturas con el fin de facilitar su lectura. Por tal motivo, se realiza un resumen de las mismas y se especifica su significado:

AAPP	Administración Pública
A.E.C.	Antes de la Era Común
AL	América Latina
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CDPD	Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad
CE	Constitución española
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CESC	Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CIEDPD	Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
CIF	Clasificación Internacional de Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
Coord.	Coordinación
DFM	Diversidad funcional manifiesta
DH	Derechos Humanos
Dir.	Dirección
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
Ed.	Edición
E.C.	Era Común
EUA	Estados Unidos de América
FVI	Foro de Vida Independiente
IA	Inteligencia Artificial
I+D+I	Investigación+Desarrollo+Innovación

LGDPD	Ley General de Derechos de Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal
LISMI	Ley de Integración Social del Minusválido
Núm.	Número
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PAD	Programa de Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNC	Pensión No Contributiva
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
UE	Unión Europea

BIBLIOGRAFÍA

A. MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS

- AARNIO, A. "Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 4, 1987, pp. 109-118.
- ADYA, M., BLANCK, P. y REINA, M. V. "Mujeres con discapacidad en el marco legal internacional de los derechos humanos". (Ed.) Cosme Valadez, A. *Los derechos de las personas con discapacidad. Memoria del Seminario Internacional Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por una cultura de la implementación*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea, 2010.
- AGIRRE, X., AGUIAR, X., CABALLERO, I. y CELIS, R. *Género y perspectiva de género. Persecución por motivos de género*, CEAR-Euskadi, Bilbao, 2007.
- AGUIRRE ROMÁN, J. O. "La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico", *Opinión Jurídica*, 7(13), 2008, pp. 139-162.
- AGULLÓ, C., ARROYO, J., ENRIQUE EMA, J., GÁMEZ, Ch., GÓMEZ, E., JIMÉNEZ, P.,... COLINA, M. *Cojos y precarias haciendo vidas que importan. Cuaderno sobre una alianza imprescindible*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2011.
- ALCINA MADUEÑO, A. "La regulación de las enseñanzas de sordomudos en la Ley de Instrucción Pública de 1857. Antecedentes", *Bordón* 64(1), 2012, pp. 25-37.
- ALCINA MADUEÑO, A. y NAVARRO JUÁREZ, L. "La incidencia de los patronatos nacionales en la política educativa de las enseñanzas de sordos (1910-1978)", *Revista Española de Discapacidad*, 3(1), 2014, pp. 141-160.
- ALLUÉ, M. "Inválidos, feos y freaks", *Revista de Antropología Social*, 21, 2012, pp. 273-286.
- ÁLVAREZ RAMÍREZ, G. "Igualdad y no discriminación". *Manual. La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad. Volumen I* (Dir.) Pérez Bueno, L.C. Grupo Editorial Cinca, 2012.
- APARICIO BASAURI, V. y SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, A. E. "Norma y ley en la psiquiatría española (1822-1986)", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 17(61), 1997, pp. 125-145.
- APARISI MIRALLES, Á. "Discursos de género y bioética", *Cuadernos de Bioética*, XXV, 2014, pp. 259-271.
- APARISI MIRALLES, Á. "Ideología de género: De la naturaleza a la cultura", *Persona y Derecho*, 61, 2009, pp. 169-193.
- APARISI MIRALLES, Á. "Modelos de relación sexo-género: De la "ideología de género" al modelo de la complementariedad varón-mujer", *Dikaion*, 21(2), 2012, pp. 357- 384.
- AQUINO-CANCHARI, C. R., HUAMAN CASTILLON, K. M. y QUISPE ARRIETA, R.C. "COVID 19 y su relación con poblaciones vulnerables", *Revista Habanera de Ciencias Médicas*, 19, 2020, pp. 1-18.
- ARAMAYO, R. y AUSÍN, T. (Eds.). *In(ter) dependencia. Del bienestar a la dignidad*, Plaza y Valdés Editores, 2008.
- ARANGO CALA, L. V., BALIBREA MELERO, E., CASTRO LARGO, R. M., LÓPEZ YESTE, A. y SANTOS ORTEGA, A. *Mujeres en forma contra la exclusión*, Universidad de Valencia, Valencia, 2004.
- ARBILLA BARABARIN, B. "Recorrido por la educación especial en el siglo XX. Desde Madrid a Pamplona, la contribución de Carmen Gayatte Galbete a la atención a las personas con discapacidad intelectual", *Revista Príncipe de Viana*, 254, 2011, pp. 533- 549.
- ARISTÓTELES: *La Política*. Libro IV. Capítulo XIV, Editorial Gredos, Madrid, 1988.
- ARNAU RIPOLLÉS, M. S. "Otras voces de mujer: El feminismo de la *diversidad funcional*", *Asparkia*, 16, 2005, pp. 12-26.
- ARNAU RIPOLLÉS, M.S. *Estudio: La cara oculta de la violencia: La Violencia de Género contra la(s) Mujer(es) con discapacidad(es)*, Fundación Isonomía, Castellón, 2005.
- ARNAU RIPOLLÉS, S. y MOSCOSO PÉREZ, M. "Lo Queer y lo Crip, como formas de re-apropiación de la dignidad disidente. Una conversación con Robert McRuer", *Dilemata*, 20, 2016, pp. 137-144.
- ARTAL, R. M. *La bolsa o la vida. El coronavirus que desnudó y cambió la sociedad*, Roca Editorial de Libros, Barcelona, 2021.
- ASSOCIACIÓ DONES NO ESTÁNDARDS: *Indicadores de exclusión social de mujer y discapacidad*, Barcelona, 2002.
- ASTARLOA, A., DURÁN, M., FILLAT, Y., OSUNA, A. y RUIZ, K. *Estrategias de Fekoor. Derechos de las Mujeres y Hombres con Discapacidad Física*, Fekoor, Bilbao, 2006.
- ASTORGA GATJENS, L. F. *¡Por un mundo accesible e inclusivo! "Guía básica para comprender y utilizar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad"*, Handicap International, Managua, 2007.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. "Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad", *Revista Ius et Veritas*, 53, 2016, pp. 262-266.

- AYUSO-MATEOS, J., NIETO-MORENO, M., SÁNCHEZ-MORENO, J. y VÁSQUEZ-BARQUERO, J. "Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF): Aplicabilidad y Utilidad en la Práctica Clínica", *Med Clin(Barc)*, 126(12), 2006, pp. 461-466.
- AZTARAIN DIEZ, J. *La asistencia psiquiátrica en España en los siglos XVIII y XIX*, Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra, Pamplona, 2005.
- BALLESTER CARDELL, M. "Mujer y discapacidad". (Coord.) Serra Cristóbal, R. *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant Lo Blanch, 2013.
- BAÑARES, J. I. "Matrimonio, género y cultura", *Ius Canonicum*, 96, 2008, pp. 415-431.
- BARIFFI, F. J. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2014.
- BARIFFI, F. J. y PALACIOS, A. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2007.
- BARNES, C. "Discapacidad, política y pobreza en el contexto del "Mundo Mayoritario", *Política y Sociedad*, 47(1), 2010, pp. 11-25.
- BARRERA PARDO, O., GUTIÉRREZ DUQUE, M., MORENO FERGUSON, M. E., RAMÍREZ, L. Y. y RODRÍGUEZ, M. C. "¿Qué significa la discapacidad?", *Revista Aquichan*, 6(1), 2006, pp. 78-91.
- BARRÉRE UNZUETA, M. Á. "La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas", *Revista vasca de administración pública*, 87-88, 2010, pp. 225-252.
- BARTON, L. "Estudios sobre discapacidad y la búsqueda de la inclusividad. Observaciones", *Revista de Educación*, 349, 2009, pp. 137-152.
- BELLOSO MARTÍN, N. "¿Hacia un estado pandémico?. Algunas valoraciones a partir del efecto Covid-19". *COVID-19 e seus paradoxos* (Coord.) Calgaro, C, Pilau Sobrinho, L. y Severo Rocha, L., Univali, 2020.
- BELLOSO MARTÍN, N. "La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 43, 2020, pp. 1-24. Disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/17445/pdf>
- BELTRÁN PEDREIRA, E. "Justicia, democracia y ciudadanía: las vías hacia la igualdad". (Eds.) Beltrán Pedreira, E. y Maquieira D'angelo, V. *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, 2008.
- BENVENISTE, E. *Problemas de lingüística general*, Siglo XXI editores, Madrid, 1974.
- BONO, M. "La ciencia del derecho y los problemas del lenguaje natural: la identificación del conflicto", *Isonomía*, 13, 2000, pp. 159-175.
- BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1997.
- BRONFENBRENNER, U. *La ecología del desarrollo humano. Experimentos en entornos naturales y diseñados*, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987.
- BUENO ABAD, J. R. "Concepto de representaciones sociales y exclusión", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 11, 2010, pp. 24-47.
- BULIT GOÑI, L. "Los derechos de las personas con discapacidad: Necesidad de una nueva mirada jurídico-política al derecho argentino", *Revista Síndrome de Down*, 27(106), 2010, pp.105-111.
- BURGOS BORDONAU, E. "Repertorio de la Legislación social y educativa entre 1822 y 1938 y su incidencia en la enseñanza de las personas ciegas", *Cuadernos de Historia del Derecho*, 13, 2006, pp. 261-279.
- BUSTAMANTE, C. y CABALLERO, I. "Sabías que... el deseo", *Enredando. Red mujeres con discapacidad*, 54, 2012, p. 9.
- CABADA ÁLVAREZ, J. M. "Los derechos de 650 millones de personas". (Coord.) Álvarez Posua, L., Barberena Fernández, T., Evans Pim, J., Reboiras Loureiro, O. y Villanueva, J. *Comunicación y discapacidades. Actas do Foro Internacional*, Colexio Profesional de Xornalistas de Galicia: Observatorio Galego dos Medios, Santiago de Compostela, 2007.
- CABALLERO PÉREZ, I. "Interseccionalidad". *La transversalidad de género en las políticas públicas de discapacidad – Manual. Volumen II*. (Dir.) Peláez Narváez, A. y Villarino Villarino, P. Grupo Editorial Cinca, 2013.
- CAMBRILS, M. *Feminismo Socialista*, Publicaciones Clara Campoamor, Bilbao, 1992.
- CAMPS, V. y VALCÁRCEL, A. *Hablemos de Dios*, Santillana Ediciones Generales, Madrid, 2007.
- CANO M. *Judith Butler. Performatividad y vulnerabilidad*, Shackteton Books, Barcelona, 2021.
- CAPELLA, J.R.: *El derecho como lenguaje. Un análisis lógico*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.
- CARES MARDONES, C. A. y THEMME AFAN. C. *Participación de mujeres migradas y racializadas en movimientos migrantes y feministas en Euskadi. Narrativas, estrategias y resistencias*, Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria, 2020.
- CASADO MELO, A. "Antecedentes de la educación de ciegos y sordos en España", *Papeles Salmantinos de Educación*, 12, 2009, pp. 137-150.

- CASARES SÁNCHEZ, J. *Cosas del lenguaje. Etimología, lexicología, semántica*, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1972.
- CECILIASSON, Alexander: Las aventuras del feminismo interseccional sueco, *Pikara*, (14 de julio de 2014). Disponible en <https://www.pikaramagazine.com/2014/07/las-aventuras-del-feminismo-interseccional-sueco/>
- CHARROALDE, J. y FERNÁNDEZ, D. *La discapacidad en el medio rural*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2006.
- CHIPRE, L., FERNÁNDEZ, M. y VIDAL, P. *Las TIC. Una oportunidad para la inclusión*, Observatorio de la Discapacidad Física, Barcelona, 2016.
- COCEMFE: *Lenguaje Inclusivo. Pautas para el uso del lenguaje correcto, respetuoso, y consensuado para referirse a las personas con discapacidad física y orgánica y comunicar de manera no sexista*, Madrid, 2020.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL): *Informe regional sobre el examen y la evaluación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y el documento final del vigesimotercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General (2000) en los países de América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2015.
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES CON DISCAPACIDAD: *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2019*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2020.
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *La violencia sexual en las mujeres con discapacidad intelectual*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2021.
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*, Madrid, 2021.
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. FUNDACIÓN CERMI MUJERES: *El derecho a la salud de las mujeres y niñas con discapacidad. Derechos Humanos de las Mujeres y Niñas con Discapacidad. Informe España, 2019*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2020. Disponible en http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/6115/Derechos_humanos_mujeres_y_ni%C3%B1as_discapacidad_Informe_Espa%C3%B1a_2019.pdf?sequence=1&rd=0031635746769689
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2020*, Madrid, 2020.
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Poner fin a la esterilización forzosa de las mujeres y niñas con discapacidad*, Editorial Cinca, Madrid, 2018.
- CONDE RODRÍGUEZ, Á., PORTILLO MAYORGA, I. y SHUM, G. "Discapacidad y Empleo. Una Perspectiva de Género", *Alternativas: Cuadernos de Trabajo Social*, 11, 2003, pp. 59-86.
- MOSCOSO PÉREZ, M. "Menos que mujeres: los discursos normativos del cuerpo a través del feminismo y la discapacidad". *Estudios sobre cuerpo, cultura y tecnología* (Ed.) Arpal Poblador, J. y Mendiola Gonzalo, I. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2007.
- CONDE RODRÍGUEZ, M. A. y SHUM MUNMAN, G. *Las olvidadas. Mujeres en riesgo de exclusión social*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2006.
- CONDE, Á. y SHUM, G. "Género y discapacidad como moduladores de la identidad", *Feminismo/s*, 13, 2009, pp. 119-132.
- CONTINO, A. M.: "La visibilización de las luchas políticas en discapacidad: acciones directas, conducta y resistencia", *Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, 6(2), 2013, pp. 5- 24. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://erevistas.saber.ula.ve/index.php/Disertaciones/article/view/4387/4430>
- Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español", *Derechos y libertades*, 24, 2011, pp. 221-257.
- CORDOBA ANDRADE, L., ESCOBAR, N., GÓMEZ-BENITO, J., LUCAS-CARRASCO, R., ROSERO, R. y VACA VACA, P. "Creencias y prácticas de mujeres con discapacidad frente al ejercicio de sus derechos", *Estudios de Psicología*, 32(2), 2011, pp. 209-226.
- CÓRDOBA, P. A. "Discapacidad y exclusión social. Propuesta teórica de vinculación paradigmática", *Tareas*, 129, 2008, pp. 81-104.
- CÓZAR GUTIÉRREZ, M. Á. (Dir.): *Autodiagnóstico de la situación de las mujeres con discapacidad en Andalucía*, Dirección General de Personas con Discapacidad. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Junta de Andalucía, Sevilla, 2012.
- CRUELLES LÓPEZ, M. *La Interseccionalidad Política: Tipos y factores de entrada en la agenda política, jurídica y de los movimientos sociales* (Tesis Doctoral), Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, España, 2015.
- CUENCA GÓMEZ, P. "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la
- DAMONTI, P. "Exclusión social y género: un análisis de la realidad contemporánea", *Zerbitzuan*, 57, 2014, pp. 71-89.
- DE LORENZO GARCÍA, R. "La declaración del estado de alarma y su impacto en algunos colectivos o grupos vulnerables", *Anales de derecho y discapacidad*, 5, 2020, pp. 11-36.

- DE LORENZO GARCÍA, R. y PALACIOS, A. "Los grandes hitos de la protección de las personas con discapacidad en los albores del Siglo XXI", *Revista de Documentación Administrativa*, 272, 2005, pp. 291-338.
- DEL CURA GONZÁLEZ, M. "Un patronato para los «anormales»: primeros pasos en la protección pública a los niños con discapacidad intelectual en España (1910-1936)", *Asclepio. Revista de Historia de la Medicina y de la Ciencia*, 2(LXIV), 2012, pp. 541-564.
- DI CASTRO, E. "Desigualdad, exclusión y justicia global", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 43, 2010, pp. 459- 478.
- DÍAZ FUNCHAL, E. *El reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2013.
- DÍAZ VELÁSQUEZ, E. "Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico* 3(2), 2009, pp. 85-99.
- DÍAZ VELÁSQUEZ, E., FERREIRA, M., RODRÍGUEZ DÍAZ, S., y TOBOSO MARTÍN, M. *Invisibilidad, marginación y exclusión social: las personas con discapacidad en España*, Asociación Española de Sociología de la Discapacidad, Madrid, 2011.
- DIONISIO DE HALICARNASO: *Historia antigua de Roma*. Libros IV-VI. Traducción y notas de ALONSO, A. y SECO, C., Editorial Gredos, Madrid, 1984.
- DUCKER, K. *Más allá del coronavirus. ¿El fin de los tiempos?*, Redbook Ediciones, Barcelona, 2020.
- DUVERGER, M. *Sociología política*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1968.
- EGEA GARCÍA, C. y SARABIA SÁNCHEZ, A "Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad", *Boletín del Real Patronato sobre discapacidad*, 50, 2001, pp. 15-30.
- Enredando. Red de mujeres con discapacidad*, 58, 2012, p. 19.
- ESCOBAR ROCA, G. (Dir.). *Federación Iberoamericana de Ombudsman. VII Informe sobre derechos humanos. Personas con discapacidad*, Editorial Trama, Madrid, 2010.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, C. R. "La igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias", *Documentación Social*, 130, 2003, pp. 25-40.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, F. y MONTUFO GUTIÉRREZ, A. "Estudio Geográfico y Social de la Subnormalidad en Granada y Provincia", *Cuadernos Geográficos de la Universidad de Granada*, 15, 1986, pp. 5-50.
- FERNÁNDEZ, J.M. "La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica", *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 2005, pp. 7-31.
- FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Editorial Trotta, Madrid, 2014.
- FERRÁNDIZ, F. *Etnografías Contemporáneas: Anclajes, métodos y claves para el futuro*, Editorial Anthropos, Barcelona, 2011.
- FERRANTE, C. y FERREIRA, M. "Cuerpo, discapacidad y trayectorias sociales: dos estudios de caso comparados", *Revista de Antropología Experimental*, 8, 2008, pp. 403-428.
- FERREIRA, M. y RODRÍGUEZ DÍAZ, S. "Desde la discapacidad hacia la diversidad funcional. Un ejercicio de dis-normalización", *Revista Internacional de Sociología*, 68(2), 2005, pp. 289-309.
- FERREIRA, M. y RODRÍGUEZ DÍAZ, S. "Diversidad funcional: sobre lo normal y lo patológico en torno a la condición social de la dis-capacidad", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 28(1), 2010, pp. 151-172.
- FERRER, M.A. y OBERTO, A. "La discapacidad desde las fronteras de la normatividad venezolana", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 8(2), 2014, pp. 139-151.
- FOUCAULT, M. *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1984.
- FOUCAULT, M. *Los anormales. Curso del Collège de France((1974-1975)*, Ediciones Akal, Madrid, 2001.
- FOUCAULT, M. *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Ediciones Akal, Madrid, 2009.
- FUNDACIÓN DE LA INNOVACIÓN. BANKINTER: *El arte de innovar y emprender. Cuando las ideas se convierten en riqueza*, Madrid, 2010.
- FUNDACIÓN FOESSA. *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, 2019, Cáritas Española Editores, Madrid, 2019.
- GARCIA DE LA CRUZ, J. J. y ZARCO, J. *El Espejo Social de la Mujer con gran Discapacidad*, Editorial Fundamentos, Madrid, 2003.
- GARCÍA ORTIZ, M. "Riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad en relación con las crisis sanitarias", *Revista de Bioética y Derecho*, 50, 2020, pp. 369-383.
- GARCÍA-CARPINTERO, M. *Las palabras, las ideas y las cosas. Una presentación de la filosofía del lenguaje*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.
- GARCÍA-RETAMERO, R. y LÓPEZ ZAFRA, E. "Mujeres y liderazgo: ¿discapacitadas para ejercer el liderazgo en el ámbito público?". *Mujeres y diversidad funcional (discapacidad): Construyendo*

- un nuevo discurso*, (Ed.) MAÑAS VIEJO, C. Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, 2009.
- GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. "Dilemas feministas y reflexiones encarnadas: el estudio de la identidad de género en personas con diversidad funcional física", *Athenea Digital, Revista de pensamiento e investigación social*, 14(4), 2014, pp. 19-47. Disponible en <http://atheneadigital.net/article/view/v14-n4-garcia-santesmases/1353-pdf-es>
- GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. "El cuerpo en disputa: cuestionamientos a la identidad de género desde la diversidad funcional", *Intersticios: Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 9(1), 2015, pp. 41-62.
- GOMÁ, R. y SUBIRATS, J. (Dir.). *Un paso más hacia la inclusión social. Generación de conocimiento, políticas y prácticas para la inclusión social*, Instituto de Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2004.
- GÓMEZ BERNAL, V. "Procesos, significados y efectos en torno a la catalogación oficial de las discapacidades en las mujeres", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 35(3), 2012, pp. 225-266.
- GÓMEZ RODRIGUÉZ, E. "Ciudadanía y enseñanza de las ciencias sociales". *Formación de la ciudadanía: las TIC y los nuevos problemas*, Asociación Universitaria de Profesores de Didáctica de las Ciencias Sociales (Eds.) Pérez I Pérez, D. y Vera Muñoz, M. I. Asociación Universitaria de Profesores de Didáctica de las Ciencias Sociales, 2004.
- GONZÁLEZ AMAGO, J. *Re-inventarse. La doble exclusión: vivir siendo homosexual y discapacitado*, CERMI, Madrid, 2005.
- GOÑALONS PONS, P. y MARX FERREE, M. "Practicando la interseccionalidad en España", *Quaderns de Psicologia*, 16(1), 2014, pp. 85-95.
- GUERRERO CUSTODIO, R. y NOLES COTITO, M. "La discapacidad en emergencia: Una aproximación a las medidas adoptadas por el Estado peruano frente a la pandemia", *Revista Ius et Veritas*, 61, 2020, pp. 68-77.
- GUTMANN, A. *La identidad en democracia*, Katz Editores, Madrid, 2008.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1989.
- HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- HERLIN, A. *El lenguaje de los anormales*, Imprenta de J. López, Madrid, 1916.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998.
- HERNÁNDEZ PEDREÑO, M. y RAYA DÍEZ, E. "Acompañar los procesos de inclusión social. Del análisis de la exclusión a la intervención social", *Trabajo Social*, 16, 2014, pp. 143-156.
- HERNÁNDEZ PEDREÑO, M., RAYA DÍEZ, E. y SÁNCHEZ ALCOBA, A. "Inserción sociolaboral de las personas con discapacidad y modelos familiares". *Respuestas transdisciplinares en una sociedad global. Aportaciones desde el Trabajo Social*. (Coord.) CAPARRÓS CIVERA, N, CARBONERO MUÑOZ, D, GIMENO MONTERDE, Ch. y RAYA DÍEZ, E., Universidad de La Rioja, 2016.
- HERRERA GÓMEZ, C. *Más allá de las etiquetas, mujeres, hombres y trans*, Editorial Txalaparta, Bizkaia, 2011.
- HORATCZUK, M. *Los tullidos van a Dios: los escrupulosos, nerviosos, sensuales, desalentados, tímidos*, Ediciones Fax, Madrid, 1961.
- HOYOS SUÁREZ, S. y GARCÍA BETANCUR, J. M. "La esterilización en las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial: una perspectiva crítica a la jurisprudencia constitucional", *Revista de Derecho Público*, 38, 2017, pp. 1-38.
- HUETE GARCÍA, A. "La exclusión de la población con discapacidad en España. Estudio específico a partir de la Encuesta Social Europea", *Revista Española de Discapacidad* 1(2), 2013, pp. 7-24.
- HUETE GARCÍA, A. "Los presupuestos de la inclusión: acceso a bienes sociales, ejercicio de derechos, condiciones y calidad de vida". *Sociedad civil, inclusión social y sector fundacional en España* (Ed.) Pérez Bueno, L. C., Grupo Editorial Cinca, 2014.
- HUETE GARCÍA, A. *Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2013.
- HUETE GARCÍA, A. y JIMÉNEZ LARA, A. *La discriminación por motivos de discapacidad. Análisis de las respuestas recibidas al Cuestionario sobre Discriminación por motivos de Discapacidad promovido por el CERMI Estatal*, CERMI, Madrid, 2002.
- HUTCHEON, E. y WOLBRING, G. "De-construyendo el concepto de resiliencia usando lentes "ableístas": Implicaciones para las personas con diversidad funcional", *Dilemata*, 11, 2013, pp. 235- 252.
- IGLESIAS, M. "Las mujeres y la diversidad funcional", *Themis. Revista Jurídica de Igualdad de Género*, 11, 2012, pp. 46-56.
- INIESTA MARTÍNEZ, A. *La mujer sorda en la vida pública y privada*, Centro de Estudios sobre la Mujer, Alicante, 2004.

- INIESTA MARTINEZ, A. y MAÑAS VIEJO, C. "Situación laboral de las mujeres con discapacidad física y sensorial en la Provincia de Alicante", *Feminismo*, 13, 2009, pp.153-170.
- INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES: *Guía para un uso no discriminatorio del lenguaje en las mujeres con discapacidad*, Madrid, 2009.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Informe General, el entorno social e institucional de las personas con discapacidades*, Madrid, 2005.
- JIMÉNEZ PÉREZ, G. y SERRATO CALERO, M. M. "Del padecimiento a la diversidad: Un camino hermenéutico", *Revista Española de Discapacidad*, 2(2), 2014, pp. 185-206.
- JUBETO, Y. "Los presupuestos con enfoque de género: una apuesta feminista a favor de la equidad en las políticas públicas", *Cuadernos de Trabajo*, 43, 2008, pp. 5-32.
- KEITH, L. "Encuentros con personas extrañas: reacciones ante las mujeres discapacitadas". *Encuentros con desconocidas*, *Feminismo y discapacidad* (Ed.) Morris, J. Narcea S.A. de Ediciones, 1997.
- KHALIL TOLOSA, N. *Feminismo para dummies*, Alienta Editorial, Barcelona, 2021.
- KLEBA LISBOA, T. y LOLATTO, S. "Políticas públicas con transversalidad de género. rescatando la interseccionalidad, la intersectorialidad y la interdisciplinariedad en el trabajo social", *Cuadernos de Trabajo Social*, 26(2), 2013, pp. 409-419.
- KYMLICKA, W. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Editorial Paidós, Barcelona, 1996.
- LA BARBERA, M. C. "Género y diversidad entre mujeres", *Cuadernos Kóre*, 1(2), 2010, pp. 55-72.
- LAGARDE Y DE LOS RÍOS, M. "Sinergia feminista por los derechos humanos de las mujeres". (Dir.) Hegoa-Universidad del País Vasco: *Actas. Encuentro: Feminismos en la agenda del desarrollo*, Bilbao, 2010.
- LAPARRA, M. y PÉREZ ERANSUS, B. (Coord.) *La exclusión social en España: Un espacio diverso y disperso en intensa transformación*, Fundación Foessa – Caritas Española Editores, Madrid, 2008.
- LASA, L. y SEPULVEDA, C. A. *El derecho de asilo frente a la violación de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), Bilbao, 2009.
- LEE WHORF, B. *Lenguaje, pensamiento y realidad*, Círculo de Lectores, Madrid, 1998.
- LLANO ORTIZ, J.C. *EL ESTADO DE LA POBREZA. seguimiento del indicador de pobreza y exclusión social en España 2008-2019*, European Anti-Poverty Network (EAPN), Madrid, 2020.
- LLOP CUENCA, P. y PÉREZ-PUIG GONZÁLEZ, R. "Protección judicial de las víctimas con discapacidad en los delitos relacionados con violencia de género". (Dir.) Aguirre Zamorano, P. y Torres Vela, M. *Mujer, discapacidad y violencia*, Consejo General del Poder Judicial, 2013.
- LOMBARDO, E. "Interseccionalidad de género en la política de la Unión Europea". *Integración europea y género* (Coord.). GIMÉNEZ COSTA, A., PASTOR GOSÁLBEZ, M. I. y ROMÁN MARTÍN, L. Editorial Tecnos, 2014.
- LÓPEZ TORRIJO, M. y VEGA FUENTE, A. "Personas con discapacidad: desde la exclusión a la plena ciudadanía", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 5(1), 2011, pp. 123-155.
- LOZANO BACHIOQUI, E. "La interpretación y los actos de habla", *Mutatis Mutandis*, 3(2), 2010, pp. 333-348.
- MAÑAS VIEJO, C. "Mujeres y diversidad funcional (discapacidad): construyendo un nuevo discurso", *Feminismo/s*, 13, 2009, pp. 9-20.
- MARCO FABRE, M. "Consideraciones en torno al concepto de exclusión social", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 11, 2000, pp. 10-21.
- MARTÍNEZ RÍOS, B. "Pobreza, discapacidad y derechos humanos", *Revista Española de Discapacidad*, I(I), 2013, pp. 9-32.
- MARTÍNEZ-PÉREZ, J. y PORRAS GALLO, M. I. "Hacia una nueva percepción social de las personas con discapacidades: Legislación, medicina y los inválidos del trabajo en España (1900-1936)", *DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus*, 26, 2006, pp. 195-219.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J. "Libertad de expresión y lenguaje ofensivo: algunos criterios prácticos de análisis jurídico", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 60, 2016, pp. 26-33.
- MINISTERIO DE IGUALDAD: *Mujer, discapacidad y violencia*, Centro de Publicaciones, Madrid, 2020.
- MIRANDA-NOVOA, M. "Diferencia entre la perspectiva de género y la ideología de género", *Dikaion*, 21(2), 2012, pp. 1-10.
- MIRAUT MARTÍN, L. "Los derechos de la mujer en el feminismo moderado de John Stuart Mill", *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXIII, 2006, pp. 101 - 129.
- MIRAUT MARTÍN, L. "New realities, new rights. Some reflections on the need to safeguard personal data". *Artificial Intelligence and Human Rights* (Ed.) Miraut Martín, L y Załucki, M. Dykinson, 2021.
- MOLERO HERNÁNDEZ, P. "La aparente actualidad en el debate sobre los inmigrantes y refugiados", *Análisis*, 89(48), 2016, pp. 269-289.

- MOLINA RÍOS, J. A. "Estudios del lenguaje desde una perspectiva glotopolítica", *Signo y Pensamiento*, (38)74, 2019, pp. 1-9.
- MONCÓ, B. "El cuerpo enfermo y sus cuidados: identidades y representaciones de género". *Cuidar el cuerpo vulnerable, perfeccionar lo humano* (Coord.) Guerrero Muñoz, J y Roque Sánchez, M.V. Editorial Dykinson, 2017.
- MORALES-CHÁVEZ, M. "Coronavirus y discapacidad. Una población muy vulnerable", *Acta Odontológica Venezolana*, 1. Extra. Edición especial COVID 19, 2020, pp. 9-10.
- MORA-SIFUENTES, F. "Derechos, discapacidad e inteligencia artificial. Entrevista a Rafael de Asís Roig", *Ciencia Jurídica*, 17, 2020, pp. 141-153.
- MORENO BONILLA, J. M. *30 años de la LISMI: Un recorrido de inclusión*, CERMI, Madrid, 2012.
- MOSCOSO PÉREZ, M. "El patriarcado por otro nombre: El discurso feminista y las mujeres con discapacidad", *Revista con la A*, 17, 2012, pp. 5-7.
- MOSCOSO PÉREZ, M. "La discapacidad como diversidad funcional: Los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social", *Dilemata*, 7, 2014, pp. 77-92.
- MOSCOSO PÉREZ, M. "Tirar la piedra y esconder la mano: el lenguaje de lo políticamente correcto en la discapacidad", *Intersticios: Revista Sociológica de pensamiento crítico*, 4(2), 2010, pp. 271-276.
- MOUNIN, G. *Saussure. Presentación y textos*. Editorial Anagrama, Barcelona, 1971.
- NACIONES UNIDAS. *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y la aplicación*, Nueva York-Ginebra, 2012.
- NINO, C.S. *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.
- NUÑEZ, P. T. "La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el derecho internacional de los derechos humanos", *Revista Española de Relaciones Internacionales*, 4, 2012, pp. 125-167.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: *Las mujeres y niñas con discapacidad en el ámbito rural en España*, 2018. Disponible en <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2019/05/OED-MUJERES-CON-DISCAPACIDAD-MEDIO-RURAL.pdf>
- OLIVER, M. "¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?". (Comp.) Barton, L. *Discapacidad y sociedad*, Ediciones Morata, 1998.
- OLIVER, N. *Inteligencia Artificial: Ficción, Realidad y....Sueños*, Real Academia de Ingeniería, Madrid, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo*, Ginebra, 2015.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), Madrid, 2002.
- OXFAM: *El virus de la desigualdad. Cómo recomponer un mundo devastado por el coronavirus a través de una economía equitativa, justa y sostenible*, Oxford, 2021.
- PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- PALACIOS RIZZO, A. y ROMANACH CABRERO, J. *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Ediciones Diversitas, Madrid, 2006.
- PARRILLA LATAS, Á. (Dir.) *La construcción del proceso de exclusión social en las mujeres: origen, formas, consecuencias e implicaciones formativas*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2004.
- PENA VOOGT, L. "Lenguaje y literatura en las palabras y las cosas de, M. Foucault", *Nuevo Pensamiento. Revista de Filosofía*, 3(3), 2013, pp. 1-19.
- PÉREZ BUENO, L. C. (Dir.): *Discapacidad y exclusión social en la Unión Europea. Tiempo de cambio, herramientas para el cambio. Informe definitivo*, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, Madrid, 2003.
- PÉREZ BUENO, L. C. *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2010.
- PÉREZ MONTERO, M. E. *Revisión de las ideas morales y políticas de Concepción Arenal* (Tesis Doctoral), Universidad Complutense, Madrid, España, 2002.
- PIE BALAGUER, A. (Coord.): *Diversidad(es). Discapacidad, altas capacidades intelectuales y trastornos del espectro autista*, Editorial UOC, Barcelona, 2015.
- PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas) (Ed.): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2012.
- PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas). "Marañas con distintos acentos: Género y Sexualidad en la Perspectiva Interseccional", *Encrucijadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales*, 5, 2013, pp. 44-52.
- PLATERO MÉNDEZ, R. (Lucas): "Metáforas y articulaciones para una pedagogía crítica sobre la interseccionalidad", *Quaderns de Psicologia*, 16(1), 2014, pp. 55-72.
- POOLE, D. "Bien común y derechos humanos", *Persona y Derecho*, 59, 2008, pp. 97-133.

- PORRAS PORRAS, T. "Desigualdad, justicia y poder en América Latina", *Apuntes del CENES*, 25(40), 2005, pp. 171-192.
- PRICE, J. "Las semillas de un movimiento: las mujeres discapacitadas y su lucha para organizarse", (C.D), *Asociación para los Derechos de las Mujeres y el Desarrollo (AWID)*, 2011, Toronto, pp. 1-27.
- RAYA DÍEZ, E. "Exclusión social y ciudadanía: claroscuros de un concepto", *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*, 9, 2004, pp. 1-18.
- RÍOS-RULL, J. V. "Desigualdad, ¿qué sabemos?", *Investigaciones económicas*, XXVI(2), 2002, pp. 221-254.
- RIQUELME SALDIVIA, K.S. "Derechos Humanos de mujeres y niñas con discapacidad: el impacto de la pandemia de COVID-19", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 11(2), 2021, pp. 215-247.
- ROBLES, G. "La filosofía del Derecho de Arthur Kaufmann", *Persona y Derecho*, 47, 2002, 151-185.
- RÓDO-ZÁRATE, M. "La herida interseccional", *Pikara online magazine*, 2021. Disponible en <https://www.pikaramagazine.com/2021/05/la-herida-interseccional/>
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "Discriminación múltiple", *Diario La Ley*, 8571, Sección Columna, 2015, pp. 1-9.
- ROMAÑACH CABRERO, J. "Diversidad funcional y Derechos Humanos en España: un reto para el futuro", *Dilemata*, 2, 2010, pp. 71-87.
- RUBIN, G. "El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo", *Revista Nueva Antropología*, VIII (30), 1986, pp. 95-145.
- RUEDA CASTRO, L. y SOTOMAYOR SAAVEDRA, M. A. "Bioética y discapacidad psiquiátrica: aspectos clínicos y jurídicos", *Acta Bioethica*, 9(2), 2003, pp. 239-249.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso: Derechos Humanos y comunitarismo: aproximación a un debate, *Doxa*, 12, (1992), pp. 95-114.
- RUIZ RETEGUI, A. "La Ciencia y la fundamentación de la Ética. II: La pluralidad humana". (Dir.) López Moratalla, N. *Deontología Biológica*, Facultad de Ciencias. Universidad de Navarra, 1987.
- RYAN, Frances: *Tullidos: austeridad y demonización de las personas discapacitadas*, Capitán Swing Libros, Madrid, 2020.
- SANJOSE GIL, A. "El primer tratado de Derechos Humanos del siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Revista electrónica de estudios internacionales*, 13, 2007, pp. 1-26. Recuperado de <https://bit.ly/2DnK7R1>
- SANTAMARINA, C. "Mujer y discapacidad: una doble discriminación. (Dir.) Consejería de Asuntos Sociales del Principado de Asturias. *Mujer y discapacidad: un análisis pendiente*, 2002.
- SAPIR, Edward: *El Lenguaje. Introducción al estudio del habla*, Ediciones F.C.E, Madrid, 1981.
- SEARLE, John: *Mente, lenguaje y sociedad. La filosofía en el mundo real*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- SEOANE, J. A. "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", *Siglo Cero*, 35(209), 2004, pp. 20-50.
- SERRANO MASCARAQUE, E. "Marco jurídico referido a la discapacidad: especial referencia a la e-accesibilidad", *Cuaderno de Documentación Multimedia*, 20, 2009, pp. 75-111.
- SHAKESPEARE, R. *La psicología de la invalidez*, Compañía Editorial Continental, México, 1979.
- SIIS. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS: *Repertorio histórico de legislación sobre discapacidades*, Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía, Madrid, 1991.
- SOLORZANO, M. "Reseña De Profesión, Cuidadora" de ANAUT BRAVO, S., OSLÉ GUERENDIÁIN, C. y URMENTA MARÍN, A. Ayuntamiento de Pamplona. Área de Servicios Sociales y Mujer. Plan de Igualdad de Oportunidades. Colección Mujeres de la Historia, 4. 2005. 130 págs. *Enfermería Global*, 2(4), (2005), pp. 1-5
- SOLVES ALMELA: J. "SOS Discapacidad: los discursos de la discapacidad en los medios españoles", *Discurso y Sociedad*, 7(1), 2013, pp. 49-72.
- SORIANO, R. *Compendio de teoría general del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1990.
- SOTELO, X. *Hacia la interseccionalidad: diferencias dentro de diálogos interculturales anglo-europeos* (Tesis Doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España, 2012.
- SOTO MARTÍNEZ, A. "La discapacidad y sus significados: notas sobre la (in)justicia", *Política y Cultura*, 35, 2011, pp. 209-239.
- SOTO SOLANO, M. "La integración social de los discapacitados. Análisis de la normativa internacional en materia de discapacidad desde la perspectiva colombiana", *Justicia Juris*, 9(2), 2013, pp. 20-31.
- STOLCKE, V. "¿es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad... y la naturaleza para la sociedad?", *Política y Cultura*, 14, 2000, pp. 25-60.
- STOLKE, V. "La mujer es puro cuento: la cultura del género", *Estudios Feministas, Florianópolis*, 12(2), 2004, pp. 77-105.

- SUSINOS RADA, T. "Mujeres (dis)capacitadas o la construcción social de un yo deficitario e incompleto". *Mujeres en la Periferia. Algunos debates sobre género y exclusión social*, Icaria Editorial, (Eds.) Calvo Salvador, A., García Lastra, M. y Susinos Rada, T. Icaria Editorial, 2006.
- TALLER DE ESTUDIOS NORTEAMERICANOS: Jarena Lee. *la vida y experiencia religiosa de Jarena Lee, una mirada de color, contando su llamada a predicar el evangelio*, Servicio de Publicaciones Universidad de León, León, 1996.
- URMENETA, X. "Discapacidad y Derechos Humanos", *Norte de Salud Mental*, 38(VIII), 2010, pp. 65-74.
- VALVERDE, J. *Exclusión Social. Bases teóricas para la intervención*, Editorial Popular, Madrid, 2014.
- VELA HIDALGO, A. *Género y discapacidad en textos de Jorge de Lima, Pablo Palacio y Clarice Lispector* (Tesis Doctoral), Purdue University, Indiana, Estados Unidos de América, 2013.
- VELARDE QUEIPO DE LLANO, C. "Individualismo, universalismo y derechos humanos", *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, 41, 1999, pp. 211-238.
- VENTURIELLO, M. P. "El "Habitus Discapacidad" a la luz de un relato de vida", *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 4(2), 2010, pp. 175-185.
- VERDUGO ALONSO, M. Á. "El cambio de paradigma en la concepción del retraso mental: la nueva definición de la AAMR", *Siglo Cero*, 25(3), 1994, pp. 5-24.
- VIDAL GALACHE, F. "El Impacto de la Ley General de Beneficencia de 1822 en Madrid", *Revista de la Facultad de Geografía e Historia*, 1, 1987, pp. 41-56.
- VIK, I. "El lenguaje que usamos, cómo pensamos", *Mujeres del Mundo*, 78, p. 22, 2021.
- VINCENT, G. Akenatón. *La historia de la humanidad contada por un gato*, Alfaguara, Madrid, 1996.
- VINYOLES, T. "Niñas marginadas, mujeres marginadas. Las niñas en los documentos catalanes medievales". *Estudios sobre la mujer. Marginación y desigualdad* (Eds.) Barranquero Texeira, E. y Jiménéz Tomé, M. J., Universidad de Málaga, 1994.
- YANKO SALAS, J. *Lenguaje y transcendencia*, Mago Editores, Santiago de Chile, 2015.
- YOUNG, I. M. *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.
- YOUNG, J. *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ZAMARRO CUESTA, J. "Se aprueba la Ley General de Discapacidad", *Autonomía Personal*, 11, 2013, p. 12.
- ZORZZETO, S. "La filosofía analítica de Uberto Scarpelli. Del análisis del lenguaje valorativo a los principios de la bioética", *Derecho PUCP*, 73, 2014, pp. 535-582.

B. SIMPOSIOS

- ARNAU RIPOLLÉS, M. S. *Una construcción social de la discapacidad: El Movimiento de Vida Independiente*. Comunicación presentada en las VIII Jornadas de Fomento de la Investigación de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales, de la Universitat Jaume I. Publicación electrónica de la Universitat Jaume I de Castelló, 2003. Recuperado de <http://www.uji.es/bin/publ/edicions/jfi8/hum/42.pdf>
- FERREIRA, Miguel: Discapacidad, individuo y normalidad: la "axiomática" de la marginación. Ponencia presentada en las V Jornadas Nacionales "Universidad y Discapacidad", San Miguel de Tucumán, Argentina, 14-16 de Agosto de 2009. Disponible en http://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf
- GONZÁLEZ RAMS, P. "Las mujeres con discapacidad y sus múltiples desigualdades; un colectivo todavía invisibilizado en los Estados Latinoamericanos y en las Agencias de Cooperación Internacional". XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles. Conferencia llevada a cabo en el Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica. (Presidencia). CAGIAO VILA, P. Santiago de Compostela, España, 2010.
- MOLINA ROLDÁN, R. M. "La Escuela Central de Anormales de Madrid". *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días*. XV Coloquio de Historia de la Educación. BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R. y CONEJERO LÓPEZ, Susana (Coord.), Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009.
- PÉREZ BUENO, L. C. (Presidencia): *Conclusiones del I Congreso Nacional "La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. De los derechos a los hechos"*, Granada, España, mayo, 2014. Recuperado de <https://bit.ly/2zNoRAq>
- SANTOS URBANEJA, F. La conquista de la dignidad de las personas con capacidades diferentes: una revolución inacabada. En SUMAY, M. (Presidencia): *La diversidad mental y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU*. Conferencia llevada a cabo en la Primera Mesa Redonda sobre Diversidad Mental, SOLCOM, Madrid, España, noviembre de 2013. Disponible en <https://bit.ly/2Ot6B7s>

C. NOTICIAS, ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS, ENTRADAS DE BLOGS Y LOCALIZACIÓN PÁGINAS WEBS**1. NOTICIAS**

- Discapacidad. las personas con discapacidad dejarán de ser "incapaces" en la Ley de Jurisdicción Voluntaria, *El Economista.es*, (31 de octubre de 2013). Disponible en <https://bit.ly/2NZcVnz>
- El CERMI discrepa de la propuesta de la RAE sobre la reforma del artículo de la Constitución referido a la discapacidad, *Servimedia*, (20 de Enero de 2020). Disponible en <https://www.servimedia.es/noticias/1215777>
- El primer sistema masivo de IA de la lengua española, MarIA, empieza a resumir y generar textos. *Ministerio de Asuntos y Transformación Digital. Nota de Prensa*, (11 de noviembre de 2021). Recuperado de https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2021/211111_np_mar_ia.pdf
- GUTIÉRREZ, M. Personas impedidas tendrán más ayudas. El objetivo es reimpulsar la asistencia en sectores humildes. *Últimas Noticias*, (13 de diciembre de 2013). Recuperado de <https://bit.ly/2NZZvrt>
- Inteligencia Artificial. *Noticias. Parlamento Europeo*, (26 de marzo de 2021). Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>
- Los niños disminuidos, *El País*, (16 de febrero de 1985). Disponible en https://elpais.com/diario/1985/02/16/opinion/477356415_850215.html
- ONU adopta convención sobre derechos de las personas con discapacidades. Disponible en http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=8393#.VCIIPvl_t-9
- SOSA TROYA, M. "Belarra pide perdón en nombre del Gobierno a las mujeres con discapacidad víctimas de esterilizaciones forzadas", *El País*, (2 de diciembre de 2021). Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-12-02/belarra-pide-perdon-en-nombre-del-gobierno-a-las-mujeres-con-discapacidad-victimas-de-esterilizaciones-forzadas.html>
- Una de cada cuatro mujeres con discapacidad afirma haber sufrido algún tipo de violencia, según un estudio, *Público*, (28 de octubre de 2021). Disponible en <https://www.publico.es/sociedad/cuatro-mujeres-discapacidad-afirma-haber-sufrido-tipo-violencia-estudio.html>

2. ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

- GARCÍA CANO, J. "Hospitales de la provincia de Toledo en el siglo XVIII(VI)", *La Tribuna de Toledo*, (24 de mayo de 2020). Disponible en <https://www.latribunadetoledo.es/Noticia/Z6A13547A-DF8B-A4EC-4E87E1D27A6A9EF5/202005/Hospitales-de-la-provincia-de-Toledo-en-el-siglo-XVIII-VI>
- GARCÍA, A. V. "Mujeres con discapacidad por una inclusión total", *abc.es*, (12 de enero de 2017). Recuperado de <https://bit.ly/2RIYPdt>
- REVIEJO, S. La lucha desesperada de muchas familias para tener escolarizados a sus hijos con necesidades especiales, *Público*, (31 de octubre de 2021). Disponible en <https://www.publico.es/sociedad/integracion-escolar-lucha-desesperada-muchas-familias-escolarizados-hijos-necesidades-especiales.html>

3. ENTRADAS DE BLOGS

- GARCÍA-SANTESMASES FERNÁNDEZ, A. y SANMIQUEL-MOLINERO, L. "Teoría Crip. La Teoría Tullida llega a España", *El rumor de las multitudes*, (1 de octubre de 2021). Recuperado de https://www.elsaltodiario.com/el-rumor-de-las-multitudes/la-teoria-tullida-llega-a-espana?fbclid=IwAR21iKAj-RacVbF8cEq9Y1pSsLXnLXIy-spa9rlqI5FOPDdZn_gcm1vOpnI
- SANTOS URBANEJA, F. "Crónica de Previstonia", *Fernando Santos Urbaneja*, [Web Log Post], (21 de febrero de 2011). Disponible en <https://bit.ly/2NYOVkP>

4. PÁGINAS WEBS DE INTERÉS

- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>
- Foro de Vida Independiente. Disponible en <http://www.forovidaIndependiente.org/>
- https://www.youtube.com/results?search_query=dot+csv

Secretaría de Digitalización e Inteligencia Artificial. Disponible en <https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Paginas/sedia.aspx>

D. VIDEOS Y SERIES DE TELEVISIÓN

ROHRER, G. (Productor): *La Aventura del Saber* [serie de televisión], Radio Televisión Española, Madrid, 2014. Disponible en <http://www.rtve.es/alacarta/videos/la-aventura-del-saber/aventura-del-saber-mario-toboso/2454180/>

LEGISLACIÓN

A. NORMAS INTERNACIONALES

1. Tratados internacionales

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en <file:///C:/Users/User/Downloads/21.%20Convencion.%20CEAPAT-IMSERSO.2010.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en http://www.sipi.siteal.org/sites/default/files/sipi_file_file/declaracion_universal_derechos_humanos.pdf

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh6.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

1. Naciones Unidas: Declaraciones, Estudios, Informes, Observaciones, Recomendaciones y Resoluciones

a. Declaraciones

Declaración de Durban. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/afrodescendientes_instrumentos_internacionales_declaracion_programa_accion_durban.pdf

Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponible en <http://habitat.aq.upm.es/aghhab/adecclestambul.html>

Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ProgressAndDevelopment.aspx>

Declaración y Programa de Acción de Viena. Disponible en https://www.ohchr.org/documents/events/ohchr20/vdpa_booklet_spanish.pdf

b. Informes

NACIONES UNIDAS. CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Relación entre la efectividad del derecho al trabajo y el disfrute de todos los derechos humanos por las personas con discapacidad*, 2021. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/46/47>

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, 1995. Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

NACIONES UNIDAS. *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, 1995. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CONF.166/9>

c. Observaciones

Naciones Unidas. Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación general Nº 5: Las personas con discapacidad*, 1994. Disponible en <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>

Naciones Unidas. *Observación general Nº 3: sobre las mujeres y las niñas con discapacidad*, 2016. Disponible en https://www.cermiandalucia.es/uploads/1/1/7/8/117873877/observacion_mujeres_discapacidad_convencion_2.pdf

Naciones Unidas. *Observación general Nº 6: sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018. Disponible en <file:///C:/Users/user/Downloads/G1811908.pdf>

d. Recomendaciones

Naciones Unidas. *Recomendación general Nº 18: las mujeres discapacitadas*, 1991. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_GEC_4729_S.pdf

e. Resoluciones

Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Disponible en [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))

Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <http://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr_sp.pdf

Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971. Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/Declaracion_AG-26-2856_1971.pdf

Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975. Declaración de los Derechos de los Impedidos. Disponible en https://sid.usal.es/idocs/F8/FDO5018/declaracion_dchos_impelidos.pdf

Resolución 31/123, de 13 de diciembre de 1976. Año Internacional de los Impedidos. Disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/31/123>

Resolución 47/3, de 14 de octubre de 1992. Día Internacional de los Impedidos. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/47/3>

Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001. Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. Disponible en <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168s1.htm>

Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf

2. Organización Internacional del Trabajo

a. Recomendaciones

Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, 1955 (núm. 99). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R099

b. Convenios

Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983 (núm. 159). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C159#A17

3. Unión Europea

a. Derecho Originario

Constitución Europea. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2004.310.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2004%3A310%3AFULL

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

b. Resoluciones

Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2020, sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0156_ES.html

c. Comunicaciones

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Plan coordinado sobre la Inteligencia Artificial*, 2018. Disponible en <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0795&from=DA>

4. Consejo de Europa

Decisión 2001/903/CE del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003. Disponible en <https://bit.ly/1x6DvIy>

5. Normativa Interamericana

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>

Organización de los Estados Americanos: Programa de Acción para el Decenio de las Américas por los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2339_xxxviii-o-07_esp.pdf

B. NORMATIVA ESPAÑOLA

1. Constituciones

Constitución de Cádiz de 1812. Disponible en http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/spagna_constitucion_1812_esp.pdf

Constitución Española de 1978. Disponible en http://www.lamoncloa.gob.es/documents/constitucion_es1.pdf

2. Tratados

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1977/04/30/pdfs/A09337-09343.pdf>

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>

3. Leyes Orgánicas

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/1981/BOE-A-1981-12774-consolidado.pdf>

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2021/06/05/pdfs/BOE-A-2021-9347.pdf>

4. Leyes Ordinarias

Ley de instrucción pública de Claudio Moyano, de 9 de septiembre de 1857. Disponible en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1857/1710/A00001-00003.pdf>

Ley 13/1982, de 1 de abril, de integración social de los minusválidos. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1982/04/30/pdfs/A11106-11112.pdf>

Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2003/10/14/pdfs/A36770-36771.pdf>

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2006/12/15/pdfs/A44142-44156.pdf>

Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf>

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/29/pdfs/BOE-A-2015-8470.pdf>

5. Reales Decretos Ley y Legislativos

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2013/BOE-A-2013-12632-consolidado.pdf>

Real Decreto-ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/01/pdfs/BOE-A-2020-4209.pdf>

6. Decretos y Reales Decretos

Real Decreto de 17 de octubre de 1902, que aprueba el reglamento para el régimen y gobierno del Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos.

Real Decreto de 22 enero 1910, estableciendo bajo la presidencia del Ministro de este Departamento, un Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1910/01/24/pdfs/GMD-1910-24.pdf>

Real Decreto de 24 de abril de 1914. Ministerio de la Instrucción Pública y Bellas Artes. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1914/04/25/pdfs/GMD-1914-115.pdf>

Real Decreto de 25 de agosto de 1917. Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1917/08/28/pdfs/GMD-1917-240.pdf

Real Decreto de 13 de septiembre de 1924. Patronato Nacional de Anormales. Disponible en <https://www.boe.es/gazeta/dias/1924/09/14/pdfs/GMD-1924-258.pdf>

Decreto de 7 de junio de 1933. Reglamento General Orgánico del Instituto Nacional de Reeducación de Inválidos. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1933/12/14/pdfs/GMD-1933-348.pdf

Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, por el que se establece en la Seguridad Social la asistencia a los menores subnormales. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1968/10/07/pdfs/A14237-14239.pdf>

Decreto 1076/1970, de 9 de abril, por el que se modifica el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, que estableció en la Seguridad Social la asistencia a los subnormales, ampliando el régimen de protección a los mismos. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1970/04/16/pdfs/A05957-05958.pdf>

Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero, por el que se sustituyen los términos subnormalidad y subnormal contenidos en las disposiciones reglamentarias vigentes. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1986/02/21/pdfs/A06769-06769.pdf>

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2000/01/26/pdfs/A03317-03410.pdf>

Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/26/pdfs/BOE-A-2009-20890.pdf>

Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2009/12/26/pdfs/BOE-A-2009-20891.pdf>

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/14/pdfs/BOE-A-2020-3692.pdf>

Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/04/25/pdfs/BOE-A-2020-4652.pdf>

7. Órdenes Ministeriales

Orden de 7 de mayo de 1931, por la que se establece como hospital para personas decrepitas y ciegas el Hospital de Incurables de Toledo. Disponible en https://www.boe.es/diario_gazeta/comun/pdf.php?p=1931/05/10/pdfs/GMD-1931-130.pdf

Orden de 8 de mayo de 1970, por la que se aprueba el texto refundido de los Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre, y 1076/1970, de 9 de abril; por los que se establece y regula la asistencia en la Seguridad Social a los subnormales. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1970/05/21/pdfs/A07871-07872.pdf>

Orden ESD/603/2009, de 4 de marzo, por la que se crea la Comisión de Seguimiento para la Agenda Política de la Discapacidad y Promoción de la Autonomía Personal. Disponible en <https://www.boe.es/eli/es/o/2009/03/04/esd603/dof/spa/pdf>

Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/21/pdfs/BOE-A-2020-3951.pdf>

8. Planes y Programas

I Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2005-2008. Disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/basicas/Libro188905.pdf>

II Plan Integral de Acción para Mujeres con Discapacidad 2013-2016. Disponible en https://fundacioncermimujeres.es/sites/default/files/ii_plan_integral_de_accin_de_mujeres_definitivo.pdf

C. NORMATIVA EXTRANJERA

1. Normativa uruguaya

Constitución de la República Oriental del Uruguay. Disponible en <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Uruguay/Leyes/constitucion.pdf>

OTROS DOCUMENTOS

Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad funcional del ser humano. Disponible en <https://bit.ly/2j0bTo3>

PLATÓN: *Crátilo o de la exactitud de los nombres*, Edición electrónica de la Escuela de Filosofía de la Universidad ARCIS. Disponible en <https://www.philosophia.cl/biblioteca/platon/Cratilo.pdf>

El Lenguaje Jurídico. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2926/5.pdf>

Novísima Recopilación. Disponible en <https://bit.ly/1g3cYqX>

APARISI MIRALLES, Á. "Identidad de género. Crisis de identidad del varón y la mujer (ideología de género)". Disponible en <https://bit.ly/2Rg0d15>

DÍAZ, L., GIMÉNEZ, L., GIMÉNEZ, M., GOMA, R. y OBRADORS, A. *Buenas prácticas para la inclusión social*, Institut de Govern i Polítiques Públiques, Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en <https://bit.ly/2z2JZkg>

Manifiesto de Tenerife. Disponible en <http://www.independentliving.org/docs6/tenrife20020426sp.html>

CÓZAR GUTIÉRREZ, M. Á. "Liderazgo de las mujeres con discapacidad. Una propuesta de capacitación". Disponible en http://www.quadernsdigitals.net/index.php?accionMenu=hemeroteca.DescargaArticuloIU.descarga&tipo=PDF&articulo_id=6393.

Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Disponible en https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

Programa Hábitat. Disponible en <http://habitat.aq.upm.es/aghab/aproghab.html>

Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>

Pilar europeo de derechos sociales. Disponible en https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es

- Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad 2021-2030.* Disponible en <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8376&furtherPubs=yes>
- Consejo Nacional de la Discapacidad.* Disponible en <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/cnd/home.htm>
- Manifiesto político del 13º encuentro feminista de América Latina y el Caribe (EFALC),* Lima – Perú, mayo, 2014. Disponible en <https://bit.ly/2yBRDD4>
- I Manifiesto de las mujeres con discapacidad de Europa.* Disponible en https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_folletos/es_emakunde/adjuntos/folletos.i02.manifiesto.de.las.mujeres.con.discapacidad.de.europa.pdf
- II Manifiesto de las mujeres con discapacidad de Europa.* Disponible en <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/informes/2%C2%BA%20Manifiesto%20de%20los%20Derechos%20de%20las%20Mujeres%20y%20Ninas%20con%20Discapacidad%20de%20La%20Union%20Europea%20accesible.pdf>
- OSAKIDETZA: ¿Cómo afecta la pandemia del COVID-19 a los colectivos más vulnerables?, Junio 4 de 2020. Disponible en <https://www.osakidetza.euskadi.eus/noticia/2020/como-afecta-la-pandemia-del-covid-19-a-los-colectivos-mas-vulnerables/ab84-oskcon/es/>
- OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD: “*Proteger a las personas con discapacidad frente a la crisis de la COVID 19*”, 7 de mayo de 2020. Disponible en <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/wp-content/uploads/2020/05/NOTA-OED-PCD-CRISIS-COVID19.pdf>
- BOLETÍN DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD: “El Real Patronato defiende que la discapacidad sea considerada materia transversal ante las medidas adoptadas por el COVID-19”, 162, 2020, p. 1. Disponible en <https://www.rpdiscapacidad.gob.es/actualidad/noticias/2020/0-449.htm>
- I Plan de prevención y apoyo de la salud para las personas con discapacidad.* Disponible en <https://es.surveymonkey.com/r/plan-prevencion-discapacidad>
- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. GOBIERNO DE ESPAÑA: *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial*, 2019, p. 9. Disponible en file:///C:/Users/user/Downloads/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf
- Carta Derechos Digitales.* Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf
- Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.* Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PersonsWithDisabilities.aspx>
- Tercera Conferencia Mundial de Mujeres.* Disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/otherconferences/Nairobi/Nairobi%20Full%20Optimized.pdf>

Superinterpretação como abuso de direito (inconstitucional) no processo penal brasileiro

The overinterpretation as an (unconstitutional) abuse of right in the brazilian criminal procedure

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)

Sumário: 1. Introdução; 2. O problema da fonte; 3. A superinterpretação como abuso de poder (inconstitucional) no Processo Penal; 4. Conclusões Finais; 5. Referências.

Resumo: A partir do conceito de superinterpretação, de Umberto Eco, analisa-se a extensão e os limites da interpretação no processo penal brasileiro, especialmente no fenômeno denominado “americanização à brasileira” de institutos do sistema *common law* que vêm sendo transplantados na estrutura do *civil law* brasileiro, cuja fonte primeira é a lei.

Palavras-chave: Superinterpretação; “americanização à brasileira”; lei; abuso de direito.

Abstract: Based on Umberto Eco’s concept of overinterpretation, the extension and limits of interpretation are analyzed in the Brazilian criminal procedure, especially in the phenomenon called “Brazilian americanization” of common law institutes, which are being transplanted in the Brazilian civil law structure, whose primary source is the law.

Keywords: Overinterpretation; “Brazilian americanization”; law; abuse of right.

1. Introdução

A Umberto Eco deve-se o conceito de superinterpretação. Com ele, Eco manejava a questão da extensão e limites da interpretação; e assim o fazia, na Semiótica, sobretudo para a linguagem literária. Foi, sem dúvida, um trabalho difícil, embora muito interessante, do qual o resultado é duvidoso, mormente pelo lugar que ocupa a linguagem literária e sua propensão quase infinita para a abertura do texto, não fosse o desejo de alguns que, de fato, nele não houvesse limite.

A questão não é simples, mas se pode haver beleza na construção de um *novo texto* no lugar que se apresenta o resultado da interpretação – ou pode-se

¹Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado). Ex-coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do PPGD/UFPR. Professor do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Damas, Recife. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIVEL, Cascavel. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*). Presidente de Honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

apresentar –, para além dos eventuais limites, parece indubitável que ele, o texto novo, não é aquele que se interpreta ou que se interpretou.

Se a questão se coloca no âmbito da linguagem literária, seria a mesma coisa naquela referente à lei?

O esforço, no âmbito jurídico, por razões que se conhece e é despendendo discutir, é construir, pela lei e seu texto, as margens pelas quais o leito do rio da interpretação pode e deve correr, de modo a se ter – ou poder ter – o máximo de segurança jurídica. Não é simples, contudo, mesmo porque ainda que sendo duas as margens, do rio se pode extrair a água.

Por isso, mesmo um princípio como o da *taxatividade*, em matéria penal, não consegue segurar o deslizamento das palavras contidas nos *tipos penais*, ainda que, bem redigidas, as leis e seus textos possam ter uma precisão milimétrica e, portanto, aparentemente – e é só assim, na aparência – consigam refletir o que se pretende. O deslizamento, como se sabe, é inevitável.

A dificuldade aumenta ainda mais quando, de maneira inconstitucional e ilegal, acientífica, atécnica, ideologicamente dirigida, politicamente inescrupulosa, de tal maneira ingênua em alguns pontos que parece infantil, e assim por diante em uma ladainha sem fim, resolve-se fazer entrar na legislação nacional, em uma *americanização à brasileira*, institutos do *common law* norte-americano e, com eles, faz-se aumentar a balbúrdia interpretativa. E tudo com um adendo significativo: os preceitos além de ruins – desde o ponto de vista da língua portuguesa – e que dificultam a interpretação, têm vindo plenos de vazios, com omissões que se não sabe – mas se pode intuir – o porquê.

Sabe-se, não obstante, que os juízes, máxime os dos tribunais superiores – por todos os do Supremo Tribunal Federal (STF) – em visível afronta à Consolidação da República Federativa do Brasil (CRFB), têm criado, pela via da interpretação – ou da superinterpretação, para ser mais preciso –, textos novos e com eles, não raro variando de juiz para juiz, vão atropelando o Parlamento e o Executivo, além de gerar uma insegurança jurídica nunca vista.

São, portanto, dois problemas, pelo menos: 1º, a indeterminação, vagueza, opacidade dos preceitos; 2º, a falta, omissão, inexistência dos preceitos.

2. O problema da fonte

A questão que se coloca diz respeito à teoria da interpretação e à teoria das fontes, justo porque é por elas que se pode questionar se aquilo que se tem feito (sobre o resultado da *americanização à brasileira* e o seu trato) é compatível com a CRFB e a legislação brasileira.

Ora, em uma estrutura de *civil law* como a brasileira, não se duvida que a fonte primeira é a *lei*, começando pela CRFB. Isso não significa que as demais fontes não sejam importantes; e que se não tenha uma porosidade no Direito que permite uma significativa amplitude à interpretação e, quem sabe, em algumas hipóteses, para alguns, à superinterpretação, o que não é simples e muito menos sem contestação². Tudo está – nesta dimensão – na protocélula: uma construção de palavras.

²No chamado *direito alternativo* tentou-se fazer uma construção adequada para a questão. Nas fissuras da lei e mesmo na falta dela (o que separava o chamado *uso alternativo do direito* do chamado *direito alternativo em sentido estrito*), admitia-se construir pela interpretação ou criação desde que isso dissesse respeito aos menos favorecidos (incluindo o cidadão contra o Estado), tudo de modo a se ter mais equilíbrio e, portanto, mais justiça, na realização do Direito. A proposta – de todo inovadora em um Brasil conservador e atrelado a um legalismo quase cego – causou estupor no final dos anos 80, começo dos anos 90, e logo apareceu como uma ameaça, talvez porque acusada de ser proveniente de *gente de esquerda* (o que não era de todo correto), como se isso, por si, fosse um grande mal. Ademais, o impacto das notícias sobre o Movimento (e era de um Movimento que se tratava) criou a falsa ideia de que se lidava

Se a lei ocupa o lugar de primazia nas fontes em um sistema de *civil law*, é certo que os *precedentes* ocupam esse lugar em um sistema de *common law*. Isso, nele, não significa que se não tenha outras fontes, inclusive a lei; mas quer dizer que o sistema se funda em uma outra base, marcada pelos costumes, pelos princípios e pela moral, hoje, depois do *utilitarismo*, quase confundida com uma *moral pública*. Eis por que nele tem-se um *judge-made-law*, no qual o papel do juiz na definição e expansão dos direitos é fundamental, mormente depois de 1285 quando, na Inglaterra, pelo *Statute of Westminster II*, passou-se a exigir que o rei só poderia emitir *writs* em casos análogos, ou seja, *in consimili casu*. Isso obrigou a que se tivesse um precedente análogo para demandar perante o rei e, portanto, é a partir dele que o sistema se consolida, em que pese, como se sabe, tão só a partir de 1875 tenham os *precedentes*, por lei, passado a ser obrigatórios, pelo que se chamou de *stare decisis*.

Como parece intuitivo, em um sistema assim, o papel da tradição e o respeito pelos costumes (alguns imemoriáveis: *general immemorial custom of the Realm*) e princípios ganham relevância porque, ainda que os juízes em geral não admitam a criação do Direito (porque já estariam nos casos e nos precedentes, a partir dos quais eles fariam apenas aflorar, conforme a chamada *declaratory theory of the common law*), parece evidente o papel que têm na expansão e limitação dele. Aqui, de regra, não existem as margens que a lei estabelece (com todos os seus problemas, é verdade) no modelo de *civil law* e, portanto, a posição originária parece aberta quase que totalmente, como nos textos literários. Quando há lei, porém, o respeito por ela é a regra. Para tanto perceber, basta ver o que se passa com a Constituição Norte-Americana de 1787 e suas emendas, às quais têm preceitos que são sempre objeto de grande tensão mas, pacificados, acabam respeitados ou, pelo menos, não são afrontosamente desrespeitados.

Em um sistema de *civil law* como o brasileiro, o papel dos *precedentes* é secundário, ainda que hoje seja legal e funcione para determinadas hipóteses. Não estão, contudo, como se sabe, na tradição legislativa, o que parece incontroverso. Eles, não obstante, não revogam as leis, que seguem como a primeira fonte. Se assim é – e é mesmo –, diante da Constituição e demais leis, os órgãos do Poder Judiciário, na atividade jurisdicional, não criam o Direito e, portanto, não criam a lei, como se fossem o Parlamento ou, nos casos específicos, o Executivo.

Eis, então, como se desenha o quadro da problemática das leis importadas e promulgadas na chamada *americanização à brasileira*^{3 4 5}. Uma delas – e agora em moda porque a mais recente – é a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, dita (por mais absurdo que seja) Pacote Anticrime. Ela, como se está a sentir na carne, é teratológica. Plena de vazios, plena de palavras e conceitos vagos, opacos e

com um *outro Direito*, no qual qualquer um podia dizer e fazer o que queria, em *ultima ratio*, sem limitação. Ora, isso era uma sandice; e só não era parvo de verdade porque foi ideologicamente arquitetado para funcionar como funcionou, ou seja, a partir de factóides produziu-se uma 'verdade' mentirosa. Hoje isso seria chamado de *Fake News*. A questão, porém, naquele tempo, produziu uma luta pela democracia do Direito sem precedente; e tinha muito a ver com a democracia processual penal. Diante do quadro de manipulação discursiva atual e seu discurso da estupidez (DIAS, M.M. *O discurso da estupidez*. Iluminuras, São Paulo, 2020, p. 94), as questões referentes ao *direito alternativo* parecem decorrentes de polêmicas de jardim de infância.

³MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & MURATA, A.M.L.K. "Americanização à brasileira da delação premiada e o princípio da legalidade", In: LOPES, A.B., et al (org.). *Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2018, pp. 193-211.

⁴MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & MURATA, A.M.L.K. "Plea bargaining à brasileira", In: CAVALCANTI, F.D.R., et al (org.). *Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*, Boutique Jurídica, Porto Alegre, 2019, pp. 317-342.

⁵MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & AZEVEDO, G.S. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei n. 12.850/13), In: SANTORO, A.E.R.; MALAN, D.R. & MADURO, F.M. (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*, Escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018, pp. 227-240.

indeterminados, cada vez mais, no dia a dia, mostra-se mais pelo que falta, pelas suas omissões e, quiçá, sobretudo, pela inexistência de preceitos que deveriam estar mas não estão. Ora, um texto de lei assim é reflexo de gente que não sabe; não sabe sobre o processo legislativo e muito menos sobre a estrutura jurídica sobre a qual expressa; ou mesmo de gente que imagina que se pode transplantar um instituto norte-americano no Brasil sem preocupação com as devidas adaptações, seja por ingenuidade, seja, pela outra face, talvez pela crença de que *common law* e *civil law* sejam a mesma coisa e qualquer problema se resolve pela intervenção equânime dos órgãos jurisdicionais, tudo sem a mínima preocupação com a CRFB e as leis, além aquilo que elas disciplinam, não fosse, antes de tudo, a cidadania.

Deste modo, é tão absurda a situação que se tornou uma verdadeira *via crucis* para todos os intérpretes, sobretudo os juízes que têm que decidir sobre as questões levantas em infinitas demandas. Afinal, a lei do referido Pacote “Anticrime” assim lançada, com tantos defeitos, *força os juízes a interpretar para muito além do que podem, inclusive no sentido de que devem colmatar as lacunas*.

Só que tem um problema singelo a ser ponderado e sobre o qual não se pode esquecer: os juízes não podem interpretar para além do que está permitido, isto é, além das margens dos textos da lei⁶, que devem ser definidas a partir do princípio aristotélico da *não contradição*. Portanto, pode-se tensionar (e aqui está o espaço no qual cabe o sentido dado pela interpretação) até a palavra não se contradizer, isto é, expressar o seu contrário (o que se não confunde com o seu oposto, por primário). Logo, onde estiver escrito a palavra não, não se pode dizer que ali está escrito sim. Tal sim seria, sempre e em face do que está escrito, falso. Tratar-se-ia de interpretação visivelmente inconstitucional. Afinal, dizer o direito (*juris dictio*), pela fonte da lei, é expressar aquilo que está contido no texto; e não o que se aportou (como novo), ainda que de boa fé como, em geral, atuam os juízes. Assim, todos têm pouca dúvida, por exemplo, de que *coisa julgada é coisa julgada*; e insistir mais é despreciando.

Por outro lado, na questão da *colmatação das lacunas* o problema é ainda mais grave. Nelas (as lacunas), como se sabe, é o próprio preceito que falta. Nessas hipóteses, há previsão expressa das possibilidades de colmatação. Em matéria processual penal, por exemplo, o artigo 3º, do Código de Processo Penal brasileiro, é taxativo ao preceituar que “A lei processual penal admitirá (...) aplicação analógica, bem como suplemento dos princípios gerais de direito”⁷. Portanto, se houver *lacunas*, elas, legitimamente, podem ser preenchidas usando-se a analogia e os chamados (embora discutíveis) princípios gerais de direito. Por isso, na falta de um preceito a ser usado para determinada situação jurídica específica, vai-se ao ordenamento, interno ou externo, para fechar (ou tentar fechar) o sistema; e na falta de preceito aplicável naquele espaço, busca-se a solução pelos chamados princípios gerais do direito. Disso – então – não se duvida.

O que se não pode fazer, dentro da sistemática constitucional e legal, é esquecer olímpicamente dos preceitos da lei e, com isso, sair criando, na via da interpretação – ou superinterpretação – um preceito que não existe. E isso não é possível, como é elementar, porque inconstitucional. Ora, tal função está vinculada à atribuição da União (pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, nos termos do artigo 22, I, da CRFB), que legisla sobre direito processual⁸.

⁶MIRANDA COUTINHO, J.N.D. “A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade”, *In: Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, MIRANDA COUTINHO, J.N.D; FRAGALE, R. & LOBÃO, R. (Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, pp. 191 e ss.

⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 11 abr. 2022.

⁸O artigo 22 da CRFB prevê que: “compete privativamente à União legislar sobre: I – direito (...) processual”. *In: BRASIL. Constituição*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 11 abr. 2022.

Ao se fazer algo do gênero – como tem acontecido muito – a tendência é se criar uma *balbúrdia jurídica*, mesmo porque as decisões assim estabelecidas não vinculam. O resultado é uma enorme *insegurança jurídica* e, por evidente, um excesso de demandas, tudo ao contrário do que não querem – e têm manifestado – os órgãos jurisdicionais.

Só isso já seria suficiente para se ver como uma lei – como tem sido a praxe dos últimos anos – pode ser perniciosa à cidadania e, ao mesmo tempo, à prestação jurisdicional.

Dentro deste quadro e ainda no âmbito da desastrada Lei nº 13.964, de 2019⁹, é conveniente pensar em um preceito aparentemente inofensivo em termos interpretativos, ou seja, o artigo 28-A, que trata do chamado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Transplante malfeito do chamado *plea bargaining* norte-americano, tinha e tem por escopo permitir que acusação e defesa se acertem sobre a solução do processo, tudo conforme condições, assim como hipóteses nas quais não se aplica.

Para tanto, foi necessário empoderar o Ministério Público (MP), o qual, na forma do *caput* do precitado artigo 28-A, "... poderá propor acordo de não persecução penal...". Tal artigo vem na esteira do artigo 3º-A (um dos suspensos na liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux), o qual estabelece que "O processo penal terá estrutura acusatória...".

Com essa estrutura, a questão do empoderamento do MP deve ser analisada em razão do processo penal de estrutura acusatória ou, não se tendo mudado quase nada nesse aspecto, dentro daquela atual, de um processo penal de estrutura inquisitorial?

Por evidente que se não trata da mesma coisa e nem de uma diferença rasa, pela qual se pode trocar uma pela outra sem consequências mais graves. Para tanto perceber bastaria notar que naquela acusatória o sistema é regido pelo *princípio dispositivo* (para alguns princípio acusatório), ao passo que naquela inquisitorial (que está mantido) a regência é do *princípio inquisitivo*; e a diferença marcante está – no caso do sistema inquisitório – na posição pró-ativa do juiz do processo, sobre a qual mudou muito pouco, ou seja, continua ele como *centro do poder* e, assim, tem o controle de tudo o que se passa; ou quase. Controla, destarte, a constitucionalidade e a legalidade; e mantém a *iniciativa probatória*.

Logo, diante disso, seria salutar fazer algumas perguntas que, sozinhas, dão a dimensão da grande dificuldade que tem sido manejar o ANPP na forma da lei natalina: O MP pode fazer qualquer coisa em termos de acordo? O MP pode fazer o que quiser e sem controle? O mero controle hierárquico é suficiente, mormente quando se atinge direitos de terceiros, inclusive na decisão do órgão de controle? Nesse caso, como dizia Juvenal: *sed quis custodiet ipsos custodes*? Qual princípio que rege a matéria? O princípio dispositivo? Em qual extensão? O princípio inquisitivo? Em qual extensão? O juiz pode intervir? O juiz pode controlar a legalidade? O juiz pode determinar que seja feito o ANPP? E se o investigado/réu tiver direito em face dos requisitos? E se o MP estiver errado na avaliação jurídica que faz? E se o MP não quiser fazer o ANPP por birra? E se o MP não quiser fazer o ANPP em face de uma postura eminentemente moral? Em várias dessas hipóteses, a resposta não apontaria para uma lesão a direito do investigado/réu? E nessa situação não seria passível de controle em face da CRFB, artigo 5º, XXXV (*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*)?

Por evidente que não é o caso de responder tais perguntas (que ainda são poucas diante do quadro caótico que a lei trouxe), mas há de se pensar, diante do sistema jurídico nacional e começando pela CRFB, que o Ministério Público, com órgão estatal, está sujeito ao *princípio da conformidade* e, assim, a todos aqueles do artigo

⁹O que tal lei tem de bom ou satisfatória, como se sabe, está liminarmente suspenso *sine die* por decisão do Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, como relator das ações diretas de inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300, e nº 6.305.

37, da CRFB – começando pela *legalidade* – e os demais que regem as atividades da instituição. Por isso, age conforme a lei e, de consequência, suas atribuições e o exercício delas vão controlados, mormente quando dizem respeito a direitos e garantias individuais, logo, à cidadania. Ademais, em um regime republicano e constitucionalizado, na forma como se conhece, ninguém está em uma situação de *legibus solutus*; de consequência, todos estão debaixo da lei e, para os órgãos estatais, agem sempre conforme suas previsões. Eis por que devem ter controle; o qual cabe ao Poder Judiciário.

Neste contexto, quando o artigo 28-A assevera que “... o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal...”, restaria saber se o ato administrativo é vinculante ou discricionário e, mesmo se entendendo ser discricionário, se ele pode ser contrário à lei, o que afrontaria a oportunidade ou conveniência e se enquadraria no conceito de arbitrariedade. Há, pois, bastante para ser pensado; mesmo porque se não ousaria usar o argumento de lógica *a fortiori* para enquadrar o ato como se fosse de exercício da ação penal.

Como se vê, portanto, tais perguntas dizem respeito a tão somente um dos problemas manejados a partir do vazio da Lei nº 13.964, de 2019, em seu artigo 28-A. E por incrível que possa parecer, ela é plena deles, o que demonstra, como é primário, a dificuldade de todos, começando pelos juízes.

3. A superinterpretação como abuso de poder (inconstitucional) no processo penal

Umberto Eco tem muitos livros sobre a matéria mas três deles merecem atenção: *Obra aberta*¹⁰; *Os limites da interpretação*¹¹ e *Interpretação e superinterpretação*¹². Os dois primeiros são importantes porque aportam a base do pensamento do autor, mas o terceiro tem um significado especial, por conta de ter sido escrito a partir do chamado Seminário Tanner. Tal seminário, realizado em 1990, em Cambridge, contou com a participação de Eco (com três conferências) e três debatedores: Richard Rorty, Jonathan Culler e Christine Brooke-Rose. O livro tem, além dos quatro, uma introdução elucidativa de Stephan Collini. A participação dos debatedores foi, de fato, importante; e ajudaram a desvendar as posições de Eco. Em definitivo, deve ter sido um grande Seminário.

Aqui, por evidente, não é o caso de fazer recensão do texto, mas indicar aquilo que interessa e pode ser usado no campo jurídico.

O próprio Eco, no espaço onde as teorias se voltam para o leitor e que ele chama de “legado hermético”, mostra que “... pode ser muito interessante para o objetivo de minhas conferências fazer uma lista das principais características daquilo que eu gostaria de chamar uma abordagem hermética dos textos. Descobrimos no hermetismo antigo e em muitas abordagens contemporâneas algumas ideias inquietamente similares, ou seja:

Um texto é um universo aberto em que o intérprete pode descobrir infinitas interconexões.

A linguagem é incapaz de apreender um significado único e preexistente: o dever da linguagem é, ao contrário, mostrar que aquilo de que podemos falar é apenas a coincidência dos opostos.

A linguagem espelha a inadequação do pensamento: nosso ser-no-mundo nada mais é do que ser incapaz de encontrar qualquer significado transcendental.

Qualquer texto, pretendendo afirmar algo unívoco, é um universo abortado, isto é, a obra de um Demiurgo desastrado (que tentou dizer que ‘isso é isso’ e fez

¹⁰ECO, U. *Obra aberta*: formas e indeterminação nas poéticas contemporâneas, 10ª ed., Perspectiva, São Paulo, 2015, p. 348.

¹¹ECO, U. *Os limites da interpretação*, Perspectiva, São Paulo, 2015, p. 315.

¹²ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*, 4ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018, p. 184.

surgir, ao contrário, uma cadeia ininterrupta de transferências, em que 'isso' não é 'isso'”¹³.

Como parece evidente, quando ele diz que “A linguagem espelha...”, está mostrando que ninguém consegue extrair “qualquer significado transcendental” da linguagem, em razão das assertivas anteriores: 1ª, “Um texto é um universo aberto...” e 2ª, “A linguagem é incapaz de apreender um significado único e preexistente...”. Em suma, ninguém enuncia a Verdade e ela sempre aparecerá como proveniente de um “Demiurgo desastrado...”.

Eco, porém, tem um diagnóstico, do qual se pode extrair, quicá, uma receita: “Para salvar o texto – isto é, para transformá-lo de uma ilusão de significado na percepção de que o significado é infinito – o leitor deve suspeitar de que cada linha esconde um outro significado secreto; as palavras, em vez de dizer, ocultam o não-dito; a glória do leitor é descobrir que os textos podem dizer tudo, exceto o que seu autor queria que dissessem; assim que se alega a descoberta de um suposto significado, temos certeza de que não é o verdadeiro; o verdadeiro é um outro e assim por diante; os *hylics* – os perdedores – são aqueles que terminam o processo dizendo ‘compreendi’”¹⁴.

Tal passagem, se observada como se fosse para o Direito, retira, como não poderia deixar de ser, a gigantesca importância de um *discurso que aposta na Verdade, na sua descoberta e na sua enunciação*, tão comum dentre aqueles que pensam ter linguagem para a enunciar quando fazem a adequação dos fatos aos preceitos legais. Trata-se de um jogo ideológico (do qual por trás sempre tem alguém se beneficiando) que usa a ingenuidade das pessoas, mormente por seus fantasmas e a demanda de segurança, para defender interesses às vezes um tanto escusos. No fundo, tal *discurso da Verdade* (e não é ela em si, porque nela não se tem palavras para chegar, muito menos dizer) *visa manter as pessoas em crença*. Eis, quem sabe, a lei das leis¹⁵; sendo o jurista o grande difusor dela¹⁶.

Importante é que Umberto Eco, mesmo com tal discurso (pelo qual o texto inexoravelmente se abre para o infinito), advoga a limitação da interpretação: “O que quero dizer aqui é que existem critérios para limitar a interpretação. Caso contrário, correríamos o risco de nos ver diante de um paradoxo meramente linguístico do tipo formulado por Macedonio Fernandez: ‘Neste mundo faltam tantas coisas que, se faltasse mais uma, não haveria lugar para ela’”¹⁷. Em suma, pela interpretação se diz; mas não se diz tudo.

Por outro lado, sem embargo da intervenção de Richard Rorty ser muito interessante (em que pese sem razão e centrada na diferença que Eco faz de *uso* e

¹³ECO, U. *Interpretação... ob. cit.*, p. 45.

¹⁴ECO, U. *Interpretação... ob. cit.*, p. 46.

¹⁵Para compreender a força das instituições espalhadas por sobre a superfície do Ocidente cristão, e consequentemente, para não se equivocar sobre o lado natural das relações ultranegativas contra a psicanálise em seus primeiros passos, é preciso aprender a discernir o acompanhamento teocrático desse conjunto imponente, cuja função foi definida até nós pelo Direito Romano (lembremo-nos de que os Direitos nacionais europeus são constituídos de materiais fartamente tomados do Direito Romano), a partir das profecias do Imperador Justiniano no tratado da Soberana Trindade (*De summa Trinitate*), que abre o mais célebre código de todos os tempos: manter sob crença os sujeitos”. In: LEGENDRE, P. *O amor do censor: ensaio sobre ordem dogmática*, Forense Universitária, Colégio Freudiano, Rio de Janeiro, 1983, p. 19.

¹⁶A *crença*, eis para nós um termo chave, a fim de convencer o leitor de que, na instituição social como na neurose, *não estamos longe do fazedor de feitiços*. O trabalho do jurista (depois, o de seus sucessores hoje na empresa dogmática) é exatamente *a arte de inventar as palavras tranquilizadoras, de indicar o objeto de amor onde a política coloca o prestígio e de manipular as ameaças primordiais*; e ainda aí, se efetua um retorno a Freud, reconduzindo a seu nível verídico o pavor conservador do brocado: ‘O trono e o altar estão em perigo’” (grifos no original). In: LEGENDRE, P. *O amor... ob. cit.*, p. 24.

¹⁷ECO, U. *Interpretações... ob. cit.*, p. 46.

interpretação)¹⁸, vale destacar aquela que fez Jonathan Culler, com o título “Em defesa da Superinterpretação”. Destacado para tal missão, sabia da dificuldade e mesmo sendo fiel na defesa da Superinterpretação, não foi infiel ao pensamento de Eco, o qual procurou situar: “A ideia de ‘superinterpretação’ não só incorre em petição de princípio quanto a qual se deverá preferir como também, acredito, não apreende os problemas que o próprio professor Eco deseja abordar. Poder-se-ia imaginar que superinterpretação fosse como *superalimentação*: há uma alimentação ou interpretação adequada, mas algumas pessoas não param quando deveriam. Continuam comendo ou interpretando em excesso, com maus resultados”¹⁹.

A questão, como se percebe, gira em torno do *excesso* na interpretação e, de consequência, incluir algo *novo* decorrente de “perguntas que *não* são necessárias à comunicação normal, mas que nos possibilitam refletir sobre seu funcionamento”²⁰.

Um ponto de chegada para o problema diz respeito ao lugar que ocupa a *desconstrução* dos textos e uma tomada de posição sobre o resultado disso. Culler é cirúrgico: “Acredito que Eco foi extraviado por sua preocupação com limites ou fronteiras. Ele quer dizer que os textos dão uma margem ao leitor, mas que há limites. A desconstrução, ao contrário, enfatiza que o significado é limitado pelo contexto – uma função de relações internas ou entre textos – mas que o contexto em si é ilimitado: sempre existirão novas possibilidades contextuais a serem apresentadas, de modo que a única coisa que não podemos fazer é estabelecer limites”²¹. A posição é interessante, mas parece retórica; mormente se se pensa que o contexto limita o significado, de modo a não se permitir ao intérprete, se for o caso, que diga o que não pode. Isso não significa dizer que ele não pode dizer (o que quiser), justo porque “o contexto é ilimitado”; e sim que *ex ante* pode (ao contrário do que ocorre na literatura, quem sabe) haver uma limitação, como ocorre com o Direito.

4. Conclusões Finais

Em suma, no espaço do jurídico, os textos legais – mormente aqueles vinculados a uma legalidade estrita, taxativa, como no campo criminal – são elaborados (supondo-se serem tecnicamente perfeitos) para servirem como lentes pelas quais se iluminam, observam e manejam os fatos da vida, os atos do processo e assim por diante. Estão – tais lentes – dentro de margens, o que não significa dizer que não possam iluminar fatos e atos fora do previsto e, sim, que isso não interessa porque não existe (para o jurídico) ou é inválido.

Portanto, o que abunda como superinterpretação é um uso abusivo do direito que se tem de interpretar, logo, inconstitucional. Pede-se, por exemplo – em demanda ao Judiciário –, A, B e C, e como resposta vem X, Y e Z. Sim, é o mesmo alfabeto; mas *narra mihi factum dabo tibi ius*. Eis a regra do jogo; constitucional. Em definitivo, tem razão Lenio Streck quando diz que se *não* pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

5. Referências

BRASIL. *Constituição*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 11 abr. 2022.

¹⁸ Para assim se concluir basta ver o que explica Umberto Eco. In: ECO, U. *Os limites...* ob. cit., p. 14.

¹⁹ CULLER, J. Em defesa da superinterpretação. In: ECO, U. *Intepretação...* ob. cit., p. 132.

²⁰ CULLER, J. Em defesa... ob. cit., p. 135.

²¹ CULLER, J. Em defesa... ob. cit., p. 143.

BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 11 abr. 2022.

DIAS, M.M. *O discurso da estupidez*, Iluminuras, São Paulo, 2020.

ECO, U. *Obra aberta: formas e indeterminação nas poéticas contemporâneas*, 10ª ed., Perspectiva, São Paulo, 2015.

ECO, U. *Os limites da interpretação*, Perspectiva, São Paulo, 2015.

ECO, U. *Interpretação e superinterpretação*, 4ª ed., Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018.

LEGENDRE, P. *O amor do censor: ensaio sobre ordem dogmática*, Forense Universitária, Colégio Freudiano, Rio de Janeiro, 1983.

MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & MURATA, A.M.L.K. "Americanização à brasileira da delação premiada e o princípio da legalidade", *In: LOPES, A.B., et al (org.), Direito penal, processo penal, execução penal e criminologia nos 30 anos da constituição cidadã: novos caminhos e desafios*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.

MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & MURATA, A.M.L.K. "Plea bargaining à brasileira", *In: CAVALCANTI, F.D.R., et al (org.), Garantias penais: estudo alusivo aos 20 anos de docência do professor Alexandre Wunderlich*, Boutique Jurídica, Porto Alegre, 2019.

MIRANDA COUTINHO, J.N.D. & AZEVEDO, G.S. A americanização à brasileira do processo penal e a delação premiada (lei n. 12.850/13), *In: SANTORO, A.E.R.; MALAN, D.R. & MADURO, F.M. (Org.), Crise no processo penal contemporâneo*, Escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988, D'Plácido, Belo Horizonte, 2018.

MIRANDA COUTINHO, J.N.D. "A absurda relativização absoluta de princípios e normas: razoabilidade e proporcionalidade", *In: Constituição & ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*, MIRANDA COUTINHO, J.N.D; FRAGALE, R. & LOBÃO, R. (Org.), Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.

Los derechos de las generaciones futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable como mecanismo de justicia y acción por el futuro.

The rights of future generations from the perspective of Sustainable Wellbeing as a mechanism of justice and action for the future.

Jhoner Luis Perdomo Vielma¹

Universidad Central de Venezuela. Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales.

Sumario: 1. Introducción; 2. Reconocimiento del derecho: Resoluciones, leyes vinculantes e instituciones que impulsan el derecho intergeneracional; 2.1. Un breve pasaje histórico del derecho intergeneracional a nivel global; 2.2. Normativas de rango nacional, organizaciones y funcionalidades; 2.3. El Gobierno y los partidos políticos en España frente a los derechos intergeneracionales; 2.4. La generación futura como portadores de derechos; 3. La efectividad y las condiciones asociadas al derecho intergeneracional; 3.1 El enfoque de capacidades, el Bienestar Sustentable y sus dimensiones para los derechos intergeneracionales; 3.1.1. El Bienestar Sustentable; 3.1.2. Dimensiones del Bienestar Sustentable; 3.2 La relevancia de las condiciones políticas para el derecho intergeneracional; 3.2.1. La definición de la dimensión Política; 4. Justicia intergeneracional: El derecho comparado y la nueva constitucionalidad; 4.1. El ciudadano universal y la ampliación de la responsabilidad; 4.2. La representatividad relativa al tiempo y espacio; 4.3. La promoción de valores emocionales; 4.4. El derecho comparado y nueva constitucionalidad. Una regresión a las cosmovisiones antiguas; 5. Conclusiones y recomendaciones; 6. Referencias.

Resumen: Desde la filosofía del derecho se contrastan los elementos esenciales para enmarcar, en miras a la sostenibilidad, los derechos de las generaciones futuras. Debido a los diversos riesgos presentes: el venidero cambio climático, la latente guerra nuclear o la decadencia de la democracia, es obligación replantearse los aspectos asociados al derecho, es especial los derechos al futuro, como forma de garantizar el ser, hacer y la sostenibilidad. Se repasan algunas normativas y se resalta la importancia de concretar el reconocimiento del derecho intergeneracional como mecanismo de acción y justicia por el futuro; y estimular la efectividad del derecho, garantizando unas condiciones fundamentales, entre ellas: la democracia. El análisis perfila el derecho intergeneracional como un derecho *per se* multidimensional, promovido desde una perspectiva del Bienestar Sustentable. Para consolidar esos derechos, y bajo riesgos globales, es necesario la creación de normas nacionales -constitución cosmopolita- e internacionales de carácter cosmopolita interconectadas multiculturalmente. Así, se expone su impulso basado en virtudes no

¹ Estadístico y Doctor en Ciencias Sociales. Autor del Bienestar Sustentable. Experto en sostenibilidad, calidad de vida, enfoque de capacidades, desarrollo humano, modelos alternativos del y al desarrollo, desarrollo sostenible, ODS y derecho al desarrollo. Miembro asociado de la *Human Development and Capability Association*, y de la Federación Española de Sociología. Investigador Asociado en *Tri Hita Karana Research Center*, Tenerife-España/Indonesia, y al Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela.

relativas -culturalmente- que permitan enlazar puntos en común entre ellas. Conformando una base normativa para un bien común global. Aspectos ejemplificados con cosmovisiones antiguas, y en la visión de la nueva constitucionalidad de Martha Nussbaum, que guían la consolidación de un derecho comparado entre culturas y generaciones.

Palabras clave: Derecho al Desarrollo, Derecho al Futuro, Desarrollo Sostenible, Bienestar, Capacidades y Derecho Intergeneracional.

Abstract: From the philosophy of law, the essential elements are contrasted to frame, with a view to sustainability, the rights of future generations. Due to the various present risks, whether it is the coming climate change, the latent nuclear war or the decline of democracy, it is necessary to rethink the aspects associated with law, especially the rights to the future, as a way of guaranteeing being, doing and the sustainability. Some regulations are reviewed and the importance of specifying the recognition of intergenerational law as a mechanism of action and justice for the future is highlighted; and stimulate the effectiveness of the law, guaranteeing fundamental conditions, among them: democracy. The analysis outlines intergenerational law as a multidimensional right *per se*, promoted from a perspective of Sustainable Wellbeing. To consolidate these rights, and under global risks, it is necessary to create national norms - a cosmopolitan constitution - and international ones of a cosmopolitan character interconnected multiculturally. Thus, its impulse based on non-relative virtues -culturally- that allow linking points in common between them is exposed, forming the normative bases to achieve a better global wellbeing. Aspects exemplified with ancient worldviews, and in the vision of Martha Nussbaum on the new constitutionalism, which guide the consolidation of a comparative law between cultures and generations.

Keywords: Right to Development, Right to the Future, Sustainable Development, Wellbeing, Capabilities, Intergenerational Rights, Right of Future Generations.

1. Introducción.

Derivado del hecho de que vivimos en un mundo en constantes cambios y razonados riesgos, cada día se hace más indispensable incorporar derechos pensando en las garantías para la preservación del futuro. En ese mismo camino nos podemos encontrar con discusiones actuales: los derechos humanos, los derechos de la naturaleza, los derechos animales, los derechos asociados a la robótica y la inteligencia artificial, los derechos derivados a la generación de los clones humanos, sumado a los derechos que tienen las generaciones futuras. De todos los posibles derechos futuros, en este artículo nos concentraremos en los derechos de las generaciones futuras -también conocido como derechos intergeneracionales- en búsqueda de la justicia intergeneracional.

También se debe considerar el principio fundamental de que el fin último de nuestra existencia como seres humanos es vivir con bienestar -otros los pueden llamar: vivir bien, buen vivir, calidad de vida, desarrollo, felicidad, dependiendo del enfoque, perspectivas, paradigmas históricos e incluso posiciones ideológicas y aspectos culturales²-, desarrollarnos, hacer lo que valoramos, y alcanzar el florecimiento humano o la *eudaimonia*, como aproximación conceptual al bienestar profundo³.

² PHÉLAN, L.; LEVY-CARCIENTE, S. "Medición de progreso social y florecimiento de Ciudadanía". *El círculo virtuoso de las capacidades en el desarrollo humano* (Dir.) Luis Mauricio Phélan. CDCH-UCV, 2018.

³ BUENDÍA, J. *El Derecho a la Felicidad. Producto Interno Bruto vs Índices de Felicidad*. Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, España, 2015.

Ahora, para reconocer los derechos intergeneracionales primero se debe entender, y aceptar, la existencia de una generación futura que no existe en la actualidad y que tienen derecho a un mejor bienestar, o por lo menos igual, al de las generaciones actuales o antecesoras. Esas generaciones deben disfrutar de condiciones adecuadas para la vida, tener oportunidades, desarrollar sus capacidades y la libertad para ser y hacer lo que valoren, y en ese sentido deben apuntar sus derechos.

La cuestión fundamental es cómo plantear esos derechos. Sen⁴ indica que el derecho tiene que ver más con el hacer (funcionamientos) que con el tener, para en nuestro caso lograr alcanzar el bienestar o el desarrollo humano sostenible⁵. Así que el enfoque de capacidades (Sen⁶ y Nussbaum⁷) es fundamental para perfilar dichos derechos; además, el enfoque de capacidades centrales de Nussbaum tiene una alta relación con los derechos humanos fundamentales.

La justicia vela por que podamos hacer cosas, y las oportunidades se refieren más a la capacidad para hacerlas que aquello que poseemos⁸. Así, el enfoque de capacidades busca que los individuos puedan potenciar sus capacidades o expandir sus capacidades para funcionar. Para ello, deben existir oportunidades dentro de una sociedad y condiciones que así lo permitan, lo que Nussbaum describe como las capacidades combinadas, que son las condiciones internas (innatas y adquirida por los individuos) juntos con las condiciones externas (la sociedad y el Estado, etc.)⁹. En el caso de las generaciones futuras, la idea es mejorar las condiciones para que ellos puedan ser y hacer (funcionamientos) lo que valoran (Libertades).

En la actualidad la mayoría de las decisiones políticas están definidas a partir de las demandas de la población que hace vida en el presente, lo que puede comprometer las capacidades, libertades y oportunidades de las poblaciones en un futuro. Si las decisiones del hoy afectan a un mañana, la idea es que se considere en las decisiones del presente aquella población futura y cómo de las acciones actuales pueden vulnerar sus capacidades. Ello obliga de forma inmediata a que la representatividad poblacional se amplíe, incluyendo a los ciudadanos del futuro, protegiendo sus derechos y libertades, logrando así una concepción política de democracia representativa más extendida.

Para cumplir lo anterior y consolidar el derecho de las generaciones futuras, se debe primero reconocer los derechos que puedan tener ciudadanos que aún no existen. Eso se puede lograr con acciones específicas como leyes, decretos, acciones políticas y otros aspectos que colaboren en la sensibilización de la población actual en el reconocimiento directo o indirecto de sus derechos. Ahora el gran reto es lograr un reconocimiento y efectividad de los derechos intergeneracionales de forma universal -ya que es necesario- y que a su vez el mismo sirva de mecanismo de acción y justicia por el futuro.

Pero antes de ello, se debe mencionar brevemente que el reconocimiento del derecho de las generaciones futuras no es algo nuevo, realmente data de hace décadas. La Constitución de los Estados Unidos (1787) deja en evidencia la importancia de los beneficios de la libertad para las generaciones futuras¹⁰; Malthus (1798) planteaba los aspectos de la sostenibilidad y los riesgos a la continuidad de

⁴ SEN, A. *La idea de la justicia*. Editorial Taurus, España, 2009.

⁵ Para Amartya Sen, otro ejemplo, es que la pobreza no es una limitación de posesiones, es una privación de capacidades.

⁶ Idem. SEN, 2009.

⁷ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

⁸ Idem. SEN, 2009.

⁹ Idem. NUSSBAUM, 2011.

¹⁰ CATO. *La Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de Norte América*. The Cato Institute, Edición Bilingüe. EEUU, 2003.

nuestra civilización¹¹; Nicolai Hartmann en 1926 publica su obra *Ethik*, en la que expresa, antes que cualquier otro, el interés de que el hombre de hoy debe estar junto con el hombre de un día futuro y además de tener solidaridad con las generaciones venideras¹².

Sin embargo, es desde la Guerra Fría cuando se consideran más seriamente estas cuestiones. Esto contribuyó a despertar el sentido de supervivencia y a pensar más allá de nuestra existencia, por generar emociones -principalmente de miedo- en la población, y el riesgo a la continuidad de nuestra especie, pasando a un riesgo de nivel más global, es decir, ni local ni cultural¹³. A lo anterior, se le suma la Comisión Brundtland de 1987 donde ya se incorpora de forma más contundente, estimulado por las condiciones ambientales, la importancia de las generaciones futuras¹⁴. Hasta la actualidad donde al ser humano se le rodea con los aspectos asociados al cambio climático y degradación ambiental, evidencia de que cada día importa más el bienestar del futuro y la de aquellos por venir.

Como es de apreciar, los derechos de las generaciones futuras estaban muy asociados a la sostenibilidad -de diversas dimensiones- de las sociedades -contexto y tiempo- a las que pudieron pertenecer, intensificado en la medida que la sociedad reconoce los peligros de su propia existencia. Es decir, las preocupaciones surgen y su reconocimiento indirecto o directo del derecho básicamente es por una cuestión de supervivencia y continuidad de la sociedad a la que pertenecen.

Es por esa razón que actualmente los problemas ambientales y el cambio climático ha transcendido a niveles más globales de preocupación e interés de resolver, ya que su alcance no afecta, vulnera o coloca en riesgo a zonas específicas, países, razas o culturas, es un problema de escala global¹⁵. Por eso, el manifiesto interés por el derecho hacia el futuro se refleja en los diversos temas asociados que hoy se discuten: el derecho ambiental, el derecho al desarrollo y el derecho intergeneracional, que vinculan aspectos del tiempo y las generaciones. Lo que ha inspirado a elaborar leyes específicas, por ejemplo, y en el caso de los derechos intergeneracionales, la Ley de Gales en 2015 "*Ley de Bienestar de las Generaciones Futuras*"¹⁶ y Leyes que combinan aspectos como la Ley sobre los "*Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras*" de Australia en 2019¹⁷.

Un exciso importante es que no es solo que debe existir derechos de las generaciones futuras a causa del cambio climático, es que dichos derechos sirven como mecanismos para impulsar y sensibilizar dichos cambios como parte de los modelos de desarrollo sostenible (u otro modelo de desarrollo alternativo). Tomando como referencia a J. Cousteau, se debe gobernar como si las generaciones futuras

¹¹ MALTHUS, R. *Primer ensayo sobre la población*. Alianza Editorial, España, 1798.

¹² PASQUALI, A. *La Comunicación Mundo. Releer un mundo transfigurado por las comunicaciones*. Editorial: Comunicación Social, Colección: Espacio Iberoamericano, España, 2011.

¹³ Idem. PASQUALI, 2011.

¹⁴ COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ONU, 1987.

¹⁵ IPCC. *Global warming of 1.5°C An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), ONU, 2018.

¹⁶ WALES. *Ley de Bienestar de las Generaciones Futuras*. Asamblea Nacional para Gales, 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/anaw/2015/2/contents/enacted>

¹⁷ PARLAMENTO DE AUSTRALIA OCCIDENTAL. *Ley de Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras de Australia*, 2019. Disponible en: <https://www.parliament.wa.gov.au/parliament/bills.nsf/BillProgressPopup?openForm&ParentUNID=A83FE23DAE4373236482584AB002386A7>

estuvieron frente a nosotros¹⁸, y arraigar eso con el bienestar actual es fundamental para concretar políticas en dicho sentido.

Pero todo ese interés creciente por el futuro y el bienestar, adicional a las instituciones, también ha sido impulsado por las personas, cada vez más conscientes de la necesidad de dichos cambios. Por eso, es que al percibir en el presente aspectos asociados al futuro, ya sea el cambio climático u otro riesgo, es que se puede romper esa barrera de una situación de futuro, al integrarla como parte del presente. Una prueba de que los problemas ambientales están cada día más concientizados en los individuos es por medio del informe asociado a los riesgos globales que emite anualmente el Foro Económico Mundial¹⁹, donde en el año 2020 se posiciona por primera vez el riesgo de fallar en los aspectos asociados al cambio climático, como eje y principal riesgo global. En la serie historia asociada a los riesgos, si bien los problemas ambientales son perceptibles desde el 2011 entre los 5 principales riesgos, no es hasta el año 2020 que los cinco principales riesgos globales son meramente ambientales²⁰. En ese sentido, las transformaciones ambientales, y a diferencias de décadas anteriores, son cada día más percibidas por los ciudadanos, lo que sin duda contribuye a incrementar la sensibilización en este aspecto.

Es necesario reconocer que, aunque se tiende a abordar los derechos de las generaciones futuras por cuestiones ambientales, la realidad es que visto desde la sostenibilidad dichos derechos son mucho más amplios dimensionalmente. Es decir, la sostenibilidad es multidimensional y los derechos también lo son. La sostenibilidad debe ser económicamente, porque de lo contrario generaría una deuda social inaceptable, que afectaría a las generaciones futuras; debe ser sustentable políticamente, porque de lo contrario limitaría la gobernabilidad, y la ausencia de sus derechos futuros; debe ser sustentable culturalmente, porque de lo contrario generaría tensiones entre generaciones; debe ser sustentable ambientalmente, porque de lo contrario se alterarían las posibilidades ecológicas y evidentemente la supervivencia de la especie²¹.

En ese sentido, adicional a los aspectos ambientales existen otros escenarios de riesgo para los derechos intergeneracionales, como son la decadencia de la democracia representativa y la falta de confianza ciudadana en las instituciones que son también cada día más crecientes^{22;23;24}. Seguido de otros factores de riesgos como las desigualdades sociales intergeneracionales, la migración, etc. Entre todos los posibles riesgos que pueden existir, sin duda el escenario más comprometedor parece ser precisamente el ambiental, ya que, de no tener avances positivos en la reducción de los efectos climáticos, no solo que lo más catastrófico sería el fin de la existencia humana, es que el camino político que posiblemente se aplique lo haga orientado al sacrificio de derechos fundamentales -la llegada del autoritarismo ecológico- para alcanzar el bien común para todos.

Visto lo anterior, existen dos escenarios probables para abordar los problemas ambientales y donde evolucionan los derechos de las generaciones futuras. Uno donde el ambiente sea el centro del desarrollo, lo que se conoce como biocentrismo, y las demás dimensiones sean ejes periféricos de las mismas como parte de una

¹⁸ COUSTEAU, J. *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*. 1979. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3635/12.pdf>

¹⁹ WEF. *The Global Risks Report 2020*. World Economic Forum, 2020.

²⁰ Idem. WEF, 2020.

²¹ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Sustainable Wellbeing Operationalization and Measurement Based on the Capabilities Approach: The Case of Latin America", *Sustainability*, 2021, 13, 12202. <https://doi.org/10.3390/su132112202>

²² CHOMSKY, N. *Cooperación o extinción*. Penguin Random House Grupo Editorial, 1ra edición, Barcelona, España, 2020.

²³ CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.

²⁴ LATINOBARÓMETRO. *Informe 2017*. Corporación Latinobarómetro, Chile, 2017.

sostenibilidad superfuerte²⁵. La otra es una posición de sostenibilidad fuerte donde todas las dimensiones son relevantes y actúan de forma armónica entre ellas, como es el planteamiento del Desarrollo Sostenible²⁶. Bajo el primer escenario se corre ese riesgo del llegar al autoritarismo ecológico -algunos consideran que estamos viviendo una democratización más radical por los aspectos ecológicos²⁷-, en ese sentido, algunos abogan de ser necesarias medidas más duras, otros que al contrario se le debe aumentar son las capacidades de los individuos para poder ser efectivamente sostenibles las sociedades²⁸.

Ahora, bajo el mismo escenario ambiental, otra cuestión discutible -principalmente desde diversas ideologías políticas- es el planteamiento de que la sostenibilidad y los peligros ambientales son relativos al desarrollo tecnológico. La respuesta a ello es que independiente de que la degradación de los aspectos ambientales se haga o no realidad, se debe luchar para minimizar el riesgo de que ocurran y en paralelo hacer lo posible por incrementar las capacidades de los individuos dentro de los escenarios democráticos. En términos de Amartya Sen el poder garantizar las capacidades en el tiempo²⁹. Al no ser conscientes de poder prever esos cambios tecnológicos, pero si ser conscientes de poder garantizar las capacidades en el tiempo, es necesario en el hoy -de allí la importancia de una dimensión política- garantizar la institucionalidad, el estado de derecho, las libertades, la democracia, entre otros, para no ser perturbado los derechos por pretensiones amañadas e intencionadas del autoritarismo ecológico.

Actualmente, los problemas que rodean a los aspectos asociados a los derechos intergeneracionales se pueden resumir en; primero, la ausencia de un reconocimiento del derecho de forma directa, *per se* y multidimensional; lo segundo, es que no se consideran en las normas una noción más amplia en el tiempo, ni más allá de las fronteras (derecho global) que terminan limitando las normas nacionales -constituciones-, cuando los riesgos referidos ya son de carácter global. Tampoco es muy claro en qué modelo de desarrollo es más efectivo promover dichas iniciativas.

En ese sentido, así como existe la posibilidad de tener reconocimiento directo o indirecto por medio de instrumentos asociados a sus derechos, también el reconocimiento se logra impulsando un enfoque de desarrollo que vincule las generaciones en el tiempo y su bienestar (multidimensional), de modo de poder potenciar aún más la sensibilización de la población presente. Esa vinculación se puede lograr por medio de la concepción del Bienestar Sustentable basado en el enfoque de capacidades; así que la hipótesis es que en la medida que el bienestar del ahora se vincule con el futuro, nuestras decisiones de hoy -en un marco de representación más amplio- tendrá en cuenta o se reconocerá sus consecuencias en las generaciones futuras³⁰; es decir, en esa misma medida se convierte en un mecanismo de justicia y acción por el futuro.

Ahora, así como existe el reconocimiento del derecho debe existir también el cómo se puede garantizar dicho derecho. La garantía de que el derecho sea afectivo en el tiempo se logra por medio de que las condiciones adecuadas para que pueda existir justicia intergeneracional. Todo esto parte de un precepto fundamental, mientras más adecuadas sean las condiciones de las generaciones actuales, la posibilidad de que las futuras tengan derechos también será mayor. En ese sentido,

²⁵ GUDYNAS, E. "Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa". *Más allá del desarrollo*. Fundación CELARG, Caracas, 2011.

²⁶ Idem. GUDYNAS, 2011.

²⁷ GUDYNAS, E. *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Editorial Tinta Limón, 1ra edición, Buenos Aires, 2015.

²⁸ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

²⁹ Idem. SEN, 2013.

³⁰ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. *El Bienestar Sustentable. Una forma de hacer vida, una forma de hacer política*. Editorial Universo de Letras, Madrid, 2021.

se debe garantizar a las generaciones futuras de condiciones actuales adecuadas, para que puedan ser y hacer lo que valoran, haciendo uso efectivo de sus derechos.

Dichas condiciones son multidimensionales y se abordarán por medio de las dimensiones del Bienestar Sustentable³¹. Sin embargo, dichas condiciones parten de una dimensión fundamental para los derechos de las generaciones futuras: la dimensión política. Porque se debe tener las condiciones asociadas a la libertad y democracia para poder garantizar a las generaciones futuras sus derechos y oportunidades, así potenciar sus capacidades para ser y hacer lo que ellos valoren, aspecto que en la actualidad se desconoce, y por eso es primordial ampliar sus libertades y sus derechos desde el presente.

Además, es necesario que los derechos intergeneracionales se conviertan en un derecho universal y comparado entre diversas sociedades -dado que los problemas de supervivencia son ya de escala global- más allá de los aspectos locales y culturales. Por lo que también se hace necesario pensar en una ciudadanía universal y un constitucionalismo cosmopolita.

2. Reconocimiento del derecho: Resoluciones, leyes vinculantes e instituciones que impulsan el derecho intergeneracional.

Para que una población futura logre tener un reconocimiento efectivo de sus derechos, primero debe pasar por el reconocimiento mismo de dichos derechos. Ya sea por rango constitucional, leyes específicas, directas o indirectas, declaraciones o manifestos éticos locales, nacionales y supranacionales, entre otros instrumentos jurídicos. El reconocimiento del derecho, por medio de diversos instrumentos, es un principio fundamental, moral y ético dentro del reconocimiento de los derechos futuros.

2.1. Un breve pasaje histórico del derecho intergeneracional a nivel global

Más allá de los aspectos históricos de reconocimiento mencionados en la introducción, se le debe sumar que después de la Segunda Guerra Mundial, se resalta el valor de la generación futura en la Carta de las Naciones Unidas de 1945 para preservarlas del flagelo de la guerra³². Luego de los años 60, se comienza a promover un modelo global de producción en masa que pone en riesgo aspectos ambientales e inclusive la continuidad de nuestra propia especie. Por esta razón es que posterior a los 60 aparecen textos como *La Primavera Silenciosa* de Carson³³, los *Límites del Crecimiento* del MIT³⁴, y la *Declaración de Cocoyoc*³⁵ en México que alertaban sobre las consecuencias de continuar con un modelo tan destructivo de cara al futuro y las generaciones venideras.

En cuanto al reconocimiento específico de los derechos de las generaciones futuras, es descrito en la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial*,

³¹ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Bienestar Sustentable y su Medición. Ensayo para América Latina", *Iberoamérica*, 23 (1): 33-77. Universidad de Busan. Korea del Sur, 2021.

³² ONU. *Carta de las Naciones Unidas*. Nueva York, 1945. Disponible en: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>

³³ CARSON, R. *Silent Spring*. Houghton Mifflin Harcourt, New York, 1962. Disponible en: <http://www.rachelcarson.org/SilentSpring.aspx>.

³⁴ MEADOWS, D.; MEADOWS, D.; RANDERS, J.; BEHRENS, W. *The Limits to Growth*. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind, Yale University Press: New Haven, CT, USA, 1972.

³⁵ PNUMA. *Declaración de Cocoyoc*. Decisión adoptada por la Comisión en su 1622ª sesión celebrada el 1º de Noviembre de 1974. UNEP, Cocoyoc, Mexico, 1978. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/838843?ln=es>

Cultural y Natural de la UNESCO³⁶, y en la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de las Naciones Unidas³⁷, en ambos se resaltan las condiciones necesarias que se deben garantizar para las generaciones futuras.

Si bien, tanto la *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural* de la UNESCO, como la *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano* de las Naciones Unidas, resaltan aspectos asociados a las condiciones para las generaciones futuras, es Jacques-Yves Cousteau³⁸ quien especifica más en dichos derechos, publicando la *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*, para ampliar el derecho de la generación futura reconocido y descrito hasta entonces. En su caso Cousteau promueve un llamamiento más específico para reconocer los derechos intergeneracionales; incorporando la idea de un derecho global, la libertad inherente a cada generación, la responsabilidad que tiene la generación actual (entre ellos la de los propios individuos), las garantías de condiciones adecuadas en el tiempo, así como la representatividad resaltando en su Artículo 5: "*Se insta a los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y a los individuos, por lo tanto, imaginativamente a implementar estos principios, como si estuvieran en presencia de aquellas generaciones futuras cuyos derechos buscamos establecer y perpetuar*".

Además, y al igual que lo plantea Amartya Sen en aspectos asociados a la responsabilidad colectiva y la familia como semilla de dicho principio³⁹, J. Cousteau también promueve la importancia de la sensibilización desde el núcleo de la familia⁴⁰.

Sin embargo, no es hasta la llegada de la Comisión Brundtland y su informe *Nuestro Futuro Común*⁴¹ que finalmente la perspectiva de considerar la sustentabilidad y las generaciones futuras trasciende a un nivel de sensibilización más global. En su momento, el riesgo ecológico que complicaba la continuidad de nuestra especie trascendió no solamente para garantizar las condiciones de bienestar de la misma generación en el tiempo, y las oportunidades intrageneracionales, también promovió las condiciones para recibir a todas las generaciones por venir y sus relaciones intergeneracionales.

Posteriormente, existe una serie de acciones asociadas a documentos que resaltan la importancia de preservar las condiciones adecuadas hacia la generación futura. Entre las múltiples citas, vale destacar el reconocimiento y la solidaridad entre generaciones descrita por la *Declaración de Río* adoptada por la Cumbre para la Tierra⁴², y luego, estimulado por la *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*⁴³, se concreta la iniciativa sobre la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras* de la UNESCO⁴⁴ realizado en cooperación con el equipo Cousteau y la Universidad de La Laguna, en reunión celebrada en Tenerife-España

³⁶ UNESCO. *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Naciones Unidas, 1972.

³⁷ ONU. *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*. Naciones Unidas, 1972.

³⁸ COUSTEAU, J. *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*. 1979. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3635/12.pdf>

³⁹ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

⁴⁰ COUSTEAU, J. *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*. 1979. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3635/12.pdf>

⁴¹ COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ONU, 1987.

⁴² ONU. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Adoptada por la Cumbre para la Tierra en 1992. Naciones Unidas, 1992.

⁴³ COUSTEAU, J. *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*. 1979. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3635/12.pdf>

⁴⁴ UNESCO. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*. Cuestiones relativa a la preparación de una declaración sobre los derechos de las generaciones futuras. Consejo Ejecutivo. Francia, París, 1994.

en el año 1994; para seguidamente promulgar en 1997 la *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras*⁴⁵.

La primera *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras* de la UNESCO en 1994 incorpora que "las decisiones tomadas hoy deben tener en cuenta las necesidades e intereses de las generaciones futuras" y el "Derecho a la libertad de opción de las generaciones futuras". Adicionalmente una relevante consideración "que la vida humana digna de ser vivida sobre el planeta Tierra será posible de forma duradera si desde ahora se reconocen a las personas pertenecientes a las generaciones futuras". Además de adoptar diversos derechos desde lo multidimensional: derechos a la paz, a la diversidad cultura, política, a la propiedad y a un ambiente adecuado⁴⁶.

Por su parte, en la *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras* de la UNESCO en 1997 se enfoca en la responsabilidad y libertad, resaltando en su Artículo 1 que las "generaciones actuales tienen la responsabilidad de garantizar la plena salvaguardia de las necesidades y los intereses de las generaciones presentes y futuras" así como en su Artículo 2 expresa que "...las generaciones presentes y futuras puedan escoger libremente su sistema político, económico y social..." y finalmente otra que atañe el interés es su Artículo 5 "Antes de emprender grandes proyectos, las generaciones actuales deben tener en cuenta sus posibles consecuencias para las generaciones futuras."⁴⁷

Desde entonces y ya más recientemente, desde el informe *El Futuro que Queremos para Todos* de la Asamblea General de la ONU en el año 2012 donde se menciona "Nosotros, los Jefes de Estado y de Gobierno y los representantes de alto nivel, habiéndonos reunido en Río de Janeiro (Brasil) del 20 al 22 de junio de 2012, con la plena participación de la sociedad civil, renovamos nuestro compromiso en favor del desarrollo sostenible y de la promoción de un futuro sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras"⁴⁸. Trascendiendo posteriormente en el informe de las ONU del 2013 sobre *La Solidaridad Intergeneracional y las Necesidades de las Generaciones Futuras*⁴⁹, así como el acuerdo para alcanzar los Objetivos del Desarrollo Sostenible al 2030⁵⁰, es que ha crecido, y más recientemente se ha extendido, el interés por la sustentabilidad, el futuro y las generaciones por venir, dadas las evidentes, más perceptibles y nefastas consecuencias ambientales que están ocasionando las generaciones actuales en el cambio climático por medio de sus diversas acciones, y que colocan en riesgo las condiciones y las libertades de sí misma en el tiempo y de las generaciones futuras.

⁴⁵ UNESCO. *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras*. Actas de la Conferencia General, Vol 1, Resoluciones, Francia, Paris, 1997.

⁴⁶ UNESCO. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*. Cuestiones relativa a la preparación de una declaración sobre los derechos de las generaciones futuras. Consejo Ejecutivo. Francia, Paris, 1994.

⁴⁷ UNESCO. *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras*. Actas de la Conferencia General, Vol 1, Resoluciones, Francia, Paris, 1997.

⁴⁸ ONU. *El futuro que queremos para todos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, 123ª sesión plenaria, Nueva York, 2012.

⁴⁹ ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

⁵⁰ ONU. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

Por ese motivo, eventos de finales de la década como *La Cumbre del Clima COP25* del año 2019⁵¹, la Declaración de Emergencia Climática en Europa⁵², y en diversos países miembros como España⁵³, seguido de los *Green Deal* en Europa⁵⁴, son indicativos del impulso reciente por mejorar las condiciones actuales para el futuro, no solamente para las generaciones del presente en el tiempo, sino también para las futuras generaciones.

Esa relación con el clima y los aspectos ambientales llega a su clímax cuando en octubre del 2021 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprueba Resolución 48/13 donde se reconoce que un ambiente sano y sostenible es un derecho humano⁵⁵.

En la medida que ha pasado el tiempo, la incorporación de los derechos intergeneracionales se ha incrementado y sin duda será el camino durante los próximos años, siendo cada día más común su reconocimiento es diversas legislaciones, normativas, planes a toda escala política y de agencia social.

2.2. Normativas de rango nacional, organizaciones y funcionalidades.

Adicional a las normas anteriores dictadas por organismos internaciones, es importante resaltar normas nacionales impuestas por grandes consensos sociales, como las constituciones. De ellas, la primera y ya mencionada constitución de los Estados Unidos (1787) que describe en su preámbulo: "*Promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y para nuestros descendientes los beneficios de la Libertad*"⁵⁶; la constitución del Reino de Bután (2008) que describe en su preámbulo: "*Solemnemente juramos fortalecer la soberanía de Bután, asegurar la bendición de la libertad, garantizar la tranquilidad y realzar la unidad, felicidad y bienestar del pueblo eternamente*"⁵⁷; y la constitución de Venezuela (1999) que describe también en su preámbulo: "...el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para esta y las futuras generaciones..."⁵⁸. Dichas constituciones incorporan la temporalidad en sus expresiones dentro de los derechos de sus ciudadanos del ahora y hacia el futuro. Sin embargo, no expresan en su contenido (artículos) derechos intergeneracionales específicos más allá de los relacionados con el ambiente, ni tampoco más allá de las fronteras.

Algunas constituciones en el mundo como por ejemplo la de Ecuador, Bolivia, Argentina, Venezuela, Brasil, Alemania, Kenia, Noruega y Sudáfrica han consagrado el reconocimiento a los derechos de las generaciones futuras dentro de artículos específicos de sus constituciones, pero lo hacen desde la perspectiva de preservación

⁵¹ COP25. *Acuerdo de la Cumbre del Clima COP25: Chile-Madrid Tiempo de Actuar*. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC). Ministerio para la Transición Ecológica, España, 2019.

⁵² PARLAMENTO EUROPEO. *Climate and Environmental Emergency*. European Parliament resolution of 28 November 2019 (2019/2930(RSP)). Unión Europea, Bruselas, 2019.

⁵³ GOBIERNO DE ESPAÑA. *Declaración del Gobierno ante la emergencia climática y ambiental*. Acuerdo de Consejo de Ministros (21-01-2020). Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, España, 2020.

⁵⁴ UNIÓN EUROPEA. *The European Green Deal*. Comisión Europea. Bruselas, 2019.

⁵⁵ ONU. *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, 48º período de sesiones, 13 de septiembre a 11 de octubre de 2021, Tema 3 de la agenda: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Nueva York, 2021. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/48/13>

⁵⁶ CATO. *La Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de Norte América*. The Cato Institute, Edición Bilingüe. EEUU, 2003.

⁵⁷ THE KINGDOM OF BHUTAN. *The Constitution of The Kingdom of Bhutan*. Bhutan, 2008.

⁵⁸ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Venezuela, Caracas, 1999.

Ambiental⁵⁹. Por ejemplo, la constitución de Brasil expresa en su Artículo 225 “*todos tienen derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado...y preservarlo para las presentes y futuras generaciones*”⁶⁰.

Adicionalmente, la mayoría de las constituciones del mundo se concentran más en la justicia intrageneracional y no tanto en la justicia intergeneracional. De hecho, se concentran más en la concepción de bienestar (felicidad) del ahora que del bienestar en el tiempo⁶¹. En cuyos casos la concepción de temporalidad y una representación más integral no se encuentra presente.

También existen algunas iniciativas que están luchando por el reconocimiento del derecho y su funcionalidad. En ese sentido, algunas legislaciones han optado por crear figuras específicas o iniciativas enmarcadas en el derecho y la protección de las generaciones futuras o en su reconocimiento. Son los casos de la Comisión para las generaciones futuras establecida por el Parlamento de Israel en el año 2001 y el Comisionado Parlamentario para las Generaciones Futuras establecido en Hungría para el año 2008⁶². La propuesta de una Cámara de los Guardianes del Futuro del Reino Unido, como una tercera cámara junto a la de los Lores y la de los Comunes, que ha llevado a organizar un grupo no oficial denominado como el Grupo Parlamentario de Todos los Partidos Sobre las Generaciones Futuras⁶³, para aprobar el Proyecto de Ley de Futuras Generaciones. Esto da estructura jurídica y funcional a un Comisionado dentro del Parlamento Británico, todo motivado por la experiencia en Gales con el Comisionado para las Generaciones Futuras establecido en el año 2015, junto con su ley asociada. Seguido de múltiples fundaciones y asociaciones, como la Fundación por los derechos de las generaciones futuras en Alemania, Fundación para las generaciones futuras de Bélgica, y la Fundación Savia en España⁶⁴.

La experiencia de Gales es fundamental, en el año 2015 se aprobó la *Ley de Bienestar de las Generaciones Futuras*⁶⁵ donde impone el deber hacia el desarrollo sostenible y establece un Comisionado para las Generaciones Futuras, exigiendo a los organismos públicos incorporar la sostenibilidad a largo plazo en su pensamiento y en su formulación de políticas, pero donde además el comisionado puede investigar como cumplir esos objetivos y obligarlos a seguirlos⁶⁶. Con esta experiencia el Grupo Parlamentario de Todos los Partidos Sobre las Generaciones Futuras del Reino Unido pretende que sea aprobado un proyecto de ley mucho más amplio para todo el reino, con el objetivo de elaborar leyes y presupuestos considerando las generaciones actuales y futuras, y un comisionado que actuará como guardián para aquellos no nacidos⁶⁷.

También el derecho de las generaciones futuras coexiste con otras comisiones, iniciativas y leyes dedicadas solo a los aspectos de la dimensión ambiental, las

⁵⁹ ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

⁶⁰ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE BRASIL. *Constitución de La República Federal del Brasil*. Brasil, 1988.

⁶¹ BUENDÍA, J. *El Derecho a la Felicidad. Producto Interno Bruto vs Índices de Felicidad*. Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, España, 2015.

⁶² ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

⁶³ Véase: <https://www.appgfuturegenerations.com/about>

⁶⁴ AYUNTAMIENTO DE BUENAVISTA DEL NORTE. *Propuesta de Moción Institucional para la creación de la Institución del "Defensor/a de las Generaciones Futuras"*. Promovida por la Fundación Savia al Ayuntamiento de Buenavista del Norte (ABN), Canarias, España, 2017.

⁶⁵ WALES. *Ley de Bienestar de las Generaciones Futuras*. Asamblea Nacional para Gales, 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/anaw/2015/2/contents/enacted>

⁶⁶ GÖPEL, M.; PEARCE, C. *Guarding our Future. How to include future generations in policy making*. Published by: World Future Council Foundation, UK, 2018.

⁶⁷ Véase: <https://www.cser.ac.uk/news/future-generations-bill-start-movement/>

denominadas Leyes y Derechos del Ambiente, algunos otros sobre la sostenibilidad en general, que indirectamente incorporan derechos intergeneracionales, es decir no son leyes directamente vinculantes con los derechos intergeneracionales. De comisiones podemos mencionar por ejemplo las más antiguas, la Comisión de Ambiente establecida por el Parlamento de Nueva Zelanda en 1986 y el Comité para el Futuro se estableció en Finlandia en 1993⁶⁸. De leyes asociados, podemos resaltar la *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia⁶⁹ en el año 2012 que, si bien resalta los derechos de la naturaleza y la justicia intrageneracional, no abarca aspectos vinculados directamente con la justicia intergeneracional, sin embargo, sirve de cimientos para esos derechos.

También nos podemos encontrar leyes vinculantes donde se combinan los aspectos ambientales juntos con los derechos intergeneracionales. Es el ejemplo de la *Ley de Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras* de Australia en el año 2019⁷⁰.

En España, así como a nivel supranacional con la Unión Europea, existen declaraciones de emergencias climáticas emitidas desde el año 2019^{71;72} y que además están impulsando leyes asociadas al cambio climático y a la transición ecológica, como por ejemplo la *Propuesta de Ley Europea del Clima*⁷³ y de países miembros como el Gobierno de España con el *Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética*⁷⁴. Siendo en cierto sentido y de forma indirecta un reconocimiento a los derechos de las generaciones futuras, intentando garantizar las condiciones ambientales en el tiempo y realizar las adaptaciones necesarias.

2.3. El Gobierno y los partidos políticos en España frente a los derechos intergeneracionales.

Ya el gobierno de España desde el año 2018 tiene una política orientada a garantizar la sostenibilidad del Estado y una transición ecológica justa. Todo ello proviene de un marco electoral, un programa de gobierno que ya estaba orientado hacia dichas políticas. En ese sentido, podemos encontrar en los diversos planes de gobierno emitidos por los principales partidos políticos, existen algunas insinuaciones hacia el derecho de las generaciones futuras, lo cual también es una forma de reconocimiento. De los cinco partidos políticos principales: Partido Socialista Obrero Español (PSOE), Partido Popular (PP), Ciudadanos, Vox y Podemos, solo los 2 primeros tienen dicha consideración de cara al futuro.

⁶⁸ ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

⁶⁹ ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*. Aprobado en grande y detalle en senadores, Bolivia, 2012.

⁷⁰ PARLAMENTO DE AUSTRALIA OCCIDENTAL. *Ley de Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras de Australia*. Australia, 2019. Disponible en: <https://www.parliament.wa.gov.au/parliament/bills.nsf/BillProgressPopup?openForm&ParentUNID=A83E23DAE4373236482584AB002386A7>

⁷¹ PARLAMENTO EUROPEO. *Climate and Environmental Emergency*. European Parliament resolution of 28 November 2019 (2019/2930(RSP)). Unión Europea, Bruselas, 2019.

⁷² GOBIERNO DE ESPAÑA. *Declaración del Gobierno ante la emergencia climática y ambiental*. Acuerdo de Consejo de Ministros (21-01-2020). Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, España, 2020.

⁷³ UNIÓN EUROPEA. *Propuesta de Ley Europea del Clima*. Comisión Europea. Presentado el 04 de marzo del 2020, Bruselas, 2020.

⁷⁴ GOBIERNO DE ESPAÑA. *Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética*. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, España, 2020. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-ley-de-cambio-clim%C3%A1tico-y-transici%C3%B3n-energ%C3%A9tica-entra-en-la-recta-final-de-su-tramitaci%C3%B3n-administrativa/tcm:30-506983>

El Plan de Gobierno del Partido Popular para el año 2019 menciona explícitamente "... que las nuevas generaciones vivirán mejor que quienes las precedieron..." y "... se requiere hacer política pensando en la próxima generación..." incorporan explícitamente dicho derecho, con una concepción de generación futura y del bienestar en el tiempo⁷⁵. Por su parte, en el Plan de Gobierno e Iniciativas del PSOE, en su propuesta general del 2019, en los puntos 5.1 y 6.32 abordan cuestiones asociadas a la igualdad intergeneracional; si bien el PSOE no es tan explícita con los aspectos de la temporalidad, si lo hacen desde la perspectiva de justicia entre diversas generaciones que puede ser interpretado en el mismo tiempo y entre diversos tiempos⁷⁶.

El PSOE, adicionalmente desde el Programa Electoral del 2016 viene trabajando sobre la propuesta de crear un Defensor de las Generaciones Futuras adscrito al Defensor del Pueblo⁷⁷, pero dicha propuesta lamentablemente ha quedado olvidada en los posteriores programas de gobierno. Lo anterior, estaba muy alineado con la propuesta que ha promovido la Fundación Sabia para que todos los Gobiernos Locales (Entidades Locales) en España tengan dicha figura en funciones⁷⁸.

El resto de los planes de gobierno de los restantes tres partidos principales: Vox (2019)⁷⁹, Ciudadanos (2019)⁸⁰ y Podemos (2019)⁸¹ no tienen esa perspectiva, en sus planes no aparece nada relacionado a las generaciones futuras y ni acerca de sus derechos.

2.4. La generación futura como portadores de derechos.

Visto lo anterior, se puede decir que en países como España por lo menos las generaciones futuras tienen una base mínima de reconocimiento. Pero que, sin embargo, aún necesita ser más explícito y extendido. Aunque se ha logrado declarar diversas emergencias climáticas a nivel regional, como por ejemplo en Canarias⁸², y a nivel local, como por ejemplo el Municipio de Santa Cruz de Tenerife⁸³, a su vez se está trabajando en leyes especiales a nivel regional como la *Propuesta de Ley de Cambio Climático en Canarias*⁸⁴, impulsada por la Consejería de Transición Ecológica donde se reconoce el derecho de las generaciones futuras, aún es necesario ampliar a una perspectiva más específica sobre los derechos. Si de verdad se quiere legislar

⁷⁵ PARTIDO POPULAR. *Programa para Elecciones Generales, Autonómicas y Municipales 2019*. Partido Popular (PP), España, 2019.

⁷⁶ PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. *Programa Electoral PSOE. Elecciones Generales 2019*. Partido Socialista Obrero Español (PSOE), España, 2019.

⁷⁷ Véase: <https://www.psoe.es/programa-electoral/economia-2/economia-de-las-oportunidades/defensor-de-las-generaciones-futuras/>

⁷⁸ AYUNTAMIENTO DE BUENAVISTA DEL NORTE. *Propuesta de Moción Institucional para la creación de la Institución del "Defensor/a de las Generaciones Futuras"*. Promovida por la Fundación Savia al Ayuntamiento de Buenavista del Norte (ABN), Canarias, España, 2017.

⁷⁹ PARTIDO POLÍTICO VOX. *100 Medidas para la España Viva*. Programa para las elecciones del 2019, Vox, España, 2019.

⁸⁰ PARTIDO POLÍTICO CIUDADANOS. *Nuestro Compromiso con los españoles*. Programa para las elecciones del 2019, Ciudadanos, España, 2019.

⁸¹ PARTIDO POLÍTICO PODEMOS. *Programa de Podemos para un Nuevo País*. Programa para las elecciones del 2019, Podemos, España, 2019.

⁸² GOBIERNO DE CANARIAS. *Acuerdo de Consejo de Gobierno (30-08-2019), por lo que se aprueba la Declaración de emergencia climática en la comunidad autónoma de Canarias*. Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, Canarias, España, 2019.

⁸³ GOBIERNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE. *Acuerdo de Declaración de Emergencia Climática y Protección Medioambiental del Municipio de Santa Cruz de Tenerife*. Acta del Pleno, 26 de septiembre del 2019. Tenerife, Canarias, España, 2019.

⁸⁴ GOBIERNO DE CANARIAS. *Propuesta de Ley de Cambio Climático en Canarias*. Consejería de Transición Ecológica, Canarias, España, 2019.

incorporando a las generaciones que aún no existen en el marco de una democracia representativa más amplia, es necesario también ampliar mecanismos funcionales y tangibles. Leyes específicas y de acciones transversales a otras leyes, leyes para condenar en un futuro acciones del pasado, principios fundamentales asociados a los derechos de las generaciones futuras, y la defensoría de las generaciones futuras en diversos niveles de gobierno, especialmente a nivel regional y local.

Desarrollar lo anterior, no solo tiene como objetivo hacer de las generaciones futuras algo más funcional, también el poder generar la sensibilización tan necesaria para promover a las generaciones futuras en la representatividad del presente y considerarlos en las decisiones. Es de suponer que se realizan políticas representativas hacia el futuro, ya que la población del ahora representan (para democracias participativas: su participación representa) a una población presente y futura; ya que las decisiones del ahora afectan al futuro, y los individuos que conforman el presente, representan tanto las exigencias de la suma de individuos (población) actuales como los futuros, teniendo en cuenta un mínimo de responsabilidad de sus decisiones en el tiempo. Es decir, si todos los individuos actuales tienen una implícitamente una responsabilidad con la generación futura, eso genera por lo menos un derecho de facto de aquellos que no existen.

Al fin de cuentas, si las decisiones de hoy afectan el mañana, entonces se debe considerar a quienes puedan afectarla, generaciones actuales en el tiempo y las generaciones futuras. Por lo tanto, no sólo se tiene responsabilidad con ellas, las mismas tienen derechos y los de ahora son quienes los representan. Lo anterior, basado en que *"es concebible que las personas puedan estar sujetas a deberes sin el estricto requisito del titular de los derechos correspondientes"*⁸⁵. Es decir, la generación futura son portadoras de derechos, por ejemplo, el derecho al desarrollo, el derecho a no privarlas de oportunidades, ni del potenciamiento de sus capacidades por detrimento de las condiciones en las que se encuentre en ese momento; y en ese sentido, las generaciones actuales son sujetos obligados de respetar dichos derechos⁸⁶. Ese es el derecho y la justicia intergeneracionales.

3. La efectividad y las condiciones asociadas al derecho intergeneracional.

La otra cuestión importante que debe plantearse es que una vez reconocido el derecho ¿Cómo se puede garantizar? El reconocimiento del derecho, como ya se ha discutido, viene aunado con el desarrollo de instrumentos políticos, normas e instituciones que velen por dichos individuos, pero en la practica una de las formas de ser efectiva, es que se garanticen las condiciones para que en el tiempo pueda prevalecer el derecho que tienen.

Es decir, la norma es importante para el reconocimiento del derecho explicito, pero también importa las condiciones donde se desenvolverá dicha norma. Amartya Sen⁸⁷ plantea que, para garantizar la justicia intergeneracional, se debe ampliar el concepto de sustentabilidad propuesta por la Comisión Brundtland en 1987 *"Debemos satisfacer las necesidades del presente sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades"*⁸⁸, incorporando la libertad, precisamente para que las generaciones futuras vivan según lo que ellos valoran, cuyas necesidades (Como lo plantea la Comisión Brundtland) actualmente nosotros desconocemos, y que suponerlas sería una supresión de sus derechos y libertades.

⁸⁵ ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

⁸⁶ Idem. ONU, 2013.

⁸⁷ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

⁸⁸ COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ONU, 1987.

El siguiente punto de discusión es ¿qué son esas condiciones...? Sen plantea la sostenibilidad en términos de capacidades, cuando menciona que la sustentabilidad es el impulso de las capacidades del presente, sin comprometer las capacidades de las generaciones futuras⁸⁹. Entonces ¿Qué condiciones generan capacidades? Muchas, desde la institucionalidad, la democracia, el derecho de propiedad, o en general el estado de derecho, el derecho al desarrollo, el derecho a la felicidad, las libertades o el derecho al desarrollo en libertad, la educación y la familia, etc. Son condiciones que en sí mismas generan sustentabilidad, y son a su vez multidimensionales; es decir, son las dimensiones asociadas con el poder (ser capaz) disfrutar de un ambiente sano, tener salud e integridad física, oportunidades materiales y participación política, poder distraerse, sentir emociones y razones para la vida, poder crear cosas, entre otras; en resumen, poder ser y hacer lo que valore el individuo, y para ello necesita la garantía del derecho al desarrollo humano.

Entonces el planteamiento de los derechos futuros no tiene que hacerse desde el punto de vista de derechos para satisfacer unas necesidades que son ficticias, más bien garantizar las capacidades con el tiempo, y para ello es fundamental mantener y/o ampliar las condiciones asociadas. Entonces, para los derechos intergeneracionales se debe considerar las condiciones que existen para que el bienestar que genere sea a su vez sustentable en el tiempo y esas condiciones están basadas en las capacidades del presente.

3.1 El enfoque de capacidades, el Bienestar Sustentable y sus dimensiones para los derechos intergeneracionales

El enfoque de capacidades es fundamental para los derechos de las generaciones futuras y para las mismas generaciones presentes en el tiempo. Para Nussbaum es importante que las personas tengan seguridad que sus capacidades seguirán existiendo mañana⁹⁰, para que la generación futura tenga opciones similares en las capacidades que poseen sus antecesores y lograr una equidad intergeneracional⁹¹ y por su parte Amartya Sen⁹² resalta que lo importante es garantizar las capacidades en el tiempo para lograr una "Justicia Intergeneracional".

Nussbaum extiende el enfoque de capacidades y genera una lista denominada capacidades centrales. Esas capacidades llamadas centrales son las capacidades internas del individuo (algunas son capacidades innatas o básicas) sumado a unas condiciones externas al individuo que generan una combinación perfecta para obtener las denominadas capacidades combinadas. Esas capacidades centrales las expone en una lista de 10 (*Vida; Salud física; Integridad física; Sentidos, imaginación y pensamiento; Emociones; Razón práctica; Afiliación: Amistad y Respeto; Otras especies; Juego; Control sobre el entorno Político y Material*). Las mismas son las que un gobierno debería mínimamente garantizar a los individuos -es decir, que puede ser mucho más que eso-, para ser respetado y ampliado por los gobiernos de todas las naciones⁹³.

Para el enfoque de capacidades lo que interesa es el crecimiento de la persona y de sus capacidades, para generarles condiciones de oportunidades para ser y hacer lo que valoren; es decir, se trata de sus oportunidades y libertades para su

⁸⁹ Idem. SEN, 2013.

⁹⁰ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

⁹¹ FITOUSSI, J.; MALIK, K. "Choices, Capabilities and Sustainability". *Occasional Paper; Human Development Report Office*, United Nations: New York, NY, USA, 2013. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdro_malik_fitoussi.pdf

⁹² SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

⁹³ Idem. NUSSBAUM, 2011.

funcionamiento, más no sólo saber meramente el funcionamiento y sus resultados⁹⁴. Si el individuo tiene unas capacidades internas e innatas, pero carece de unas buenas condiciones para su desarrollo humano, entonces no podrá potenciarse sus capacidades. Por eso, es importante generar garantías para el desarrollo y promover un derecho al desarrollo humano. De hecho, no es solamente crear capacidades en los individuos, Nussbaum utiliza el termino *Capabilities*, que es más bien un potenciamiento de capacidades.

Para comprender esto, un buen ejemplo sucede con las enfermedades raras y genéticas. Un individuo tiene una carencia genética, una incapacidad innata, que debe ser estimulado por unas condiciones externas adecuadas para que él pueda potenciar sus capacidades ausentes. Si dicho individuo no cuenta con esas condiciones externas no podrá potenciarlas de ninguna otra manera. Es por eso por lo que, en países como España, se intenta que los niños con condiciones especial se encuentren matriculados en colegios regulares, ya que el entorno los potencia mucho más. Otro ejemplo, pero, al contrario, es que un individuo tenga las plenas capacidades internas para ser y hacer lo que él valora, pero las condiciones externas no se lo permiten para poder potenciarlas. Es decir, debe existir una importante armonía entre individuo y los factores externos que permitan estimular sus capacidades, o en términos de Nussbaum el potenciar sus capacidades. Por ello, el enfoque no busca obtener el funcionamiento, más bien la capacidad para funcionar⁹⁵.

Para poder combinar el enfoque de capacidades con las concepciones de bienestar y sostenibilidad, es que surge el concepto de Bienestar Sustentable, que busca describir que tan sustentable es el nivel de bienestar de los individuos basado en sus capacidades para ser y hacer lo que valoran⁹⁶.

3.1.1. El Bienestar Sustentable

El Bienestar Sustentable es un enfoque para reconocer y velar por una búsqueda de bienestar en el presente sin socavar las condiciones de futuro. Dado que los modelos actuales de bienestar están generando consecuencias -entre ellas las ambientales- nefastas e irreversibles, y para poder reducir dichas condiciones, no solo es necesario transformar las políticas pensando en el futuro, sino que también es fundamental promover políticas de bienestar asociadas a dicho futuro.

A los ciudadanos del ahora, se les suele vender algunos resultados de sociedades como ostentosas, cuando en realidad pueden estar socavando su propio agujero de precariedad en el tiempo y erosionando a su vez el de las generaciones futuras; soliendo decidir en el presente en base a una perspectiva limitada de tiempo y espacio. Inclusive si el futuro es parte del presente, desde una concepción de tiempo relativo, se debe garantizar en el presente de condiciones adecuadas para mantener un riesgo bajo de que las condiciones futuras sean adversas.

Si las Naciones Unidas resalta que *"la búsqueda del bienestar por parte de la generación actual no debería disminuir las oportunidades de las generaciones futuras para buscar una vida buena y decente"*⁹⁷ entonces el bienestar debe ser un concepto que combine dos cuestiones fundamentales: el bienestar y la sustentabilidad de dicho bienestar, es decir, el Bienestar Sustentable. Debe ser un bienestar que incorpora una perspectiva de tiempo, para que en un futuro pueda tener unas condiciones de

⁹⁴ Idem. NUSSBAUM, 2011.

⁹⁵ PERDOMO, J. "El enfoque de capacidades para potenciar a los niños con el Síndrome de William", Publicado en: *Revista ASWE*. 2020/Número 21. Asociación Síndrome de Williams de España (ASWE). Madrid, España, 2021. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/355127385> El enfoque de capacidades para potenciar a los niños con el Síndrome de William

⁹⁶ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. *El Bienestar Sustentable. Una forma de hacer vida, una forma de hacer política*. Editorial Universo de Letras, Madrid, 2021.

⁹⁷ ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.

bienestar por lo menos iguales o mejores que la generación que le antecede, tanto para la misma generación en el tiempo, como para las futuras generaciones; al final las condiciones son garantías para los derechos y libertades.

El Bienestar Sustentable es una perspectiva que profundiza mucho más en los aspectos asociados a las condiciones del bienestar en el tiempo, rompiendo la temporalidad y fusionando el presente con el futuro. Si se parte de que la mayoría de las decisiones políticas se definen a partir de las condiciones asociadas al presente, sin o con poca relación con las condiciones y a las generaciones que puedan estar afectadas en un futuro. Si además se sabe que las decisiones del presente pueden afectar – positiva o negativamente – las oportunidades y libertades de las personas en el futuro. Es por lo tanto necesario que se reconozca los derechos que tienen las generaciones futuras.

La idea de justicia intergeneracional conecta muy bien con la concepción del Bienestar Sustentable, y que la misma no considera que exista un bienestar actual aceptable sino se considera el futuro, pero combinando ambos estados de tiempo en uno solo. El futuro es paradójico, el futuro es el presente, ya que el presente es lo que determina el futuro, y es algo que se debe hacer hoy⁹⁸. Así que considerar el bienestar del futuro como parte del presente es algo fundamental para integrar esa generación futura que no existe en las decisiones del presente.

En ese sentido, hasta ahora el Bienestar ha sido unidireccional, es decir, el bienestar de la población actual afecta el bienestar de la población futura, pero el bienestar de la población futura no afecta a la actual, la idea es que exista una doble direccionalidad y vincular ambos tiempos -incluso en un mismo derecho y sentido de justicia-, hasta ahora separadas; es decir, que el bienestar actual dependa también de cómo será ese bienestar futuro y de las generaciones por venir. Es una concepción distinta, más asociada a la denominada Justicia Intergeneracional y la ampliación de la democracia representativa. Si el Bienestar Sustentable es un enfoque que surge para reconocer y concretar un bienestar en el presente sin socavar las condiciones de futuro, entonces es una forma viable de garantizar sus derechos.

Pero como ya se ha comentado, dichas condiciones son multidimensionales. Por esta razón, es que se debe entender -y reiterar- que los derechos de las generaciones futura no están limitados meramente a las condiciones ambientales, es un espectro mucho más amplio que dicha dimensión. Las generaciones futuras tienen derecho a la educación, a la salud, a conocer su cultura, a los valores de la democracia, a lo ambiental, a lo material, y a las libertades, etc. Por ello, la perspectiva del Bienestar Sustentable⁹⁹ es multidimensional, abarcando 12 dimensiones del bienestar basado en las 10 capacidades centrales del enfoque de Martha Nussbaum¹⁰⁰.

Otra cuestión fundamental y que se debe entender, es que, si bien la generación futura aún no existe, no quiere decir que dejan de tener derechos, al contrario, al limitar sus futuras libertades de ser y hacer lo que valoren en igualdad de condiciones que las generaciones anteriores, se están suprimiendo sus derechos fundamentales. Es decir, todos los ciudadanos tienen el pleno derecho de hacer uso de sus libertades y no pueden limitarse en ningún tipo de condiciones sociales en comparación con la generación antecesora, lo que sería en resumidas cuentas la justicia intergeneracional.

Si la generación presente y futura comparten un mismo espacio en común “planeta tierra” solo que, en tiempos distintos, entonces todos tienen derechos por

⁹⁸ BELLOSO, N. “La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 43, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17445>

⁹⁹ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. *El Bienestar Sustentable. Una forma de hacer vida, una forma de hacer política*. Editorial Universo de Letras, Madrid, 2021.

¹⁰⁰ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

igual sobre ese mismo espacio en común y sus condiciones asociadas. Por ello, es que el reconocimiento de dichos derechos debe pasar primero por ampliar la concepción de responsabilidad y de representatividad, para que las decisiones del ahora tengan en consideración a la población del mañana. El reconocimiento y promoción de dichos derechos ayuda a generar más consciencia y sensibilización de cara al futuro.

Sin embargo, el gran reto será universalizar un derecho que debe ser comparado entre culturas, y de escala global, para apaliar el gran reto climático que muy probablemente se nos viene encima. Un derecho que sobrepase fronteras y barreras culturales. Para ello, y como se extenderá más adelante, el enfoque de capacidades centrales propuesto por Martha Nussbaum, basado en el esencialismo, permite apoyar dicho objetivo, y que dadas las diferentes culturas se puede agrupar acciones desde los individuos a una escala global involucrando a todos, por ser parte de un derecho futuro que debe ser universal.

3.1.2. Dimensiones del Bienestar Sustentable

El Bienestar Sustentable considera la concepción de sostenibilidad de Amartya Sen¹⁰¹ y las capacidades centrales de Martha Nussbaum¹⁰² para completar las 12 dimensiones que permiten su operacionalización.

De todas las formas posibles de dimensionar el Bienestar Sustentable, y argumentando además hacia la justicia intergeneracional, se selecciona las de Martha Nussbaum al provenir de virtudes universales no relativas y en la dignidad humana.

Las dimensiones y sus descripciones son las siguientes¹⁰³:

1. Vida:

Ser capaz de vivir plenamente y de forma responsable hasta el término de una vida humana de duración normal, o antes que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla. No morir de forma prematura o en condiciones precarias.

2. Salud Física:

Ser capaz de mantener buena salud, incluida la salud sexual y reproductiva; tener una alimentación adecuada; disponer de un lugar apropiado para vivir.

3. Integridad Física:

Ser capaz de desplazarse libremente de un lugar a otro; estar protegido de ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y/o reproductiva, así como su libre elección.

4. Sentidos, imaginación y pensamientos:

Ser capaz de utilizar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de modo <<verdaderamente humano>>, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque no limitada) el lenguaje y el intercambio con otras comunidades. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y actos de su propia elección, ya sean religiosos, literarios, musicales u otros; así como garantizar sus derechos a la propia creación. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica espiritual. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.

¹⁰¹ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

¹⁰² NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

¹⁰³ Son dimensiones y descripciones propias del Bienestar Sustentable, pero basadas en el enfoque de las 10 capacidades de Nussbaum y su descripción.

5. Emociones:

Ser capaz de sentir apego por nosotros mismos y otros seres; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, sentir duelo por su ausencia; y en general, poder amar, sentirse amado, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignidad justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. Con la siguiente condición: Defender esta capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que puedan demostrarse cruciales en el desarrollo de aquélla.

6. Razón Práctica:

Ser capaz de formarse una concepción del bien, soñar con un ideal y reflexionar críticamente acerca del sentido de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de consciencia y de observancia religiosa.)

7. Afiliación-Amistad:

Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar consideración por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación de otro u otra. (Proteger esta capacidad implica proteger instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política.)

8. Afiliación-Respeto:

Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismos; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás, conformando una sociedad diversamente combinada. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, nivel socioeconómico, fracasos, historial delictivo, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión, ideología, edad, generación, estado de salud físico o mental, así como origen nacional.

9. Otras Especies:

Ser capaz de vivir con la consideración y la preocupación por y en relación con los animales, las plantas, y el mundo de la naturaleza.

10. Juego:

Ser capaz de reír y jugar sensatamente, así como disfrutar de actividades recreativas

11. Control sobre el propio entorno-Político:

Ser capaz de participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestras vidas; tener derecho a la participación política sin miedo y a la protección de la libertad de expresión y de asociación.

12. Control sobre el propio entorno-Material:

Ser capaz de poseer propiedades lícitamente (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a crear y buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y retenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores y trabajadoras.

Son capacidades que también deben tener las generaciones futuras y las mismas pueden ser vistas desde los derechos intergeneracionales; así como desde cualquier otro segmento, ya sea: calidad de vida en personas mayores, personas con discapacidad, genero, raza, origen de nacimiento, edad, etc.

Ahora basado en dichas dimensiones y descripciones es que debemos plantear los derechos de las generaciones futuras. Por ejemplo, las generaciones futuras

tienen derecho (y deben ser capaces) a la vida, y deben tener dicha oportunidad; tienen derecho a la salud, incluida la ambiental y personal; deben tener derechos a la integridad física de su cuerpo; deben tener derechos y garantías de poder crear conocimiento; deben tener derechos a poder relacionarse con otros individuos en los mejores términos de respeto y amistad, tener tolerancia y poder amar; tener derecho a disfrutar de la naturaleza y el contacto con otras especies; poder disfrutar de la vida y distraerse; y derechos a poder tener bienes materiales y la participación política de las decisiones que afectan su vida, y las de otros en un futuro.

Esas dimensiones del Bienestar Sustentable o capacidades centrales están basadas en el esencialismo¹⁰⁴ y tienen una alta relación con los derechos humanos, partiendo desde un enfoque neoaristotélico¹⁰⁵. Es decir, cada uno de ellos son fundamentales para la vida, y las mismas son universalmente iguales independientemente de la cultura y la zona geográfica, por lo que no está limitada al relativismo cultural.

Precisamente, para poder generar un Bienestar Sustentable es necesario reconocer al otro, al que no existe, es necesario generar derechos, es necesario generar garantías a las personas en cualquier lugar, además de garantías en el tiempo, es decir, de su salud en el tiempo, garantías de su educación en el tiempo, del ambiente en el tiempo, de las condiciones políticas en el tiempo etc. En fin, hay que reconocer que es necesario la existencia de un derecho más allá del presente y de los individuos del ahora, hacia los individuos del mañana y los de ahora en el tiempo.

Sin embargo, surge otra cuestión fundamental, de todas esas dimensiones ¿Cuál es la más relevante? la más relevante sería la dimensión política y sus condiciones asociadas para poder prevalecer la efectividad de la concepción del derecho de las generaciones futuras y las normas. Su justificación se extiende en el siguiente apartado.

3.2 La relevancia de las condiciones políticas para el derecho intergeneracional.

Parte de la efectividad de los derechos intergeneracionales viene aunado a su consideración por parte de las diversas instituciones en las decisiones políticas estructurales y a las condiciones políticas que la acompañen. Para que en el tiempo pueda prevalecer el derecho que tienen. Esas condiciones políticas son en sí mismo garantías, y las asociadas a la democracia, las libertades y las oportunidades son fundamentales para el desarrollo de los derechos asociados.

Tomando nuevamente como referencia la definición de sostenibilidad de Amartya Sen¹⁰⁶, en el presente lo que se debe hacer es impulsar las capacidades -asociadas a las condiciones políticas- sin comprometer las capacidades futuras. Es decir, las condiciones políticas deben ser por lo menos constantes en el tiempo, para que así tengan los individuos -las generaciones futuras- el derecho de contar con esas libertades.

Por eso, se debe insistir que dicho derecho efectivo debe estar asociado a un marco de libertad absoluta de lo contrario no es viable pensar en la generación futura, cuando la actual no tiene libertades. Simplemente los derechos futuros ya no existen.

Lo otro es también la voluntad política para que esos derechos y reconocimiento sea posible, así un político se convierte en estadista cuando comienza

¹⁰⁴ NUSSBAUM, M. "Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico". *La Calidad de Vida* (Dir.) Nussbaum Martha y Sen Amartya (compiladores), Fondo de Cultura Económica: México City, México, 1996.

¹⁰⁵ SABINA, A. "Dimensions of Human Development", *World Development*, Vol. 30, No. 2, pp. 181-205, Reino Unido, 2002.

¹⁰⁶ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

a pensar en las próximas generaciones y no en las próximas elecciones¹⁰⁷. Evidentemente los políticos quieren conocer los resultados de su gestión en el ahora y se enfocan más en los resultados de las políticas y no tanto sobre las capacidades que generan en la población de cara al futuro¹⁰⁸. Esa perspectiva también cambia a favor del Bienestar Sustentable usando como mecanismo el reconocimiento de los derechos intergeneracionales.

Otro aspecto desde la política es que lo ético no sustituye a lo que es moralmente correcto, y como, por ejemplo, desde las políticas aplicadas se han hechos muchas cosas que son éticas, pero inmoralmente correctas para el ambiente¹⁰⁹. Para Edgar Morin, una de las causas que acentúan la crisis de los modelos actuales de desarrollo, es que han sido anti-ética¹¹⁰. Así como existe un “pan material” asegurado para la población, debe existir un “pan espiritual”: moralidad y ética¹¹¹. Lo otro es que, aunque se comprende la necesidad del cambio, las instituciones y el marco de regulación tiene una inercia natural, puede ser por “intereses credos” que impidan que los nuevos enfoques o paradigmas surjan fluidamente¹¹².

De hecho, Pasquali resalta que todos los sistemas éticos, hasta la llegada del informe Nuestro Futuro Común de la Comisión Brundtland, habían sido dentro de una visión unidimensional de la temporalidad, para una humanidad co-habitando en un mismo presente y sin responsabilidades a futuro¹¹³.

Ahora, cuando hablamos de derechos al desarrollo que tienen las generaciones futuras, debemos comprender los diversos modelos de desarrollo que se pueden promover desde diversas instancias políticas, siguiendo lineamientos de intereses económicos y/o ideológicos. Por ejemplo, desde la economía política del desarrollo existen diversas escuelas de pensamiento, algunas de ellas son la Escuela Neoliberal, la Escuela Neomarxista y la Escuela Alternativa de Desarrollo¹¹⁴, solo por mencionar esas tres.

Lo anterior es importante tenerlo en cuenta, ya que las discusiones actuales entre diversas escuelas de pensamiento y fuertes factores ideológicos influyen en la forma de determinar los derechos futuros y en donde se debe ubicar los derechos de las generaciones futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable.

Así, por ejemplo, desde la Escuela Alternativa de Desarrollo surgen las concepciones de Desarrollo en Libertad, Desarrollo Humano y Desarrollo Sostenible, entre otros, donde se busca romper con la dimensión económica como eje central del desarrollo¹¹⁵. La Escuela Alternativa de Desarrollo también ha evolucionado hacia

¹⁰⁷ Comentaba Winston Churchill a Kay Murphy Halle en una conversación.

¹⁰⁸ PERDOMO, J. “El diseño de encuestas e indicadores para la sostenibilidad bajo el enfoque de capacidades. Más allá de los ODS”, *XXI Jornadas de Estadística de las Comunidades Autónomas* (JECAS 2021), artículo de conferencia, Canarias, España, 2021.

¹⁰⁹ PERDOMO, J. “La perspectiva ambiental. Nuevo reto para las evaluaciones económicas de tecnologías sanitarias”. *Jornadas de Economía de la Salud*, artículo de conferencia publicado en la AES-España, Zaragoza, 2021. Disponible en: <http://www.aes.es/blog/2021/06/23/la-perspectiva-ambiental-nuevo-reto-para-las-evaluaciones-economicas-de-tecnologias-sanitarias/>

¹¹⁰ MORIN, E. *La Vía. Para el futuro de la humanidad*. Paidós, Estado y Sociedad ed., Vol. 186, España, 2011.

¹¹¹ BRACHO, F. *Del materialismo al bienestar integral. El imperativo de una nueva civilización*. Ediciones Vivir Mejor, Primera Edición, pp 332, Caracas, Venezuela, 1995.

¹¹² PÉREZ, C. “Technological revolutions and techno-economic paradigms”, *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, No.1, pp. 185-202, 2010.

¹¹³ PASQUALI, A. *La Comunicación Mundo. Releer un mundo transfigurado por las comunicaciones*. Editorial: Comunicación Social, Colección: Espacio Iberoamericano, España, 2011.

¹¹⁴ HIDALGO, A. “Economía Política del Desarrollo. La construcción retrospectiva de una especialidad académica”, *Revista de Economía Mundial*, 28, 279-320, España, 2011.

¹¹⁵ Idem. HIDALGO, 2011.

otras corrientes de pasamientos de alternativo “de” desarrollo hacia un enfoque alternativo “al” desarrollo¹¹⁶. En esas corrientes, por ejemplo, la sostenibilidad se divide en tres niveles: sostenibilidad débil, donde podemos incorporar las concepciones liberales; la sostenibilidad fuerte, donde podemos incorporar las concepciones de desarrollo sostenible; y la sostenibilidad superfuerte orientada hacia modelos más radicales de la ecología, por ejemplo, el biocentrismo, donde el ambiente es eje del resto de las dimensiones para superar las posturas antropocéntricas¹¹⁷.

Aquí entra en discusión un punto clave, una cosa son los derechos ambientales y otra los derechos intergeneracionales. Sin duda, el reconocimiento de los derechos ambientales también es fundamental para las generaciones futuras, incluso en casi todas las constituciones de América Latina, posterior a los años 80 y en especial luego del informe de la Comisión Brundtland, se encuentra reflejado dicho derecho ambiental. Algunas vinculándolos directamente con el reconocimiento de las generaciones futuras¹¹⁸. Por ejemplo, la Constitución de Argentina en 1994 indica que “...*todos los habitantes gozan de un derecho a un ambiente sano, equilibrado, acto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras...*”¹¹⁹. Ahora que los derechos ambientales benefician a las generaciones actuales y futuras es parte de su propia naturaleza, pero el derecho intergeneracional es multidimensional y una de sus dimensiones en la ambiental.

Adicionalmente cuando analizan las expresiones de las constituciones de Brasil y Argentina, vistas en el texto, así como el caso de Venezuela (Artículo 127), es de notar que no se resaltan los derechos de las generaciones futuras, se resaltan son los derechos ambientales para que la generación futura no se vea comprometida, es decir, es un reconocimiento no explícito de derechos.

Bajo el escenario de riesgo ambiental y cambio climático, algunos plantean que la principal dimensión debe ser la ambiental y ecológico por sobre todas las otras dimensiones, incluso, las posiciones más extremas incluyen la posibilidad, a futuro, de suprimir las libertades y la misma democracia de ser necesario en pro del bien común. Algunos sostienen que la justicia ecológica invalidaría la imparcialidad de la justicia, ya que un grupo impondría sus valores por delante del resto de la sociedad; sin embargo, los defensores sostienen que las medidas siempre serán de discusión pública¹²⁰. Otros, principalmente desde el enfoque liberal, cuestionan los escenarios ambientales y consideran que son extremistas y relativos al avance de la tecnología.

Para solventar las discrepancias, se debe dejar claro que debe existir unas dimensiones que fluctúan en armonía entre ellas para no generar desajustes en el sistema. Bajo este planteamiento la postura a defender debe ser que independiente de las vulnerabilidades futuras (que ciertamente son relativas) debemos plantear la sostenibilidad desde las capacidades, así las discrepancias se disminuirían. En términos de Sen, garantizar las capacidades en el tiempo, ya que no somos consciente de prever esos cambios tecnológicos, y para garantizar las capacidades en el tiempo es necesario en el hoy la institucionalidad, el estado de derecho, las libertades, la democracia, entre otros, incluso el desarrollo tecnológico y las consideraciones ambientales. Desde esa perspectiva es más asimilable la

¹¹⁶ GUDYNAS, E. “Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa”. *Más allá del desarrollo*. Fundación CELARG, Caracas, 2011.

¹¹⁷ Idem. GUDYNAS, 2011.

¹¹⁸ GUDYNAS, E. *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Editorial Tinta Limón, 1ra edición, Buenos Aires, 2015.

¹¹⁹ CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE. *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la Republica de Argentina, Argentina, 1994. Disponible en: <https://bcn.gob.ar/uploads/constitucionnacional1994.pdf>

¹²⁰ GUDYNAS, E. *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Editorial Tinta Limón, 1ra edición, Buenos Aires, 2015.

sostenibilidad. Por eso importa la dimensión política y que ésta deba permanecer en el tiempo independientemente de los avances.

Noam Chomsky destaca en el año 2020 la existencia de tres grandes amenazas a la humanidad, la primera, que aún no se descarta es la Guerra Nuclear, seguido de la emergencia climática y la tercera es el debilitamiento de la democracia representativa en todo el mundo. La más relevante es la tercera, ya que es la única esperanza de lograr superar las dos primeras amenazas¹²¹.

Uno de los principales desafíos para el desarrollo en libertad es incorporar las condiciones futuras del bienestar manteniendo las libertades presentes y futuras¹²². Para el caso del desarrollo sostenible -al igual que para el desarrollo en libertad- las Naciones Unidas menciona que el individuo es medio y fin de la sostenibilidad¹²³. En ese sentido, es que debemos trabajar, incluso en normas y constituciones, donde los individuos sean partícipes de los cambios y de las acciones necesarios, y no solo sean simples observadores, por ejemplo; no es suficiente que el Estado garantice la protección ambiental, es que el individuo sea partícipe de la protección de ésta y para ello es necesario potenciar capacidades en los individuos. De lo contrario, se corre el riesgo de que la institución, en nombre de lo ambiental, supriman libertades individuales para garantizar la supervivencia, y quede el ser humano vivo en cuerpo, pero muerto en mente, en acciones y en el sentido de la vida. Ya que no es lo mismo tener derecho al ambiente que tener derecho a disfrutar libremente del ambiente. Así que plantear los derechos de las generaciones futuras desde una perspectiva superfuerte es un riesgo para las libertades y el enfoque basado en el ser y hacer, además limitaría el derecho de las generaciones futuras y la posibilidad de encaminarnos hacia una dictadura ecológica.

La importancia de potenciar las capacidades y mantener condiciones adecuadas, entre ellas fundamentalmente la política, es que permite generar la garantía a la población de que en el tiempo no solo pueden tener libertades para ser y hacer, es que tienen acceso a un gobierno abierto y transparente, que les permite formar parte de cambios necesarios y ser agentes sociales.

En ese sentido. Una forma de observar las garantías que tienen las generaciones futuras es por medio de las condiciones políticas asociadas. La hipótesis es que en la medida que existan mayores condiciones de libertades y democracia, habrá mayores posibilidades para que las generaciones futuras puedan disfrutar de dichas condiciones para ser y hacer lo que ellos valoren de forma multidimensional. Es decir, dichas condiciones son las garantías básicas de derechos para la generación futura. Inclusive, en aquellas sociedades donde no exista el reconocimiento del derecho explícito, contar con dichas condiciones es una garantía para que las generaciones futuras tengan derechos. Al final, las capacidades son garantías y las garantías se materializan en leyes.

Sin embargo, es importante resaltar que dichas libertades se otorgan siempre en el marco de un consenso social; es decir, una libertad individual en los límites que la misma sociedad impone, para garantizar un margen mínimo de responsabilidad colectiva. Es necesario ampliar las libertades y la democracia, pero también implementando ciertos límites que permitan garantizar en el tiempo la libertad de todos, incluyendo aquellos que no existen.

Son los derechos de la generación futura base para su propio bienestar y valores. Si carecen de una base para su libertad no tendrán una vida plena, si

¹²¹ CHOMSKY, N. *Cooperación o extinción*. Penguin Random House Grupo Editorial, 1ra edición, Barcelona, España, 2020.

¹²² PERDOMO, J.; PHÉLAN, M; LEVY-CARCIENTE, S. "El Bienestar Sustentable: Capacidades y Libertades", *Instituto Juan de Mariana*, artículo publicado online, España, 2021. Disponible en: <https://juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/bienestar-sustentable-capacidades-y-libertades/>

¹²³ ONU. *El futuro que queremos para todos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, 123ª sesión plenaria, Nueva York, 2012.

actualmente están en dictadura no tendrán libertades, si carecen de libertad en el presente menos en el futuro. Por ello, el enfoque del Bienestar Sustentable colabora no solo en obtener el derecho del futuro, también la libertad de las generaciones actuales, todo dentro del máximo consenso social.

Sen¹²⁴ expresa que: como no sabemos con certeza lo que pasará en el futuro y cuáles serán los valores, intereses y necesidades de los individuos, lo que se debe hacer es ampliar las libertades para que cuando llegue ese futuro, esa libertad exista. Precisamente como en el futuro los individuos deben ser libres para ser y hacer lo que valoren, una forma de garantizar sus valores para lograr su bienestar es también ampliando la concepción de representatividad, aunada con la responsabilidad que se tiene con aquellos ciudadanos que no existen y la internalización del ciudadano del mundo. Dentro de un espacio social donde se amplíen y sean sustentables las condiciones políticas asociadas a las libertades, capacidades y la democracia, de forma que esos individuos tengan la oportunidad de poder acceder a cumplir sus valores en el futuro.

La perspectiva del bienestar sustentable y en especial la dimensión política es más factible en sociedades donde se incluyen a todos, y se garantizan sus libertades y derechos. Aunque en el supuesto que falte legislar con base en la generación futura, la misma será beneficiada de por lo menos un derecho de facto en la medida que tengamos instituciones más democráticas, mayores derechos, oportunidades y libertades para los individuos del ahora; es una forma de que la generación futura tengan garantías de que podrán gozar de las mismas condiciones para ser y hacer lo que ellos valoren.

Algunos estudios cuantitativos se han acercado a esa perspectiva^{125;126} basado en las condiciones políticas -capacidades del presente- y la hipótesis expresada anteriormente. Reflejando en sus resultados como los países con condiciones políticas más bajas como Venezuela, Nicaragua, Honduras y El Salvador, son países donde la generación actual no dispone de libertades, ni de democracia, es decir, de condiciones políticas adecuadas, y en ese sentido existe un mayor riesgo de que la generación futura no pueda disfrutar del uso de las libertades y derechos. Por el contrario, España, Chile, Uruguay, Costa Rica, son los países que tienen las mejores condiciones políticas para que sus ciudadanos puedan disfrutar de la libertad de expresión, de la democracia, de la independencia de los sistemas de gobierno, de la participación política, entre otros aspectos que incorporan las respectivas medidas; pero a su vez son los países con las mejores condiciones para garantizar la libertad de las generaciones futuras, para que también puedan aprovechar sus capacidades y sus derechos.

En consecuencia, si las generaciones de hoy no tienen condiciones de libertades y democracia, con mucha menos probabilidad las tendrán las generaciones del mañana; aunque también con poca probabilidad puede pasar lo contrario. Así, una de las acciones que se debe promover en el presente, es mantener o ampliar las capacidades, libertades y oportunidades, para que posteriormente existan mayores posibilidades para que los individuos -del presente y futuro- tengan libertad de decidir. La idea es explorar la importancia de mantener las condiciones de democracia, justicia y libertades para que las generaciones futuras puedan potenciar sus capacidades.

¹²⁴ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

¹²⁵ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Los Derechos de la Generación Futura y la Perspectiva del Bienestar Sustentable en el Marco de una Democracia Liberal Representativa", *Conferencia en el XIII Congreso Español de Sociología 2019 FES*, Grupo de Trabajo 8 de Sociología Política. Valencia, 2019.

¹²⁶ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Los Derechos de las Generaciones Futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable. Una comparación entre América Latina y España", *Encuentro intercongresos CI-41*, Sociología Comparada entre Europa y América Latina, Federación Española de Sociología y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2021.

Entonces, si la sustentabilidad, en este caso política, tiene su razón de ser en términos de libertades¹²⁷, una forma de garantizarlo -y monitorearlo- es en la medida que se tengan condiciones de mayor democracia, libertades de participación, de expresión, de autonomía política, entre otras; así será en esa misma medida la sustentabilidad de los futuros derechos que tienen las generaciones futuras. A la par de mantener instituciones fuertes, incluyentes y representativas que permitan atender los retos a los cuales nos enfrentamos en este siglo y las posibles repercusiones en el futuro.

3.2.1. La definición de la dimensión Política

La definición de la dimensión política¹²⁸ está relacionada con las condiciones sobre los derechos y libertades civiles y políticas del individuo del ahora, para que disponga de ellas en el control de su propia vida en el tiempo. Es decir, incluye también de forma indirecta la capacidad de derechos y libertades políticas para la generación futura, ya que la suma de las individualidades permitirá un mayor alcance de dichas condiciones, y en la medida que la misma sea mayor, aumentará las posibilidades de que se mantengan en el tiempo para los mismos individuos y las generaciones venideras.

La dimensión política se define como:

"Ser capaz de participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestras vidas; tener derecho a la participación política sin miedo y a la protección de la libertad de expresión y de asociación"

Los derechos políticos engloban la posibilidad de que los individuos participen en cualquier movimiento político, en procesos de elecciones democráticas, es decir, que se puede relacionar con el pluralismo y participación política en la sociedad. Aquí es fundamental, considerar el activismo cívico, que, sumado al anterior, está asociado a las diversas formas de organización y/o asociación para la participación ciudadana, incluyendo el acceso a los medios de comunicación y a las oportunidades para participar en diversas formas de manifestaciones pacíficas.

También es importante ser parte de una sociedad donde sus individuos tengan el pleno conocimiento de los aspectos políticos, para que de esta forma puedan con racionalidad y consciencia, apoyar o rechazar políticas en la sociedad que conforman. Para esto es necesario contar con garantías, adicionales a las ya mencionadas anteriormente, que contemple algunos aspectos emocionales que permitan al individuo expresar la opinión política sin ningún tipo de miedo que pueda reprimirla, aun contando con las plenas garantías de la libertad de expresión en la sociedad.

Ejemplos para lo anterior lo encontramos en la aplicación del Terrorismo de Estado, donde existen garantías sociales para que los individuos puedan manifestarse libremente, pero los mecanismos no son efectivos y el gobierno intencionalmente puede transmitir, por diversos mecanismos, impresiones de miedo que generan una represión indirecta a las manifestaciones¹²⁹. Otro ejemplo específico, asociado a los procesos electorales, sería los llevados a cabo por Corea del Norte, donde la participación electoral para elegir los diputados de la Suprema Asamblea Popular: fue en el 2014 del 99,97%¹³⁰, pero dichos resultados son procesos obligatorios e impulsados por el miedo, donde inclusive son usados para validar la ubicación de las

¹²⁷ SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.

¹²⁸ PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. *El Bienestar Sustentable. Una forma de hacer vida, una forma de hacer política*. Editorial Universo de Letras, Madrid, 2021.

¹²⁹ PERDOMO, J. "Terrorismo de Estado: capítulo Venezuela", *Elcato*, web, Washington D. C., 2017. Disponible en: <https://www.elcato.org/terrorismo-de-estado-capitulo-venezuela>

¹³⁰ KWANG GWON, C. "The Socialist Political System is a Superior Political System which Provides the Most Worthwhile and Happiest Life for the Masses of Working People", *Journal in Social Science of Kim Il Sung University*, No.2, Korea del Norte, 2014.

personas y la persecución en caso de no poder justificar su participación. Por estas razones, es que se justifica la expresión de tener derecho a la participación política "sin miedo".

En sociedades democráticas y con plenas garantías, es positivo que se busque la libre participación de los individuos en los respectivos procesos, ya que, evidencia el incremento en los niveles de compromiso y participación en las decisiones que gobiernan su vida y a la sociedad a la que pertenecen. Sólo de esta forma, cada individuo entenderá que todas las decisiones de su vida dependen de lo que el mismo decida; condición que podría ayudar a internalizar en algunas sociedades el aspecto de su responsabilidad hacia las generaciones futuras.

Algunas formas modernas de participación en aspectos democráticos, aunque quizás por el momento no son las más idóneas pero que no debemos descartar, es la utilización de las redes sociales. La participación en las mismas por parte de individuos, con fines de activismo político en la búsqueda de la justicia, su conocimiento y comprensión de las normas fundamentales, así como el periodismo voluntario por parte de cualquier individuo, son un potencial enorme para poder consolidar el camino hacia el fortalecimiento de la democracia. Tanto es así que toda figura política está conectada hoy en día en las redes sociales y los niveles de alcance, interacción e influencia de la red son cada vez más significativos.

Inclusive se ha permitido que, en países no democráticos, como China, se activen servicios similares para la participación de los ciudadanos en temas del Estado, la red social *Weibo* es un sitio web Chino de redes sociales, muy similar a los conocidos *Twitter* o *Facebook*, el número de internautas superó los 500 millones en el 2011 y se ha consolidado como una vía rápida para difundir noticias en el país, al margen de la censura oficial y con discusiones de una libertad sin precedentes. Este medio de comunicación juega un papel fundamental en el fomento de la participación de candidatos independientes en las elecciones locales -los únicos de sufragio directo en el país-, así como contribuye en mejorar la transparencia en las acciones de gobierno y sus altos funcionarios¹³¹.

4. Justicia intergeneracional: El derecho comparado y la nueva constitucionalidad.

Con los nuevos acontecimientos que se vislumbran a nivel global, entre ellos el más conocido -y de mayor riesgo global- es el cambio climático, lo que ocasiona que nos adentremos en una universalidad de los problemas, es que es más necesario pensar en los derechos más allá de las fronteras, en derechos universales y un derecho que sea comparado entre diversas jurisdicciones y culturas, más allá del relativismo cultural.

4.1. El ciudadano universal y la ampliación de la responsabilidad

Hoy en día conceptos como el de ciudadano es más que necesario su transcendencia a una visión universal, *kosmopolities*, donde la concepción debe estar centrado en la humanidad que compartimos todos los individuos, más que en el origen local, estatus, clase, etc., que los dividen¹³². En el caso de las naciones, las fronteras no solo limitan libertades y derechos, es que también limitan la capacidad de actuar de forma conjunta al interés en común de todos. Si estamos buscando un bienestar futuro y un derecho al desarrollo (desarrollo humano, desarrollo en libertad, desarrollo sostenible, etc.), lo ideal es que todos naveguemos con el mismo objetivo compartido, ya que dicho destino -bienestar- a la larga será el mismo para todos. Hoy en día, por ejemplo, es indiscutible que los efectos de una guerra nuclear o del

¹³¹ PERDOMO, J. *Retos del Desarrollo Sustentable en China para el Siglo XXI. Una visión Multidimensional*. Observatorio de la Política China, España, 2013.

¹³² NUSSBAUM, M. *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Editorial Planeta, Estado y Sociedad, 1ra edición en español, España, 2020.

cambio climático no tienen fronteras definidas, al igual que la instauración de una dictadura que podría tener como consecuencias grandes olas migratorias en todas las direcciones.

Todas las personas del mundo tienen derecho al desarrollo, derecho a un bienestar futuro, incluso aquellas generaciones por venir. Para aumentar la globalización y la sensibilización de los riesgos compartidos entre todos los individuos, la ampliación del derecho comparado entre todos resulta fundamental para concretar las acciones necesarias. La idea es que los derechos de las generaciones futuras no sean de *facto*, sean de *jure*.

Bajo un enfoque de bienestar "actual" sólo se incluye a los individuos del presente, mientras que en un enfoque del Bienestar Sustentable debe incluir a los individuos de las generaciones venideras. Para un Bienestar Sustentable no es suficiente una colectividad donde se asocian personas que buscan un determinado fin, en nuestro caso el bienestar; sino entender que ese colectivo, además, debe incluir a los individuos que no son parte actual de éste, por lo tanto, debe incorporar todas las personas actuales y futuras en su pluralidad. El individuo debe comprender que la "inmortalidad" de nuestra especie pasa a ser el destino del grupo y no el de sus miembros, esto se logra sólo con la condición de que sus miembros lleven una vida que permita perpetuar la vida del grupo, de este modo darles continuidad a otros como nosotros, a nuestra descendencia¹³³. Dejando a un lado lo que Beck describe como la generación del "primero yo"¹³⁴, como aquel que considera al individuo del ahora sin importar el otro y mucho menos el que no existe.

Según Beck el "centro de conciencia del riesgo no reside en el presente, sino en el futuro"¹³⁵ y por su parte Luhmann expresa que "lo que en el futuro pueda suceder, depende la decisión que se tome en el presente"¹³⁶, entonces el poder de cambiar las cosas es en la generación actual y no en la generación futura, que debe ser una agencia con una gobernabilidad basada moralmente en la colectividad y en la libertad de cada individuo como actores del cambio. De modo que la sustentabilidad tendrá éxito, siempre y cuando con una visión humanista, la sociedad civil organizada se apropie de valores que incluyan a una generación y a unos individuos que no existen. Cada persona tiene sus valoraciones, lo que valora y tiene razones para valorar, pero tener razones para valorar tiene que hacerse consciente y racionalmente.

Para Bauman de acuerdo con la formulación clásica de responsabilidad en Hans Jonas, la imaginación ética, no ha logrado y sigue sin lograr, estar al nivel de los cambios necesarios en la ampliación de los dominios de nuestra responsabilidad¹³⁷. Así mismo, Pasquali menciona que es importante rescatar el pensamiento universalista en un sentido tanto espacial como temporal¹³⁸. Adicionalmente, si el mundo está siendo afectado por el proceso de globalización, los seres humanos son los que pueden tomar consciencia y tomar decisiones, de allí la

¹³³ BAUMAN, Z. *Mortalidad, inmortalidad y otras estrategias de vida*. Ediciones Sequitur, Madrid, 1992.

¹³⁴ BECK, U. *La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo veintiuno de España editores, s.a., Madrid, 1999.

¹³⁵ BECK, U. *La Sociedad del Riesgo*. Paidós Ibérica, Hacia una Nueva Modernidad, Barcelona, 1986.

¹³⁶ LUHMANN, N. *Sociología del Riesgo*. Editorial Triana, U. Iberoamericana, México, 1992.

¹³⁷ BAUMAN, Z. *Miedo Líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*. Editoriales Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2007.

¹³⁸ PASQUALI, A. *La Comunicación Mundo. Releer un mundo transfigurado por las comunicaciones*. Editorial: Comunicación Social, Colección: Espacio Iberoamericano, España, 2011.

ética global debe tomar forma de ética cosmopolita, para pensar no solo en los individuos, también en la naturaleza y los animales¹³⁹.

Una vez asumida libremente la ética y consensuado los valores en el enfoque de sustentabilidad, estos pasan a un estado moral, que sí es obligatorio socialmente, porque, "la elección de los valores sociales no puede darse por resuelta meramente con los pronunciamientos de las autoridades"¹⁴⁰ y si la sociedad reconoce la sustentabilidad como un problema, obligará entonces a la justicia moral.

Una nueva visión para la sustentabilidad debe ser universal, ofrecer esperanza, pero también responsabilidades para todos¹⁴¹. Una moral a futuro incondicionada, sin recompensas inmediatas, incorporando a unos anónimos descendientes, amplía las nociones del deber¹⁴². Si se concede y se acepta la existencia de derechos a las generaciones futuras, se debe ampliar la noción de responsabilidad por parte de la sociedad humana presente¹⁴³. Las generaciones actuales tienen una responsabilidad en las generaciones venideras y, por consiguiente, para no condicionar el bienestar, debemos centrar nuestras acciones en ellos también. En la justicia moral debe entenderse que, si el bienestar futuro depende del presente, entonces para consumir la equidad, el bienestar presente depende del futuro.

La responsabilidad para definir el compromiso de la sociedad, en este caso hacia la sustentabilidad, pasa por la responsabilidad individual de decidir libremente, si se asume o no el compromiso social¹⁴⁴. Esta responsabilidad en cada individuo es un compromiso ético, porque, además de ser responsable de su vida, lo es con el impacto en los otros, y adicionalmente es responsable de las capacidades para las futuras generaciones. Entonces, un valor que debe ser promovido y considerado, es la responsabilidad hacia la futura generación.

Para Zygmunt Bauman la responsabilidad del individuo significa que la suerte del otro depende de sus acciones, por lo tanto, la existencia del otro importa y sus decisiones tienen consecuencias; el ser humano debería actuar como si de él dependieran las acciones para mejorar el bienestar de cada ser humano, de esa forma, actuando para otro, es para sí mismo un sentido de estar en el mundo, y un acto que, además, sólo el individuo puede realizar¹⁴⁵. Así mismo, alcanzar la madurez moral no consiste sólo en llegar a ser justo, sino también de responsabilizarse por aquéllos que nos están encomendado¹⁴⁶.

Así como Arendt aclara que la "no participación en los asuntos políticos del mundo ha estado siempre expuesto al reproche de irresponsabilidad, de eludir los deberes que uno tiene hacia el mundo que compartimos con otros", pueden existir razones morales para no participar si la política es contraria a los principios sociales, pero sí, por el contrario, es una política favorable para la sociedad, también se tiene

¹³⁹ CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.

¹⁴⁰ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

¹⁴¹ ONU. *Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible*. Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Nueva York, 2013.

¹⁴² Idem. PASQUALI, 2011.

¹⁴³ FERRER, L. *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*. Serie: Estudios Jurídicos ed., UNAM, México, 2014.

¹⁴⁴ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

¹⁴⁵ BAUMAN, Z. *Mortalidad, inmortalidad y otras estrategias de vida*. Ediciones Sequitur, Madrid, 1992.

¹⁴⁶ CORTINA, A. *El mundo de los valores. "Ética mínima" y educación*. Editorial: El Búho LTDA, Bogota, 1997.

razones morales para participar activamente¹⁴⁷. Entonces, la libertad moral se convierte en un problema político¹⁴⁸, porque en ambas opciones existe la libertad.

Si bien, "los efectos egoístas del individualismo destruyen la antigua solidaridad"¹⁴⁹, así como la responsabilidad, obrando según su propia voluntad (libertad) y no de acuerdo con los demás (consenso social), entonces, vivir libremente sin tomar importancia a los demás y no estar de acuerdo con el consenso social, ni la necesidad de otros, es lo mismo que vivir sin responsabilidad moral. Bauman enfatiza que la densa red de interdependencia nos convierte "a todos" objetivamente responsables¹⁵⁰. Para Arendt no se puede escapar de la responsabilidad política y estrictamente colectiva abandonando la comunidad, todo hombre debe pertenecer a alguna comunidad; mientras se suele pensar que la responsabilidad colectiva es una especie de castigo, el precio pagado por la ausencia de responsabilidad colectiva es más alto¹⁵¹.

De este modo, existe una responsabilidad colectiva, si el individuo pertenece a algún grupo (colectivo). Según Hannah Arendt, deben darse dos condiciones para que exista responsabilidad colectiva: el individuo debe ser responsable por algo que no ha hecho y la razón de su responsabilidad es la de pertenecer a un grupo (colectivo) que ningún acto voluntario pueda disolver¹⁵². Este tipo de responsabilidad para Arendt es política: cuando una comunidad asume la responsabilidad de lo que ha hecho uno de sus miembros y cuando se le considera responsable de algo hecho en su nombre; en cambio la culpa moral y/o legal si es personal¹⁵³. El individuo puede libremente decidir no participar en ciertas acciones colectivas y la ausencia de participación puede tener varias causas; la primera, es posible que no tenga influencia en la decisión política; la segunda, en países libres, puede que elija no querer participar en la política, no por razones morales, sino por hacer uso de su libertad¹⁵⁴. En este sentido, con argumentos morales se puede hacer uso de la libertad; entonces la libertad pasa a ser un estado más moral, donde se puede pensar más en los otros que sólo el "yo".

Bajo el enfoque de Nussbaum el Estado debe favorecer dos capacidades fundamentales: razón práctica y afiliación. La primera para poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la vida y la segunda para participar en formas diversas en la interacción social. La primera es precisamente la libertad de promover valores y la segunda es la libertad de generar cohesión social¹⁵⁵. Si la capacidad de razón práctica no se desarrolla, entonces ésta corrompe otras capacidades, y una manera de contrarrestar este posible efecto es creando valores, los cuales darán la capacidad de favorecer otras capacidades.

Lo planteado por H. Arendt, dialoga con lo anterior al enfatizar que "no hay ninguna norma moral, individual y personal de conducta que pueda nunca excusarse de responsabilidad colectiva", esa responsabilidad es la consecuencia por cosas que quizás el individuo no ha hecho y es el precio que se paga por no vivir encerrados en sí mismos, sino vivir con otros semejantes, donde la facultad (poder) de actuar, que

¹⁴⁷ ARENDT, H. *Responsabilidad y Juicio*. Paidós Ibérica, S.A., Madrid, España, 1968.

¹⁴⁸ DELGADO, J. *Problemas de Filosofía del Derecho y del Estado*. Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1978.

¹⁴⁹ MORIN, E. *La Vía. Para el futuro de la humanidad*. Paidós, Estado y Sociedad ed., Vol. 186, España, 2011.

¹⁵⁰ BAUMAN, Z. *Miedo Líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*. Editoriales Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2007.

¹⁵¹ Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵² Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵³ Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵⁴ Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵⁵ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

es la facultad política, se puede accionar sólo con la comunidad humana¹⁵⁶. La carencia de poder es una excusa válida para no hacer nada¹⁵⁷, pero precisamente para que el poder se ejerza es necesario una compleja combinación de individuos, donde el poder común podría ayudar a construir el mundo en vez de destruirlo, la agencia es una forma de representar ese poder, cuyo instrumento podría ser un código moral¹⁵⁸.

En la medida que se incrementen los lazos de relaciones sociales entre los individuos que la integran, y se consolide una ética de la alteridad, existirá un mayor reconocimiento hacia los otros, confianza y participación con otras personas en diversas formas de asociación; por su parte, el caso será contrario en la medida que exista una sociedad más fragmentada¹⁵⁹. Es por esta razón, que en este punto es importante contrastar el nivel de cohesión social presente, ya que, la misma permite ilustrar los niveles de reconocimiento entre diversas personas e incluso es un paso previo para posteriormente reconocer a otras personas no vinculadas directamente con el entorno del individuo. Es decir, una sociedad fragmentada, no puede pensar ni imaginar la situación del otros, ni más allá de sus límites, estará inmersa en su propio individualismo, alejado completamente de los problemas que aquejan a la comunidad y que lo afectan también como individuo; este alejamiento será mucho más intenso hacia personas de otras localidades y mucho más hacia personas que no conoce y que quizás nunca conocerá, como el caso específico de las generaciones futuras.

Se debe tener mucha cautela con la condición colectiva o la condición de masas, porque, la misma ofrece un sustrato propicio para la política totalitaria, el grupo es egoísta cuando se les niega la individualidad a sus miembros¹⁶⁰. Por esta razón, no se debe busca el colectivismo, sino colectivizar, es decir, transformar lo individual en colectivo por medio del consenso social, siendo en primera instancia moral. No se busca suprimir lo individual, por el contrario, contemplaría rescatar la libertad individual, pero sin el individualismo; con esto se incrementaría la responsabilidad moral del individuo hacia el colectivo que abarca las generaciones futuras y así lograr esa justicia moral. Por ende, la libertad debe ser también moral, se tendrá libertad para agregar al consenso social y posteriormente libertad para acatar el consenso social.

Debe ser complejo para las generaciones actuales entender esta concepción, pero existirá la posibilidad de un consenso social para actuar, siempre y cuando exista libertad de información de las consecuencias con respecto a las acciones actuales para el bienestar "por venir", porque no se puede "hacer valoraciones sociales con tan poca información"¹⁶¹. Para que exista un ciudadano responsable también es necesario tener toda la información de los hechos y de todos los sucesos -libertad de información-, para poder hacer un juicio crítico de la vida¹⁶². De acuerdo con esto, resulta relevante informar todo, aunque algunos consideren que las previsiones sean contraproducentes para el bienestar psicológico, por el contrario, informar sobre todos los detalles promoverá una motivación para impulsar positivamente los cambios necesarios en pro de mantener o mejorar el bienestar. La institucionalidad debe ser abierta y plural, otorgando conocimiento por medio de la información para que la agencia elija los valores que quiera y de esta manera exista una verdadera consciencia moral, cumpliendo de esta manera una de las condiciones para que la

¹⁵⁶ Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵⁷ Idem. ARENDT, 1968.

¹⁵⁸ NAÍM, M. *El Fin del Poder*. Random House Mondadori, S.A., Barcelona, España, 2013.

¹⁵⁹ BELLOSO, N. "La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 43, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17445>

¹⁶⁰ BAUMAN, Z. *Mortalidad, inmortalidad y otras estrategias de vida*. Ediciones Sequitur, Madrid, 1992.

¹⁶¹ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

¹⁶² PEARSON, K. *La Gramática de la Ciencia*. Adam and Charles Black, Londres, 1892.

gestión de los riesgos sociales sea considerada colectiva, y es precisamente que la sociedad lo reconozca como merecedora de atención pública¹⁶³.

Se debe entender que el riesgo recae en la sociedad y en cada uno de los individuos que la conforman, por esta razón el riesgo es compartido y colectivo, porque, a cada individuo le afecta todos los daños económicos, de salud, ambientales, entre otros, ocasionados por el efecto de la agrupación colectiva de los individuos. Adicionalmente a la condición de que la sustentabilidad sea reconocida por la sociedad como un problema y desafío social, para que se apropie de sus acciones como agentes de cambio en la gestión colectiva de los riesgos sociales. Se debe tener presente que un riesgo individual se convertirá en social cuando la acción de muchas personas tenga consecuencias colectivas y también si una parte mayor de los riesgos se originan en fuentes que escapan al control de cualquier individuo¹⁶⁴.

Por esta razón, el individuo aislado no existe, debe estar interactuando con otras personas, ya que, el bienestar pasa a ser de todos en conjunto. Por ejemplo, en África se practica el *Ubuntu* -una persona es persona en razón de las otras personas- y en la antigua arabia Al-Farabi promovía que la felicidad no es de uno, debe ser de todos en conjunto¹⁶⁵. Además, desde las legislaciones en diversas constituciones se menciona el aspecto de la felicidad y el bienestar de todos¹⁶⁶, por ejemplo, específicamente en la primera constitución promulgada por el Congreso Constituyente de Venezuela en 1811 podemos encontrar mención a una sociedad entendida como aquella que permite la felicidad en común¹⁶⁷.

Según A. Sen cada individuo interpreta las ideas de ética de forma distinta, pero adicionalmente este individuo no es un ente aislado y es capaz de pensar en sus seres queridos, vecinos y ciudadanos de otras partes del mundo¹⁶⁸. Nussbaum menciona que una de las cosas que se debe hacer para mejorar nuestras relaciones con otros -especialmente con otras culturas, si pensamos en términos más globales- es educarlos para que puedan desempeñarse como "ciudadanos del mundo, con sensibilidad y capacidad de comprensión", más allá de sus orígenes locales¹⁶⁹.

En un mundo globalizado, debemos promover a ciudadanos universales (más allá de la meta-ciudadanías ecológicas¹⁷⁰) -sin perder los valores locales que son parte de la sustentabilidad local- si queremos, los seres humanos, lograr cambios efectivos. Se debe entender que existen riesgos que sobrepasan las borrosas fronteras que hemos implementado. La potenciación de las comunicaciones y el transporte han impulsado este cambio, las migraciones y las redes sociales digitales, hacen que las fronteras se diluyan, principalmente por las integraciones intra-culturales.

En cierto sentido, los humanos debemos adaptarnos a las nuevas circunstancias para la sustentabilidad, y por ejemplo no es precisamente la sentencia que tenemos todos por el incremento de dos grados en la temperatura global, sino más bien para prepararnos y adoptar valores de rango más universales. Transformar

¹⁶³ ESPING-ANDERSEN, G. *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000.

¹⁶⁴ Idem. ESPING-ANDERSEN, 2000.

¹⁶⁵ AL-FARABI, A. *La Ciudad Ideal*. Edición de la Editorial: Tecnos. Editada por Miguel Cruz Hernández, Escrito originalmente entre los años 872-950, España, Madrid, 2011.

¹⁶⁶ BUENDÍA, J. *El Derecho a la Felicidad. Producto Interno Bruto vs Índices de Felicidad*. Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, España, 2015.

¹⁶⁷ CONGRESO CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. *Constitución Federal para los Estados de Venezuela*. Publicaciones: Banco Central de Venezuela. Año 2006. Caracas, Venezuela, 1811.

¹⁶⁸ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

¹⁶⁹ NUSSBAUM, M. *El Cultivo de la Humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Editorial Paidós, Barcelona, España, 2005.

¹⁷⁰ GUDYNAS, E. *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Editorial Tinta Limón, 1ra edición, Buenos Aires, 2015.

el miedo en esperanza¹⁷¹. Como los riesgos son recientemente globales –hasta hace unos años atrás no era así– es que resulta importante promover esos valores universales, de allí que el esencialismo promovido por Nussbaum^{172;173} surja como una alternativa para partir de lo común hacia lo global.

Se necesita un cambio de paradigma, primero en la gente y luego en las instituciones; pero lo óptimo es que se produzcan de forma simultánea y coordinada. Según describe el informe *El Futuro que Queremos para Todos*, el desarrollo sustentable debe ser un proceso inclusivo y centrado en las personas, que beneficie y haga participar a todos¹⁷⁴. Es que precisamente las calamidades del mundo dejaron de ser responsabilidad de algunos expertos, para ahora trascender a una responsabilidad colectiva y en la que deben participar todos¹⁷⁵.

Algunos recomiendan, entre ellos A. Sen, que como la familia es el primer nivel de agrupación humano, por ella debe empezar el impulso de valores¹⁷⁶. La familia entendida como un elemento natural y fundamental de la sociedad¹⁷⁷ es donde Rawls imagina que ciertas emociones que surgen de la misma pueden evolucionar para ser los principios mismos de la sociedad¹⁷⁸. La familia tiene ancestros y tiene varias generaciones en la conformación del hogar, por lo tanto, no es de extrañar inculcar en ellas el valor a la futura descendencia, para Sen este es el espacio adecuado para generar los valores¹⁷⁹. Es así, como la familia es un bastión importante en la sociedad que debe ser promovido y conservado; de igual manera, se deben considerar los aspectos asociados a la cohesión familiar; la confianza, el apoyo mutuo, así como los lazos y redes de interacción entre los miembros de la familia. La familia es un agente semilla, de allí parte hacia otras fronteras para relacionarse con otros y expandir esos valores.

Como las personas son las principales, digamos afectadas por las acciones políticas, pueden presionar al Estado como sociedad civil organizada en los cambios necesarios, entre las diversas opciones pueden consumir una democracia de tipo participativa. Una concepción individualista, solamente pensaría en lo actual y en el “yo”, no en los otros, ni mucho menos en aquellos que existirán, por el contrario, una concepción colectivista debe sumar a los individuos, incluyendo la posteridad. Si la colectividad de la población en su conjunto define un llamado “espacio” en común, incorporando a ese mismo espacio a las generaciones futuras, entonces la misma representara el “tiempo”.

4.2. La representatividad relativa al tiempo y espacio

Ya mencionado anteriormente, según Beck como los riesgos se refieren a unas condiciones futuras que se deben evitar y mitigar desde el presente, entonces en la sociedad del riesgo “el pasado pierde la fuerza de determinación del presente. En su

¹⁷¹ NUSSBAUM, M. *La Monarquía del Miedo*. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 2019

¹⁷² NUSSBAUM, M. “Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico”. *La Calidad de Vida* (Dir.) Nussbaum Martha y Sen Amartya (compiladores), Fondo de Cultura Económica: México City, México, 1996.

¹⁷³ NUSSBAUM, M. “Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism”, *Political Theory*, Vol. 20, No. 2, pp. 202-246, 1992.

¹⁷⁴ ONU. *El futuro que queremos para todos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, 123ª sesión plenaria, Nueva York, 2012.

¹⁷⁵ BHAT, K. *Las bases del naturismo: naturaleza y bienestar humano*. Ediciones Vivir Mejor, Primera Edición, Caracas, Venezuela, 1991.

¹⁷⁶ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

¹⁷⁷ Artículo 16. ONU. *Declaración Universal de los derechos humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), Nueva York, 1948.

¹⁷⁸ NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.

¹⁷⁹ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

lugar aparece como causa de la vivencia y de la actuación presentes el futuro, es decir, algo no existente, construido, ficticio"¹⁸⁰. Entonces la concepción del tiempo futuro se presenta como relativa, pero lo que sí es certero es que las acciones se deben tomar en el presente.

La concepción de tiempo en el Informe de la Comisión Brundtland expresa una conexión en el tiempo actual y el tiempo porvenir, indicando la dependencia de la satisfacción actual por la futura¹⁸¹. Esta idea no es aislada, es una interdependencia entre estos dos estados de tiempo, que son relativas. Pero ¿Qué significa tiempo en la sustentabilidad?, siendo el tiempo relativo, como ya mencionamos brevemente, puede ser mañana, una generación o un siglo; cuando formas fronteras entre estados de tiempo, las mismas terminan en una absoluta borrosidad. Las acciones para el bienestar de hoy pueden tener repercusiones en cualquier momento, el tiempo futuro es un tiempo que a pesar de no estar en él físicamente, está siempre en el sujeto presente y todas sus acciones pueden tener efecto en él, por eso es relativa.

Además, la sustentabilidad no es solamente cuestión de tiempo desde el enfoque lineal unidireccional, inclusive un fenómeno puede ser insustentable en la actualidad. Por este motivo, reiteramos la idea de que para el bienestar es necesario que el futuro sea parte del presente, por lo tanto, el bienestar "por venir" está condicionado por el "actual", y en viceversa, el "actual" debe estar condicionado por el "por venir". En este sentido, nuestra imaginación moral, sólo ha servido para ocuparse únicamente de los demás que vienen dentro de "un círculo de proximidad espacial y temporal determinada" sólo identificable con nuestros sentidos de vista y tacto, los cuales ya deben ser superados y trascender a un sentido de responsabilidad mucho más amplio¹⁸².

Si nos adentramos mucho más en la concepción de tiempo e inclusive nos atrevemos a verla más que lineal unidireccional y/o lineal bidireccional, para ser más circular, podemos unificar tiempo y espacio en una misma concepción. Así podemos proporcionar un sólo espacio para los diversos tiempos o generaciones

Si bien, las generaciones son todas aquellas agrupaciones de personas que comparten una misma situación social y pueden estar determinadas por sucesos locales y culturales¹⁸³. Por lo tanto, pueden surgir en paralelo distintas generaciones que deberán impulsar las relaciones y la justicia intrageneracional. Pero, lo que sí es seguro es que existen acontecimientos globales que pueden impulsar el surgimiento de generaciones más globalizadas con múltiples sub-generaciones. Hoy en día, sin duda, se está formando una nueva generación global, una generación efectiva, impulsada principalmente por el accionar climático y la búsqueda de preservar el planeta, probablemente como sucesos que permiten caracterizar a una generación y su consciencia colectiva, una generación global que sin importar la sub-generación, su cultura, valores propios, edad o cohorte, debe asumir un papel en común para su futuro, descendientes y futuras generaciones¹⁸⁴. La dimensión temporal viene a ser una sola que no conecta en el tiempo diversas generaciones, más bien conecta generaciones en el tiempo.

La idea de un presente digamos intra-temporalizado es muy importante para el enfoque, no es que exista precisamente un presente des-temporalizado como lo menciona Leccardi, es ampliar la noción de David Harvey cuando expresa que si el

¹⁸⁰ BECK, U. *La Sociedad del Riesgo*. Paidós Ibérica, Hacia una Nueva Modernidad, Barcelona, 1986.

¹⁸¹ COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ONU, 1987.

¹⁸² BAUMAN, Z. *Miedo Líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*. Editoriales Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2007.

¹⁸³ JORDI CAÏS, F.; FOLGUERA, C.; FORMOSO, A. *Investigación Cualitativa Longitudinal*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Colección: Cuadernos metodológicos, Nº52, España, 2014.

¹⁸⁴ Idem. JORDI CAÏS, F.; FOLGUERA, C.; FORMOSO, A., 2014.

espacio se está convirtiendo en una aldea global y los horizontes temporales se acortan cada día más, debemos comprender mejor nuestros mundos espaciales y temporales¹⁸⁵. Precisamente la aceleración de los tiempos y las consecuencias de nuestras acciones nos lleva a comprender hoy que los tiempos están cada día más estrechamente vinculados. Antes se pensaba el problema ecológico como de largo plazo, y esa distancia temporal extensa, construyó lo que Beck denomina como “irresponsabilidad organizada” de la sociedad¹⁸⁶; y ahora, con un riesgo ecológico cada día más cercano a un nosotros ha llevado a concientizar más radicalmente las nociones del tiempo y la responsabilidad, ya que, el ahora, fue el futuro del pasado, donde se tomaron ciertas decisiones políticas basadas en una noción temporal separada.

En este sentido, si se considera un espacio temporal donde el espacio sea diferenciado por las dimensiones temporales, aún seguirá existiendo distinción entre ambas. Por el contrario, será mucho más eficiente para la concientización de las responsabilidades del presente si también se fusionan los espacios temporales, y esto se logra con una cosmovisión circular del tiempo y espacio, donde el espacio en el transcurso relativo de ese tiempo será siempre el mismo. De hecho, la responsabilidad actúa como una re-temporalidad de las acciones en términos de crítica social y reflexión política¹⁸⁷.

La concepción de tiempo futuro tiene que ser internalizada en cada persona, no se puede vivir una vida pensando sólo en los límites de nuestro tiempo y espacio, porque, principalmente es el mismo individuo en el tiempo y en su mismo espacio. El bienestar actual de cada persona será el mismo bienestar “por venir” de cada persona y de las próximas generaciones. Entonces el futuro es el mismo sujeto con bienestar actual. Para alcanzar el Bienestar Sustentable y una justicia intergeneracional, con una noción de tiempo relativo, siendo el presente y el futuro uno mismo, debe ser entendido como el ahora para el futuro y en conexión con los valores sociales. Una justicia moral, es que el bienestar se interprete como una fusión de los tiempos y un mismo espacio; es decir, no se podrán tomar decisiones en la actualidad, sin incorporar sus efectos en el tiempo futuro. Por lo tanto, para poder cumplir una justicia social y de tipo inclusive intergeneracional, no se puede promover el bienestar “actual” y “por venir” se debe promover una concepción basada en el Bienestar Sustentable.

4.3. La promoción de valores emocionales.

Los aspectos emocionales son fundamentales ya que con los mismos se forjan los valores, el bienestar y su consideración hacia futuro. La intención de un bienestar psicológico que aporte a un mejor Bienestar Sustentable, no es que los escenarios futuros sean solamente favorables, sino más bien que los escenarios futuros sean claros y transparentes. En el caso de que dichos escenarios sean positivos, será mucho mejor; pero en el caso de que dichos escenarios futuros sean desfavorables, la intención no es que generen miedo y ansiedad, bloqueando el razonamiento del ser humano y generando un bienestar psicológico negativo; sino por el contrario, la intención es que los escenarios futuros sean claros para poder generar acciones derivadas del razonamiento y potenciado desde las emociones para solventarlo.

Sin embargo, se debe tener mucha cautela en su uso, para no caer en acciones contrarias a los intereses universales del Bienestar Sustentable. Ya que la manipulación de las emociones con fines contrarios al interés colectivo; inclusive

¹⁸⁵ LECCARDI, C. *Sociología del Tiempo. Sujetos y tiempo en la sociedad de la aceleración*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Chile, 2014.

¹⁸⁶ BECK, U. “Risk society revisited: theory, politics and research programmes”. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory* (Dir.) B. Adam, U. Beck y J. Van Loon, Sage, London, 2000.

¹⁸⁷ LECCARDI, C. *Sociología del Tiempo. Sujetos y tiempo en la sociedad de la aceleración*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Chile, 2014.

modelos autoritarios usan emociones mucho más complejas para generar no solamente miedo, sino por ejemplo aspectos como la lealtad, y de esta manera dominar a la población en un sentido más emocional que racional¹⁸⁸.

Existe evidentemente una alta relación entre "emociones" y "razón práctica", ya que, las emociones pueden impedir el libre uso de la conciencia y un razonamiento adecuado para poder emplear una razón práctica sobre el bien de la vida. Las emociones son biológicas, el razonamiento es social, así que de la combinación de ambos es que se determinarán finalmente los funcionamientos para un Bienestar Sustentable de los individuos y su suma.

Esta finalidad es muy contraria a lo que buscan otros mecanismos de movimientos sociales, separando lo racional de lo irracional y en este último impulsando las emociones¹⁸⁹. Muchos de estos aspectos fueron trabajados ampliamente por Hannah Arendt, la cual interpretó con la llamada: banalidad del mal; las emociones según Rawls no deben servir de forma mecánica, sino al apoyo entusiasta a los principios e instituciones de la sociedad con las ideas básicas de justicia que en ella se valoran; justamente con el sentido no mecánico se busca evitar una evolución escasa de juicio racional o moral¹⁹⁰.

Si el "yo" siente que el bienestar actual está condicionado por el futuro, su perspectiva de vida cambia. Precisamente y punto clave del enfoque es que el bienestar psicológico también es medio y fin del Bienestar Sustentable, así como de la justicia intergeneracional. Ya que cada individuo es un fin en sí mismo, es a través de las emociones que se pueda expandir el bien común y compartido entre todos los individuos. Si bien, como ya mencionamos anteriormente, la visión de Aristóteles es el cultivo del razonamiento por encima de las emociones; el control de las emociones por medio de la razón, no la convierte en sumisa de la misma¹⁹¹. De manera que eso no limita a también promover los aspectos emocionales, pues tener aspectos que promuevan las emociones también influye en un razonamiento que será libre y necesario. En cierto sentido lo anterior no es muy distante a lo que promueve Nussbaum¹⁹², donde las emociones pueden servir de vínculo con el razonamiento práctico para las impulsar las propias acciones.

Si bien el enfoque de Bienestar Sustentable busca que el bienestar psicológico sea medio y fin, el mismo debe ser asociado a los principios de justicia que valoramos consensuado universalmente. Es así como el apego a las cosas y a otras personas, el amor, el respeto y las relaciones, son capacidades fundamentales en el marco del enfoque de Bienestar Sustentable para lograr expandir el sentimiento de responsabilidad colectiva y responsabilidad ante otros, incluso ante aquellos que quizás nunca conoceremos, y de esta manera poder consolidar entre otras la justicia intergeneracional.

Así que, considerar la perspectiva futura de formar clara y transparente, y con la participación de los individuos es muy importante, sembrando emociones y valores que sean razonados pensando en el Bienestar Sustentable, precisamente para que los individuos no sean entes ajenos a una realidad que podría afectar su propio bienestar en el futuro. Otros enfoques consideran que los aspectos u escenarios futuros poco favorables pudieran malograr el desarrollo emocional y el bienestar de

¹⁸⁸ NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.

¹⁸⁹ BOBBIO, N. *Perfil Ideológico del Siglo XX en Italia*. Editorial: Fondo de Cultura Económico. México, 1993.

¹⁹⁰ NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.

¹⁹¹ BUENDÍA, J. *El Derecho a la Felicidad. Producto Interno Bruto vs Índices de Felicidad*. Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, España, 2015.

¹⁹² NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.

las personas en el presente¹⁹³. Por el contrario, la presencia de expectativas de futuro poco favorables -por ejemplo, el cambio climático- donde pudiera existir la participación del individuo, son consideradas como una oportunidad positiva para generar un nivel emocional de preocupación que permitan vincular la "razón práctica" del individuo con las acciones de mitigación.

Rawls expresa que, si una sociedad mantiene un compromiso único coyuntural, sus posibilidades de tener estabilidad en el tiempo son muy pocas, por lo contrario, deben tener principios básicos que sean generales, adoptados y aceptados por sus miembros¹⁹⁴. Así la responsabilidad pasa a ser parte de su propio bienestar, entonces, el bienestar psicológico será clave para el Bienestar Sustentable, ya que, hacerlos sentir parte de un futuro -que podría ser bueno o no tanto, dependiendo de lo que se haga en el presente- los compromete en una mayor medida en ser razonables con su responsabilidad ante ellos mismos y otros.

4.4. El derecho comparado y nueva constitucionalidad. Una regresión a las cosmovisiones antiguas.

Con una concepción de representatividad, responsabilidad y de ciudadanía más amplia en tiempo y espacio, la siguiente gran cuestión del asunto es: ¿Cómo lograr generar un derecho universal efectivo y comparado entre diversas sociedades -culturas- que colabore para lograr la justicia intergeneracional? Aquí es donde se debe incorporar con más énfasis el enfoque de capacidades propuesto por Martha Nussbaum y las 10 capacidades centrales, que como se ha explicado antes, tiene una base filosófica de origen esencialista^{195;196}.

Debemos partir de que todas las personas son por naturaleza iguales y las diferencias surgen de las sociedades a las que pertenecen y la formación destinada a ellos. Pero en elementos esenciales, todos queremos lo mismo, ya sea en Venezuela o en la India, América o Asia, es decir, todos queremos vivir bien, tener hogar, familia, medios económicos, amar, sentirse amado, ser parte de una comunidad, etc. Cuando se formuló la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la participación de diversas personas y culturas del mundo, se evitó usar términos asociados a religiones específicas -por ejemplo, el alma- pero todos estuvieron de acuerdo en utilizar un lenguaje universal partiendo de la dignidad humana¹⁹⁷.

Nussbaum menciona que la dignidad es el respeto de todos, y que todos los individuos tienen el mismo derecho; así que para la dignidad humana lo mínimo que se debe hacer es cumplir y superar el umbral de las 10 capacidades centrales en cada uno y extenderla hacia toda la sociedad; además deben ser de rango constitucional e incluida en diversas leyes¹⁹⁸.

Esas capacidades (transcritas como dimensiones por el concepto del Bienestar Sustentable), vista en capítulo anterior, son, en resumen: la buena vida y la buena muerte, la seguridad física, la libertad sexual, libertad de creatividad, religión y pensamiento, las relaciones con otros individuos, el respeto, la armonía con la

¹⁹³ COMISIÓN STIGLITZ-SEN-FITOUSSI. *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Presidency of the French Republic, Paris, France, 2009.

¹⁹⁴ NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.

¹⁹⁵ NUSSBAUM, M. "Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico". *La Calidad de Vida* (Dir.) Nussbaum Martha y Sen Amartya (compiladores), Fondo de Cultura Económica: México City, México, 1996.

¹⁹⁶ NUSSBAUM, M. "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, Vol. 20, No. 2, pp. 202-246, 1992.

¹⁹⁷ NUSSBAUM, M. *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Editorial Planeta, Estado y Sociedad, 1ra edición en español, España, 2020.

¹⁹⁸ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

naturaleza, el amor, la familia, las emociones, el control político y económico, la capacidad de jugar y divertirse.

Con esa fórmula es que deberían definir las constituciones y leyes basadas en capacidades. Precisamente la ausencia del enfoque de capacidades en las leyes (y la constitución) es lo que lleva a que algunos prefieran la seguridad antes que la libertad. Ya que los instrumentos están hechos más para su protección y garantías que para el potenciamiento de sus capacidades y las libertades de ser y hacer. El derecho tiene que ver más con el hacer que con el tener¹⁹⁹, y por eso de cara al futuro es que se deben plantear los derechos intergeneracionales en términos de capacidades: las capacidades y oportunidades para ser y hacer lo que valoran o tengan razones para valorar.

Lo desarrollado por Nussbaum sirve como una forma alternativa de lograr que las condiciones indispensables para el derecho sean igual o comparado en todos los individuos independientemente de su cultura, poniendo énfasis en la humanidad que comparten y no en aquello que los divide y aleja²⁰⁰. Por lo tanto, un derecho comparado y universal debe ser un derecho ajeno al relativismo cultural, buscando los puntos en común entre todos los individuos.

En ese mismo sentido, el derecho basado en el enfoque de capacidades tiene una extensión no solo comparada universalmente en el espacio cultural, también en el tiempo generacional. Precisamente una de las ventajas de plantear los derechos basado en las capacidades y en el enfoque de Nussbaum, es que además de no tener límites culturales, no tiene límites temporales, ya que cualquier generación futura tendrá el mismo derecho.

De esa forma los derechos no solamente podrán ser comparados entre diversas culturas y sociedades, es que permite que sean más estables en el tiempo, convirtiendo los derechos de las generaciones futuras en un derecho natural. Los juicios de Núremberg, y sus principios, son un ejemplo de un derecho natural utilizado más allá del derecho nacional (en este caso de la época del nazismo) e incluso del derecho internacional, ya que existe algo indivisible que es el derecho natural de las cosas. En los juicios es de notar que el planteamiento basado en el derecho natural es lo que pudo solventar la ausencia de una norma universal para desarrollar los juicios. Por ejemplo, el derecho a la vida es algo fundamental, que debe ser respetado por todas las formas de conformación social y cultural de los individuos independientemente del tiempo.

Pero también, el posicionamiento del relativismo cultural -abordado desde las virtudes relativas- tiene sus discordias desde el propio enfoque de capacidades. De hecho, es el punto de inflexión entre Sen y Nussbaum. Justamente en este punto es donde rompen epistemológicamente ambos, ya que, para Amartya Sen, por el simple hecho de tener un enfoque basado en las plenas libertades que tiene cada cultura para definir las cosas que valoran y tienen razones para valorar, no puede ofrecer una lista de dimensiones o de valores primordiales para el desarrollo humano a todos por igual²⁰¹. La diferencia esencial de ambos enfoques es que Sen parte de la economía para evaluar comparativamente los niveles de calidad de vida de los individuos en la sociedad, mientras Nussbaum lo hace desde la filosofía para evaluar implicaciones éticas en la conformación de una sociedad libre y plural²⁰².

Para S. Alkire, Nussbaum en su interpretación de Aristóteles y en un esfuerzo para extender el enfoque de las capacidades de Sen, desarrolla un enfoque neo-

¹⁹⁹ SEN, A. *La idea de la justicia*. Editorial Taurus, España, 2009.

²⁰⁰ NUSSBAUM, M. *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Editorial Planeta, Estado y Sociedad, 1ra edición en español, España, 2020.

²⁰¹ SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.

²⁰² LEVY-CARCIENTE, S.; PHELÁN, M.; PERDOMO, J. "Potencialidades y Sinergias en América Latina". *EUROPA Balcánica y los países de la cuenca del mar negro - mercosur: escenarios sociopolíticos, culturales e integracionistas - posibilidades y desafíos* (Dir.) Slobodab Pajovic y María de Moserrat Llaíró, CEISAL, Universidad John Naisbitt, Belgrado, Serbia, 2016.

aristotélico de valores universales -virtudes no relativas-, los cuales además deben tener garantías constitucionales en cualquier lugar²⁰³. Nussbaum presenta en la conferencia de Wider en 1988 las virtudes no relativas bajo un enfoque aristotélico, justificando una lista de características que tienen en común individuos de diversas culturas, basada principalmente en la lista de virtudes transculturales que Aristóteles configura para cualquier vida humana de acuerdo con sus experiencias comunes (Mortalidad; El cuerpo, Placer y dolor; La capacidad cognoscitiva; La razón práctica; El desarrollo temprano del infante; Afiliación; Humor)²⁰⁴.

Posteriormente, la base para estudiar el bien común, expuesto por Nussbaum en la conferencia de Wider en 1988, evoluciona y adquiere más formalidad en 1992, bajo una "concepción densa y vaga" que justificará una teoría del bien común. En esta oportunidad, la divide en dos niveles: las esferas de la vida humana (nivel I), que consta de diez esferas donde se encuentran ciertas características de nuestra humanidad común; y las capacidades básicas de funcionamiento (nivel II), para que los individuos puedan disponer de las capacidades para funcionar. Ya que argumenta, que la capacidad de funcionar y no el funcionamiento en sí, debe ser lo que se considere en las normas y políticas aplicadas²⁰⁵.

Luego, Nussbaum en 1997 se elabora la lista de capacidades centrales o capacidades combinadas, basado en los planteamientos anteriores como una forma de alcanzar el florecimiento humano que prevalece hasta hoy en día con la lista de las 10 capacidades centrales²⁰⁶. Las mismas son descritas como valores universales del individuo que luego se verán multiplicados al colectivo, ampliando las libertades y capacidades de todos²⁰⁷.

Como ya hemos discutido, los valores universales de Nussbaum son los que mínimamente debería cumplir o garantizar un gobierno (como representante de la organización social) y es lo mínimo para que pueda haber justicia social²⁰⁸. Pero este mínimo cumplimiento debe contar con unas normativas legales fundamentales, como la Constitución u otro tipo de norma jurídica que la garantice. Al no existir una norma jurídica universal de obligatorio cumplimiento, en este sentido, expresa que se debe trasladar a cada organización social su adaptación de unos valores universales a sus normas fundamentales de acuerdo con las particularidades de cada comunidad.

Hasta ahora, la única norma que puede tener una connotación universalmente aceptada es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de la ONU²⁰⁹, siendo la primera referencia común a todos los pueblos de la Tierra en cuanto a las libertades fundamentales y los derechos humanos, así que de ella debemos respaldar las acciones, como una mínima base normativa. Se considera que es indispensable rescatar el valor universal y moral que tiene la DUDH, además de fundamental considerarla como un instrumento no jurídico, sino más bien moral de las sociedades. Precisamente dicha declaración de la ONU constituye los valores universales más amplios acordados por los países y diversas culturas del mundo, y además se podría decir que ha sido ratificada en los recientes años con acciones conjunta entre los

²⁰³ SABINA, A. *Well-being, Happiness, and Public Policy*. OPHI. Research in Progress Series 2013; Research in Progress 37a, UK, 2013. Disponible en: <https://ophi.org.uk/ophi-research-in-progress-37a/>

²⁰⁴ NUSSBAUM, M. "Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico". *La Calidad de Vida* (Dir.) Nussbaum Martha y Sen Amartya (compiladores), Fondo de Cultura Económica: México City, México, 1996.

²⁰⁵ NUSSBAUM, M. "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, Vol. 20, No. 2, pp. 202-246, 1992.

²⁰⁶ NUSSBAUM, M. "Capabilities and Human Rights", *Fordham Law Review*, Volume 66, v. 273, Nueva York, 1997.

²⁰⁷ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

²⁰⁸ Idem. NUSSBAUM, 2011.

²⁰⁹ ONU. *Declaración Universal de los derechos humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), Nueva York, 1948.

países miembros de la ONU, tal es el ejemplo sobre los objetivos del desarrollo sustentable al 2030²¹⁰. En resumen, allí están los valores universales que mínimamente un Estado debería cumplir para hacer justicia, incluyendo la justicia intergeneracional.

Es importante hacer un alto y resaltar lo siguiente: promover valores universales no significa desaparecer o menospreciar los individuales o los valores locales, es simplemente que los valores universales deben ser el punto de enlace de mínima relación entre todas las comunidades de nuestro planeta, inclusive en el tiempo, para un objetivo de interés en común. Una concepción de ciudadano cosmopolita para cultivarlo debe considerar que primero es algo global, incluye elementos de universalismo normativo al tener características comunes esenciales, además debe comprender y convivir con todas las culturas, considerando la diversidad cultural como un valor²¹¹. La pluralidad siempre existirá, inclusive dentro de una misma cultura, y la libertad de elección debe ser un principio fundamentalmente moral, que podría ser asumido por el individuo impulsado por la moralidad colectiva hacia ciertos valores; así, deben existir plenas libertades para promover la capacidad de razonamiento que permitirá concretar juicios morales.

Lo más importante que y que debe quedar claro, es que si queremos atender algunos problemas que son universales o desde el enfoque de Beck: riesgos globales²¹², debemos tener un consenso que debe ser también universal, valores que deben ser universales y una guía de esa universalidad que incluya a todos los individuos como parte de las decisiones de este mundo, de lo contrario cada cultura, cada sociedad, cada individuo hará lo que ellos mejor consideren de acuerdo a lo que valoran o lo que determinen sus tradiciones locales para solucionar un problema que quizás no es de alcance local, más bien mundial. De ese modo, sin responsabilidad en cada individuo y con descoordinación nunca lograremos cambios efectivos para solventar las necesidades de nuestro planeta y mucho menos garantizar la supervivencia de nuestra propia especie²¹³.

Es evidente el valor que le otorga Nussbaum al concepto de poder ser y hacer por parte de cada individuo, este concepto es resaltado en cada una de las capacidades centrales, ya que, precisamente los individuos necesitan ser capaces de hacer y pensar lo que valoran, porque tienen la libertad, el derecho y la oportunidad de ejercer sus capacidades²¹⁴. Pero si nos referimos a las nuevas formas en que se ha transformado el poder -ya sea por ejemplo en la forma que trascendieron las redes sociales- encontramos que los códigos morales son fundamentales para ejercer como individuos y sociedades la agencia de nuestro bienestar²¹⁵. Entonces en cada individuo estará apropiada la responsabilidad de ejercer la agencia moral y universal, que será mucho más efectiva.

Como es necesario un consenso universal y además el cómo queremos vivir se convierte en objeto de diálogo global entre las culturas²¹⁶, el único instrumento que tenemos vigentes hasta el momento como base moral global, universal y

²¹⁰ ONU. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

²¹¹ CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.

²¹² BECK, U. *La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo veintiuno de España editores, s.a., Madrid, 1999.

²¹³ BAUMAN, Z. *Mortalidad, inmortalidad y otras estrategias de vida*. Ediciones Sequitur, Madrid, 1992.

²¹⁴ NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

²¹⁵ NAÍM, M. *El Fin del Poder*. Random House Mondadori, S.A., Barcelona, España, 2013.

²¹⁶ BECK, U. *La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo veintiuno de España editores, s.a., Madrid, 1999.

ampliamente aceptado por la mayoría de los países, es la DUDH. De allí se deben diseñar los factores que intervienen en el Bienestar Sustentable y agregarle los aspectos adicionales de acuerdo con el contexto, tal es el caso de los aspectos ambientales de tanta importancia en este momento, ausentes de la declaración inicial y ya entendida también como parte de un derecho fundamental²¹⁷.

Las capacidades centrales de Nussbaum no distan mucho de estar alineadas a la DUDH, además ella misma considera que el enfoque de las capacidades es bastante aproximado a los derechos humanos²¹⁸. Incluso puede ir mucho más allá, convirtiéndose en una extensión de la declaración. Si bien, hasta cierto punto reflexivo, S. Alkire ha expresado que el conjunto de dimensiones que sea propuesto debe evitar ser derivado de un punto de vista metafísico en particular²¹⁹, en respuesta a esto, incorporar capacidades centrales como por ejemplo la "vida" no es algo metafísico, por el contrario es esencialismo; además coloquialmente la "vida" es algo obvio que casi todos quieren ser y hacer algo con ella dignamente y que está incluida en la DUDH, lo que lo convierte adicionalmente en algo normativo universalmente aceptado. Por esta razón, poder tener unas dimensiones que tengan esencia en virtudes no relativas, permiten que tengan más perdurabilidad en el tiempo, es decir, logra más allá de un consenso transcultural, un consenso intergeneracional.

El punto de coincidencia nuevamente entre el enfoque del Bienestar Sustentable y el de Nussbaum viene a ser la aceptación de tener valores universales y partir de dimensiones que contengan aspectos comunes de interés para todos los seres humanos. Así, la justificación es que se debe partir del precedente de la DUDH, como normativa universalmente aceptada; como una norma que tiene una connotación de incumplimiento más moral, tanto individual como colectivamente.

Pero ya el ser humano se encuentra recorriendo otros terrenos universalmente normativos, con el objetivo de poder consolidar una sociedad con mayor consciencia global, en donde los individuos sean tratados como fines en sí mismos, creando política y jurídicamente una sociedad cosmopolita. La creación de un Estado Cosmopolita y el derecho cosmopolita, afianzados por una universalidad democrática -democracia cosmopolita- están entre los debates actuales con el objetivo de constituir una sociedad y ciudadanos cosmopolitas. Desde el punto de vista jurídico, la misma lleva años en construcción, desde el surgimiento de realidades supranacionales, que están cambiando la forma de entender el poder constituyente. Los lazos entre Estados será el desarrollo de normas para la protección del derecho de las personas, con el desarrollo de tratados internacionales para cooperar, por ejemplo, en aspectos económicos y ecológicos. Un nuevo Constitucionalismo Cosmopolita está sustituyendo al estatal, ya que los principios y las reglas supranacionales condiciones y limitan el alcance del poder constituyente tradicional. Un ejemplo se puede encontrar en la Unión Europea donde los países firman acuerdos internacionales donde ceden soberanía en algunos temas y se someten en ellos a una jurisdicción supranacional, de ese modo una Constitución Cosmopolita se va construyendo²²⁰.

Pero, es importante aclarar que la conformación de una constitución cosmopolita no necesariamente, ni exclusivamente, se refiere a una Híper-Constitución de rango supranacional, también lo cosmopolita se puede referir a una conexión entre diversas sociedades, de modo que existe la posibilidad de crear

²¹⁷ ONU. *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, 48º período de sesiones, 13 de septiembre a 11 de octubre de 2021, Tema 3 de la agenda: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Nueva York, 2021. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/48/13>

²¹⁸ NUSSBAUM, M. "Capabilities and Human Rights", *Fordham Law Review*, Volume 66, v. 273, Nueva York, 1997.

²¹⁹ SABINA, A. "Dimensions of Human Development", *World Development*, Vol. 30, No. 2, pp. 181-205, Reino Unido, 2002.

²²⁰ CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.

constituciones cosmopolitas de rango nacional, es decir, conectadas con otras naciones o de forma globalizada.

Lo otro es que la consolidación de un ciudadano cosmopolita esta aunada a una actitud y estilo de vida, es una propia identidad sin inmersión en una sola cultura. Resulta imposible pensar que hoy exista una cultura que no esté en contacto con otra, estando en un mundo globalizado, que comparten muchos elementos entre ellos, donde la migración ha sido un constante estímulo de ello y para consolidar diversas formas de coexistencia. No existe una cultura en estado puro²²¹. En ese sentido, conectar normas comunes y basadas en el esencialismo es más sencillo hacerlo en pleno siglo XXI que hace algunas décadas atrás.

Caminar por el sendero del Relativismo Cultural sin duda se convierte en un gran obstáculo político y que puede desencadenar el fracaso de las culturas y de sus sociedades. Dicha excusa es usada en especial por los gobiernos cerrados para hacer, basado en la soberanía y el relativismo cultural, cuando puedan con el uso de la fuerza. Por esa razón, es que Nussbaum se va por el sendero de las virtudes universales no relativas para establecer derechos, partiendo del esencialismo. Los tiempos cambian y los derechos deben ser repensadas desde la filosofía²²².

Pero también se debe tener cautela a enaltecer valores universales, para evitar caer en un sistema totalitario globalizado. Por eso, es que cada cultura debe adaptar sus normas a sus particularidades, vinculando los puntos en común entre ellos.

Por eso, es que estamos notando pequeñas regresiones a la implementación de cosmovisiones antiguas que también tienen puntos en común, lo cual facilita la implementación de normas más universales. Por considerar algunos ejemplos, resaltamos el caso de Ecuador (*Sumak kawsay*), Indonesia/Bali (*Tri Hita Karana*) y Nueva Zelanda (*Tangata Whenua*), cabe destacar países muy distintos culturalmente. Sin embargo, tienen puntos en común: puntos de dignidad humana y de sus conexiones con la naturaleza. El principal de ellos es la incorporación en la funcionalidad del gobierno -normas y constituciones- el respeto a lo que llaman las costumbres originarias de sus propias culturas, destacando el valor, la conexión de las personas y el respeto por la naturaleza. Es un ejemplo de cómo los valores esenciales de culturas distantes pueden estar interconectadas por un bien universal, y para la conformación de derechos universales comparado entre ellos.

5. Conclusiones y recomendaciones.

A lo largo del presente artículo se ha podido constatar como ha venido evolucionando los derechos de las generaciones futuras, y que en la medida que nos acercamos a un mayor riesgo, entre ellos el populismo, la latente guerra nuclear, la pandemia mundial y en especial los aspectos ecológicos, han venido reflejando con mayor frecuencia un reconocimiento de dicho derecho en distintas expresiones normativas y funcionales. Eso ocasiona que los derechos de las generaciones futuras sean, sin duda, uno de los derechos específicos de tercera generación que se encontrará mucho en el filo del debate de la presente década y del que será cada día más frecuente su nombramiento. Donde el cambio climático, el derecho al futuro, la sostenibilidad, el derecho al desarrollo y el bienestar se abren paso como determinantes para garantizar en el tiempo las condiciones para poder continuar nuestro camino como especie en el planeta tierra y dejar las mejores condiciones para los descendientes. Al final, adicional al tan necesario reconocimiento del

²²¹ CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.

²²² BELLOSO, N. "La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 43, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17445>

derecho, la articulación efectiva de dichos derechos será más que necesario concretarlo.

Para lograrlo, se deben hacer profundas reflexiones y cambios conceptuales - entre ellos replantear aspectos asociados al derecho- dando paso a la conformación de una ciudadanía universal, la ampliación de una responsabilidad más extendida en espacio y tiempo, a la necesidad de configurar constituciones cosmopolitas o el desarrollo de normativas nacionales interconectadas culturalmente. El derecho debe ser una expresión de la capacidad de ser y hacer, para poder empoderar más a los individuos en su propio desarrollo; así que el enfoque de capacidades será clave en dicho cometido, donde los instrumentos normativos se deben orientar al potenciamiento de sus capacidades y las libertades del ser y hacer.

Es necesario conformar un derecho intergeneracional de naturaleza multidimensional, más allá de los aspectos meramente ambientales, y debe ser reconocido como un derecho *per se*. En ese sentido, la conformación de las condiciones -multidimensionales- necesarias, y claves, para que el reconocimiento del derecho pueda ser efectivo en el tiempo, debe iniciar por garantizar -como un principio precautorio- los elementos de la democracia y las libertades. Una democracia que debe apropiarse el sentido de la representatividad mucho más amplia integrando el tiempo y el espacio en la conformación de su concepción asociada a los derechos de las generaciones futuras. Incorporar en las legislaciones los derechos y libertades de la generación futura, siempre debe ser una prioridad para aumentar la representatividad y la sensibilidad, especialmente para transitar hacia un cambio de perspectiva.

Pero al existir un fuerte factor ideológico determinante de todas las condiciones asociadas a un derecho al desarrollo, se debe tener claro que los únicos caminos que permiten garantizar las condiciones de democracia y libertad en el tiempo son los asociados a los modelos alternativos al desarrollo en la concepción de una sustentabilidad fuerte. Son los casos del Desarrollo en libertad, Desarrollo Humano, Desarrollo Sostenible y/o el Bienestar Sustentable, donde se debe ubicar el derecho de las generaciones futuras.

Aspectos como la sensibilización por medio de la promoción de valores emocionales -impulsado desde la mínima agrupación social: la familia- y una perspectiva de derecho donde el enfoque del Bienestar Sustentable es un anclaje para que los derechos de las generaciones futuras, y viceversa, se puedan articular con el desarrollo. El primero como modelo de desarrollo y de bienestar en el tiempo, y el segundo como mecanismo de acción y justicia por el futuro, así como del derecho al desarrollo. El Bienestar Sustentable es una forma viable de garantizar los derechos de las generaciones futuras y que además esos derechos sirven a la generación presente como un mecanismo de acción y justicia por el futuro.

Finalmente, al ser ya la sostenibilidad reconocida como un tema de relevancia global, y que se debe atender desde todas las sociedades, se hace más que necesario el desarrollo de normas articuladas multiculturalmente. Para ello, se deben promover virtudes no relativas basadas en el esencialismo, si realmente se quiere que los derechos de las generaciones futuras tengan funcionalidad, por ejemplo, para el Desarrollo Sostenible. En ese sentido, es necesario que, en la conformación de normas nacionales o internacionales, se debe considerar las conexiones que puedan tener con otras sociedades, conformando un bien común más global -cosmopolita-.

Es decir; enlazar con otras sociedades puntos en común que permitan - además de lograr alcanzar una visión mucho más global de lo que es esa sociedad, en términos supranacional, globales o universales, y además en el tiempo- incorporar las generaciones futuras, la temporalidad, la ciudadanía cosmopolita, así como el respeto y valor por la naturaleza, basadas en características -multidimensionales- en común que comparten diversas culturas, más allá de sus fronteras sociales. Donde destacan en ejemplo de funcionalidad las otorgadas recientemente por las cosmovisiones antiguas del *Sumak kawsay* en Ecuador; *Tri Hita Karana* en Indonesia; y *Tangata Whenua* en Nueva Zelanda que a pesar de sus distancias geográficas y

diferencias culturales -o su relativismo cultural-, tienen puntos universales y normativos en común.

Se debe buscar concretar normas universales no de arriba hacia abajo, sino construidas desde abajo, desde lo tradicional hacia arriba, hacia lo comúnmente universal. Lo cosmopolita no necesariamente atiende a una norma de rango global, pueden ser el enlace entre sociedades de normas cosmopolitas de rango nacional.

Al igual que es posible la conexión entre diversas cosmovisiones de vida y desarrollo, entre ellas las mencionadas: *Sumak kawsay*, *Tri Hita Karana* y *Tangata Whenua*, también Martha Nussbaum nos ofrece una alternativa (o guía) muy particular, de poder articular desde el esencialismo y las 10 capacidades centrales que pueden ser en común para todas las culturas y sus respectivas normativas -entre ellas las constituciones-, incluso teniendo distintos modelos de desarrollo y concepciones de bienestar. Además, dicho enfoque junto con el Bienestar Sustentable puede servir para elaborar una normativa más general de un derecho comparado entre culturas -espacio en común- y generaciones -tiempo-.

Visto lo anterior, se recomienda para posteriores estudios seguir indagando en dichos derechos, profundizar en el análisis de la jurisprudencia, ausente en este artículo, para verificar la posibilidad de encontrar elementos de interés reflexivos asociados al citado tipo de derecho.

Aunque no se ha profundizado en la disposición política para ampliar la representatividad de aquellos que no existen, una recomendación que no sobra repetir en el marco de las legislaturas del presente, es el desarrollo de normas y políticas explícitas dedicadas a la generación futura: entre ellas, unos principios fundamentales sobre el reconocimiento del derecho; el defensor de las generaciones futuras; y el monitoreo sobre el derecho de las generaciones futuras en todas las dimensiones posibles.

En ese sentido, es importante elevar a los diversos organismos, especialmente en España, los resultados del artículo para intentar enlazar las normativas actuales, y futuras, que pueden estar asociados al derecho de las generaciones futuras, aquellas que se puedan complementar con el enfoque y a la creación de una propia, basado en las experiencias y propuestas que ya se tienen avanzadas para España. Seguido de la creación de mecanismos de monitoreo para velar los avances o estatus de dichos derechos intergeneracionales, ya sean por aspectos normativos directos o por condiciones asociadas, integrando indicadores cuantitativos y cualitativos para posteriormente legislar o aplicar políticas asociadas con base a dichos resultados.

Así que promover en diversas instancias la ampliación de la perspectiva de representatividad y de los derechos intergeneracionales en todas las instancias posibles, por ejemplo, en los Parlamentos Autonómicos de España y en las Entidades Locales es un paso necesario. Los gobiernos deben ampliar la visión de representatividad, incorporando la justicia intergeneracional y cambiar la visión de corto plazo y resultados, por una de largo plazo, de capacidades y de oportunidades para sus conciudadanos que deben estar conectados local, global y temporalmente.

6. Referencias.

ARENDT, H. *Responsabilidad y Juicio*. Paidós Ibérica, S.A., Madrid, España, 1968.

AL-FARABI, A. *La Ciudad Ideal*. Edición de la Editorial: Tecnos. Editada por Miguel Cruz Hernández, Escrito originalmente entre los años 872-950, España, Madrid, 2011.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Venezuela, Caracas, 1999.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE BRASIL. *Constitución de La República Federal del Brasil*. Brasil, 1988.

- ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*. Aprobado en grande y detalle en senadores, Bolivia, 2012.
- AYUNTAMIENTO DE BUENAVISTA DEL NORTE. *Propuesta de Moción Institucional para la creación de la Institución del "Defensor/a de las Generaciones Futuras"*. Promovida por la Fundación Savia al Ayuntamiento de Buenavista del Norte (ABN), Canarias, España, 2017.
- BUENDÍA, J. *El Derecho a la Felicidad. Producto Interno Bruto vs Índices de Felicidad*. Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia, España, 2015.
- BELLOSO, N. "La multidimensionalidad de una pandemia. Sociedad y Derecho en la era del post-coronavirus", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Número 43, 2020. Disponible en: <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17445>
- BRACHO, F. *Del materialismo al bienestar integral. El imperativo de una nueva civilización*. Ediciones Vivir Mejor, Primera Edición, pp 332, Caracas, Venezuela, 1995.
- BAUMAN, Z. *Miedo Líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*. Editoriales Paidós, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- BAUMAN, Z. *Mortalidad, inmortalidad y otras estrategias de vida*. Ediciones Sequitur, Madrid, 1992.
- BECK, U. "Risk society revisited: theory, politics and research programmes". *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory* (Dir.) B. Adam, U. Beck y J. Van Loon, Sage, London, 2000.
- BECK, U. *La Sociedad del Riesgo Global*. Siglo veintiuno de España editores, s.a., Madrid, 1999.
- BECK, U. *La Sociedad del Riesgo*. Paidós Ibérica, Hacia una Nueva Modernidad, Barcelona, 1986.
- BHAT, K. *Las bases del naturismo: naturaleza y bienestar humano*. Ediciones Vivir Mejor, Primera Edición, Caracas, Venezuela, 1991.
- BOBBIO, N. *Perfil Ideológico del Siglo XX en Italia*. Editorial: Fondo de Cultura Económico. México, 1993.
- CATO. *La Declaración de la Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de Norte América*. The Cato Institute, Edición Bilingüe. EEUU, 2003.
- COMISIÓN BRUNDTLAND. *Nuestro Futuro Común*. Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, ONU, 1987.
- COMISIÓN STIGLITZ-SEN-FITOUSSI. *Informe de la Comisión sobre la Medición del Desarrollo Económico y del Progreso Social*. Presidency of the French Republic, Paris, France, 2009.
- COUSTEAU, J. *Carta de Derechos de las Generaciones Futuras*. 1979. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3635/12.pdf>

- CHOMSKY, N. *Cooperación o extinción*. Penguin Random House Grupo Editorial, 1ra edición, Barcelona, España, 2020.
- CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*. Editorial Planeta, 1ra edición, España, 2021.
- CORTINA, A. *El mundo de los valores. "Ética mínima" y educación*. Editorial: El Búho LTDA, Bogota, 1997.
- CARSON, R. *Silent Spring*. Houghton Mifflin Harcourt, New York, 1962. Disponible en: <http://www.rachelcarson.org/SilentSpring.aspx>.
- COP25. *Acuerdo de la Cumbre del Clima COP25: Chile-Madrid Tiempo de Actuar*. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC). Ministerio para la Transición Ecológica, España, 2019.
- CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE. *Constitución de la Nación Argentina*. Boletín Oficial de la Republica de Argentina, Argentina, 1994. Disponible en: <https://bcn.gob.ar/uploads/constitucionnacional1994.pdf>
- CONGRESO CONSTITUYENTE DE VENEZUELA. *Constitución Federal para los Estados de Venezuela*. Publicaciones: Banco Central de Venezuela. Año 2006. Caracas, Venezuela, 1811.
- DELGADO, J. *Problemas de Filosofía del Derecho y del Estado*. Vadell Hermanos Editores, Valencia, Venezuela, 1978.
- ESPING-ANDERSEN, G. *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 2000.
- FITOUSSI, J.; MALIK, K. "Choices, Capabilities and Sustainability". *Occasional Paper; Human Development Report Office*, United Nations: New York, NY, USA, 2013. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdro_malik_fitoussi.pdf
- FERRER, L. *Los derechos de las futuras generaciones desde la perspectiva del derecho internacional: el principio de equidad intergeneracional*. Serie: Estudios Jurídicos ed., UNAM, México, 2014.
- GUDYNAS, E. *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*. Editorial Tinta Limón, 1ra edición, Buenos Aires, 2015.
- GUDYNAS, E. "Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa". *Más allá del desarrollo*. Fundación CELARG, Caracas, 2011.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. *Declaración del Gobierno ante la emergencia climática y ambiental*. Acuerdo de Consejo de Ministros (21-01-2020). Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, España, 2020.
- GOBIERNO DE ESPAÑA. *Proyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética*. Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, España, 2020. Disponible en: <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-ley-de-cambio-clim%C3%A1tico-y-transici%C3%B3n-energ%C3%A9tica-entra-en-la-recta-final-de-su-tramitaci%C3%B3n-administrativa/tcm:30-506983>

- GÖPEL, M.; PEARCE, C. *Guarding our Future. How to include future generations in policy making*. Published by: World Future Council Foundation, UK, 2018.
- GOBIERNO DE CANARIAS. *Acuerdo de Consejo de Gobierno (30-08-2019), por lo que se aprueba la Declaración de emergencia climática en la comunidad autónoma de Canarias*. Consejería de Transición Ecológica, Lucha contra el Cambio Climático y Planificación Territorial, Canarias, España, 2019.
- GOBIERNO DE SANTA CRUZ DE TENERIFE. *Acuerdo de Declaración de Emergencia Climática y Protección Medioambiental del Municipio de Santa Cruz de Tenerife*. Acta del Pleno, 26 de septiembre del 2019. Tenerife, Canarias, España, 2019.
- GOBIERNO DE CANARIAS. *Propuesta de Ley de Cambio Climático en Canarias*. Consejería de Transición Ecológica, Canarias, España, 2019.
- HIDALGO, A. "Economía Política del Desarrollo. La construcción retrospectiva de una especialidad académica", *Revista de Economía Mundial*, 28, 279-320, España, 2011.
- IPCC. *Global warming of 1.5°C An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), ONU, 2018.
- JORDI CAÏS, F.; FOLGUERA, C.; FORMOSO, A. *Investigación Cualitativa Longitudinal*. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Colección: Cuadernos metodológicos, Nº52, España, 2014.
- KWANG GWON, C. "The Socialist Political System is a Superior Political System which Provides the Most Worthwhile and Happiest Life for the Masses of Working People", *Journal in Social Science of Kim Il Sung University*, No.2, Korea del Norte, 2014.
- LATINOBARÓMETRO. *Informe 2017*. Corporación Latinobarómetro, Chile, 2017.
- LUHMANN, N. *Sociología del Riesgo*. Editorial Triana, U. Iberoamericana, México, 1992.
- LECCARDI, C. *Sociología del Tiempo. Sujetos y tiempo en la sociedad de la aceleración*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Chile, 2014.
- LEVY-CARCIENTE, S.; PHELÁN, M.; PERDOMO, J. "Potencialidades y Sinergias en América Latina". *EUROPA Balcánica y los países de la cuenca del mar negro - mercosur: escenarios sociopolíticos, culturales e integracionistas - posibilidades y desafíos* (Dir.) Slobodab Pajovic y María de Moserrat Llairó, CEISAL, Universidad John Naisbitt, Belgrado, Serbia, 2016.
- MALTHUS, R. *Primer ensayo sobre la población*. Alianza Editorial, España, 1798.
- MEADOWS, D.; MEADOWS, D.; RANDERS, J.; BEHRENS, W. *The Limits to Growth*. A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind, Yale University Press: New Haven, CT, USA, 1972.

- MORIN, E. *La Vía. Para el futuro de la humanidad*. Paidós, Estado y Sociedad ed., Vol. 186, España, 2011.
- NAÍM, M. *El Fin del Poder*. Random House Mondadori, S.A., Barcelona, España, 2013.
- NUSSBAUM, M. *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. Editorial Planeta, Estado y Sociedad, 1ra edición en español, España, 2020.
- NUSSBAUM, M. *La Monarquía del Miedo*. Paidós, Estado y Sociedad, Barcelona, España, 2019.
- NUSSBAUM, M. *Emociones Políticas. ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós. Traducción de Albino Santos Mosquera, España, 2014.
- NUSSBAUM, M. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- NUSSBAUM, M. *El Cultivo de la Humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*. Editorial Paidós, Barcelona, España, 2005.
- NUSSBAUM, M. "Capabilities and Human Rights", *Fordham Law Review*, Volume 66, v. 273, Nueva York, 1997.
- NUSSBAUM, M. "Virtudes no relativas: Un enfoque aristotélico". *La Calidad de Vida* (Dir.) Nussbaum Martha y Sen Amartya (compiladores), Fondo de Cultura Económica: México City, México, 1996.
- NUSSBAUM, M. "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory*, Vol. 20, No. 2, pp. 202-246, 1992.
- ONU. *El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible*. Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, 48º período de sesiones, 13 de septiembre a 11 de octubre de 2021, Tema 3 de la agenda: Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Nueva York, 2021. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/48/13>
- ONU. *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Naciones Unidas, Nueva York, 2015.
- ONU. *Intergenerational solidarity and the needs of future generations*. Report of the Secretary-General. Asamblea General, Naciones Unidas, Nueva York, 2013.
- ONU. *Una nueva alianza mundial: erradicar la pobreza y transformar las economías a través del desarrollo sostenible*. Grupo de Alto Nivel de Personas Eminentes sobre la Agenda de Desarrollo Post-2015, Nueva York, 2013.
- ONU. *El futuro que queremos para todos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, 123ª sesión plenaria, Nueva York, 2012.
- ONU. *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. Adoptada por la Cumbre para la Tierra en 1992. Naciones Unidas, 1992.
- ONU. *Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano*. Naciones Unidas, 1972.

- ONU. *Declaración Universal de los derechos humanos*. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), Nueva York, 1948.
- ONU. *Carta de las Naciones Unidas*. Nueva York, 1945. Disponible en <https://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>
- PHÉLAN, L.; LEVY-CARCIENTE, S. "Medición de progreso social y florecimiento de Ciudadanía". *El círculo virtuoso de las capacidades en el desarrollo humano* (Dir.) Luis Mauricio Phélan. CDCH-UCV, 2018.
- PASQUALI, A. *La Comunicación Mundo. Releer un mundo transfigurado por las comunicaciones*. Editorial: Comunicación Social, Colección: Espacio Iberoamericano, España, 2011.
- PARLAMENTO DE AUSTRALIA OCCIDENTAL. *Ley de Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras de Australia*, 2019. Disponible en: <https://www.parliament.wa.gov.au/parliament/bills.nsf/BillProgressPopup?openForm&ParentUNID=A83E23DAE4373236482584AB002386A7>
- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Sustainable Wellbeing Operationalization and Measurement Based on the Capabilities Approach: The Case of Latin America", *Sustainability*, 2021, 13, 12202. <https://doi.org/10.3390/su132112202>
- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. *El Bienestar Sustentable. Una forma de hacer vida, una forma de hacer política*. Editorial Universo de Letras, Madrid, 2021.
- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Bienestar Sustentable y su Medición. Ensayo para América Latina", *Iberoamérica*, 23 (1): 33-77. Universidad de Busan. Korea del Sur, 2021.
- PERDOMO, J. "El enfoque de capacidades para potenciar a los niños con el Síndrome de William", Publicado en: *Revista ASWE*. 2020/Número 21. Asociación Síndrome de Williams de España (ASWE). Madrid, España, 2021. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/355127385> El enfoque de capacidades para potenciar a los niños con el Síndrome de William
- PERDOMO, J. "El diseño de encuestas e indicadores para la sostenibilidad bajo el enfoque de capacidades. Más allá de los ODS", *XXI Jornadas de Estadística de las Comunidades Autónomas* (JECAS 2021), artículo de conferencia, Canarias, España, 2021.
- PERDOMO, J. "La perspectiva ambiental. Nuevo reto para las evaluaciones económicas de tecnologías sanitarias". *Jornadas de Economía de la Salud*, artículo de conferencia publicado en la AES-España, Zaragoza, 2021. Disponible en: <http://www.aes.es/blog/2021/06/23/la-perspectiva-ambiental-nuevo-reto-para-las-evaluaciones-economicas-de-tecnologias-sanitarias/>
- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "El Bienestar Sustentable: Capacidades y Libertades", *Instituto Juan de Mariana*, artículo publicado online, España, 2021. Disponible en: <https://juandemariana.org/ijm-actualidad/analisis-diario/bienestar-sustentable-capacidades-y-libertades/>

- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Los Derechos de las Generaciones Futuras desde la perspectiva del Bienestar Sustentable. Una comparación entre América Latina y España", *Encuentro intercongresos CI-41*, Sociología Comparada entre Europa y América Latina, Federación Española de Sociología y Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2021.
- PERDOMO, J.; PHÉLAN, M.; LEVY-CARCIENTE, S. "Los Derechos de la Generación Futura y la Perspectiva del Bienestar Sustentable en el Marco de una Democracia Liberal Representativa", *Conferencia en el XIII Congreso Español de Sociología 2019 FES*, Grupo de Trabajo 8 de Sociología Política. Valencia, 2019.
- PERDOMO, J. "Terrorismo de Estado: capítulo Venezuela", *Elcato*, web, Washington D. C., 2017. Disponible en: <https://www.elcato.org/terrorismo-de-estado-capitulo-venezuela>
- PERDOMO, J. *Retos del Desarrollo Sustentable en China para el Siglo XXI. Una visión Multidimensional*. Observatorio de la Política China, España, 2013.
- PNUMA. *Declaración de Cocoyoc*. Decisión adoptada por la Comisión en su 1622ª sesión celebrada el 1º de Noviembre de 1974. UNEP, Cocoyoc, Mexico, 1978. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/838843?ln=es>
- PARLAMENTO EUROPEO. *Climate and Environmental Emergency*. European Parliament resolution of 28 November 2019 (2019/2930(RSP)). Unión Europea, Bruselas, 2019.
- PARLAMENTO DE AUSTRALIA OCCIDENTAL. *Ley de Derechos de la Naturaleza y Generaciones Futuras de Australia*. Australia, 2019. Disponible en: <https://www.parliament.wa.gov.au/parliament/bills.nsf/BillProgressPopup?openForm&ParentUNID=A83E23DAE4373236482584AB002386A7>
- PARTIDO POPULAR. *Programa para Elecciones Generales, Autonómicas y Municipales 2019*. Partido Popular (PP), España, 2019.
- PARTIDO SOCIALISTA OBRERO ESPAÑOL. *Programa Electoral PSOE. Elecciones Generales 2019*. Partido Socialista Obrero Español (PSOE), España, 2019.
- PARTIDO POLÍTICO VOX. *100 Medidas para la España Viva*. Programa para las elecciones del 2019, Vox, España, 2019.
- PARTIDO POLÍTICO CIUDADANOS. *Nuestro Compromiso con los españoles*. Programa para las elecciones del 2019, Ciudadanos, España, 2019.
- PARTIDO POLÍTICO PODEMOS. *Programa de Podemos para un Nuevo País*. Programa para las elecciones del 2019, Podemos, España, 2019.
- PÉREZ, C. "Technological revolutions and techno-economic paradigms", *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 34, No.1, pp. 185-202, 2010.
- PEARSON, K. *La Gramática de la Ciencia*. Adam and Charles Black, Londres, 1892.

- SEN, A. "The ends and means of sustainability", *Journal of Human Development and Capabilities*, 14 (1), 6-20. Reino Unido, 2013.
- SEN, A. *La idea de la justicia*. Editorial Taurus, España, 2009.
- SEN, A. *Desarrollo y Libertad*. Editorial: Planeta, Barcelona, España, 1999.
- SABINA, A. *Well-being, Happiness, and Public Policy*. OPHI. Research in Progress Series 2013; Research in Progress 37a, UK, 2013. Disponible en: <https://ophi.org.uk/ophi-research-in-progress-37a/>
- SABINA, A. "Dimensions of Human Development", *World Development*, Vol. 30, No. 2, pp. 181-205, Reino Unido, 2002.
- THE KINGDOM OF BHUTAN. *The Constitution of The Kingdom of Bhutan*. Bhutan, 2008.
- UNESCO. *Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras*. Actas de la Conferencia General, Vol 1, Resoluciones, Francia, Paris, 1997.
- UNESCO. *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*. Naciones Unidas, 1972.
- UNESCO. *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras*. Cuestiones relativa a la preparación de una declaración sobre los derechos de las generaciones futuras. Consejo Ejecutivo. Francia, Paris, 1994.
- UNIÓN EUROPEA. *Propuesta de Ley Europea del Clima*. Comisión Europea. Presentado el 04 de marzo del 2020, Bruselas, 2020.
- UNIÓN EUROPEA. *The European Green Deal*. Comisión Europea. Bruselas, 2019.
- WALES. *Ley de Bienestar de las Generaciones Futuras*. Asamblea Nacional para Gales, 2015. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/anaw/2015/2/contents/enacted>
- WEF. *The Global Risks Report 2020*. World Economic Forum, 2020.

Sobre a solução *pro misero* nos processos judiciais de seguridade social

On the pro misero solution in social security, welfare and public health care lawsuits

Rodrigo Zacharias¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Cristiane Haik²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Raul Mariano Junior³

Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo

Sumário. 1. Introdução; 2. Relações jurídicas trabalhista e previdenciária; 3. Dúvida; 4. Verdade real; 5. Ônus da prova; 6. Ausência de prova bastante; 7. Relação jurídica de custeio: *in dubio pro societate*; 8. Processo judicial previdenciário; 8.1. Hipossuficiência; 8.2. Dúvidas sobre fatos; 8.2.1. Desemprego; 8.2.2. Dependência econômica; 8.2.3. Incapacidade Laborativa; 8.2.4. Atividade rural; 8.2.5. Regime próprio de previdência social; 8.3. Dúvida sobre o direito e casos de difícil solução; 9. Processo judicial de assistência social; 9.1. Requisito subjetivo; 9.2. Requisito objetivo; 10. Processo Judicial em direito à saúde. 11. Considerações finais. 12. Referencias.

Resumo: O estudo analisa a dinâmica de aplicação do adágio “solução *pro misero*” nas ações judiciais em que a parte autora postula a concessão de prestações assistenciais, previdenciárias e de saúde, com metodologia baseada em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Distingue-se a mera dúvida da ausência pura e simples de comprovação dos fatos constitutivos do direito alegado. Discorre-se sobre a existência de dúvidas sobre fatos e dúvidas sobre o direito. Parte-se do pressuposto de que a parte autora pode ou não se enquadrar na condição de hipossuficiente e é nessa perspectiva que as respostas são propostas, cabendo a aplicação da solução *pro misero* somente se verificada a hipossuficiência do postulante. Conclui-se que não se pode generalizar sua aplicação em matéria de seguridade social, cabendo considerá-la em dadas situações específicas em processos judiciais onde se buscam prestações assistenciais, previdenciárias e de saúde. Também se conclui que não deve ser observado o referido adágio quando se discutem relações jurídicas de custeio, em que vigora o brocardo *in dubio pro societate*.

Palavras-chave: Dúvida. Solução *pro misero*. Hipossuficiência. Seguridade social.

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Instituto Toledo de Ensino-Bauru/SP. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz federal. Formador da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

² Doutoranda e mestre, ambos em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada e Professora.

³ Doutor em Direito Processual Civil na Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, nas disciplinas Solução Alternativa de Conflitos e Processo Tributário. Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Juiz Federal. Ex-Diretor Adjunto da ENM – Escola Nacional da Magistratura (2011/2013).

Abstract. The essay analyzes the use of the *pro misero* solution in lawsuits in which the claimant postulates the concession of welfare, social security benefits and public health care treatment or medication, with methodology based on bibliographic and jurisprudential research. First of all, the concept of mere doubt is distinguished from the sheer absence of proof. Also, the doubts about the facts and doubts about the interpretation of the Law itself are also discussed. The study is based on the assumption that the claimant may or may not be classified as economic under-sufficient and it is under this perspective that the conclusions are drawn. The application of the *pro misero* solution is only available if the claimant's economic under-sufficiency is verified in the lawsuit. The conclusion is that it is not possible to generalize the application of the foresaid solution in matters of social security, welfare and public health care benefits. It is also inferred that the *pro misero* solution must be avoided with regard to litigation concerning tax revenue affairs allocated to social security budget, cases of which the aphorism *in dubio pro societate* ought to be observed.

Keywords: Doubt. *Pro misero* solution. Economic under-sufficiency. Social security.

1. Introdução

Partindo da constatação de que a jurisprudência brasileira tem aplicado a solução *pro misero* (princípio, cláusula ou adágio também conhecido por *in dubio pro misero*, *in dubio pro segurado* ou *favor operarii*) em litígios envolvendo postulantes a prestações de previdência social, assistência social e saúde, e considerando que a doutrina pátria ainda não se solidificou em torno do assunto, o estudo busca identificar as situações em que se afigura juridicamente possível sua utilização.

O princípio *in dubio pro misero* não é originário do Direito Previdenciário nem do Direito do Trabalho. Tratando-se de brocardo⁴ latino, foi usado primeiramente em Direito Penal – como *in dubio pro reo* – e somente após transportado para o Direito do Trabalho.⁵

Não se trata de *princípio*⁶, mas de mera regra de interpretação, parâmetro, norte para o julgamento de casos duvidosos.⁷ Nessa condição, o adágio vale para qualquer intérprete, não apenas para o “autêntico”, que na conhecida linguagem de Hans Kelsen⁸ é o juiz, ou melhor, o Judiciário.⁹

⁴ Serão usados no texto, indistintamente, para se referir à solução *pro misero*, as palavras adágio, máxima, axioma, brocardo e aforisma.

⁵ ALVIM, R.C.M., “Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária”, *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34/1981, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, nota de rodapé 35 da referida obra; MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 285.

⁶ Para a conceituação de princípios e sua distinção das regras, ver ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2019, pp. 60 e ss. Por outro lado, negando a existência dos princípios e tratando-os como regras, ver GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 24-26 e 100 e seguintes. Essa discussão, contudo, foge dos limites deste ensaio.

⁷ Logo, descabe tratá-lo como uma *norma principiológica* ou um *princípio* em oposição às *regras*, como se supostamente possuísse uma densidade otimizada, geral ou teleológica, tais quais os princípios de seguridade social elencados como objetivos no parágrafo único do art. 194 da Constituição Federal.

⁸ No contexto da metáfora kelseniana da “moldura”, a interpretação do juiz será a “autêntica”⁸ e dirá, dentre os possíveis sentidos do texto, o norma específica a ser aplicada na relação jurídica, tida como válida no ordenamento jurídico enquanto compatível com as de superior hierarquia, no sistema escalonado de normas. KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976, p. 463 e seguintes.

⁹ Diferentemente de Kelsen, certa doutrina considera como interpretação “autêntica” aquela levada a efeito pelo legislador. “Autêntica”, então, seria “a oriunda do próprio órgão fautor da

Cuida-se, portanto, de regra de interpretação dos textos legais¹⁰, voltada à fixação de uma relação jurídica, não se limitando o tema à mera regra de distribuição do ônus da prova num processo judicial. Tampouco se pode inseri-lo, o adágio, como regra ou princípio de hermenêutica.¹¹

Torna-se cabível a utilização do axioma, segundo se tem preconizado por grande parte da jurisprudência e da doutrina nacional, no caso de dúvidas do julgador a respeito da melhor solução para o caso concreto.

O primeiro problema a ser solucionado é o conceito de dúvida, que pode incidir sobre fatos ou sobre a própria interpretação do texto legal. As demais questões decorrem daí.

A primeira coisa que vem à mente, quando se fala em dúvida, é em relação aos fatos debatidos no processo. Encontram-se julgados, em superior instância, abrandando a necessidade de comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora em ações previdenciárias, como nas demandas de reconhecimento de tempo de atividade rural, em sede de ação rescisória¹².

Para certa doutrina, todavia, a solução *pro misero* (se tomada como um princípio cogente) abre as portas da seguridade social para a concessão de prestações indevidas, prejudicando a saúde financeira do sistema e colocando em risco a proteção social dos necessitados.

No decorrer do texto, essas e outras questões serão apreciadas.

As conclusões deste trabalho basearam-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscando especificar em quais contextos se pode cogitar a utilização do adágio pelo intérprete, a luz dos regramentos processuais, da natureza dos direitos de seguridade social e da própria condição social dos postulantes.

2. Relações jurídicas trabalhista e previdenciária

Para os fins desse ensaio, porém, cumpre fazer a distinção entre as relações jurídica trabalhista e previdenciária. Na primeira, fala-se em princípio *in dubio pro operário* e na segunda, em solução *pro misero* ou princípio *in dubio pro misero*.

Segundo Wladimir Novaes Martinez,

O Direito Previdenciário é, simultaneamente, subordinante, subordinado e convive com o Direito do Trabalho. Em razão da natureza substitutiva da prestação (seu principal instrumento de realização), dos benefícios concedidos durante o curso da relação laboral, da contiguidade (quase todas as contingências são originariamente laborais) e sede comum, é o ramo com o qual mais se relaciona.¹³

Embora o trabalho e a seguridade social sejam direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, aquele trata do direito social do trabalho e suas múltiplas vicissitudes disciplinadas na legislação trabalhista; esta envolve relação jurídica entre segurado e ente público. Aquele decorre de direito fundamental social

lei, levada a efeito mediante a confecção de diplomas interpretativos, que, como é sabido, valem lei nova". FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 24.

¹⁰ A expressão *in dubio pro misero* é, neste trabalho, preterida em favor da "solução *pro misero*", exatamente para evitar que tal adágio ou aforisma seja considerado como um princípio, supostamente compreendido em sua relação com as regras.

¹¹ Ao passo que a interpretação serve para fixar determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma jurídica, a hermenêutica é a parte da ciência do direito que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira. Cf. FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21.

¹² AR 5731 / PR, AR 4041 / SP, AR 4060 / SP, AR 4078 / SP, AR 4601 / SP, AR 4384/SP, AR 1135/SP, AR 3561 / PR, AR 2338/SP, AgRg no Ag 1361956, AR 3625 / SP

¹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo, LTr, 2020, p. 56.

exercido perante particulares, exceto quando o empregador tem personalidade jurídica de direito público. Essa última envolve um segurado que tem deveres de custeio e faz jus a benefícios no caso da deflagração do fato gerador.

Trata-se de direitos sociais com naturezas diversas (relação de trabalho num caso, relação de proteção social e de custeio noutro) e em razão de seus titulares de direitos e obrigações (empregador e empregado no primeiro caso, segurado e instituto de previdência, no segundo).

No direito do trabalho resta patenteada a hipossuficiência ou inferioridade do empregado em relação ao patrão, ao menos em tese. Há hipóteses de diretores de empresa que vivem situações não tão claras, ora devendo ser tratado como contribuinte individual, ora como empregado, a depender do fato de dirigir ele a empresa ou ocorrer o inverso.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, há regra específica de interpretação no art. 8º¹⁴.

Já, no direito previdenciário a relação jurídica pode ser enxergada de dois vieses. Para uns, vigora efetivamente uma hipossuficiência informacional e financeira do segurado¹⁵, de modo que toda a compreensão do direito social parte desse pressuposto. Para essa corrente, a coletividade protegida deve ser considerada autossuficiente em relação à mesma clientela¹⁶.

Para outra doutrina, trata-se de uma relação jurídica entre hipossuficiente de um lado e a coletividade de hipossuficientes, representada, num órgão do Estado, catalizador das contribuições de toda a coletividade e pagador dos benefícios e prestador de serviços¹⁷, de outro.

"O direito previdenciário", seja como for, "apresenta noções e características distintas do Direito do Trabalho. Circunstancial e insitivamente, é disciplina sistêmica, dificilmente dois preceitos concorrem"¹⁸. Impensável seria, por exemplo, a mera extensão dos preceitos trabalhistas, como a inversão do ônus da prova no processo, tida como característica relevante do processo do trabalho¹⁹.

Para avançarmos na análise da complexidade do tema, urge abordar desde logo o conceito de dúvida.

3. Dúvida

O termo dúvida teria origem na raiz sânscrita *du* e revestiu a forma *duv*, que significaria "estado de espírito entre dois juízos"²⁰.

¹⁴ "Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. ([Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017](#)) § 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#)) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. ([Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017](#))."

¹⁵ SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021, passim.

¹⁶ MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 285.

¹⁷ ALVIM, R.C.M., "Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária", *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, p. 28.

¹⁸ MARTINEZ, W.N., *Curso de Direito Previdenciário, tomo I*, São Paulo, LTr, 1997, p. 92.

¹⁹ MAGANO, O.B., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 683.

²⁰ VICTÓRIA, L. A., *Dicionário da origem e da evolução das palavras*, Rio de Janeiro, Editora Científica, 1963, p. 72.

Noutro passo, dúvida teria origem na palavra latina *dubitatio*, que expressa a incerteza, a hesitação, a demora e a própria dúvida. O adjetivo relacionado é *dubius*, que significa dúvida, incerto, duvidoso, indeciso, hesitante²¹. Duvidar, assim, tem sua origem no verbo *dubito* (-as, -are, -aui, -atum).

Para Antonio Geraldo da Cunha, duvidar – que significa não acreditar, não admitir, vacilar, hesitar, desconfiar – tem origem na palavra latina *dubitare*²².

Segundo o dicionário Caldas Aulete, dúvida pode ser sinônimo de “suspeita”, “ceticismo”, “incredulidade”, “descrença”, ou “incerteza”, “vacilação”, “hesitação da inteligência entre a afirmativa e a negativa”, ou ainda “indecisão da vontade para obrar ou deixar de obrar”, ou, por fim, “objeção”, “dificuldade para entender ou para admitir como verdadeiro”²³.

Por fim, merece transcrição o teor do Vocabulário Jurídico de De Plácido e Silva:

Formado de *duvidar* (do latim *dubitare* – hesitar, vacilar, pôem em dúvida), exprime na terminologia jurídica, a incerteza em que se está a respeito da verdade, a respeito de um ato ou de uma coisa.

Assim, a dúvida caracteriza-se em não se *saber o certo* a respeito do fato ou da coisa em debate, pelo que se faz mister um *esclarecimento* para a *formação da certeza*. Esta virá, então, desfazer a vacilação, decorrente da incerteza, firmando a verdade pertinente ao que se quer saber.

Vários elementos haverá para o afastamento da dúvida, em regra geradora de toda divergência entre partes contratantes ou entre titulares de direitos: as provas e as presunções (...).²⁴

Compreender a dúvida como incerteza sobre a verdade a respeito de ato ou uma coisa não implica afastá-la no caso da compreensão de um texto legal ou de um conjunto probatório formado num processo judicial.

Em todas essas possibilidades – dúvidas sobre ato, fato, texto legal ou o conjunto de provas formado a partir da instrução processual – coloca-se a possibilidade do uso da solução *pro misero*.

O item seguinte versa sobre determinado tipo de verdade, sobre que paira a dúvida no processo civil, no julgamento de direitos fundamentais sociais: a verdade real.

4. Verdade real

Os direitos de seguridade social previstos nos arts. 6º e 194 e seguintes da Constituição Federal constituem *direitos fundamentais sociais*. A importância de qualifica-los como tal está em seu regime constitucional especial, contando com limites materiais à própria competência reformadora, conforme enunciado no art. 60, § 4º, IV, da Constituição, além da aplicabilidade imediata de seus preceitos, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Os *direitos fundamentais sociais* são aqueles garantidos por meio de normas constitucionais, embora se possa identificar direitos dessa magnitude não previstos expressamente²⁵.

²¹ REZENDE, A.M.; BIANCHET, S.B., *Dicionário de Latim Essencial*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019, p. 117.

²² CUNHA, A.G., *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Lexicon, 2010, p. 232.

²³ CALDAS AULETE, *Diccionario Contemporaneo da Lingua Portuguesa*, 2ª ed., 1º vol., Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1925.

²⁴ DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

²⁵ LEIVAS, P.G.G., *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006, p. 89.

Este trabalho aborda o tema da dúvida no julgamento de causas relativas a direitos de tal magnitude.

O intuito do processo civil moderno, de teor publicístico, é atingir, na medida do possível, a *verdade real*, muito diversamente da vetusta concepção privatística do processo civil oriunda do Direito Romano.

A *verdade real* foi elevada à categoria de princípio aplicável ao processo civil brasileiro, segundo a lição de Humberto Teodoro Junior, para quem:

Embora a verdade real, em sua substância absoluta, seja um ideal inatingível pelo conhecimento limitado do homem, o compromisso com sua ampla busca é o farol que, no processo, estimula a superação das deficiências do sistema procedimental. E é, com o espírito de servir à causa da verdade, que o juiz contemporâneo assumiu o comando oficial do processo integrado nas garantias fundamentais do Estado Democrático e Social de Direito.²⁶

Com efeito, tratando-se de ações em que se discutem direitos fundamentais sociais de seguridade social, não se pode compreender o processo civil sob um prisma meramente formal.

A fundamentalidade do direito social em litígio – seguro social, assistência e saúde – faz com que não se possa aceitar uma decisão que não seja produzida no bojo de um processo civil enriquecido com os regramentos do devido processo legal. Ou seja, um processo justo.

A *verdade real*, em processo civil, encontra sua sede plena quando discutidos judicialmente direitos de seguridade social. Tanto que, para certa doutrina²⁷, o processo civil previdenciário deve atender a métodos próprios de estudo, enquanto subsistema processual com qualidades próprias aptas à tutela dos direitos fundamentais sociais envolvidos, diretamente interligados à dignidade da pessoa humana.

5. Ônus da prova

O problema do ônus da prova se põe nos casos em que o juiz, após encerrada a instrução, não chega a uma conclusão a respeito de acolher ou não a pretensão posta em juízo.

Ônus é diverso do dever, consistindo esse último na conduta prescrita em lei no interesse de outrem, que pode exigir seu cumprimento sob pena de receber sanções. Cuida-se de um encargo previsto em lei atribuído às partes em seu próprio interesse e, se não o cumprirem, sujeitar-se-ão a uma situação de desvantagem. Recorrer, por exemplo, é um ônus, assim como comprovar os fatos constitutivos de seu direito, no caso do autor de uma demanda²⁸.

Portanto, se a parte provar suas alegações, terá melhores condições de participar da formação do convencimento do juiz e obter uma decisão favorável. Caso não o faça, corre o risco de perder a demanda.

A regra contida no art. 373, incisos I e II, é considerada uma *regra de julgamento ou de juízo*, portanto dirigida ao juiz. A parte autora deve comprovar os fatos constitutivos de seu direito, ao passo que o réu deve provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse suposto direito. O julgador somente se

²⁶ THEODORO JUNIOR, H., *Curso de Direito Processual Civil – Vol. I*. Rio de Janeiro, Forense, 2019, item 34. No mesmo sentido, SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba, Alteridade, 2019, P. 103-107.

²⁷ SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019, p. 58.

²⁸ WANBIER, T.A.A.; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

valerá da regra se, no momento de decidir, após a instrução, não lhe foi possível chegar a uma conclusão a respeito de determinado elemento relevante do processo²⁹.

O juiz não pode deixar de julgar sob o fundamento de que tem dúvida acerca das alegações das partes, nem poderá estender indefinidamente a fase instrutória, até que forme um juízo de certeza, “que é, em verdade, inalcançável”³⁰.

Estabelecido isso, a questão do cabimento da solução *pro misero* se insere nesse contexto de dúvida, mas o adágio não é de exclusividade do juiz, repita-se.

Não há, decerto, na legislação processual, qualquer regra específica acerca do ônus da prova em ações judiciais de seguridade social, de modo que, em princípio, o art. 373, I e II, do CPC, também se aplica a tais ações.

A possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no parágrafo 1º do referido artigo, apresenta-se em tese como inadequada, em princípio, nas ações de seguridade social, dada a dificuldade de se conceber uma atuação do ente público (Instituto Nacional do Seguro Social, União, Estados, Distrito Federal e Municípios) no sentido de obter prova em favor da parte adversa.

Os princípios da legalidade, da eficiência e da supremacia do interesse público tornam inviável tal inversão em desfavor do ente político, salvo hipóteses extremas.

Sim, tal inversão não pode ser teoricamente afastada porquanto há casos em que pode se mostrar necessária, como nas hipóteses em que o ente público pratica, ele próprio, ato incompatível com a legalidade, a eficiência. Por exemplo, a autarquia previdenciária, na posse de algum documento ou registro da parte autora, perde-o nos escaninhos burocráticos. Eis um caso em que a parte autora se vê privada da possibilidade de comprovar eventual direito alegado, experimentando prejuízo mercê de omissão da parte contrária.

Seja como for, a doutrina distingue o interesse público primário (de toda a coletividade) do secundário (da Administração Pública). O objeto da tutela dos direitos fundamentais sociais é o primário, registrando-se que pode haver uma “zona de interseção” entre eles, de sorte que será possível, em dadas situações, haver coincidência entre ambos³¹. Nesse último exemplo, de excepcionalidade da inversão do ônus da prova, o interesse público primário deve prevalecer.

Infere-se que a facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico e não econômico, pois em relação a este há as regras da assistência judiciária gratuita³².

6. Ausência de prova bastante

Esclarecido o significado da dúvida, cabe delimitar o tema a fim de se estabelecer em quais casos a cláusula da solução *pro misero* é de ser considerada.

Porém, antes disso, urge distinguir a dúvida de outras situações ocorridas nos processos judiciais que envolvem direitos de seguridade social.

Como aponta Wladimir Novaes Martínez³³, dúvida não se confunde com ausência de provas.

Quando o juiz se sentir inseguro a respeito da solução da demanda em face do quadro probatório insuficiente, o julgamento deve partir do pressuposto de que o

²⁹ WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

³⁰ WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

³¹ Cf. *Constituição Federal Interpretada*. FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.), São Paulo, Manole, 2020, p. 744.

³² WANBIER, T.A.A; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 648.

³³ MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 282.

fato constitutivo do direito não está provado e rejeitar a pretensão de seguridade social, seja ela previdenciária, assistenciária ou de saúde, com base no art. 373, incisos I e II, do CPC.

Na melhor das hipóteses, cabe-lhe extinguir o processo sem resolução do mérito, quando ausente início de prova material, com fulcro no art. 485, IV, do CPC (Tema 629-STJ)

Tais regras processuais valem para as lides previdenciárias, assistenciárias e sanitárias? A resposta é sim, à míngua de qualquer regra de hermenêutica positivada na legislação de seguridade social.

Wladimir Novaes Martinez³⁴ entende pela inviabilidade de aplicação da solução *pro misero* quando, diversamente do caso da dúvida, não houver comprovação dos fatos constitutivos do direito do postulante:

Do exposto, resulta existirem dúvidas quanto a ato, fato e quanto a direito. A falta de provas não se situa no campo de aplicação do princípio. Na impossibilidade absoluta de comprovação de fato, há de socorrer-se ao princípio como se dúvida fosse. Se a dúvida é quanto ao direito ela deve ser resolvida pelo princípio da norma mais favorável ou pelo princípio da interpretação extensiva ou restritiva, conforme a matéria.

A solução *pro misero*, assim, é incabível nos casos de insuficiência probatória em relação aos fatos controversos (comprovação ou não de doença, necessidade de tratamento, miserabilidade, deficiência, incapacidade, ocorrência ou não de acidente, ausência para fins de pensão por morte etc), nos processos judiciais em matéria de saúde, previdência social e assistência social.³⁵

Noutro passo, quando exsurgirem dúvidas sobre questões técnicas – *verbi gratia*, divergência de cálculos nas ações de revisão dos tetos das EC 20/98 e 41/2003 – não é o caso de ser aplicada o adágio, uma vez que a solução demanda análise precisa. Sobre a técnica não pode o julgador tolerar a dúvida. Havendo mais de uma perícia divergente, cabe a designação de uma terceira, para aclarar eventual dúvida do julgador.

7. Relação jurídica de custeio: *in dubio pro societate*

Quando se trata de julgar as ações judiciais de seguridade social, primeiramente é preciso fazer uma distinção entre as relações jurídicas previdenciária e de custeio, consideradas *autônomas* no sentido de que o pagamento de contribuições não garante, só por só, a concessão de um benefício previdenciário, já que para tanto é preciso que se atentam outros requisitos como fato gerador, filiação ou carência.

Não é incomum a propositura de ações judiciais por segurados que, na condição de contribuintes, questionam a incidência ou mesmo o valor das contribuições previdenciárias, previstas nos artigos 20 e seguintes da Lei n. 8.212/91.

O segurado-contribuinte pode ingressar com ação judicial para impugnar a incidência da contribuição previdenciária sobre décimo-terceiro salário, terço de férias, ganhos não habituais etc. Pode, ainda, impugnar o lançamento de uma contribuição sob a alegação de que não houve o fato gerador da contribuição, alegando, por exemplo, que não houve exercício do trabalho.

³⁴ MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 287.

³⁵ Em matéria de direito do trabalho, indicando sinal de atecnia, os tribunais por vezes levam o brocardo “ao extremo” mesmo em matéria de fato, optando, em casos de dúvida, de julgar o dissídio em favor do trabalhador. Ver MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 287.

Tratando-se de relação jurídica de custeio, não há falar-se em solução *pro misero*. Se a dúvida é relacionada a obrigações, destacar-se-á em favor do interesse geral, o da "clientela protegida", ou seja, aplicando-se o *in dubio pro legis*, recorrendo-se às regras de interpretação do Direito Tributário³⁶. Tal se dá porque a aplicação do postulado não resulta em desproteção, mas em garantia do erário, que implica garantia do próprio beneficiário.

Nessa linha de pensamento, tratando-se de uma relação jurídica de custeio e partindo da premissa de que a contribuição social é um tributo (art. 3º do Código Tributário Nacional), concordamos que não se mostra admissível, nessa seara, aplicar o brocardo da solução *pro misero*.

8. Processo judicial previdenciário

Em se tratando de relação jurídica previdenciária de proteção, aquela em que a parte em tese faz jus a um benefício (de prestação ou serviço) a ser concedido e mantido pelo INSS, cabe fazer a distinção entre determinadas contingências e também entre certos segurados.

Antes de fazê-la, convém reiterar que a doutrina não é vacilante a respeito da aplicação da solução *pro misero* em ações previdenciárias.

Certa corrente considera indevida sua aplicação indiscriminada em ações previdenciárias. Esse é o pensamento de Marly Antonieta Cardone³⁷:

Por outro lado, o princípio de interpretação *in dubio pro operario* não é também utilizado no seguro social, pois a colocação não é de hipossuficiência em face do auto-suficiente, mas a de hipossuficiência face à coletividade de hipossuficientes.

No mesmo diapasão é o parecer de Elcir Castelo Branco³⁸, para quem:

A previdência em si já é um instrumento social, por isso não vinga o pretexto de aplicar a lei com vista no interesse social. Este raciocínio é falso. O interesse social maior é que o seguro funcione bem, conferindo as prestações a que se obrigou. Se lhe é transmitida uma carga acima do previsto, compromete-se a sua liquidez financeira: ponto nevrálgico da eficiência de qualquer seguro. O prius que se outorga sairá do próprio conjunto de segurados, em virtude da pulverização do risco entre eles. Nesta circunstância o seguro se torna custoso e socialmente desinteressante, indo refletir no preço dos bens produzidos, influndo de maneira maléfica sobre os demais contribuintes, os quais têm de suportar o que se outorga alargando as obrigações do órgão segurador em favor de pretensões lamuriasas.

Outros autores não afastam a aplicação do princípio, mas recomendam cautela, pois a aplicação indiscriminada pode gerar sérias distorções no sistema de proteção social.

Nesse ponto, convém trazer o aporte de Rui Carlos Machado Alvim³⁹:

³⁶ MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 292.

³⁷ CARDONE, M.A., *Seguro Social e Contrato de Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 147.

³⁸ BRANCO, E.C., *Segurança Social e Seguro Social*, 1º volume, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1975, São Paulo, pp. 127-128.

³⁹ ALVIM, R.C.M., "Crítica da interpretação e da aplicação da legislação previdenciária", *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34, pp. 19-58, Nov - Dez/1981, p. 28

Ou seja, num dos vértices o segurado individualmente considerado, noutro a seguradora, entidade pública. Daí surgem as primeiras objeções à aplicação sem vezo crítico, porque, realmente, significados diferentes apresentam o acato ao mesmo princípio conforme se o disponha contra o empregador ou contra, em última instância, a própria coletividade, representada pelas plúrimas contribuições sociais. A adotar-se invariavelmente o *in dubio pro misero* muitas vezes se cometeriam injustiças na medida em que o benefício pessoal - sem a necessária auscultação de seu real direito - se reverte em prejuízo da comunidade de segurados, os quais não contribuem para o sustento dos que não preencham as condições de tempo de serviço ou de invalidez ou de dependência, *verbi gratia*, exigidas.

Demais, outro raciocínio convida à mesma posição de moderação: hodiernamente a previdência social abarca não somente empregados, estendendo seu manto a empregadores, a profissionais liberais, a diretores de empresa, cidadãos de situação econômica privilegiada, redundando a aplicação inveterada da máxima num desserviço à justiça social.

Hodiernamente, Miguel Horvath Junior⁴⁰ apresenta entendimento análogo:

No Brasil, esse princípio foi consagrado como *in dubio pro misero*. Ocorre que, ao adotar-se invariavelmente o *in dubio pro misero* em relação aos segurados ou beneficiários, muitas vezes, cometem-se injustiças, na medida em que o benefício pessoal - sem a necessária auscultação do seu real direito - se reverte em prejuízo à comunidade de segurados, os quais contribuem para o sustento dos que não preenchem as condições de tempo de serviço ou de invalidez ou dependência, *verbi gratia*, exigidas.

Demais, outro raciocínio convida à mesma posição de moderação: hodiernamente, a previdência social abarca não somente empregados, estendendo seu manto protetivo também a empregadores, a profissionais liberais, a diretores de empresa, cidadãos de situação econômica privilegiada, resultando na aplicação do *in dubio pro misero* indiscriminadamente, num desserviço à justiça social e consistindo num ônus sistêmico adicional.

Uma outra tendência doutrinária é favorável à aplicação do princípio, provavelmente alcançando a maioria.

Por exemplo, Wladimir Novaes Martinez⁴¹ assevera que:

Ocorrendo dúvida realmente, e se ela refere-se à proteção, afirma-se como conclusão, deve ser resolvida a favor do beneficiário. Assim, pender-se-á pela filiação, presença da incapacidade, realização da necessidade social, direito à prestação. Alegando-se, a tempo, certa doença ou enfermidade, e esta vem a ser a causa mortis, sem ser

⁴⁰ HORVATH JÚNIOR, M., *Direito Previdenciário*, Rideel, São Paulo, 2020, pp. 70-71.

⁴¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*, tomo I, São Paulo, LTr, 1997, p. 99.

periciado em vida o segurado, além da pensão cabe o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

De outra parte, muitos doutrinadores que contribuem para a formação da doutrina do direito da seguridade social pátrio optaram por não abordar o espinhoso tema⁴².

A análise de julgados de instância superior, sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização, leva o estudioso à constatação de que o adágio vem sendo aplicado em vários cenários. Deste modo, prosseguiremos o presente trabalho fazendo as distinções devidas quanto à aplicação do brocardo em diferentes situações concretas.

8.1. Hipossuficiência

Grande parte das ações previdenciárias visando à concessão de benefícios por incapacidade permanente ou temporária ou por deficiência, aposentadoria programada⁴³, aposentadoria por idade da pessoa com deficiência, seguro-desemprego, pensão por morte, tem como autores pessoas que não são autossuficientes.

A questão primordial, portanto, é identificar a *hipossuficiência*, conceito que não pode equiparado à miserabilidade exigida para a concessão do benefício assistencial.

Cesarino Júnior⁴⁴ consagrou o então neologismo *hipossuficiente*, geralmente usado para denominar as pessoas necessitadas, carentes, pobres.

Em edições pretéritas à reforma ortográfica, Dicionário Houaiss define o termo como "pessoa de poucos recursos econômicos, que não é auto-suficiente".⁴⁵ O Dicionário Melhoramentos, por sua vez, considera hipossuficiente a "pessoa que é economicamente muito humilde; que não é auto-suficiente".⁴⁶ Para o Dicionário Aurélio, nos termos hoje contidos no aplicativo para celular, significa: "Diz-se de, ou pessoa que é pobre na acepção legal do termo e que faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, ou daquele que, por razões econômicas ou técnicas, não tem como fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito".⁴⁷

Todavia, o termo não é utilizado apenas no campo da previdência ou da assistência social, já que nele também se fala quando da análise dos critérios para a concessão da justiça gratuita.

Além disso, o Código de Defesa do Consumidor usa a palavra ao referir-se aos consumidores que, em seu favor, têm assegurada a possibilidade de inversão do ônus da prova, em caso de comprovação dessa inferioridade, no curso do processo (art. 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078/90).

Segundo Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁴⁸, o significado da hipossuficiência no CDC não é econômico, mas sim técnico, porque a própria vulnerabilidade do consumidor é técnica "no sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço (...)". Daí que, nas relações de consumo, ainda que o

⁴² Para citar apenas alguns exemplos de obras importantes, dentre tantas outras: SIMÕES, A., *Princípios de Segurança Social*, São Paulo, 1967; MARTINS, S.P., *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Saraiva, 2020; CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B., *Manual de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2020; IBRAHIM, F.Z; BRAGANÇA, K.H.; FOLMANN, M., *Curso de Direito Previdenciário*, Niterói, Impetus, 2021.

⁴³ Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019 e das posteriores adequações havidas no Regulamento da Previdência Social pelo Decreto nº 10.410/2020, a antiga aposentadoria por idade passou a ser denominada aposentadoria programada.

⁴⁴ CESARINO JÚNIOR. A. F. *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970, p. 421.

⁴⁵ *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Objetiva, 2001

⁴⁶ *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo, Melhoramentos, 1999.

⁴⁷ *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. São Paulo, Positivo Soluções Didáticas Ltda., 2010.

⁴⁸ NUNES, L.A.R., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material – Arts. 1º ao 54*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 23-24.

consumidor seja economicamente poderoso, haverá a possibilidade de inversão do ônus da prova.

No entanto, em processo previdenciário inadmissível seria proceder à inversão do ônus da prova, diante da ausência de previsão legal, pelas razões apontadas alhures.

O que significa, ao final das contas, hipossuficiência para fins previdenciários?

Para uma corrente, todo o segurado é hipossuficiente informacional e econômico, devendo, por isso, ser tratado o processo previdenciário como um sistema diferenciado do processo civil comum, voltado à primazia da proteção social.

Segundo José Antônio Savaris⁴⁹:

O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim considerada a insuficiência de conhecimento acerca de uma situação jurídica, seus direitos e deveres. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências.

Entendemos, porém, que se trata de situação a ser aferida no caso concreto nas ações previdenciárias, como já referido alhures.

Em algumas ações previdenciárias a parte autora não pode ser considerada *hipossuficiente*, como certos contribuintes individuais (médicos, diretores de grandes empresas, professores universitários, advogados) ou empregados com alta remuneração, que, *v.g.*, litigam em ações revisionais que discutem o teto dos benefícios previdenciários.

Duvidoso é o acerto de uma concepção que enxerga o autor de uma ação previdenciária sempre como um relativamente incapaz, necessitado de tutela estatal, como se só o Judiciário soubesse a real dimensão da proteção social, desprezando-se pura e simplesmente a responsabilidade individual e a subsidiariedade na atuação do Estado⁵⁰.

Estabelecido isso, consideramos que nem todo autor de ações previdenciárias pode ser tachado de *hipossuficiente*. Alguns ostentam característica de autossuficiência financeira e informacional.

8.2 Dúvidas sobre fatos

É preciso, nesse passo, chamar novamente a atenção do leitor para a distinção entre as situações de *ausência de prova* e de *dúvida propriamente dita*.

Quando não foram provados os fatos constitutivos do direito da parte, o resultado é a improcedência do pedido, exceção feita aos casos de extinção do julgamento sem resolução do mérito. Dúvida é algo diverso, como já referido alhures.

De todo modo, hesitação, suspeita, ceticismo, incredulidade, descrença, ou incerteza, vacilação e a dificuldade para entender ou para admitir como verdadeiro são palavras que adquirem contornos dramáticos nas causas previdenciárias.

O juiz experiente deve esforçar-se por distinguir o cenário de não comprovação dos fatos constitutivos do direito do pretendente daquele em que vigora a dúvida razoável. Claro que há aquela zona cinzenta entre um e outro caso. Fora isso, a compreensão do mesmo *quadro* vai depender do olhar do sujeito, da época, do local e de outros fatores externos ao controle humano.

⁴⁹ SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019, p. 63.

⁵⁰ CF. MARTINS FILHO, I.G., *A necessidade de reformas para promover o bem comum da sociedade*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>. Acesso em 28.4.2021.

Em caso de dúvida razoável, o intérprete – não somente o juiz – deverá analisar a condição social do segurado. Havendo *hipossuficiência*, em regra deve o julgador valer-se da solução *pro misero*, mas não em todos os casos, como se verá adiante, ao serem apresentados alguns exemplos.

8.2.1 Desemprego

Dúvidas sobre a *qualidade de segurado* é uma das hipóteses em que mais se depara o juiz de causas previdenciárias, como, v.g., quando há incerteza acerca do desemprego para fins de extensão do período de graça (art. 15, § 1º, da Lei n. 8.213/91).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem considerando possível a comprovação por qualquer meio⁵¹, não apenas por registro no Ministério do Trabalho, exigido pelo art. 15, § 2º, da Lei n. 8.213/91.

A mera ausência de vínculo na Carteira de Trabalho não é suficiente para comprovar desemprego, consoante entendimento da Turma Nacional de Uniformização (PEDILEF 2008.33.00.700541-2/ BA).

Com isso, tratando-se de processo que tramita nas instâncias ordinárias, surgindo dúvidas sobre o desemprego e caso ainda não produzida prova para tal fim, poderá o juiz determinar a conversão do julgamento em diligência, para propiciar à parte autora a comprovação de tal circunstância.

Coletada prova testemunhal e havendo dúvida, cabe o julgamento em favor da parte autora, no sentido de se reconhecer o desemprego, de modo a se reconhecer a manutenção da qualidade de segurado. Tal solução prestigia a proteção social, mesmo porque o problema da qualidade de segurado, as mais das vezes, exsurge diante de quadros de alta vulnerabilidade social, sobretudo em litígio acerca de benefícios por incapacidade e pensão por morte.

8.2.2 Dependência econômica

A comprovação de dependência econômica nos processos judiciais de pensão por morte também é outro caso bastante comum nas ações previdenciárias.

O art. 16, § 4º, da Lei n. 8.213/91 exige comprovação da dependência em relação ao segurado falecido, quando o postulante são os pais, filhos maiores inválidos ou com deficiência intelectual ou mental, ou irmão incapaz.

Em relação aos cônjuges e companheiros, a presunção de dependência econômica é absoluta (TNU: PEDILEF 0030611-06.2012.4.03.6301/SP), ainda que receba benefício previdenciário próprio.

Contudo, em relação aos filhos maiores, por vezes a própria parte autora da ação é titular de benefício previdenciário por incapacidade, como auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, ou mesmo está no gozo de outra pensão por morte. Nesses casos, a dependência econômica é relativa, devendo ser provada (TNU: PEDILEF 0500518-97.2011.4.05.8300/ PE).

Em caso de dúvida nesse último caso, a solução *pro misero* se impõe na maior parte dos casos, notadamente quando a parte autora na ação judicial recebe benefício de salário mínimo.

Diversa é a situação, porém, quando o autor da ação recebe benefício de valor mais significativo, mais perto do teto legal, como no caso dos valores sujeitos

⁵¹ REsp 1706851/SP, EDcl no AgRg no Ag 1360199/SC, e AR 3528 / SP, onde trecho da ementa dispõe: "A Terceira Seção consolidou entendimento segundo o qual o registro mencionado no dispositivo em comento "não pode ser tido como o único meio de prova da condição de desempregado do segurado", porquanto o preceito "deve ser interpretado de forma a proteger não o registro da situação de desemprego, mas o segurado desempregado" (Pet 7115/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe de 6/4/2010)." No mesmo diapasão, a súmula 27 da Turma Nacional de Uniformização.

à alíquota contributiva de 14% (de R\$ 3.305,23 a R\$ 6.433,57, tabela vigente para o ano de 2021).⁵² Aqui descabe falar-se na aplicação do aforisma.

8.2.3 Incapacidade laborativa

Outro caso frequente é a dúvida sobre a incapacidade laborativa, talvez a hipótese mais significativa dos processos que tramitam na Justiça Federal, ao menos nos Juizados Especiais Federais.

Via de regra o perito apresenta conclusão sobre as alegações das partes: incapacidade, capacidade ou incapacidade parcial.

Por vezes, consigna na perícia que não está comprovada a incapacidade; noutras, surge incerteza quanto à data inicial da incapacidade (DII).

A fixação da DII poderá implicar a perda da qualidade de segurado, pelo término do *período de graça* (art. 15 da Lei n. 8.213/91). Ou poderá resultar no reconhecimento da incapacidade preexistente à filiação ou à refiliação, contexto que veda a concessão do benefício (art. 42 da Lei n. 8.213/91).

Havendo dúvidas nessas duas situações, entendemos pertinente a solução *pro misero* apenas no primeiro caso. No segundo, há que se fazer uma distinção: somente quando o retorno à filiação ocorre depois de pouco tempo após o término das contribuições, pode-se cogitar da aplicação do adágio

Com efeito, há que ser feito um *discrímen*. Se o segurado fica pouco tempo sem contribuir, por exemplo quando cessa um benefício por incapacidade e é proposta nova ação depois de poucos anos, em casos de dúvida sobre a DII nos casos de agravamento, deve o juiz acatar a solução *pro misero*.

Porém, quando o segurado permanece longo período sem contribuir (10, 15, 20, 30 anos) e retorna à filiação quando já gravemente doente, a dúvida a respeito da DII resolve-se em favor do ente previdenciário. Em tais casos, exige-se um mínimo de boa-fé do segurado, de modo que não cabe a concessão de benefício previdenciário a quem retorna à filiação de modo oportunista, quando incapaz ou em vias de se tornar incapaz⁵³. Enfim, a utilização do adágio se mostra razoável apenas no primeiro caso.

Em processos de pensão por morte, a incapacidade do *de cujus* que falecer sem ostentar a qualidade de segurado pode ser questão duvidosa. Mas, quando há alegação tempestiva de doença que leva ao falecimento, eventuais dúvidas devem ser dissipadas em favor do dependente.

8.2.4 Tempo de atividade rural

Dada a informalidade das relações no campo, o trabalhador rural não tem as melhores chances de comprovar sua labuta no campo, mercê de quê se subsume na condição de hipossuficiente.

No entanto, a legislação previdenciária exige início de prova material para a comprovação da atividade rural (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91). A súmula n. 149 do Superior Tribunal de Justiça confirmou o teor da regra.

Diante da ausência de início de prova material, vedada se mostra ao julgador a aplicação da solução *pro misero*. A matéria já foi apreciada pelo órgão encarregado de uniformizar a jurisprudência do direito nacional e a questão se encontra, insistimos, sumulada.

Não obstante isso, por outras vias o Superior Tribunal de Justiça acabou consolidando jurisprudência favorável ao trabalhador rural em algumas situações.

No julgamento da tese relativa ao Tema 638, o STJ considerou-se possível o reconhecimento de tempo de serviço rural anterior ao documento mais antigo, desde que amparado por convincente prova testemunhal, colhida sob contraditório.

⁵² Valores instituídos pela portaria SEPRT/ME Nº 477/2021, de 13 de janeiro de 2021.

⁵³ Nesse ponto entra em questão a necessidade de as pessoas, em suas diversas relações jurídicas, agirem com boa-fé objetiva, tal qual prevista no art. 422 do Código Civil.

No Tema 629, entendeu que, no caso de trabalhador rural, a ausência de conteúdo probatório eficaz a instruir a inicial, conforme determina o art. 283 do CPC, implica a carência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, impondo sua extinção sem o julgamento do mérito (art. 485, IV do CPC) nos casos em que a atividade rural não foi comprovada por ausência de início de prova material.

E no Tema 554, o STJ entendeu que ao trabalhador “boia-fria” também se aplica a Súmula nº 149 mas, considerando a dificuldade probatória da condição de trabalhador campestre, a apresentação de prova material somente sobre parte do lapso temporal pretendido não ofende a referida súmula, cuja aplicação é mitigada se a reduzida prova material for complementada por idônea e robusta prova testemunhal.

Fora dessas hipóteses apontadas nos Temas 554, 629 e 638, entendemos que a precariedade da prova produzida em ações de aposentadoria por idade rural não admite a solução *pro misero*. Tal se dá não somente pela cautela legal positivada (art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91), mas também porque se trata do único benefício não contributivo inserido na lei previdenciária (art. 39, I, da Lei 8.213/91) que convive num regime contributivo (art. 201, *caput*, da Constituição Federal, com a redação da EC 20/98).

Isto é, o benefício não contributivo do trabalhador rural que tem o mesmo valor (um salário mínimo) da maioria dos benefícios concedidos e mantidos pela previdência social contributiva. Por uma questão de coerência do sistema, não se admite a solução *pro misero* no caso de ausência de início de prova material.

8.2.5 Regime próprio de previdência social

Tratando-se de litígio previdenciário envolvendo segurado servidor público em Regime Próprio de Previdência social (art. 13 da Lei n. 8.212/91), em tese a solução *pro misero* é inadequada, por se presumir a *autossuficiência* do funcionário do Estado, exceto se patenteada a hipossuficiência de modo bastante claro no processo.

Há servidores públicos braçais que laboram para Municípios – serventes em creches, escolas, coveiros, garis, lixeiros etc – que certamente se subsumem ao conceito de *hipossuficiente*, mostrando-se plenamente aplicável o adágio.

Nos demais casos, não se pode olvidar que os regimes dos servidores públicos propiciam, via de regra, ao segurado inúmeras vantagens não previstas no Regime Geral da Lei n. 8.213/91, razão por que, fora das hipóteses de hipossuficiência relacionadas, não há espaço para o axioma que é tema deste ensaio.

8.3 Dúvida sobre o direito e casos de difícil solução

O legislador não teria como regular todos os conflitos, nem seria desejável fazê-lo. Em casos de lacunas, não havendo norma expressa a ser aplicada na solução da lide previdenciária, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece que o juiz deverá buscar a solução com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Trata-se de hipótese raríssima em seguridade social, seja diante da extensiva proteção social hospedada no sistema, seja diante da impossibilidade de o juiz criar ou estender benefícios não expressamente previstos, mercê do *princípio da contrapartida* (art. 195, § 5º, da Constituição Federal⁵⁴).

Um exemplo pode ser encontrado no caso da *incapacidade parcial* decorrente de doença, não de acidente (de trabalho ou de qualquer natureza). Vindo a incapacidade parcial de acidente, o art. 86 da Lei n. 8.213/91 prevê a concessão de

⁵⁴ “§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

auxílio acidente, que também deve ser aplicável no caso de doença profissional ou do trabalho (art. 20, I e II, da Lei n. 8.213/91).

Mas não há previsão normativa de concessão de auxílio-acidente no caso de parcial incapacidade decorrente de doença não surgida no ambiente de trabalho. É hipótese em que cabe apenas ao legislador atentar-se ao *déficit de proteção social* e agir no sentido de cobri-lo, e não ao julgador, a quem está vedada a extensão do benefício, por força do art. 195, § 5º, da CF.

Vale dizer, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são inaplicáveis ao direito da seguridade social, ao menos no tocante ao preenchimento de eventuais vácuos de proteção social, porquanto somente por meio de prévio custeio se permite a criação ou extensão de benefícios de seguridade social.

Em verdade, conquanto não seja fácil identificar propriamente uma hipótese de “ausência de norma”, dada a extensa legislação brasileira, o que pode surgir são os chamados “casos de difícil solução”, denominados *hard cases*⁵⁵. Estes podem surgir quando não houver regra aplicável ao caso concreto (lacunas) ou quando há mais de uma regra em tese cabível.

Segundo Ronald Dworkin, casos controversos (ou casos de difícil solução ou *hard cases*) são aqueles em que “*the result is not clearly dictated by statute or precedent*.”⁵⁶. Se o resultado não é claramente estabelecido numa lei ou precedente, tal se dá porque:

Statutes and common law rules are often vague and must be interpreted before they can be applied to novel cases. Some cases, moreover, raise issues so novel that they cannot be decided even by stretching or reinterpreting existing rules. So judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislature would enact if seized of the problem.⁵⁷

Nos *hard cases*, há uma margem ao juiz, decorrente da “textura aberta do direito” que terá de decidir baseando-se em sua discricionariedade, pois a “escolha dentre as alternativas abertas tem de ser feita por aquele que tem de as resolver”, consoante pensamento de Hart, para quem o juiz tem pleno poder no julgamento do caso difícil⁵⁸.

Foge dos propósitos deste ensaio saber se é possível haver duas soluções corretas para o caso controverso. Dworkin, claramente, ao menos nos termos do Direito norte-americano e do inglês, entende que somente uma decisão deve ser considerada correta.⁵⁹

Tratando-se de casos controversos ou de difícil solução, há na doutrina regras de hermenêutica para todos os gostos⁶⁰. Mas o juiz não age com a liberdade de que goza o legislador, mas sim num *nível superior de subordinação ao sistema jurídico*, sob pena de invadir a competência de outras funções do Estado.

⁵⁵ DWORKIN, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.

⁵⁶ DWORKIN, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1057.

⁵⁷ DWORKIN, R., “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1058.

⁵⁸ HART, H.L.A., *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 140.

⁵⁹ DWORKIN, R., *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2019, pp. 215-216. Recomenda-se a leitura do capítulo 5 da parte 2 do livro, sob o nome: “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?”. Ver também *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), p. 1059.

⁶⁰ STRECK, L.L., *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2020. O autor sustenta, a propósito, que para alguns juízes o processo envolve um *hard case*, para outros um *easy case*, não se podendo rotular de antemão um caso como controverso ou de difícil solução. Ver, na obra aqui referida, o verbete “Positivismo Jurídico”, pp. 263-327.

Ocorre que as questões levadas a julgamento em matéria de seguridade social se dão dentro de um sistema fechado, em que as previsões de prestações sociais positivas (corporificadas em benefícios em dinheiro, medicamentos ou serviços de saúde) obedecem aos limites da tipicidade.

Os casos de dúvidas sobre o direito aplicável em relações jurídicas previdenciárias constituem hipótese bastante peculiar, rara.

A dúvida sobre a *norma aplicável* em ações previdenciária se resolverá pela opção pela aplicação de uma ou outro texto legal teoricamente adequado ao caso, compreendidos na “moldura” kelseniana, mencionada na introdução deste estudo. Para Dworkin, a solução passa pela consideração de princípios. Para Hart, passa pela discricionariedade do juiz.

Dois exemplos podem ser referidos.

Por primeiro, menciona-se a questão da qualidade de segurado do titular de benefício de auxílio-acidente (devido nos casos do art. 86 da Lei n. 8.213/91). O mero fato de receber tal benefício torna o beneficiário sempre um segurado da previdência social? O intérprete, diante da redação do art. 15, I e II, da Lei n. 8.213/91, poderia concluir que o titular do auxílio-acidente (benefício indenizatório no valor de 50% do salário de benefício) deve ser considerado segurado, dada a interpretação gramatical. Ou poderia entender que não mantinha tal qualidade, uma vez que, a despeito de beneficiário, não contribui para a previdência social.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais trilhou o caminho da proteção social, decidindo pela manutenção da qualidade de segurado⁶¹ (Pedido de uniformização nacional – PEDILEF n. 0502859-55.2014.4.05.8312, rel. juíza federal Itália Maria Zimardi Arêas Poppe, DJ 16.6.2016). Com isso, o titular de auxílio-acidente, ainda que não contribuinte para o sistema, habilitou-se à concessão de aposentadoria por invalidez quando constatada a incapacidade total⁶².

Em segundo lugar, outro precedente em que se prestigiou a solução *pro misero* – aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça sem mencionar o adágio expressamente – foi o Resp 1.411.258-RS, concernente ao Tema 732, sobre a possibilidade de concessão do benefício de pensão por morte a menor sob guarda.

Partindo-se da premissa que a revogação do inciso IV do art. 16 da Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.528/97 não veda a interpretação sistemática⁶³, o Tribunal

⁶¹ Cumpre atentar ao seguinte trecho do voto-ementa: “Neste caso, é importante salientar que, embora a legislação previdenciária não preveja exceções, levando a uma interpretação literal de que a percepção de todo e qualquer benefício seria apta à manutenção da qualidade de segurado, a doutrina diverge em relação aos benefícios de caráter indenizatório, como o salário família, o auxílio-acidente e o finado auxílio-suplementar. Assim, uma segunda corrente doutrinária entende que, diante da natureza indenizatória desses benefícios, a mens legis não seria no sentido de permitir a manutenção da qualidade de segurado, uma vez que não têm o condão de substituir a remuneração, sendo mero complemento desta, e não impedem o exercício de atividade laborativa pelo segurado, diversamente do auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. Na hipótese, filio-me à primeira corrente, uma vez que, se o legislador não trouxe ressalvas, não cabe ao intérprete criá-las, sobretudo em se tratando de direitos sociais constitucionalmente previstos. Ressalta-se que, no caso, está sendo adotada interpretação restritiva da norma positivada, método hermenêutico que se coaduna com o princípio *in dubio pro misero*, aplicável na seara previdenciária. Nesse sentido, fixo aqui a tese jurídica de que a percepção de benefícios indenizatórios, que não substituem a renda, tal como o auxílio-acidente, induz à manutenção da qualidade de segurado, por força de disposição legal expressa.”

⁶² Contudo, posteriormente houve um forte movimento do legislador em sentido oposto ao da jurisprudência, como se vê das letras da atual redação do inciso I, art. 15 da Lei 8.213/91, dada pela Lei 13.846/2019, que expressamente passou a dispor que “*Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício, exceto do auxílio-acidente;*”

⁶³ O autor, em várias ocasiões, critica o vazo de se interpretar o direito “em tiras”. Com isso, ressalta a necessidade de se interpretar o texto de modo não isolado, cabendo a análise do ordenamento jurídico de modo integrado e sistemático (GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos*

entendeu que a previsão de direitos previdenciários no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90) autoriza a manutenção da possibilidade de concessão de pensão por morte de guardião.

Com efeito. Oportuno aqui registrar que Eros Roberto Grau, em várias ocasiões, critica o vício de se interpretar o direito “em tiras”. Com isso, ressalta a necessidade de se interpretar o texto de modo não isolado, cabendo a análise do ordenamento jurídico de modo *integrado e sistemático*⁶⁴. Não se concebe, assim, que num caso de dúvida a respeito da norma aplicável, sobretudo num *hard case*, o intérprete se limite à mera interpretação gramatical de artigos isolados.

De qualquer modo, em ambos os exemplos apresentados, havia dúvidas sobre qual a solução correta. A solução *pro misero*, na condição de regra de interpretação, serviu de norte ao julgamento de ambos os casos, baseando-se o Judiciário no reconhecimento do caráter humanitário da seguridade social.

9. Processo judicial de assistência social

Após ventilar algumas hipóteses em que o adágio pode ser cabível em ações previdenciárias, o leitor poderá entender, numa primeira impressão, que o campo da assistência social seria ainda mais propício à aplicação da solução *pro misero*, tendo em vista que, em tese, ao menos a maior parte dos que requerem a concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC (art. 203, V, da Constituição Federal e art. 20 da Lei n. 8.742/93), devido a idosos e pessoas com deficiência, é composta de pessoas hipossuficientes ou quase hipossuficientes. Contudo, o problema é mais complexo do que aparenta ser.

Por um lado, a assistência social tem como propósito satisfazer as necessidades de pessoas que não podem gozar de benefícios previdenciários, mas o faz de maneira comedida, para não incentivar seus assistidos à ociosidade⁶⁵. Por outro, a *primazia da responsabilidade do Estado* é uma das *diretrizes* da assistência social, expressamente consignada no art. 5º, III, da Lei n. 8.742/93.

Girando em torno dessa dualidade está o juiz, responsável por proferir sentença no caso concreto, observadas as provas produzidas no processo, que são geralmente apenas duas: *estudo socioeconômico* (para aferir a miserabilidade) e a *perícia biopsicossocial* (para avaliar a presença de deficiência).

Segundo o art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742/93, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A teor do art. 20, § 3º, da mesma lei, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário mínimo.

Ao julgar o RE 567.985 (Tema 27), o Supremo Tribunal Federal, entendeu que o disposto no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de levar em conta outros dados, a fim de identificar o modo geral de vida do idoso ou da PCD, principalmente quando estiverem presentes peculiaridades, a exemplo de necessidades especiais com medicamentos ou com educação.

E no julgamento do RE 580.963 (Tema 312), o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, razão pela qual que o BPC recebido por PCD e a aposentadoria do

juízes (*a interpretação/aplicação do direito e os princípios*), São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 86-87).

⁶⁴ GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021, pp. 86-87.

⁶⁵ BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 427.

valor de um salário mínimo devem ser excluídos da renda familiar, na análise da hipossuficiência.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal aumentou bastante as possibilidades de concessão do BPC à pessoa necessitada de um mínimo de dignidade social.

Há um outro lado da questão, porém. Trata-se do dever de auxílio mútuo ínsito à noção de família (art. 229 da Constituição da República), que envolve a obrigação de prestar alimentos. Isso faz com que o BPC seja considerado *subsidiário*, segundo os termos da súmula 23 da Turma Regional de Uniformização da 3ª Região⁶⁶.

Entendemos que, na abordagem da solução *pro misero* há que ser feita uma distinção na assistência social, quanto aos requisitos subjetivos (deficiência) e objetivos (miserabilidade).

9.1 Requisito subjetivo

Havendo dúvida sobre o real estado de saúde da parte autora, sobre a real eficácia de medicamento ou de tratamento, a solução *pro misero* se impõe.

Desde 2011 o conceito de deficiência não é mais médico, mas *ambiental* (v. Leis n. 12.435/2011, 12.470/2011 e 13.146/2015, que alteraram a redação do § 2º do art. 20 da Lei n. 8.742/93), de modo que se tornou inadmissível avaliar a deficiência sob a perspectiva da incapacidade para o trabalho ou para a vida independente.

É possível que uma pessoa seja considerada deficiente mesmo sem se tornar incapaz para o trabalho. Enfim, o conceito de deficiência é mais amplo, por assim dizer, que o da incapacidade, e deve ser aferido por enfoques técnicos.

A avaliação biopsicossocial da deficiência deve ser realizada por médicos peritos e assistentes sociais, na forma do art. 20, § 6º, da LOAS. Tal avaliação não admite um corte preciso entre a deficiência e a não deficiência, havendo um grande número de casos de uma "zona cinzenta".

Para resolver a controvérsia, deve ser levado em conta a formação educacional, o ambiente familiar, as dificuldades ambientais, a capacidade intelectual e todos os demais fatores que podem configurar impedimentos ou barreiras à participação em sociedade.

Nesse ambiente em torno do requisito subjetivo, insistimos na viabilidade da aplicação da solução *pro misero* aos casos duvidosos.

9.2 Requisito objetivo

De outra parte, havendo dúvidas sobre o requisito objetivo da *miserabilidade*, sobretudo acerca da capacidade financeira de a família propiciar o auxílio (constitucional e legal) na prestação de alimentos, a utilização da solução *pro misero* se afigura controversa.

Não se pode desconsiderar que a economia informal, ainda vigorando em larga escala no país, propicia rendas não apuráveis em estudos sociais. Tratando-se de benefício não contributivo, a miserabilidade deve ser comprovada, segundo as regras do art. 473, I, do CPC.

A possibilidade de repropositura da ação judicial⁶⁷, amplamente admitida no caso de alteração fática, recomenda que possível dúvida sobre a miserabilidade seja resolvida em favor do ente público.

⁶⁶ Súmula nº 23- " O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil".

⁶⁷ Sobre a coisa julgada *secundum eventum probationis*, ver SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021, item 2.1.2.1. e nota de rodapé 163. O autor inclusive cita julgados da Turma Nacional de Uniformização, em que se admite a coisa julgada *secundum eventum probationis*, mas não a partir de fixação de tese a orientar, de forma

Um aspecto que não pode ser relegado é que o BPC conta com renda mensal de um salário mínimo, equivalente à maioria dos benefícios previdenciários concedidos a quem contribui para o sistema, a exemplo do que ocorre com a prestação não contributiva prevista para o segurado especial (art. 39, I, da Lei n. 8.213/91).

Reiteremos, então, que é preciso estabelecer um critério objetivo, para a concessão de benefícios não contributivos, por uma questão de *coerência* do próprio sistema de proteção social, mesmo porque não se podem desprezar os *efeitos de incentivo* e *desincentivo* operados pelas medidas assistenciais não contributivas.

Para muitos estudiosos, um dos possíveis efeitos colaterais indesejados das políticas públicas de redistribuição de renda é o perigo de as pessoas se contentarem na condição de *recebedores passivos de benefícios*, limitando-se em uma “zona de conforto” e retirando-lhes o desejo de trabalhar ou mesmo de contribuir para a previdência social⁶⁸.

Resta, por fim, tratar do axioma perante o direito constitucional à saúde, o que se fará no capítulo seguinte.

10. Processo judicial em direito à saúde

O art. 196 da Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde e tal regra vem sendo interpretada de forma ampla pelos tribunais.

Nessa seara da seguridade social, encontram-se litígios decorrentes de ações judiciais movidas em face dos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), com pretensões variadas, desde a concessão de direitos previstos na tabela do Sistema Único de Saúde – SUS, até a concessão gratuita de tratamentos (serviços) e medicamentos (utilidades) não contemplados na citada tabela.

genérica, futuros julgados (Ver PUIL 500532-53.2014.4.04.7014/PR, Rel. p/ Acórdão Bianor Arruda Bezerra Neto, j. 18.9.2019).

⁶⁸. O alerta é de SEN, A., *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta, Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo, Companhia de Bolso, 2019, p. 11. No mesmo sentido: MARTINEZ, W.N., *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015, p. 209; e também BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 429.

O deferimento ou não de tais pleitos deve ser balizado pelos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (RE 657718⁶⁹ e RE 855178⁷⁰) e pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 106⁷¹) em recursos repetitivos.

Quando está em jogo a vida, em situações de dúvida a respeito da eficácia da medicação ou do procedimento, o juiz se depara com um caso cuja gravidade e urgência não admitem um julgamento baseado em certeza.

Não há impedimento à solução *pro misero* quando da interpretação dos textos legais, em questões de direito à saúde.

Porém, há necessidade de critério específico, normatizado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE 657718), com repercussão geral, que impede que se aplique o adágio ora em estudo quando a eficácia do medicamento não registrado na ANVISA é objeto de controvérsia científica.

Fora tal hipótese, se há uma seara da seguridade social que se apresenta adequada a solução *pro misero*, é nos litígios envolvendo o sistema público de saúde⁷².

11. Considerações finais

A aplicação da “solução *pro misero*” não é adequada a todo e qualquer processo judicial de seguridade social.

Não constitui panaceia adaptável aos casos de dificuldades do juiz na interpretação do direito ou diante de um quadro probatório duvidoso.

Em todos os casos, é preciso distinguir a ocorrência da *dúvida* da *ausência comprovação dos fatos constitutivos do direito da parte autora*. Nesse último caso, a improcedência do pleito é a solução apontada no direito processual.

⁶⁹ Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. (...) 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União” (Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, DJ 22/05/2019, DP 09/11/2020).

⁷⁰ Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05/03/2015, DP 16/03/2015).

⁷¹ A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência (Tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018).

⁷² Foge dos propósitos deste ensaio abordar eventual aplicação do adágio em lides sobre o direito à saúde perante entidades privadas, autorizada pelo art. 199 da Constituição Federal.

Havendo dúvidas, em ações previdenciárias, nos cenários possíveis de aplicação da solução *pro misero*, urge avaliar se o segurado é realmente hipossuficiente, somente nestes casos sendo admissível sua aplicação, afastada a consideração do aforismo aos casos de autores abastados.

Nas ações judiciais assistenciais em que se busca a concessão do BPC, a observância da solução *pro misero* mostra-se adequada em relação às dúvidas acerca do requisito subjetivo (deficiência). Mas, ao menos casos em que se apresenta possível o amparo da família, o adágio deve ser afastado quando da apuração do requisito objetivo (miserabilidade).

Quando o assunto é o *direito à saúde*, o adágio é de ser aplicado nos casos duvidosos envolvendo textos legais e quando da análise do estado de saúde dos requerentes, a dúvida se resolvendo em favor da parte autora. Mas, tratando-se de avaliação da *eficácia do medicamento*, ainda não registrado na ANVISA, objeto de controvérsia científica, deve ser afastado o brocardo.

Também deve ser obstada a aplicação do princípio nos litígios em torno das *relações jurídicas de custeio*, cabível nesse ponto a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*.

12. Referências

- ALVIM, R.C.M., "Crítica da Interpretação e da aplicação da legislação previdenciária", *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 34/1981, pp. 19-58, Nov - Dez/1981.
- ÁVILA, H., *Teoria dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2019.
- BASTOS, C.R.; MARTINS, I.G.S., *Comentários à Constituição do Brasil*, vol. VIII, São Paulo, Saraiva, 2000.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>. Acesso em 10.5.2021.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 10.5.2021.
- _____. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – TNU. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/turma-nacional-de-uniformizacao>. Acesso em 10.5.2021.
- _____. Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas_20_a_23.pdf. Acesso em 18.6.2021
- BRANCO, E.C., *Segurança Social e Seguro Social*, 1º volume, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1975, São Paulo.
- CASTRO, C.A.P.; LAZZARI, J.B., *Manual de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Forense, 2020.
- CARDONE, M.A., *Seguro Social e Contrato de Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1973.
- CESARINO JÚNIOR. A. F., *Direito Social Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1970.
- CUNHA, A.G., *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Lexicon, 2010.
- DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, Forense, 2016.
- DICIONÁRIO AURÉLIO DE LÍNGUA PORTUGUESA, São Paulo, Positivo Soluções Didáticas Ltda., 2010.
- DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA, São Paulo, Melhoramentos, 1999.
- DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.
- DICCIONARIO CONTEMPORANEO DA LINGUA PORTUGUEZA. FEITO SOBRE O PLANO DE F. J. CALDAS AULETE, Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1925.
- DWORKIN, R., "Hard Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), pp. 1057-1109.
- _____. *Uma questão de princípio*, São Paulo, Martins Fontes, 2019.
- FERRAZ, A.C.C.(coord.), *Constituição Federal Interpretada*, São Paulo, Manole, 2020.
- FRANÇA, R. L., *Hermenêutica Jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1988.

- GRAU, E.R., *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, São Paulo, Malheiros, 2021.
- HART, H.L.A., *O conceito de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HORVATH JÚNIOR, M., *Direito Previdenciário*, Rideel, São Paulo, 2020.
- IBRAHIM, F.Z.; BRAGANÇA, K.H.; FOLMANN, M., *Curso de Direito Previdenciário*, Niterói, Impetus, 2021.
- KELSEN, H., *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976.
- LEIVAS, P.G.G., *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006.
- MAGANO, O.B., *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 1984.
- MARTINEZ, W.N., *Curso de Direito Previdenciário, tomo I*, São Paulo, LTr, 1997.
- _____. *Princípios de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2015.
- _____. *Curso de Direito Previdenciário*, São Paulo, LTr, 2020.
- MARTINS, S.P., *Direito da Seguridade Social*, São Paulo, Saraiva, 2020.
- MARTINS FILHO, I.G.. *A necessidade de reformas para promover o bem comum da sociedade*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-01/ives-gandra-filho-necessidade-reformas-prol-bem-comum>. Acesso em 28.4.2021.
- NUNES, L.A.R., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: Direito Material – Arts. 1º ao 54*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- PEREIRA, B.G., *A solução pro misero no direito previdenciário à luz da nova hermenêutica*, disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-solucao-pro-misero-no-direito-previdenciario-a-luz-da-nova-hermeneutica/amp/>. Acesso em 09.4.2021.
- REZENDE, A.M.; BIANCHET, S.B., *Dicionário de Latim Essencial*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2019.
- SAVARIS, J.A., *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2019.
- _____. *Direito Processual Previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2021.
- SEN, A., *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta, Revisão técnica: Ricardo Doninelli Mendes, São Paulo, Companhia de Bolso, 2019.
- SIMÕES, A., *Princípios de Segurança Social*, São Paulo, 1967.
- STRECK, L.L., *Dicionário de Hermenêutica. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2020.
- VICTÓRIA, L. A., *Dicionário da origem e da evolução das palavras*, Rio de Janeiro, Editora Científica, 1963.
- WANBIER, T.A.A.; CONCEIÇÃO, M.L.L.; RIBEIRO, L.F.S.; MELLO, R.L.T., *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

Perda ampliada de bens e o Devido Processo legal *Expanded confiscation and the Due Process of Law*

Marcelo Carita Correra¹

Gabriela de Castro Ianni²

Claudio José Langroiva Pereira³

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução – 2. A propriedade privada como direito natural - 2.1. Limites do direito à propriedade privada – 3. As vantagens do crime. 3.1. A perda alargada de bens (confisco ampliado) no direito comparado – 4 Princípios instrumentalizadores de um devido processo legal penal- 4.1. A presunção de inocência. 4.2. O direito ao silêncio. 4.3. Da tipicidade e do devido processo legal. 4.4. A corte europeia de direitos humanos e a presunção de inocência. 4.5. O modelo colombiano. 4.6. A insurgência no cenário brasileiro. 4.7. Tomada de posição – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo, produzido com base no método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, busca analisar uma relevante modificação legislativa, introduzida pelo chamado “pacote anticrime” (Lei Federal nº 13.964/2019). Trata-se do instituto da perda ampliada de bens previsto no artigo 91-A, do Código Penal Brasileiro, que, em breve síntese, presume como ilícito o patrimônio não compatível com os rendimentos de origem lícita do condenado. A modificação legislativa sintetiza a contraposição entre um direito penal liberal, de cunho predominantemente garantista, em face de um direito penal contemporâneo que, em nome da efetividade das normas e da necessidade de equacionar as demandas de uma sociedade de riscos, busca reduzir o âmbito de garantias individuais. A perda ampliada de bens, nos moldes delineados na legislação pátria (com fundamento em presunção de origem ilícita) não observa os requisitos acima expostos e, dessa forma, não pode permanecer no ordenamento jurídico. Por fim, é possível vislumbrar inspiração na legislação da França e da Colômbia, como forma de compatibilizar a perda de bens decorrentes de atividades criminosas com os princípios constitucionais do processo penal.

Palavras-Chave: Direito Processual Penal. Propriedade Privada. Poder Estatal. Confisco. Perda alargada.

Abstract: This article, produced by the logical-deductive method and based on a bibliographic review by national and foreign authors, as well as on decisions by Brazilians and foreign courts, proposes to analyze a relevant legislative change,

¹ Doutorando em Direito Processual Penal, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² Doutoranda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). estuda em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Processual Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Especialista em Perícias Criminais pela Faculdade Professor Damásio de Jesus. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Contemporâneo pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Advogada Criminal.

³ Doutor em Direito das Relações Sociais, Professor Doutor de Direito Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos”. Advogado criminal.

introduced by the so-called "anti-crime package" (Law Federal No. 13.964 / 2019). It is the institute of the extended confiscation of the advantages of criminal activity foreseen in article 91-A, of the Brazilian Penal Code, which assumes as illicit the patrimony that is not compatible with lawful income. The legislative modification synthesizes the contrast between a liberal criminal law in the face of a contemporary criminal law that, in the name of the effectiveness of the rules and the need to balance the demands of a risk society, seeks to reduce the scope of basic rights. The new institute does not meet the requirements set out above and, therefore, cannot remain in the national legal system. Finally, it is possible to create a new law in the same as France and Colombia did.

Keywords: Criminal Procedural Law. Private property. State Power. Confiscation. Extended loss.

1. Introdução

O tema desenvolvido no presente artigo, produzido com base no método lógico-dedutivo e com fundamento em revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, refere-se ao instituto da perda ampliada de bens, que foi introduzido pelo chamado "pacote anticrime" (Lei Federal n.º 13.964/2019⁴), previsto no artigo 91-A, do Código Penal Brasileiro. O referido dispositivo legal, em apertada síntese, presume como ilícito o patrimônio não compatível com os rendimentos de origem lícita do agente, isto é, com os rendimentos oficialmente declarados às autoridades fiscais.

Cabe destacar que a perda ampliada de bens implica a realização de um balanço para verificar o patrimônio conhecido do agente e, mediante um encontro de contas com os rendimentos lícitos, apurar se há excedentes. Esse excedente é, de forma presumida, tido como produto e fruto de atividade criminosa e, dessa forma, sujeito a perda em favor do Estado.

O ponto fulcral do presente estudo é determinar se essa mudança legislativa, mesmo que motivada pela necessidade de combate à moderna criminalidade e pela necessidade de garantir a efetividade da norma penal, encontra respaldo no texto magno. Ou seja, é preciso verificar se a perda ampliada de bens se mostra em coadunância com o direito natural à propriedade, com a presunção de inocência e com o direito ao silêncio, todos protegidos de forma ímpar pelo constituinte brasileiro de 1988.

A norma legal em comento afeta, diretamente, o direito à propriedade privada. Permite que o Estado desconstitua o direito à propriedade de bens em função de atividade criminosa. Baseia-se na ideia defendida pelo *Law and economics* (interpretação econômica do direito) de que o agente do crime realiza verdadeira análise de custos e benefícios antes da prática do fato típico. Logo, a maneira mais eficaz de prevenção é estabelecer punição que retire qualquer vantagem do crime, especialmente as vantagens de natureza econômica.

É preciso ponderar que, embora a motivação da reforma legislativa encontre respaldo no ordenamento jurídico (proteger a sociedade mediante o aumento da eficácia das normas de direito penal), bem como adote premissa com respaldo em ensinamento científico relevante (interpretação econômica do direito), o fato é que essas modificações precisam da harmonização entre o ordenamento jurídico e os direitos e garantias fundamentais. Nesse ponto surge o primeiro questionamento: qual a possibilidade e os limites da redução da esfera da propriedade privada? Isto é, como compatibilizar essa redução com os princípios fundamentais do direito?

⁴BRASIL. Lei 13.964/2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17 jan. 2021.

Para desenvolvimento do tema, o primeiro instituto analisado é o direito à propriedade privada. Foi preciso definir a natureza jurídica desse direito e, sobretudo, sua função na limitação do poder estatal.

Foi possível fixar a premissa de que a propriedade privada é, ao fim e ao cabo, uma espécie de liberdade individual e limite objetivo do poder estatal. Contudo, o fato de ser constatado como direito natural não implica a conclusão de que se trata de direito absoluto. A redução do âmbito de incidência do direito à propriedade privada é possível, desde que seja feita de forma a permitir o convívio harmônico entre os diversos institutos jurídicos de mesma hierarquia.

Ato contínuo, foi realizado o estudo do direito comparado, especialmente dos países de direito continental, de forma a verificar como a legislação estrangeira regulamenta a perda ampliada de bens. Esse estudo é relevante, pois fornece elementos e precedentes essenciais para construir instrumental capaz de analisar a compatibilidade desse novo instituto jurídico com o ordenamento pátrio.

A parte final do artigo é dedicada ao cotejo do resultado da análise da perda ampliada de bens com os princípios constitucionais de direito processual penal e com a sistemática jurídica necessária para garantir a desconstituição do direito fundamental à propriedade privada.

Foi possível concluir que o artigo 91-A do Código Penal Brasileiro, especialmente pelo fato de adotar verdadeira presunção da origem ilícita do excedente patrimonial, não observa os princípios constitucionais da presunção de inocência e direito ao silêncio. Em síntese, não observa o devido processo legal (*due process of law*), sendo certo que a possibilidade do réu provar a origem lícita dos bens não afasta a ilegalidade apontada, na medida em não se pode aplicar presunções para reduzir direito fundamental (propriedade privada).

Por fim, há indicação de que os regimes adotados pela França⁵ e pela Colômbia⁶ para adequar a impossibilidade de manutenção de bens decorrentes de atividades criminosas são modelos mais adequados a um Estado Democrático de Direito, bem como respeitam o devido processo legal (*due process of law*) e deveriam servir de inspiração ao legislador pátrio para modificação da atual normativa.

2. A propriedade privada como Direito Natural

Antes de tratarmos da perda das vantagens do crime, é preciso tratar do direito à propriedade privada, sobretudo dos limites que o referido instituto jurídico impõe ao poder estatal. Afinal, um dos pilares de sustentação do Estado Liberal, inaugurado com a Revolução Francesa⁷, é a limitação do poder estatal em face dos direitos e bens dos cidadãos⁸.

Alessandra Barbosa⁹ trata sobre as origens do instituto pontuando que, desde a Grécia antiga, é admitida a propriedade privada, que se consolida ao final do século VII A.C. É na época de Justiniano que os vários aspectos da propriedade são concentrados *no ius utendi et abutendi re sua*, sendo que, no feudalismo que marca a Idade Média, sobrevém sua fragmentação, quando o titular do domínio direto cedia-lhe a um vassalo, que poderia explorá-lo como melhor lhe conviesse,

⁵FRANÇA. *Code Pénal*. Article 321-6, Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719, Acesso em 16 out. 2020.

⁶COLÔMBIA. *Lei 1708/2014*, Extinción de domínio, Disponível em <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=56475#218>, Acesso em 16 out 2020.

⁷TOCQUEVILLE, A. de. *O Antigo Regime e a Revolução*, 2 ed. Tradução: Rosemary Costhek Abílio, Martins Fontes, São Paulo, 2016. P. 45.

⁸CUNHA JR., D. da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. JusPodivm, Salvador, 2013. P. 31/32.

⁹BARBOSA, A. "A propriedade em Locke". *Jus Navegandi*, n. 869, 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7601>>, Acesso em: 28 out. 2016. Passim.

em troca de uma contraprestação determinada. Antes de valor econômico, a propriedade era sinônimo de poder.

Neste sentido vale invocar o pensamento de Jean Bodin¹⁰, para quem a propriedade existe como direito natural do ser humano, nem mesmo aceitando que o Soberano, Imperador, Príncipe ou mesmo Papa, ou quem quer que exerça o poder absoluto, possa atentar legalmente contra o direito de propriedade, já que todos estão sujeitos às leis naturais e divinas. Que, nestas hipóteses, deveriam socorrer-se da força, das armas, já que contra este direito natural nada podem. Fustel de Coulanges¹¹ afirma que a ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião:

Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem terem sido inseparáveis. A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião.

Conforme os ensinamentos acima transcritos, é possível afirmar que a propriedade privada é um direito que nasce concomitante ao surgimento do ser humano. É um direito natural que não pode ser segregado do rol mínimo de direitos inerentes à vida humana. John Locke¹² afirma que o resultado do trabalho produzido pelo homem cabe somente a ele, com exclusão de todos os demais:

Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade. Ao remover este objeto do estado comum em que a natureza o colocou, através do seu trabalho adiciona-lhe algo que exclui o direito comum dos outros homens. Sendo este trabalho uma propriedade inquestionável do trabalhador, nenhum homem, exceto ele, pode ter o direito ao que o trabalho lhe acrescentou, pelo menos quando o que resta é suficiente aos outros, em quantidade e qualidade.

A Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*), de 12 de junho de 1776, determina: "o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança"¹³.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao declarar os direitos naturais e imprescritíveis, estabelece: "esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão"¹⁴. Friedrich Hayek¹⁵ afirma:

O reconhecimento da propriedade é claramente o primeiro passo na delimitação da esfera privada, que nos protege

¹⁰BODIN, J. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel, Ícone Editora Ltda, São Paulo, 2011. P. 195 e seguintes.

¹¹FUSTEL DE COULANGES, N. D. *A Cidade Antiga*, Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, EDAMERIS, São Paulo, 1961. Posição 4521.

¹²LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil - Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*, 1ª Ed, Vozes, Petrópolis, 1994. P. 98.

¹³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776, Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 21 mar. 2017.

¹⁴FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, 26 de agosto de 1789, Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> >, Acesso em: 21 dez. 2016.

¹⁵HAYEK, F. *The Constitution of Liberty*, 1ª Ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1960. P. 140.

contra a coerção. [...] Nossa geração tem esquecido que o sistema de propriedade privada é a garantia mais importante de liberdade, não só para aqueles que possuem bens, mas também, para aqueles que não possuem (tradução nossa)¹⁶.

2.1. Limites do direito à propriedade privada

O direito à propriedade privada é um direito natural que não pode ser objeto de invasão pelo Estado ou por terceiros. Contudo, essa conclusão não significa que se trata de um direito absoluto. Somente podem ser reputadas como válidas as restrições a direitos fundamentais que passarem no teste da proporcionalidade¹⁷. Friedrich Muller¹⁸ afirma que nenhum direito fundamental é garantido de forma ilimitada.

Portanto, quando se trata de um Estado Democrático de Direito, a propriedade privada somente pode ser desconstituída em duas hipóteses: (i) para garantia do bem comum, sempre preservado o direito à compensação financeira e o princípio da proporcionalidade na ponderação dos direitos em conflito (conforme definido pela Suprema Corte Norte Americana no caso *Susette Kelo*¹⁹) e (ii) diante de vício na obtenção do direito à propriedade.

A rigor, essa última hipótese não se trata de limitar o direito à propriedade, mas sim de restaurar o justo equilíbrio do direito, na medida em que a aquisição da propriedade não se deu de forma legítima (princípio da vedação ao enriquecimento ilícito).

É preciso reconhecer que, por meio do instituto do confisco e da perda de bens, a intervenção estatal se dá com invasão da esfera privada do indivíduo. O Estado, sob o fundamento de vício na forma de aquisição, busca desconstituir o título de propriedade. Contudo, tratando-se de um direito fundamental, o processo deve respeitar ao devido processo legal (*due process of law*), sendo vedada qualquer forma de presunção.

A Constituição Brasileira de 1988 determina a desconstituição da propriedade privada, com exceção das hipóteses de não cumprimento da função social, nas seguintes situações: (i) expropriação de propriedades destinadas ao cultivo de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo – artigo 243, com redação da Emenda 81 de 2014, (ii) desapropriação por necessidade ou utilidade pública (artigo 5º, XXIV) e (iii) pena de perda de bens (artigo 5º, XLV e XLVI).

Além dessas hipóteses, a Constituição Brasileira permite, por interpretação sistemática, a desconstituição da propriedade quando sua aquisição não correspondeu ao direito, como na hipótese dos bens resultantes direta ou indiretamente da atividade criminosa. Essa conclusão se fundamenta até mesmo pelo princípio que impede o enriquecimento ilícito e a aquisição ilegítima de bens. Afinal, como afirma Frederico Marques²⁰, “o confisco, em tese, qualifica uma punição. É a *sanctio juris* provinda do enriquecimento ilícito”.

¹⁶The recognition of property is clearly the first step in delimiting the private sphere, which protects us against coercion ... Our generation has forgotten that the private property system is the most important guarantee of freedom, not only for those who possess goods, but also for those who do not have.

¹⁷SILVA, V. A. da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2014. P. 97.

¹⁸MULLER, F. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechts-dogmati*, 1ª Ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1969. P. 41.

¹⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of The United States of America, Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005).

²⁰MARQUES, J. F. “Confisco de Bens por Enriquecimento Ilícito”, *Revista de Direito Público*, Ano III, vol 9, Rio de Janeiro, 1969. P. 98.

Estabelecida a possibilidade do Estado afetar a propriedade privada decorrente de atividade criminosa, cabe analisar os limites e procedimentos necessários para essa intervenção estatal.

É importante destacar que, na análise desenvolvida, o presente artigo não adotou o termo confisco ou confisco ampliado de bens para tratar do instituto jurídico veiculado pelo artigo 91-A do Código Penal Brasileiro. O termo a ser utilizado é a perda alargada de bens. Essa nomenclatura é importante, na medida que adotamos a premissa de que o confisco, em regra, é vedado pela Constituição Federal Brasileira, exceto nas limitadas hipóteses de seu artigo 243. Assim, com exceção das hipóteses expressamente determinadas, não há que se falar em qualquer possibilidade de confisco.

A Corte Constitucional brasileira enfrentou o tema concernente ao direito de propriedade de forma detalhada nos autos do Recurso Extraordinário 638491/PR²¹, ao afirmar que a evolução da interpretação do texto constitucional demanda o reconhecimento do conceito de neoconstitucionalismo, que: “[...] é um fenômeno de inegável importância, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua centralidade como núcleo axiológico conformador de toda a ordem jurídica, cujos valores, princípios e regras irradiam-se por todos os recantos da teia normativa”.

Nesse sentido, pode a Constituição Federal não apenas enunciar um determinado direito, mas também fazer incidir sobre ele uma norma que diminua o seu alcance inicial. Assim, na missão de dar a vida aos preceitos constitucionais, o próprio constituinte “pode estabelecer normatizações com definição de conteúdo suficientemente aferível a nível da Constituição e outras que necessitam de mediação do legislador para dar-lhes um conteúdo determinado²²”.

Sobre a perda ampliada de bens no direito comparado, que repercutiu fortemente no âmbito interno, destaca o mesmo precedente²³, que um de seus objetivos (inobstante os fins preventivos de obstar o investimento de ilícitos na prática de novos crimes) é “reduzir os riscos da concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas atividades empresariais²⁴”.

Em outras palavras, a presunção da origem ilícita do patrimônio e a consequente decretação de perda de bens constituem nítidos limites ao direito natural à propriedade, sendo de rigor analisar se estas limitações constituem uma legítima redução do âmbito do direito à propriedade privada.

3. As vantagens do crime

O legislador brasileiro, em alinhamento com as propostas do *Law and Economics* fixadas por Richard A. Posner²⁵ e Gary S. Becker²⁶, estabeleceu que a legislação pátria, como forma de prevenir a prática de ilícitos, deve determinar providências que retirem qualquer vantagem direta ou indireta da prática dos crimes. As sanções decorrentes da prática de crimes, especialmente dos delitos econômicos e patrimoniais, devem implicar um saldo negativo ao criminoso, de forma a desestimular a prática de atos ilícitos.

²¹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²²BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²³BRASIL. *Supremo Tribunal Federal RE 638491*, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.

²⁴SIMÕES, E. D.; TRINDADE, J. L. F. “Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*, virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves”, *Revista Julgar on line*, 2009. Disponível em: www.julgar.pt. Acesso em 11 out. 2020. Passim.

²⁵POSNER, R. A. *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983. Passim.

²⁶BECKER, G. S. “Crime and Punishment: An Economic Approach”, IN: BECKER, G. S.; LANDES, W. M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, Chicago, 1974, P. 1-54. Passim.

Luigi Ferrajoli²⁷ afirma que:

a vantagem do delito não deve superar a desvantagem da pena: se não fosse assim, efetivamente, a pena seria muito mais um tributo, e não cumpriria nenhuma função dissuasória. Desde este ponto de vista, pode-se dizer que o elemento da medida está compreendido na definição da pena, dado que abaixo de um limite mínimo a pena transforma-se em tributo. É bom assinalar que esta argumentação vale principalmente para as penas pecuniárias: não só pela sua homogeneidade com os tributos, também consistentes em somas de dinheiro, senão igualmente pela relativa facilidade de valorar seu custo e por conseguinte a eventual insuficiência em relação ao proveito obtido com o delito.

No mesmo sentido destas premissas, o legislador ordinário modificou o Código Penal brasileiro²⁸ para ampliar as medidas destinadas a impedir a apropriação dos frutos diretos ou indiretos do crime, nos seguintes termos:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no **caput** deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

[...]

É possível concluir que a perda de produto ou provento do crime de forma ampliada demanda: (i) condenação por infração penal com pena máxima superior a 6 (seis) anos e (ii) apuração da diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com seu rendimento lícito.

O que o artigo 91-A, do Código Penal brasileiro busca é, diante da condenação, realizar um verdadeiro balanço do patrimônio do condenado e compará-lo com o rendimento lícito, de forma a presumir a ilicitude do excedente. A norma faculta ao condenado desconstituir a perda ampliada, mediante a prova da origem lícita dos bens.

A primeira resposta que se impõe, diante do cotejo do texto legal com o disposto na Constituição Federal brasileira, é a necessidade de limitação temporal do balanço patrimonial. Não se pode admitir, ao contrário da literalidade da norma penal, que todo e qualquer patrimônio do condenado seja objeto de análise. É preciso realizar um corte temporal a partir da data da prática do crime que gerou a condenação. Esse é o termo inicial do balanço patrimonial, sob pena de atingir valores que, obviamente, não tem relação com o fato típico e não foram objeto de discussão no processo.

²⁷FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. P. 367/368.

²⁸BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, Acesso em 22 out. 2020.

Note-se que essa conclusão não encontra correspondência, por exemplo, com o disposto no *Artículo 127 sexies* do Código Penal Espanhol²⁹, que, na hipótese de confisco de bens originados de atividade prévia do condenado (*Artículo 127 quinquies*), elege como marco temporal o início do processo penal (e não a data da prática do crime). Em alguns casos a norma permite presumir, ainda, que todos os bens adquiridos nos seis anos anteriores ao início do processo decorrem da atividade ilícita (*Artículo 127 quinquies*, 2, "a").

A posição do Código Penal Espanhol, se fosse adotada por via interpretativa em nosso país, se tornaria ainda mais problemática, na medida em que, no Brasil, a perda alargada de bens é um efeito da condenação. Vale dizer, demanda uma condenação penal e, assim, é efeito penal e não medida de natureza cível ou administrativa para desconstituir propriedade que, apesar de formalmente regular, não teria sido adquirida de forma legítima.

No Brasil, o destino da perda ampliada está umbilicalmente ligado ao mérito da ação penal. Dessa forma, admitir sua incidência sobre o patrimônio adquirido antes da prática do tipo penal que engendrou a condenação, com base exclusivamente na presunção de ilicitude da origem do patrimônio de uma pessoa relacionada a um processo penal implica violação à tipicidade e ao devido processo legal.

Afinal, a conjugação da tipicidade e do devido processo legal permite afirmar que, para a aplicação do preceito secundário, imperativo o perfeito enquadramento da conduta a um fato previamente descrito na norma penal.

Importante destacar que estas premissas afetam somente a denominada perda alargada de bens, na medida em que possui como pressuposto a presunção de ilicitude da aquisição do bem; não se refere à multa e à pena de perda de bens, já que estes institutos têm natureza de sanção penal e, dessa forma, podem afetar o patrimônio pretérito do agente (anterior ao crime objeto da condenação).

Assim, a perda ampliada, apesar de decorrente de condenação penal, não tem natureza de sanção penal autônoma, mas é efeito secundário ou acessório da condenação. Vale dizer, o que fundamenta a perda alargada não é a natureza de sanção penal (inexistente no caso), mas sim o vício na aquisição.

Essa diferença é de fundamental importância para que, diferentemente das normas que possuem característica de sanção penal, o princípio da irretroatividade da norma penal seja invocado no caso em comento, impossibilitando o acesso ao patrimônio adquirido em data anterior à prática do ilícito.

3.1. A perda alargada de bens (confisco ampliado) no direito comparado

Antes de alcançarmos a questão central objeto do presente estudo, é importante destacar que a inovação do Código Penal brasileiro, que determinou a perda alargada das vantagens decorrentes de atividade criminosa, não é inédita no ordenamento internacional.

No que tange aos países de direito continental ou codificado, sistema que o Brasil acolheu, cabe destacar a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia 2014/42/EU³⁰ que, em seu artigo 5º, estabeleceu o conceito de perda alargada, tendo como premissa a desproporção entre o valor dos bens em relação ao rendimento legítimo da pessoa condenada.

²⁹ESPANHA. *Código Penal*, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 06 out. 2020.

³⁰UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/42/EU*, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>. Acesso em 04 out. 2020.

A legislação especial de Portugal, antes da promulgação da Diretiva acima exposta, já adotava o conceito de perda alargada no artigo 7º da Lei 05/2002 (medidas de combate ao crime organizado)³¹.

A constitucionalidade do referido dispositivo foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional de Portugal em, ao menos, duas oportunidades³², tendo sido afastados os argumentos relativos à violação do devido processo legal e da presunção de inocência. Outro país de tradição continental que merece menção é a Espanha.

A legislação da Espanha é explícita ao admitir a desproporção entre patrimônio constatado e renda lícita comprovada (balanço patrimonial) do condenado como elemento hábil para, presumindo a origem ilícita, determinar a perda dos valores excedentes.

A Itália, em seu Código Antimáfia (Decreto Legislativo 159 de 2011, com modificações da Lei 17 de 2017³³), no artigo 24, também acolhe a perda ampliada de bens com fundamento na ausência de prova da origem lícita dos bens e na desproporção entre o valor dos bens apurados e os rendimentos lícitos do condenado.

Diante desta constatação do direito comparado de alguns países de direito continental, verifica-se um movimento cada vez maior na busca de implementar o conceito de *Law and Economics* e, especialmente no caso da Itália, combater as formas de financiamento do crime organizado e de seu poder sobre os mais diversos setores da economia formal.

Esse movimento, apesar de coadunado com as necessidades de uma sociedade que Ulrich Beck³⁴ passou a denominar de “sociedade de risco”, não pode ser feito de forma ilimitada. É preciso compatibilizar o direito penal moderno³⁵, fruto desta sociedade de riscos, com os princípios constitucionais de processo penal que, ao fim e ao cabo, buscam limitar o poder estatal em face do cidadão.

Não se afirma, como premissa, que a perda alargada de bens é incompatível com o regime democrático; o que se busca é adequar sua aplicação com os direitos e garantias fundamentais.

4. Princípios instrumentalizadores de um processo legal penal

Ponto crucial para a análise das possibilidades e dos contornos da perda ampliada de bens são os princípios da presunção de inocência e o direito ao silêncio, cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III). São balizas irrenunciáveis do processo penal no Estado Democrático de Direito.

As considerações sobre o conteúdo e a força dos princípios da presunção de inocência, do direito ao silêncio, aliados ao devido processo legal, se fazem importantes, na medida em que a perda ampliada de bens não pode ser compreendida separadamente dos axiomas individuais fundamentais. Ao invés disso, somente é admissível respeitada a pauta principiológica constitucional.

³¹PORTUGAL. *Lei* 08/2002. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em 05 out. 2020.

³²PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*, Ac. Tribunal Constitucional nº101/2015, in DR, II Série de 26-03-2015 e Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional, in Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html> e <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em 05 out. 2020.

³³ITÁLIA. Decreto Legislativo 159 de 2011. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;159>. Acesso em 06 out. 2020.

³⁴BECK, U. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, 1 ed. Trad. Sebastião Nascimento, Editora 34, São Paulo, 2010. P. 24.

³⁵CARVALHO, S. de. *Anti-manual de Criminologia*, 2ª ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 88.

A presunção de inocência, antes de tudo, é norte que impõe prova extrema de dúvidas para um apenamento, importando igual necessidade de elementos probatórios para um decreto de perdimento que, por força do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado, desautoriza obrigar o acusado a realização da prova da origem patrimonial, de sorte a permitir desincumbir o Ministério Público do ônus probatório da origem ilícita. Neste sentido, é o posicionamento de Pedro Caetano³⁶.

Depreende-se, dos contornos alinhavados, que a presunção de inocência e o direito ao silêncio são *standards* probatórios à consecução da perda ampliada de bens, a ser perseguida sob o manto do devido processo legal (*due process of law*).

4.1. A presunção de inocência

Nos termos do disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira, imperativa a existência de sentença transitada em julgado, para a desconstituição do estado natural de inocência do indivíduo. No Estado Democrático de Direito brasileiro, até a preclusão recursal, todos são considerados inocentes, por força do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do mesmo artigo 5º (assegurando, ainda, o contraditório e a ampla defesa -artigo 5º, inciso LV).

Sua origem remonta ao direito romano e foi positivada no Estado Moderno na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com íntimo liame à tutela da liberdade³⁷.

Com viés democrático, prevista em diversas ordens de caráter internacional, a presunção de inocência está legitimada, antes de tudo, pela premência da tutela dos direitos humanos exurgidas em reação aos abusos e arbitrariedades perpetrados por regimes totalitários³⁸.

Assim é a inspiração da tutela antevista em 1948, pela Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana³⁹, bem como pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (garantia judicial elencada no artigo 8, nº 2), em 1969⁴⁰.

Antônio Magalhães Gomes Filho⁴¹ ressalta que a escolha do constituinte brasileiro de 1988, em assegurar a presunção de inocência no rol de direitos e garantias fundamentais, representa a opção por uma concepção democrática do processo penal e do sistema punitivo, cujos valores centrais são a dignidade e a liberdade.

Além de princípio informador do ordenamento jurídico, a presunção de inocência consubstancia-se em garantia através da qual se assegura, como meio à privação da liberdade ou de bens, a jurisdição permeada por um processo justo (devido processo legal).

³⁶CAEIRO, P. "Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em Especial, os Procedimentos de Confisco e a Criminalização do Enriquecimento "Ilícito)", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 100, v. 21, 2013. p. 454-501. P. 455.

³⁷BEZERRA, R. T. *Limite do Princípio da Presunção de Inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades*, Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. P. 50.

³⁸ZAFFARONI, R. E. *Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*, 1 ed, Trad. Rodrigo Murad do Prado, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019. Passim.

³⁹FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana*, Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf. Acesso em 22 out. 2020.

⁴⁰ESTADOS UNIDOS. *Convenção Americana dos Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 17 out. 2020.

⁴¹GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 316.

Na seara criminal, a restrição da liberdade (o *status libertatis*) deve ser pautada em um processo equilibrado, no qual um decreto condenatório não será proferido sem prova da culpabilidade, do que decorre (i) incumbir o ônus da prova ao responsável pela imputação fática-delituosa (nos termos do artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro) e (ii) a necessidade de prova indubitosa para a condenação, sob pena de violação do *in dubio pro reo* (artigo 386, VII, do Código de Processo Penal brasileiro). Assegura-se, ainda, o *nemo tenetur se ipsum accusare* (artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal).

De forma similar, à luz da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, a presunção de inocência é tida como garantia inerente e indispensável aos Estados Democráticos de Direito, funcionando como eixo reitor que orienta o ordenamento e a atividade estatal, através da qual se assegura o indivíduo de ingerências e arbitrariedades, condicionando igualmente a privação, seja da liberdade, seja dos bens, ao devido processo legal. Dois conteúdos imanentes compõem a manifestação da presunção de inocência no sistema de proteção interamericano, a saber: (i) regra de tratamento e (ii) regra probatória, conferindo-se ao réu tratamento de inocente, não lhe atribuindo o ônus probatório (que compete à acusação), cujo insucesso deve ser resolvido em favor do réu⁴².

Feitas essas considerações, cumpre enfrentar a violação à principiologia da presunção de inocência, decorrente da disposição do artigo 91-A do Código Penal brasileiro, quando possibilita o decreto de perda de bens frente à diferença entre o patrimônio real do condenado e aquele presumidamente compatível com seu rendimento lícito.

Isso porque, o conteúdo da norma em análise confere margem a: (i) presunção (no sentido de suposição e prejuízo) de origem criminosa de patrimônio e (ii) inversão do ônus da prova da imputação de ilicitude patrimonial, atribuindo ao condenado a delibação da licitude.

Ocorre que o regramento probatório decorrente da presunção de inocência não permite impor ao cidadão provas de não culpabilidade (*lato sensu*), como de licitude da origem patrimonial, nem mesmo autoriza presunções de ilicitude, quando não exista correspondência do patrimônio com rendimentos oficiais, uma vez que seu estado natural é o de inocente.

Assim, um dos aspectos de maior relevância do dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal é a condição de não culpado do cidadão, vedadas, como afirma Antônio Magalhães Gomes Filho⁴³, quaisquer formas de tratamento que impliquem equiparação à situação oposta.

Neste diapasão, importante trazer à colação de relevante decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade⁴⁴.

No entanto, é inequívoco que o regime de perda patrimonial instituído pela Lei 13.964/2019, prescinde da demonstração da efetiva ilicitude patrimonial, demandando apenas a indução decorrente da incompatibilidade patrimonial.

Fazendo face às mazelas da sociedade de risco, em linhas gerais, a lei determinou que, quedando-se inerte o condenado na comprovação de que seu patrimônio não resultou de atividades criminosas, autorizada está a presunção de origem ilícita e o decreto de perda.

⁴²PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019. P. 200.

⁴³GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 328.

⁴⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, HC 95.290/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 01 mar. 2011.

Merece destaque, ainda, o fato de que não há exigência de conexão entre o patrimônio a ser declarado perdido e a atividade ilícita gênese da condenação. Neste momento, impende obtemperar que a cláusula do devido processo legal (*due process of law*) veda a privação patrimonial, sem o devido processo legal.

É essa a conexão entre a presunção de inocência e o devido processo legal. Quem pretende inverter o natural estado de inocência e de presunção de licitude da origem dos bens deve realizar prova do vício na aquisição (ilicitude), sob pena de condenações e perda de bens com fundamento em simples afirmações. Não é possível entender como respeitada a presunção de inocência, somente porque se confere ao acusado a possibilidade de combater a presunção de ilicitude.

A possibilidade de impugnar a presunção de ilicitude dos bens, nas hipóteses de confisco, nos termos do artigo 91-A, do Código Penal, não afasta a inversão do ônus probatório que se entrevê na perda alargada de bens, bem como não deixa de relativizar a garantia que deve ser reconhecida, conforme destaca Ricardo Alves Bento⁴⁵, como um dos princípios cardeais do exercício da pretensão punitiva contemporânea.

O processo penal orientado pela presunção de inocência deve buscar a verificação dos fatos imputados e não a inversão do ônus da prova e menos ainda dedicar-se à investigação sobre as alegações do acusado, decorrentes desta inversão. É certo que o processo penal se orienta pela verificação da imputação.

A relativização da garantia na previsão do artigo 91-A do Código Penal brasileiro, por seu turno, se torna manifesta quando afronta a condição de que, inobstante a tutela constitucional específica do silêncio do acusado, deve-se ter em relevo que, mesmo nas hipóteses em que o acusado não carrega prova alguma ao processo se, igualmente, deixar de fazê-lo a acusação, a inocência prevalece. Decorrencia lógica da presunção *iuris tantum* de inocência, com o que o ônus probatório recai totalmente sob a acusação, pois as presunções dispensam o encargo probatório de seus detentores⁴⁶.

Sopese-se que, por força do princípio do *in dubio pro reo*, a leitura constitucional que se impõe é de que, remanescendo dúvidas acerca da culpabilidade do acusado, a valoração deve ser em seu favor, sendo que, na visão de Luigi Ferrajoli⁴⁷, o princípio é equivalente a uma norma de conclusão sobre a decisão da verdade processual fática, desautorizando o édito condenatório enquanto junto à hipótese acusatória permaneçam outras hipóteses não refutadas.

Aqui é que se diz descompassado, da perda alargada, o *in dubio pro reo*, na medida em que a previsão legal do artigo 91-A do Código Penal autoriza o perdimento mesmo quando passíveis a licitude, desde que não tenha o acusado comprovado a origem lícita de seu patrimônio.

Sublinhe-se, ainda, vedadas as condenações por presunções na ordem democrática vigente, precisamente em decorrência da presunção de inocência, a prova no processo criminal deve ser clara, positiva, insuficientes a alta probabilidade ou a suspeita⁴⁸.

Consigna-se que Tribunal Constitucional português, nos autos do Acórdão n.º 476/2015⁴⁹, analisou a inversão do ônus da prova suscitada, o que importaria

⁴⁵BENTO, R. A. "O dogma constitucional da presunção de inocência". IN: SILVA, M. A. M. (coord.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 584.

⁴⁶GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 328.

⁴⁷FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014. P. 121.

⁴⁸BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, HC 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.

⁴⁹NUNES, D. A. R. "Admissibilidade da inversão do ônus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional", *Julgar online*, fevereiro de 2017. P. 07.

em violação à presunção de inocência esculpida pelo artigo 32 da Constituição de Portugal⁵⁰.

O referido tribunal julgou constitucional o confisco alargado, bem como a não excessividade de se atribuir ao acusado o ônus de demonstração da licitude patrimonial, na medida em que a elisão da presunção realizar-se-ia através da demonstração de fatos que são do seu conhecimento pessoal, encontrando-se em melhores condições para investigar, explicar e p a concreta proveniência de seu patrimônio.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Zegarra Marín vs. Peru⁵¹, reputou como indevida inversão do ônus da prova e declarou violado o artigo 8.2 do seu Estatuto, por reconhecer que uma decisão penal interna se baseou na inexistência de provas contrárias à chamada dos corréus e na falta de elementos probatórios contundentes à demonstração da inocência em relação aos ilícitos imputados.

Diante do exposto, resta indispensável registrar que a atividade punitiva no Estado Democrático de Direito deve sempre estar atenta para não assumir respostas medievais e irracionais no combate à criminalidade, afastando a vocação protetiva do processo penal⁵².

4.2. O direito ao silêncio

Também chamado de vedação a autoincriminação, o direito ao silêncio está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Carta Constitucional brasileira, como consagração da proibição do acusado ser obrigado a depor contra si mesmo⁵³.

Antônio Magalhães Gomes Filho⁵⁴ adverte que o silêncio não é a única dimensão da garantia em apreço, que tutela igualmente a não exigência, por parte do acusado, de cooperação para a obtenção de provas incriminadoras, v.g., fornecimento de material genético e a participação em reproduções simuladas. Emissão direta do direito ao silêncio é, também, o direito do acusado de não confessar e até mesmo de não falar a verdade, desde que não impute a terceiro falsamente uma infração penal.

A isto acrescenta-se que o direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*) proíbe que o silêncio do acusado seja interpretado em seu desfavor, como indício ou prova de responsabilidade penal. Neste sentido, o disposto no artigo 186, parágrafo único, o Código de Processo Penal brasileiro, ao prever expressamente que o silêncio no interrogatório não importará confissão, bem como não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O interrogatório configura meio de defesa (autodefesa) e não meio de prova na perspectiva processual penal constitucional. A condição de sujeito processual liberta o acusado de sua pretérita posição, própria do sistema inquisitivo, de objeto da investigação, cujo corpo se inseria em um cerimonial judiciário que deveria trazer à luz a verdade do crime⁵⁵.

⁵⁰PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 476/2015, Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202101132011/73938551/diploma/indice>. Acesso em 13 jan. 2021.

⁵¹ESTADOS UNIDOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zegarra Marín Vs. Perú. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em 16 out. 2020.

⁵²BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 13 ago. 1996.

⁵³CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018. P. 489.

⁵⁴GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. P. 327.

⁵⁵FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da pena de prisão*, Trad. Lígia M. Pondé Vassalo, Vozes, Petrópolis, 1977. P. 35.

No Brasil, o direito ao silêncio constitui regra integrante dos princípios maiores da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana⁵⁶; garantia: “de expressiva importância político jurídica, que impõe limites ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado”⁵⁷, incluindo-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual do acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal.

Acrescente-se que o desrespeito à garantia em comento permitiria tornar a confissão obrigação do indivíduo, permitindo ao Estado não somente sancioná-lo, bem como buscar meios invasivos para constrangê-lo a falar.

Nos Estados Unidos, o reconhecimento da vedação da autoincriminação como garantia fundamental é marcado pelo julgamento do caso *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)⁵⁸. O precedente aborda e relaciona o direito ao silêncio, à assistência de advogado na fase inquisitorial e as confissões obtidas de forma fraudulenta ou através de coação, após o suspeito (Ernesto Miranda) confessar a prática de um crime, na delegacia de polícia de Phoenix, durante uma investigação pelos crimes de sequestro seguido de estupro. Na fase recursal, a irresignação centrou-se na falta de alerta ao suspeito do seu direito a permanecer em silêncio, bem como de ser assistido por um advogado, o que implicou a nulidade da prisão e confissão.

A manifestação inaugural da CEDH sobre o direito ao silêncio foi no caso *Funke v. França* (1992),⁵⁹ onde a recusa de Funke em atender intimação que lhe exigia apresentar documentação relativa às suas operações internacionais lhe gerou multa e processo criminal perante as cortes francesas. Demandada a analisar a violação ao direito ao silêncio na forma ao artigo 6º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal declarou *ex officio* a nulidade do procedimento pela vedação à imposição de autoincriminação.

Idêntico entendimento foi prolatado pela CEDH no caso *Saunders v. Reino Unido*, onde a legislação permite o acesso de inspetores a documentos fiscais e livros contábeis societários, que foram determinantes à condenação de Saunders em processo criminal que se instalou ulteriormente ao procedimento fiscalizatório. Avaliou a CEDH, no referido precedente, que o direito de não contribuir para a autoincriminação resguarda o indivíduo da utilização de meios coercitivos ou opressivos para a obtenção de provas⁶⁰.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos incumbe-se de assegurar no artigo 8º, h, o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado e, no artigo 8.3, determina que a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza, o que versa sobre a liberdade individual, visto caber ao Estado, nos dizeres de Flávia Piovesan⁶¹, a comprovação da culpabilidade do acusado por meio de um procedimento diligente no qual se presuma a inocência do sujeito, bem como respeite-se garantias de limitação do poder punitivo estatal.

⁵⁶CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018. P. 489.

⁵⁷BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.929-9/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, Julgamento: 22 out. 1991.

⁵⁸ESTADOS UNIDOS. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em 22 out. 2020.

⁵⁹UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos. Funke vs França* (1992), Disponível em: Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57809%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57809%22]}). Acesso em 07 out. 2020.

⁶⁰UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Saunders v. Reino Unido* (1996), Disponível em: Disponível em: http://seafarersrights.org/legal_database/saunders-v-united-kingdom-1996-echr-series-a-no-6/. Acesso em 07 out. 2020.

⁶¹PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019. P. 224.

Assim, o modelo acusatório democrático brasileiro não permite a busca desenfreada da verdade através do acusado, a ponto de transmudar-lhe em objeto processual, panorama inexorável à luz da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa brasileira, taxativamente reconhecido no inciso III, do artigo 1º, da Magna Carta.

4.3. Da tipicidade e do devido processo legal

Conforme anteriormente afirmado, é referencial para a aferição da conformidade constitucional da perda ampliada de bens, a conjugação da tipicidade e do devido processo legal, posto que, para a aplicação do preceito secundário do tipo penal, não se pode renunciar ao perfeito enquadramento da conduta fática a um fato previamente descrito na norma penal.

A perda alargada, consequência da condenação penal, é efeito secundário ou acessório da sentença condenatória como fato jurídico⁶². Como efeito da condenação, de natureza penal, a perda de bens pressupõe a prática de um fato típico e ilícito.

E, por força do disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa brasileira, ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal, garantindo-se que a imposição do devido processo legitima o ato de coação. Nesta seara, sem o devido processo, destinado a apuração e à prova da prática de um fato típico que haja engendrado o proveito ou provento ao acusado, erige-se a perda ampliada em desconformidade com a ordem constitucional, que se leia, com o devido processo legal.

A exemplo da imprescindibilidade da tipicidade dever ser dirimida à luz do devido processo legal, a redação do artigo 321-6, do Código Penal Francês⁶³ prevê especificamente o crime de não justificação de rendimentos:

Seção 2: Ofensas equiparadas ou semelhantes ao recebimento de bens roubados Artigo 321-6 O fato de não poder provar os recursos correspondentes ao seu estilo de vida ou de não poder provar a origem de um bem possuído, qualquer por manter relações habituais com uma ou mais pessoas que se comprometem com a prática de crimes ou contravenções puníveis com pelo menos cinco anos de prisão e obtendo-lhes um lucro direto ou indireto, ou são vítimas de um destes crimes é punível com três anos de prisão e multa de 75.000 euros. É punido com as mesmas penas facilitar a justificação de recursos fictícios a quem comete crimes ou infrações puníveis com pena mínima de cinco anos de prisão e proporcionar-lhes lucro direto ou indireto (tradução nossa)

⁶⁴.

⁶²NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*, 18ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017. P. 646.

⁶³FRANÇA. *Code Pénal*. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.

⁶⁴Section 2: Des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci Article 321-6 Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.

O dispositivo do Código Penal Francês não se trata de simples opção legislativa de tornar fato típico um instituto que, no Brasil, é efeito secundário da condenação.

Ao estabelecer como crime a posse e propriedade injustificada de bens, o legislador francês permite que o devido processo legal seja exercido de forma plena, no que tange à apuração da suposta origem criminosa dos bens.

O fato da norma francesa condicionar a incidência do tipo ao fato do acusado estar em contato regular com uma ou mais pessoas, que cometam crimes ou contravenções puníveis com pelo menos cinco anos de prisão, e proporcionar-lhes lucro direto ou indireto, revela a preocupação do legislador de somente permitir a condenação diante de um conjunto fático probatório, capaz de, com um mínimo de segurança, demonstrar todo o contexto que comprova a origem criminosa dos bens, algo bem diferente do que se dá na legislação pátria.

4.4. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a Presunção de Inocência

Diante de toda a análise desenvolvida, importante também destacar a orientação favorável da Corte Europeia de Direitos Humanos, à perda alargada.

No caso *Gogitidze and Others v. Georgia* (antiga República soviética), no qual foi a perda alargada enfrentada em cotejo com o artigo 1º do Protocolo adicional nº1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁶⁵ (que assegura a qualquer pessoa singular ou coletiva o direito ao respeito dos seus bens, desautorizando a privação da propriedade, salvo por utilidade pública e nas demais condições legalmente previstas e pelos princípios gerais de direito internacional), a alegação sustentadora da pretensão estatal da perda da propriedade foi exatamente a disparidade entre os rendimentos salariais do acusado (*Gogitidze*), frente aos bens integrantes de seu acervo patrimonial.

A posição decisória da Corte Europeia de Direitos Humanos foi da natureza civil da providência, uma *actio in rem* (*ação de repetição de indébito*), que se insere no *standard* (padrão) europeu de conexão entre a perda de bens e a prática de crimes considerados graves, cuja presunção de inocência não é obstada pela Corte, que entende pela não vulneração de seu regime protetivo, tampouco do artigo 1º do Protocolo nº 1, com o que considerou a inexistência de violações convencionais, tal qual proporcional a medida de perda de bens.

Sobre a questão, merece destaque a decisão da Corte:

Em sua jurisprudência sobre o assunto, o Tribunal não hesitou em reconhecer a proporcionalidade das medidas de confisco, mesmo na ausência de uma condenação que apurasse a culpa do acusado e não exigiu provas além de "dúvidas razoáveis" sobre a origem ilícita dos bens em questão. Também considerou que as medidas de confisco poderiam ser aplicadas não só às pessoas diretamente acusadas dos crimes, mas também aos parentes próximos que foram considerados como possuidores e administrando os bens adquiridos ilegalmente, informalmente ou em qualquer caso sem o necessário boa-fé. (tradução nossa).⁶⁶

⁶⁵UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Gogitidze and Others v. Georgia* (2005), Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ITA%22\],%22appno%22:\[%2236862/05%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-175100%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ITA%22],%22appno%22:[%2236862/05%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-175100%22]}). Acesso em 22 out. 2020.

⁶⁶Nel considerare la proporzionalità, la Corte ha esaminato se la procedura di confisca fosse stata arbitraria. A quel riguardo, essa ha constatato che sulla base delle norme riconosciute a livello internazionale per combattere reati gravi che comportano arricchimento ingiustificato, e dinanzi all'allarmante grado di corruzione, a tutti i livelli, in Georgia, vari organismi internazionali, compreso il Comitato di esperti per la valutazione delle misure anti-riciclaggio

O exame da legitimidade da medida em análise com os regramentos convencionais, foi novamente submetido à Corte Europeia no caso *Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87)⁶⁷, que pronunciou-se por sua legitimidade, com destaque motivador às dificuldades que enfrentou a Itália na luta contra a máfia, na qual a perda de bens constituiria arma eficaz e necessária para o combate do crime organizado, devendo, ainda, prevalecer o interesse coletivo a impedir o uso de bens por criminosos em prejuízo da coletividade.

No que tange ao sistema do *common law* (direito costumeiro), cabe destacar o caso envolvendo o *Drug Trafficking Offenses Act*, de 1994 - (Lei de Crimes de Tráfico de Drogas do Reino Unido). Na seção 50, pune-se a conduta consistente em conduzir ou estar envolvido em qualquer arranjo que vise facilitar a retenção ou posse de fundos de origem ilícita, bem como a fase de integração dos capitais ilícitos. A segunda categoria de infrações, prevista na seção 51 do diploma em comento, criminaliza a aquisição, posse ou utilização de fundos provenientes de tráfico de drogas⁶⁸.

Através do *Drug Trafficking Offenses Act*, seção 24, a perda de bens se baseia no conceito de "modo de vida criminoso" resultado da (i) condenação judicial por uma das infrações enumeradas no Anexo 2 da legislação em referência e (ii) da condenação judicial por qualquer outra infração que faça parte de uma atividade criminosa ou que tenha sido cometida ao longo de um período de pelo menos seis meses e desde que tenha propiciado um lucro igual ou superior a 5000 libras. O modo de vida criminoso permite a perda dos bens do acervo patrimonial no momento do decreto.

O precedente estabelecido no caso *Phillips v. Reino Unido*⁶⁹, no qual debatidos os dispositivos do *Drug Trafficking Offenses Act* de 1994 e a presunção de que os bens do arguido no momento da condenação seriam oriundos da prática de crimes, determinou a não violação ao artigo 6º, nº 1, da Convenção Europeia

e contro il finanziamento del terrorismo (MONEYVAL) del Consiglio d'Europa, avevano raccomandato in più occasioni alle autorità georgiane di adottare misure legislative al fine di assicurare la confisca dei proventi connessi ai reati di corruzione. Le autorità georgiane avevano attuato tali istruzioni con la modifica legislativa del febbraio 2004, conformando quindi la normativa georgiana alle norme internazionali applicabili. Nella sua giurisprudenza in questa materia, la Corte non ha esitato a riconoscere la proporzionalità delle misure di confisca anche in assenza di una condanna che accertasse la colpevolezza degli imputati e non ha richiesto prove oltre ogni "ragionevole dubbio" sull'origine illecita dei beni in questione. Essa ha altresì ritenuto che le misure di confisca potessero essere applicate non solo nei confronti delle persone direttamente accusate dei reati, ma anche nei confronti di quei parenti stretti che si ritenesse possedessero ed amministrassero i beni acquisiti illecitamente, in maniera informale o comunque senza la necessaria buona fede. Tenendo presenti tali considerazioni, la Corte, per analogia, ha ritenuto che i procedimenti civili in rem nel presente caso non potevano essere considerati arbitrari o in violazione della proporzionalità di cui all'articolo 1 del Protocollo no 1. Inoltre, per quanto riguarda il procedimento interno, i ricorrenti sono stati debitamente chiamati a produrre osservazioni scritte e citati a comparire in udienza, e le argomentazioni del pubblico ministero sono state puntualmente esaminate alla luce dei documenti prodotti e della situazione finanziaria dei ricorrenti. Non vi erano elementi nello svolgimento del processo civile in rem che suggerissero che ai ricorrenti fosse stata negata la ragionevole possibilità di esporre le proprie ragioni o che le decisioni dei giudici interni fossero viziate da manifesta arbitrarietà.

⁶⁷UNIÃO EUROPEIA. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87), Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2212954/87%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164379%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2212954/87%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164379%22]}). Acesso em 17 out. 2020.

⁶⁸GODINHO, J. A. F. "Do crime de "branqueamento" de capitais. Introdução e tipicidade", In LIMA, V. de M. "Das Medidas Patrimoniais na Persecução ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista do Ministério Público do RS* n. 71, jan., Porto Alegre, 2012 - abr. 2012. P. 219/220.

⁶⁹UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Phillips v. Reino Unido* (2001), Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016806ebe19>. Acesso em 17 out. 2020.

dos Direitos do Homem⁷⁰, na medida em que seria facultado ao acusado fazer prova da origem lícita.

No tocante à presunção de inocência, entendeu a CEDH sua inaplicabilidade no procedimento previsto no *Drug Trafficking Offenses Act* de 1994. A presunção de que os bens do acusado no momento da condenação são provenientes da prática de crimes, destina-se ao cálculo do montante a ser decretada a perda, não se relacionando à culpabilidade, esta sim, que não permite presunções.

Entende-se que essa não foi a melhor solução, na medida em que o tribunal permitiu que a perda de bens fosse realizada sem o devido processo legal (*due process of law*). Deixou, o tribunal, de reconhecer que o direito à propriedade é um direito natural e, como tal, somente deve ser afetado mediante o devido processo legal (*due process of law*). Em outras palavras, adotando a equivocada premissa de que o direito à propriedade é um direito menor em relação à liberdade de ir e vir, o Tribunal permitiu a inversão do ônus probatório e presunção de origem criminosa, se contentando com a simples existência de possibilidade de o condenado provar a origem lícita.

Tratou, portanto, uma questão de suma importância para o Estado Democrático de Direito (proibição do confisco e tomada de bens do particular sem o devido processo legal), como uma mera questão de direito civil ou comercial, com as consequências típicas desses ramos do direito, que acolhem presunções, inversão de ônus e até mesmo a verdade formal em detrimento da verdade real.

O fato é que não podem prevalecer sanções ao alvedrio de garantias individuais e processuais, por mais que sua retórica se mostre em aparente coadunância com políticas de prevenção à criminalidade.

Os desafios da criminalidade na era globalizada não podem ter como efeito deletério a subversão da dignidade da pessoa humana.

4.5. O modelo colombiano

Em contrapartida ao explanado até este ponto, merece destaque a experiência colombiana que proíbe em sua Constituição Política, artigo 34⁷¹, as penas de desterro, prisão perpétua e confisco, autorizando a declaração judicial de extinção do domínio sobre os bens adquiridos mediante enriquecimento ilícito.

Através da Lei 1708 de 2014⁷², a Colômbia erigiu uma codificação independente destinada à regulação da extinção do domínio, o Código de Extinção do Domínio, que traz definições e normas regentes, bem como (e da forma como deveria perfilar o legislador brasileiro) garantias fundamentais a serem atendidas quando o desiderato for a desconstituição da propriedade.

Os artigos 15 e 16 da referida legislação codificada tratam da extinção do domínio, conceituando-a, no artigo 15, como consequência patrimonial de atividades ilícitas que deterioram gravemente a moral social. O artigo 16, circunstancializa, no número 4, os bens que formem parte de um incremento patrimonial não justificado, porém, somente quando existem elementos de conhecimento que permitam considerar razoavelmente que sua origem sejam atividades ilícitas.

O artigo 152, da Lei 1708 de 2014 regulamenta a carga probatória dos fatos em discussão dentro do processo de extinção do domínio, a saber, não se

⁷⁰UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 16 out. 2020.

⁷¹COLOMBIA. *Constituição*. Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em 17 out. 2020.

⁷²COLOMBIA. *Lei 1708 de 2014*. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686736>. Acesso em 17 out. 2020.

descurando de impô-la à parte que detenha melhores condições de obter meios aptos à referida demonstração.

Ademais, e sem prejuízo de tais disposições, o órgão encarregado das investigações mantém o ônus de identificar, localizar e coletar meios de prova que demonstrem a concorrência de alguma das causas previstas na legislação em comento para a declaração da extinção do domínio e que o afetado pela extinção não seja titular de boa-fé.

A declaração judicial de extinção do direito ao domínio, nos termos do artigo 152, da Lei 1708 de 2014, pode ser proferida quando não alegados meios de prova para a demonstração da oposição do requerido, todavia, sempre com base em meios de prova apresentados pela acusação.

O que deve ser ressaltado da experiência colombiana é que o devido processo legal pode e deve conviver com medidas destinadas a retirar das mãos de agentes criminosos os frutos e proventos de origem ilícita. Não se pode, sob a alegação de ampliação de eficácia da norma penal, criar presunções, inversões de ônus e tratar a presunção de inocência como um obstáculo na busca da paz social e, dessa forma, como um detalhe que pode ser dispensado.

Não será dispensando princípios basilares do sistema acusatório que se vai construir um direito penal eficaz e, sobretudo, democrático. A acusação deve, por mais difícil que esse trabalho possa ser, provar a origem ilícita dos bens, com um mínimo de fundamento. Esse é o preço que todo Estado Democrático de Direito precisa pagar para a duradoura preservação da liberdade.

4.6 - A insurgência no cenário brasileiro

No Brasil, os inconformismos suscitados no cenário jurídico penal, deram ensejo à propositura perante a Corte Constitucional de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, tombada sob o número 6304⁷³, pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), pretendendo ver declarada a inconstitucionalidade do artigo 91-A, do Código Penal, sob o fundamento da criação inconstitucional de uma pena de confisco de bens travestida de efeito da condenação, o que violaria o princípio da personalidade e da individualização da pena (artigo 5º, incisos XLVI e XLV, da Constituição Federal brasileira).

A irresignação manifestada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade versa também a respeito da ampliação inadequada dos poderes do Ministério Público que, à luz do artigo 91-A do Código Penal, aproximar-se-ia de uma investidura de poderes jurisdicionais, em afronta ao preceito do artigo 129, da Constituição Federal.

A referida ação ainda não possui pauta para julgamento no Supremo Tribunal Federal, mas verifica-se que resta instruída com os mesmos elementos aqui discutidos, e que serão, ainda que de forma indireta, tratados pela Corte Constitucional brasileira, em observância aos princípios fundamentais vigentes no país.

4.7 – Tomada de posição

A perda ampliada deve ser avaliada à luz da regra matriz do direito de propriedade, direito natural que, inobstante passível de restrições, não permite prescindir do devido processo legal balizado pelo direito ao silêncio, pela presunção de inocência e seus corolários probatórios, através dos quais assegura-se o respeito aos direitos e garantias constitucionais individuais em sua completude.

⁷³BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Adin 6304*, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em 17 out. 2020.

O processo penal é meio de contenção e de delimitação dos poderes dos órgãos incumbidos da persecução penal⁷⁴.

O princípio do devido processo legal, por sua vez, delineia o modelo para a intervenção punitiva estatal, despontando como garantia das garantias, ou seja, uma punição somente será afligida pelo poder punitivo diante de uma tipicidade a ser apurada em procedimento pautado pelos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

A evolução do modelo liberal estabeleceu regramentos para os procedimentos decisórios, cuja pauta é a legalidade em concomitância com a prioridade aos direitos, liberdades e garantias individuais, em uma adequada concepção equânime de Estado de Justiça⁷⁵.

Ocorre que, na sociedade contemporânea inegavelmente permeada por riscos, a progressiva ampliação dos poderes interventivos estatais incute receio quando sobrevém como embaraço a direitos e garantias constitucionais, de sorte que a espinhosa dualidade liberdade-segurança demanda perscrutar meios para o equilíbrio concreto do binômio e não a supressão da essência garantista em prol da segurança individual e coletiva, como se fossem as prerrogativas constitucionais impeditivas da eficiência estatal na luta contra a criminalidade, nos moldes defendidos por Robert Alexy⁷⁶.

O que se desvela é o desvirtuamento de direitos e garantias fundamentais do homem, enquanto cidadão que integra uma determinada sociedade, que somente alcançam sentido quando se pensa em limite ao poder estatal⁷⁷.

Destarte, inegável que os contornos da presunção de inocência, imanentes à dignidade da pessoa humana, estão vocacionados à segurança jurídica, isto é, a acautelar o cidadão do exercício arbitrário do poder punitivo.

Desse modo, o direito fundamental de ser presumido inocente, com toda a amplitude conferida pelo texto constitucional, seja como norma de tratamento, seja como norma probatória, seja como norma de juízo⁷⁸, torna inadmissíveis as pretensões legislativas de flexibilização do conteúdo, da extensão ou dos seus efeitos, desautorizando as presunções em acusações penais, uma vez que jamais podem ser intuídas, requerendo provas, cujo ônus incumbe, exclusivamente, ao acusador⁷⁹.

A prevalecer a denominada perda ampliada na forma vigente, isto é, sem o devido processo que apure a ocorrência de uma ação criminosa e sua correlação com o patrimônio localizado, permite-se até mesmo a perda de bens lícitos, simplesmente pelo exercício do direito ao silêncio e pela existência de uma condenação criminal, ainda que sem qualquer relação com o patrimônio auferido.

Basta pensar na situação em que o condenado realizou uma atividade plenamente lícita (prestação de serviços gerais, por exemplo), mas não declarou essa informação para as autoridades tributárias e não recolheu os tributos devidos. Nessa situação, não se poderia impor a perda de propriedade, uma vez que a não declaração e ausência de recolhimento de tributos impõem apenas penalidades previstas pela legislação tributária (multa e tributos não devidos).

⁷⁴BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. HC nº 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 13 ago. 1996.

⁷⁵PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal de Direitos Universais. Tipo, Tipicidade, e Bem Jurídico Universal*, Quartier Latin, São Paulo, 2008. P. 37.

⁷⁶ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015. P. 93/94.

⁷⁷LINHARES, S. C. "Os limites do confisco alargado", *RJLB*, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1747. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em 14 out. 2020. P. 1747.

⁷⁸BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, ADC 43/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07 nov. 2019.

⁷⁹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, HC nº 88.875/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgamento: 12 mar. 2012.

Esbarra, aqui, a perda ampliada de bens na viga mestra do direito penal, a tipicidade. Em outras palavras, na adequação de um fato a um tipo penal no bojo do devido processo. Neste quadrante, a circunstância de alguém meramente ostentar patrimônio sem lastro oficial, não pode justificar, só por si, a formulação de qualquer juízo condenatório fundado numa inaceitável presunção de culpa. Impõe-se, sob pena de inconstitucionalidade, que a prova da ilicitude originária do patrimônio que se pretenda decretar o perdimento, esteja a cargo do órgão acusatório, nos autos do processo legal.

Outrossim, como não reputar que restou desautorizado o permissivo constitucional ao silêncio, na perda ampliada de bens, quando o acusado silente for sancionado com o perdimento? Assim, a conclusão que se deve alcançar é de que procedimental disposição do artigo 91-A, do Código Penal brasileiro, retrocede a um modelo autoritário onde, no regime brasileiro, vigorava a obrigação do acusado provar a sua própria inocência, tal qual dispunha o Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5⁸⁰.

A guisa do exposto, não somente os aspectos concernentes ao direito de propriedade, presunção de inocência e direito ao silêncio se mostram vulnerados na forma pela qual a perda de bens vem delineada pelo artigo 91-A do Código Penal, visto que não se admite responsabilidade criminal por mera suspeita⁸¹.

Neste sentido, resta a advertência jurisprudencial de que “sem base probatória consistente, dados conjecturais não se revestem, em sede penal, de idoneidade jurídica, quer para efeito de formulação de imputação penal, quer, com maior razão, para fins de prolação de juízo condenatório”⁸².

Celso de Mello⁸³, ao tratar sobre a Corte Constitucional brasileira e seu papel de proteção e defesa das liberdades fundamentais, já afirmara:

[...] os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.

5– Conclusão

O artigo se propôs, através do método lógico-dedutivo, tendo como ponto de partida revisão bibliográfica nacional e estrangeira e seu cotejo com precedentes jurisprudenciais internos e dos tribunais alienígenas, analisar a compatibilidade do regime de perda alargada de bens insculpida no artigo 91-A do Código Penal Brasileiro (introduzido na ordem jurídica pátria pelo chamado pacote anticrime, Lei Federal nº 13.964/2019) com os princípios fundamentais de processo penal, especialmente o devido processo legal, a presunção de inocência e o direito ao silêncio.

⁸⁰BRASIL. *Decreto-lei nº 88, de 20/12/37*, Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 13 out 2020.

⁸¹BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento 18 set. 2018 e BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. HC 88.875/AM*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.

⁸²BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento 18 set. 2018.

⁸³BRASIL, *Supremo Tribunal Federal, ADC 43/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 07 nov. 2019.

Partindo da propriedade privada como direito natural, espécie de liberdade individual e limite objetivo do poder estatal, investigou-se os meandros da perda ampliada de bens, que não pode ser tida como confisco (vedado no arcabouço jurídico nos termos preconizados no artigo 243, da Constituição Federal), concluindo-se por sua inadequação ao modelo constitucional brasileiro, na medida em que viola o devido processo legal (*due process of law*), especialmente o direito ao silêncio e presunção de inocência.

O exame da legislação pátria viabilizou estabelecer que, em nosso Estado Democrático de Direito, a propriedade privada, com exceção do cumprimento da função social, somente pode ser desconstituída em duas hipóteses, sendo a primeira, consistente na garantia do bem comum, com as reservas da proporcionalidade e do respeito à devida compensação financeira e, ainda, diante de vício na obtenção do direito à propriedade, razões pelas quais não se pode renunciar do devido processo legal balizado pelo direito ao silêncio, pela presunção de inocência e seus corolários probatórios (ônus da prova acusatório e *in dubio pro reo*), sob pena de ofensa ao pilar da dignidade da pessoa humana.

À Constituição Federal cumpre a enunciar um determinado direito, bem como fazer incidir sobre ele uma norma que diminua o seu alcance inicial. Todavia, no caso da perda ampliada de bens, inobstante seu objetivo preventivo de obstar o reinvestimento de lucros ilícitos, é forçoso que se proceda sua adaptação, ao ensejo de conformidade com o devido processo penal constitucional. Isso porque, busca a norma legal, conforme foi possível verificar no comparativo entre a legislação, a doutrina e a jurisprudências pátrias, frente à experiência internacional, que, diante de uma condenação, proceda-se a um balanço do patrimônio e dos rendimentos lícitos, presumindo-se a ilicitude do excedente, facultando ao condenado desconstituir a perda ampliada, mediante a prova da licitude dos bens, sem necessidade de relação com o conteúdo apurado no bojo do respectivo processo.

Impende, pois, consignar impositivo, diante do cotejo do texto legal infraconstitucional com a Constituição Federal, a necessidade de limitação temporal do balanço patrimonial, não se mostrando admissível que todo e qualquer patrimônio do condenado seja objeto da perda ampliada.

Através do estudo do direito comparado foi possível encontrar pontos de semelhança entre a legislação interna e a estrangeira, especialmente com a legislação portuguesa e com a legislação espanhola, assim como modelos que podem servir de inspiração para modificações legislativas futuras, tais quais os modelos colombiano e francês.

De fato, através do instrumental erigido pela legislação estrangeira, especialmente a Lei colombiana número 1708 de 2014, que assegurou uma codificação independente destinada à regulação da extinção do domínio (Código de Extinção do Domínio), entrevê-se mister que no Brasil se estabeleça, através da via processual contraditória prévia, a apuração de uma conduta típica de estrita relação com o patrimônio a ser declarado perdido.

O cotejo entre os princípios constitucionais da presunção de inocência e do direito ao silêncio, na ordem de valores pátria, proporcionou profundas reflexões no que toca ao desrespeito à cláusula do devido processo legal (*due process of law*), mormente diante da presunção de ilicitude patrimonial desprovida de lastro quanto à origem.

Nesta senda, já ascenderam nos tribunais brasileiros objeções, como as espelhadas na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade número 6304, da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), cujo cerne é a declaração de inconstitucionalidade do artigo 91-A, do Código Penal, iluminada pelo entendimento de que citado dispositivo cria uma pena de confisco disfarçada, não obstante inaugurar um indevido procedimento ampliatório dos poderes investigativos do Ministério Público em desacordo com as atividades institucionais do órgão estatuídas pela Constituição Federal brasileira (artigos 127 a 129).

Por todo o explanado, foi possível constatar a vulneração ao direito de propriedade, à presunção de inocência e do direito ao silêncio, impingidas pela perda de bens delineada no atual artigo 91-A, do Código Penal, seja no aspecto material, seja no aspecto processual.

6 – Referências Bibliográficas

- ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2 ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.
- BARBOSA, A. "A propriedade em Locke". *Jus Navegandi*, n. 869, 2005, Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7601>>, Acesso em: 28 out. 2016.
- BECKER, G. S. "Crime and Punishment: An Economic Approach", IN: BECKER, G, S.; LANDES, W. M. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, NBER, Chicago, 1974, P. 1-54.
- BECK, U. *Sociedade de Risco – Rumo a uma outra modernidade*, 1 ed. Trad. Sebastião Nascimento, Editora 34, São Paulo, 2010.
- BENTO, R. A. "O dogma constitucional da presunção de inocência". IN: SILVA, M. A. M. (coord.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- BEZERRA, R. T. *Limite do Princípio da Presunção de Inocência. Sobre os riscos de manipulação ideológica do discurso jurídico gerando impunidades*, Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- BODIN, J. *Os Seis Livros da República*. Tradução José Carlos Orsi Morel, Ícone Editora Ltda, São Paulo, 2011.
- BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, ADI 6304*, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, ADC 43/DF*, Relator: Min. Marco Aurélio, Julgamento: 07 nov. 2019.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, RE 638491*, Tribunal Pleno, Rel. Luiz Fux, Julgamento: 17 mai. 2017.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC 95.290/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 01 mar. 2011.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgamento: 13 ago. 1996.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC 88.875/AM*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 07 dez. 2010.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 73.338/RJ*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 13 ago. 1996.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, Ação Penal 1018*, Relator Min. Edson Fachin, Julgamento: 18 set. 2018.
- _____. *Supremo Tribunal Federal, HC nº 68.929-9/SP*, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 22 out. 1991.
- _____. *Decreto-lei 2.848/1940*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 22 out. 2020.
- _____. *Decreto-lei nº 88, de 20/12/37*, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-88-20-dezembro-1937-350832-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 13 out. 2020.

- _____. *Lei 13.964 de 2019*, Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 17 jan. 2021.
- _____. *Código Penal Brasileiro*, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 17 jan. 2021.
- CAEIRO, P. "Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em Especial, os Procedimentos de Confisco e a Criminalização do Enriquecimento "Ilícito")", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 100, v. 21, 2013. p. 454-501.
- CANOTILHO, J. J. G. *Comentários a Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2018.
- CARVALHO, S. de. *Anti-manual de Criminologia*, 2ª ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- CUNHA JR., D. da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. JusPodivm, Salvador, 2013.
- COLÔMBIA, *Constituição*, Disponível em: <https://siteal.iiep.unesco.org/pt/bdnp/193/constitucion-politica-republica-colombia>. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Lei 1708 de 2014*, Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686736>. Acesso em 17 out. 2020.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Virginia Bill of Rights*, de 12 de junho de 1776. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html>. Acesso em: 21 mar. 2017.
- _____. Supreme Court of The United States of America, *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005).
- _____. Supreme Court of The United States of America, *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- _____. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portuques/c.convencao_america.htm. Acesso em 17 out. 2020.
- _____. *Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Zegarra Marín Vs. Peru*, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_331_esp.pdf. Acesso em 16 out. 2020.
- ESPANHA. *Código Penal Espanhol*, Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em 06 out. 2020.
- FOUCAULT, M. *Vigiar e Punir: nascimento da pena de prisão*, Trad. Lígia M. Pondé Vassalo, Vozes, Petrópolis, 1977.
- FRANÇA. *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*, 26 de agosto de 1789, Disponível em: < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> >. Acesso em: 21 dez. 2016.

- _____. *Code Pénal*, Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719. Acesso em 16 out. 2020.
- FERRAJOLI, L. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*, 4ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D. *A Cidade Antiga*, Tradução Frederico Ozanam Pessoa de Barros, EDAMERIS, São Paulo, 1961.
- GODINHO, J. A. F. "Do crime de "branqueamento" de capitais. Introdução e tipicidade", In LIMA, V. de M. "Das Medidas Patrimoniais na Persecução ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista do Ministério Público do RS* n. 71, jan., Porto Alegre, 2012 – abr. 2012.
- GOMES FILHO, A. M. "Significados da Presunção de Inocência". In: COSTA, J. de F.; SILVA, M. A. M. da (coords.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
- HAYEK, F. *The Constitution of Liberty*, 1ª Ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- ITÁLIA. *Decreto Legislativo 159 de 2011*, com modificações da Lei 17 de 2017. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2011-09-06;159>. Acesso em 06 out. 2020.
- LINHARES, S. C. "Os limites do confisco alargado", *RJLB*, Ano 5 (2019), nº 2, p. 1747. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/2/2019_02_1731_1803.pdf. Acesso em 14 out. 2020.
- LOCKE, J. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil - Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil - e outros escritos*, 1ª Ed, Vozes, Petrópolis, 1994.
- MARQUES, J. F. "Confisco de Bens por Enriquecimento Ilícito", *Revista de Direito Público*, Ano III, vol 9, Rio de Janeiro, 1969.
- MULLER, F. *Die Positivitat der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechts-dogmati*, 1ª Ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1969.
- NUCCI, G. de S. *Código Penal Comentado*, 18ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- NUNES, D. A. R. "Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco "alargado" de vantagens provenientes da prática de crimes. Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional", *Julgar online*, fevereiro de 2017.
- PEREIRA, C. J. L. *Proteção Jurídico-Penal de Direitos Universais. Tipo, Tipicidade, e Bem Jurídico Universal*, Quartier Latin, São Paulo, 2008.
- PIOVESAN, F.; FACHIN, M. G. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- PORTUGAL. *Lei 05 de 2002*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1. Acesso em 05 out. 2020.
- _____. *Tribunal Constitucional. Ac. Tribunal Constitucional nº101/2015*, in *DR, II Série de 26-03-2015 e Acórdão n.º 392/2015 do Tribunal Constitucional*, Diário da República n.º 186/2015, Série II de 2015-09. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150101.html> e

- <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150392.html>. Acesso em 05 out. 2020
- POSNER, R. A. *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1983.
- SILVA, V. A. da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª Ed. Malheiros, São Paulo, 2014.
- SIMÕES, E. D.; TRINDADE, J. L. F. "Recuperação de activos: da perda ampliada à *actio in rem*, virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves", *Revista Julgar on line*, 2009. Disponível em: www.julgar.pt. Acesso em 11 out. 2020.
- TOCQUEVILLE, A. de. *O Antigo Regime e a Revolução*, 2 ed. Tradução: Rosemary Costhek Abílio, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2014/42/EU*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0042>, Acesso em 04 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos. Funke vs França* (1992), Disponível em: Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57809%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57809%22]}). Acesso em 07 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Saunders v. Reino Unido* (1996), Disponível em: Disponível em: http://seafarersrights.org/legal_database/saunders-v-united-kingdom-1996-echr-series-a-no-6/. Acesso em 07 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Gogitidze and Others v. Georgia* (2005), Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22ITA%22\],%22appno%22:\[%2236862/05%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-175100%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22ITA%22],%22appno%22:[%2236862/05%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-175100%22]}). Acesso em 22 out. 2020.
-
- _____. *Corte Europeia de Direitos Humanos, Raimondo v. Itália* (Sentença 12954/87), Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22appno%22:\[%2212954/87%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-164379%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22appno%22:[%2212954/87%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-164379%22]}). Acesso em 17 out. 2020.
-
- _____. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos, Phillips v. Reino Unido* (2001) , Disponível em: <https://rm.coe.int/09000016806ebe19>. Acesso em 17 out. 2020.
-
- _____. *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 16 out. 2020.
- ZAFFARONI, R. E. *Doutrina Penal Nazista: A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945*, 1 ed, Trad. Rodrigo Murad do Prado, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019.

O papel das condutas alternativas para o direito penal no âmbito dos delitos culposos: análise do nexo jurídico entre a infração de um dever e o seu resultado

The role of criminal law alternative conducts for the involuntary action: the legal analysis between the infringement of a duty and your result

Rodrigo Sánchez Rios¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Sumário: 1. Introdução; 2. Suporte teórico: dos juízos hipotéticos à perspectiva normativa; 2.1. A teoria da evitabilidade; 2.2. A teoria do incremento do risco; 3. O âmbito de proteção da norma e sua relevância no âmbito da imputação dos delitos imprudentes; 4. Conclusões finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: O artigo teve por objetivo analisar a utilidade dos juízos hipotéticos, e das chamadas condutas alternativas conforme o Direito para a atribuição da responsabilidade em Direito penal, sobretudo nos delitos negligentes. A partir de um levantamento dos principais casos discutidos pelos tribunais alemães, a saber, do ciclista, dos pelos de cabra, do farmacêutico e da novocaína. Estes casos se apresentam como referência para uma possível contribuição de adequação da tradicional Teoria da Evitabilidade, e dos seus critérios de incremento do risco e do fim da proteção de norma no marco da Teoria da Imputação Objetiva. Conclui-se com um balanço dos aportes essenciais e das principais críticas a cada uma delas, de forma a viabilizar soluções mais calculáveis e previsíveis no âmbito de Direito penal político-criminalmente orientado.

Palavras-chave: Causalidade; Evitabilidade; Incremento do Risco; proteção da norma; Imputação objetiva.

Abstract: The article aims to analyze the hypothetical judgments usefulness and the criminal law alternative conducts and the duty over the involuntary action, especially the negligently. The research begin in the main cases discuss by the German Courts, for example, the cyclist, the goat hair, the pharmacist and novocaine. These cases are presented as a reference for a possible contribution to permit a eventual adecuacion of the traditional Theory of Avoidability, beside that it's discription for a development about the risk and the end of the norm's protection, and having the Objective Imputation Theory's as a guide. Lastly, it is concluded with a balance of the essential contributions and the main critical thoughts for each of them, with the intention of enable calculable and predictable solutions for the Criminal Law as a politically-criminally orientation.

Keywords: Causality; Avoidability; Risk Increase; normative protection; Objective Imputation.

¹ Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma Tre, "La Sapienza", Itália. Professor de Direito Penal da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogado penalista.

1. Introdução

No marco da reflexão sobre o papel desempenhado pelo critério da confiança nos delitos culposos, sobretudo na configuração do risco permitido, surgem naturalmente outras inquietações de cunho dogmático, em especial quanto a atribuição decorrente da infração de um dever. Nos argumentos levantados naquele espaço teórico, buscou-se definir os limites entre o risco permitido e proibido, e sua relevância em relação ao comportamento de terceiros, sob a perspectiva eminentemente normativa conferida pela teoria da imputação objetiva. Isto além de verificar a recepção de seus pressupostos pelos tribunais pátrios².

A relevância prática deste campo de análise é evidente. Situações decorrentes das atividades da construção civil, do atendimento médico, do tráfego viário e das relações de consumo – apenas para citar alguns exemplos mais corriqueiros – desafiavam os pressupostos outrora delineados pela teoria finalista. Como é sabido, a concepção ontológica da ação não apresentou resposta satisfatória para os delitos de infração de dever, a saber, principalmente, os culposos e os omissivos impróprios³. A presença exclusiva da causalidade, sem critérios normativos orientados a sua correção jurídica, não raramente acarretava excessos de responsabilidade penal, repercutindo em decisões judiciais eivadas de reprovável ecletismo metodológico. Basta lembrar que a acolhida ao critério da confiança por parte dos tribunais superiores deu-se apenas no ano de 2006⁴.

Ao incursionar nas limitações do postulado da confiança, deparou-se com situações nas quais a solução apenas poderia ser verificada sob uma perspectiva *ex-post*. No caso do condutor embriagado que se envolve em um acidente em razão de um outro motorista não respeitar seu direito de preferência, sendo que tal incidente não poderia ter sido evitado mesmo em situação de sobriedade, a isenção de responsabilidade do primeiro fica evidente, sob pena de, em se aplicando uma sanção penal, incorrer no inadmissível princípio do *versari in re illicita*⁵. Deste modo, revela-se a importância da conduta alternativa conforme ao Direito, englobando condutas não abrangidas *prima facie* na esfera da criação do risco, cujas preocupações estão adstritas a uma ponderação *ex ante*.

De um singelo levantamento bibliográfico da literatura penal, é possível extrair um conjunto de casos indispensáveis para o deslinde de tal discussão no marco da realização do risco no resultado. Pela sua notória divulgação, tais casos se tornaram verdadeiros *clássicos* debatidos pela teoria da imputação objetiva⁶, sendo

²SANCHEZ RIOS, R. "Limites a aplicação do princípio da confiança e sua repercussão na jurisprudência", In: *Direito, Justiça e Sociedade: estudos em homenagem a criação da escola judicial do Paraná*, Editora Clássica, Curitiba, 2021, pp. 1069 e ss.

³ROXIN, C. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Veja, Lisboa, 1986, pp. 235 e ss.

⁴SIQUEIRA, F. *O Princípio da confiança no Direito Penal*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2016, p. 64.

⁵ROXIN, C. *Derecho Penal* - tomo I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 1005 e ss.

⁶MARTINEZ ESCAMILLA, M. "Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?", In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994, pp. 103 e ss.

eles: o caso do ciclista⁷, dos pinceis de pelo de cabra⁸, do farmacêutico⁹ e da novocaína¹⁰. Mesmo diante de tais casos terem sido enfrentados pelos tribunais alemães na primeira metade do século passado na seara dos delitos imprudentes, sua atualidade permanece indiscutível, conforme atesta o estudo monográfico específico de Carolina Bolea Bardon^{11 12}, apontando novas situações fáticas exigentes, *cum granum salis*, de um refinamento teórico apto a esclarecer, para além da causalidade, um nexó específico entre a violação de dever de cuidado e o resultado. Não é por outra razão a legitimidade da indagação proposta por Antônio Brito Neves ao reiterar o valor pragmático dos percursos causais hipotéticos na aferição da tipicidade objetiva¹³. Depreende-se, *ab initio*, parâmetros capazes de afastar a incidência da imputação objetiva, impeditivos da atribuição de um resultado.

Portanto, e a título de introdução, torna-se imprescindível um percurso histórico sobre as teorias acerca da relevância de um juízo hipotético de imputação para delimitar os contornos do comportamento alternativo conforme o Direito. Apenas desta forma poder-se-á avaliar os méritos e insuficiências de cada uma delas para funcionar como critério norteador aos problemas da realidade contemporânea. Não é por demais frisar, também, as implicações de natureza processual da solução do caso concreto partindo de uma perspectiva *ex post*, significando, ao mesmo tempo, a apresentação no enunciado do artigo 156 da lei penal adjetiva, por parte da defesa, de uma carga probatória capaz de ensejar o afastamento em uma decisão de mérito – pela falta de nexó específico entre a violação do dever de cuidado e o resultado – do tipo objetivo respectivo.

⁷Caso do Ciclista (1957): “O condutor de um caminhão resolveu ultrapassar um ciclista e, ao fazê-lo, não guardou a distância mínima de separação imposta pelo Código da Estrada. Durante a ultrapassagem, o ciclista que estava embriagado, guinou a bicicleta para a esquerda devido a uma inesperada reação provocada pelo álcool, caiu debaixo das rodas traseiras do caminhão que neste momento lhe passava ao lado e morreu em consequência do acidente. Comprovou-se que o acidente ter-se-ia sempre produzido, bem assim como seu fatal desenlace mesmo que o condutor do caminhão tivesse mantido uma separação suficiente ao efetuar a ultrapassagem”. In: ROXIN, C. *Violação do dever...*, *Op. Cit.*, p. 235.

⁸Caso dos pinceis de pelo de cabra (1929): “Um industrial entrega a suas empregadas pelos de cabra provenientes da China para serem utilizados na fábrica de pinceis. Apesar de o fornecedor ter avisado de que os pelos precisavam de ser desinfetados, o fabricante ignorou a advertência, não tomando qualquer cuidado, várias operárias morreram. No decorrer do julgamento, foi afirmado por peritos que nenhum dos desinfetantes conhecidos poderia garantir a eliminação de todos os bacilos, da espécie que provocou a morte das vítimas”. In: CURADO NEVES, J. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 320.

⁹Caso do Farmacêutico (1887): “Uma receita médica autorizou um farmacêutico a vender de uma só vez determinado medicamento composto por fósforo; contudo, este medicamento voltou a ser fornecido pelo farmacêutico algumas vezes mais, embora sem consulta prévia do médico, porque tal lhe sido pedido pela mãe da criança doente. A criança veio a morrer por envenenamento devido ao fósforo, embora se tenha depois averiguado que o médico, caso tivesse sido consultado autorizaria o mesmo tratamento”. In: ROXIN, C. *Violação do Dever...*, *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁰Caso da Novocaína (1926): Um médico emprega cocaína para realizar uma anestesia local em uma criança, ao invés de utilizar novocaína como exigia a *lex artis*. Em consequência da injeção ministrada, o paciente veio a falecer. Posteriormente, constatou-se que, em razão de sua posição física desfavorável, inclusive a novocaína teria provocado o mesmo resultado fatal. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho*: de la causalidad a la imputación objetiva, BdeF, Buenos Aires, 2021, p. 08.

¹¹BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa e imputación del resultado*. Barcelona: Atelier Editorial, 2020, pp. 15 e ss.

¹²Anteriormente, da mesma autora acima citada vide o estudo específico: Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión. In: BOLEA BARDON, C. *Estudios de Derecho Penal*: Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig, BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 459 e ss.

¹³BRITO NEVES, A. “Notas sobre comportamento lícito alternativo”, In: *Livro em memória do Prof. Dr. João Curado Neves*, AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 130 e ss.

2. Suporte teórico: dos juízos hipotéticos à perspectiva normativa

Há quase seis decênios, Claus Roxin refletia em torno da problemática oriunda da jurisprudência alemã relativa a situações que demandavam um esforço dogmático visando um consenso de critérios claros e unitários de forma a harmonizar fundamentos discrepantes refletidos a partir da teoria da causalidade. Dos quatro clássicos casos, nomeadamente o do ciclista, do farmacêutico, do pelo de cabra e da novocaína, já se extraíam três aspectos comuns: a) a atuação incorreta do autor; b) a lesão ao bem jurídico; e, c) a possibilidade da produção do igual resultado mesmo diante de uma atuação irrepreensível do agente¹⁴. Naquelas hipóteses, doutrina e jurisprudência vacilavam em decisões não uniformes, fosse para absolver fosse para condenar um acusado em um crime imprudente.

As primeiras tratativas para encontrar uma resposta satisfatória advieram a partir do marco do elemento típico da relação de causalidade, seja na perspectiva de um delito de ação ou de omissão¹⁵. Ao se considerar delitos de ação, poder-se-ia negar a relação de causalidade e, conseqüentemente, a negação da responsabilidade penal, aplicando-se a fórmula da conditio *sine qua non*, a depender da robustez exigida da conduta alternativa. Por outro lado, ao se tratar de condutas omissivas, a solução seria da absolvição em todos os casos. Como leciona Claus Roxin: *"apenas se pode imputar uma omissão se a realização de ação requerida tiver impedido o resultado com uma probabilidade quase segura; nessas quatro situações haveria que negar a tipicidade, dado que, em tais casos, de uma maneira ou de outra, o dano ter-se-ia produzido com maior ou menor probabilidade"*¹⁶.

Certamente, a depender do caso concreto, a distinção entre o comportamento comissivo e omissivo^{17 18} é indispensável para uma solução na qual se afirme ou se negue a responsabilidade. E tanto a resposta pela ausência de causalidade ou da quase-causalidade acabariam conferindo conclusões parciais e insuficientes ao julgamento do autor do delito culposos.

João Curado Neves apontou um consenso, na grande maioria dos autores de língua alemã, no sentido de atribuir relevância ao comportamento hipotético do autor em um crime imprudente. Essa assertiva não encontraria respaldo nos crimes dolosos, onde haveria uma exígua discussão em torno de sua incidência. E aquela relevância, nos delitos culposos, estaria traduzida em não se imputar um evento ao autor de um fato típico caso se constatasse que seu comportamento correto teria provocado igualmente o resultado danoso¹⁹.

Em matéria de cursos causais hipotéticos, em especial às concernentes as condutas alternativas conforme o Direito, e objetivando como problema central a constatação de um vínculo jurídico entre a infração de um dever e o resultado, duas teorias têm concorrido para demonstrar (ou não) sua relevância circunscrita à esfera da tipicidade objetiva. Trata-se da teoria da evitabilidade e da teoria do incremento do risco.

2.1. A Teoria da evitabilidade

É possível se extrair das discussões iniciais dos tribunais alemães e dos estudos doutrinários preocupados com suas consequências que, diante de um resultado causado por uma conduta imprudente, um critério adicional seria necessário para a atribuição da responsabilidade – critério este vinculado na relação

¹⁴ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.*, p. 236.

¹⁵GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op.Cit.*, p. 37.

¹⁶ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.* p. 238.

¹⁷Juarez Tavares a respeito dos critérios de distinção entre a ação e omissão. In: TAVARES, J. *Teoria dos crimes omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 283 e ss.

¹⁸Na mesma linha explicou Jesús-María Silva Sánchez. In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. *El delito de omisión*, BdeF, Buenos Aires, 2010, pp. 201 e ss.

¹⁹CURADO NEVES, J. *Op. Cit.*, p. 195.

existente entre o resultado e a precedente violação de um dever, além da causalidade em sentido natural²⁰. Quanto aos primeiros intentos elucidativos da controvérsia dos cursos causais hipotéticos, é indiscutível terem sido gestados no cerne da teoria da equivalência das condições²¹.

Todavia, demandava-se um raciocínio complementar à causalidade naturalística, consubstanciado em um postulado jurídico. E neste último ponto vislumbrava-se, já na época²², o problema central acerca da possível impunidade fundada em cursos hipotéticos, segundo os quais, com uma segurança próxima aos limites da certeza, manter-se-ia o resultado mesmo diante de uma conduta alternativa correta. Somente a partir desse silogismo seria possível distinguir o contingente do necessário para eventual condenação ou absolvição²³. Desse modo, se o resultado se produzisse diante de uma conduta hipotética fundada no Direito, mesmo com a infração do dever, poder-se-ia ser considerado meramente accidental. Sob outro prisma, em não sendo possível verificar o resultado como decorrência da conduta alternativa, a violação do dever seria, portanto, determinante para o resultado. Em termos objetivos: no tocante às condutas imprudentes, deve sempre se auferir inicialmente estar-se diante de uma situação accidental ou de outra digna de responsabilidade penal.

Não se desconhece a produção teórica focada na crítica à ideia de causalidade e a fórmula da *conditio sine qua non* como princípio de validade geral para a atribuição de um resultado típico^{24 25}. Perante os crimes omissivos, nos quais não se constatava *a priori* uma causalidade natural, a doutrina se dedicou a investigar outros critérios aptos a englobar a generalidade de figuras típicas previstas na legislação^{26 27 28}. Nesse marco, com o escopo de gestar uma teoria jurídica da imputação, as questões naturalísticas ficariam relegadas a um plano secundário, emergindo a orientação segundo a qual a responsabilidade deveria ser buscada no sentido e na finalidade das normas penais. Tais contornos dão ensejo a concepção do princípio da *evitabilidade*, pelo qual um resultado só poderia ser imputado a alguém se este não o evita diante das exigências próprias do Direito^{29 30}.

Em pesquisa monográfica sobre o tema, Enrique Gimbernat Ordeig sintetiza a ideia de *evitabilidade* quando, na hipótese de um autor imprudente ter causado uma lesão típica, a este não poderá lhe ser imputado se o comportamento alternativo conforme o Direito tivesse produzido o mesmo resultado³¹. Desde sua versão inicial, várias vertentes pugnaram pela ausência de responsabilidade penal diante de uma

²⁰BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 45.

²¹REYES ALVARADO, Y. *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 2005, pp. 240 e ss.

²²REYES ALVARADO, Y. *Idem*.

²³GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 9 e ss.

²⁴OTTO, H. *Manual de Derecho Penal: Teoria general del Derecho Penal*, Atelier Editorial, Barcelona, 2017, pp. 105 e ss.

²⁵Sobre a relação de causalidade no Direito Penal no Brasil tratou Ronan Rocha. In: ROCHA, R. *A relação de causalidade no Direito Penal*, D'Placido, Belo Horizonte, 2017, pp. 44 e ss.

²⁶Na literatura penal pátria a respeito da causalidade nos crimes omissivos vide o trabalho pioneiro de Alcides Munhoz Netto. In: MUNHOZ NETTO, A. *Os crimes omissivos no Brasil*, UFPR, Curitiba, 1982, p.16 e ss.

²⁷Na esteira, também tratou sobre o tema Juarez Tavares. In: TAVARES, J. *Op. Cit.*, p. 359.

²⁸E mais recente, sobre o tema, Victor Costa. In: COSTA, V. *Crimes Omissivos impróprios*, Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2017, pp. 194 e ss.

²⁹Em especial referência a teoria da Evitabilidade de Hardwig e Kahrs, conferir João Curado Neves. Segundo Curado Neves esses autores "propõem que a imputação do resultado tenha por base um conceito de causa exclusivamente jurídico. Este conceito encontra-se na evitabilidade: o agente não evitou a verificação do evento, quando tal lhe era possível e a isso estava obrigado, quer pela existência de uma posição de garante (nos crimes omissivos), quer por violar uma proibição de provocar o resultado (nos crimes comissivos)". In: CURADO NEVES, J. *Op. Cit.*, pp. 261-262.

³⁰Em igual sentido vide Luis Greco. In: GRECO, L. *La teoria de la imputación Objetiva*, Una introducción, Zela Editorial, Puno, 2021, pp. 52-60.

³¹GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 15.

conduta ajustada ao Direito conduzir a idêntico desfecho. A diferença repousa no grau de certeza exigido por cada uma para a consecução da mesma finalidade.

Dignas de destaque são seus corolários da evitabilidade *estrita, ampla e extrema*. Quanto a primeira, decorrente da concepção registrada inicialmente pelo *Reichsgericht*^{32 33}, uma absolvição seria viável somente quando o comportamento correto acarretasse o mesmo resultado com segurança ou com uma probabilidade fronteiriça à certeza³⁴. A segunda vertente, dominante doutrinariamente, principalmente a partir do caso do ciclista, diminuiu a exigência da probabilidade do curso hipotético, não mais para uma probabilidade próxima à certeza, mas sim diante da concorrência de uma alta probabilidade da produção de igual resultado^{35 36 37}. Por fim, em sua versão *extrema* e minoritária, se demanda, no curso hipotético, segurança entre o comportamento alternativo correto e a *não* produção do resultado, levando as últimas consequências o princípio do *in dubio pro reo*. Essa última postura recebe severas críticas ao propalar uma ampla irresponsabilidade. Para absolver um acusado bastaria uma mínima dúvida de que a conduta alternativa correta tivesse causado o mesmo resultado³⁸.

Entre as críticas doutrinárias opostas às vertentes da teoria da *evitabilidade*, uma delas adquiriu um perfil homogêneo e central: qual deveria ser o grau de probabilidade requerido para a avaliação dos juízos hipotéticos das condutas lícitas alternativas como fator de isenção de responsabilidade penal³⁹. Evidentemente, partindo de uma suposição lógica, não se pode exigir certeza ou segurança a respeito do curso de determinados acontecimentos hipotéticos, pois notoriamente um juízo valorativo está para além da causalidade natural. O curso causal hipotético não coloca em dúvida a causalidade da atuação do agente.

Não se ignoram as consequências advindas de uma discussão a respeito da probabilidade exigida por cada uma das correntes, em especial a inversão da carga probatória referente a caracterização do juízo hipotético, afetando o princípio do *in dubio pro reo*^{40 41}. De fato, adotando-se os postulados da teoria da evitabilidade, poder-se-ia chegar a conclusões tanto no sentido de absolver quanto de condenar, a depender da formulação da pergunta acerca da conduta hipotética. A absolvição condicionada à exigência da demonstração de que o comportamento alternativo teria evitado o resultado com segurança plena ou próxima a certeza seria, *mutatis mutandis*, equivalente à prova de que a conduta correta produziria o mesmo resultado com idêntica certeza⁴². Em outras palavras: tanto a produção como a evitação do resultado seriam equivalentes, restando este raciocínio infrutiferamente no campo da abstração.

Cabe ressaltar, a partir do magistério de Arthur Kaufmann, que nenhuma das vertentes mencionadas está orientada a dimensionar a relevância dos resultados

³²GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 08.

³³Assim como observou Carolina Bolea Bardon. In: BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 74.

³⁴GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 18.

³⁵GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 19.

³⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 26.

³⁷Esteban Perez Alonso também tratou do tema. In: PEREZ ALONSO, E. "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". In: *Teoría del Delito: Problemas fundamentales*, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 89.

³⁸BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 76.

³⁹REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 243.

⁴⁰FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Caso de los pelos de cabra". In: *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011, p. 148.

⁴¹BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 74.

⁴²BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 74-75.

hipotéticos como problema exclusivo de causalidade em seu viés naturalístico⁴³. Em todos os casos “clássicos” era indiscutível uma relação causal entre a conduta e o resultado; isto é, o condutor do caminhão efetivamente atropelou o ciclista, ou o farmacêutico ministrou um medicamento causador da morte de uma pessoa. Portanto, a produção de um resultado ocorreu efetivamente. Precisava-se ir além de um mero conhecimento empírico próprio das ciências naturais, reivindicando-se, desde então, uma valoração no campo lógico-normativo^{44 45 46}. Malgrado Arthur Kaufmann aderisse a matriz ontológico-real, própria do finalismo, já intuía, no procedimento adotado na solução de citados casos por parte dos tribunais alemães, a necessidade de elementos valorativos adicionais a causalidade, aos quais atribui o nome de *responsabilidade*⁴⁷.

A reivindicação de um elemento extra para a atribuição típica de um delito negligente é considerada a segunda crítica esboçada ante a teoria da evitabilidade, precipuamente nas suas vertentes ampla e extrema⁴⁸. Formaria parte do tipo imprudente, além da exigência dos seus já conhecidos elementos, a *conexão da infração de um dever*, na forma de uma “conexão misteriosa”^{49 50}, do qual ainda não se tinha certeza quanto a extensão dos seus efeitos normativos. Isso porque o redimensionamento de tais critérios, como o do *risco permitido*, apenas foram revelados na doutrina após os anos 70.

Para Enrique Gimbernat Ordeig, ao se adotar a ideia de conexão de infração de um dever como elemento da tipicidade de um delito imprudente, seria inconsistente a tese ampla segundo a qual apenas se poderia negar a tipicidade quando o comportamento alternativo, provável ou possível, tivesse produzido o mesmo resultado. Deveria se descartar a existência da tipicidade sempre quando não se constate com certeza a ausência desta conexão⁵¹. Aufere-se uma utilidade exaustiva dos juízos hipotéticos recepcionados convincentemente na baliza da *evitabilidade*.

Entretanto, uma singela incursão bibliográfica irá retratar a constelação de diversos exemplos de laboratório⁵², os quais denotariam a dispensabilidade de processos hipotéticos virtuais enraizados na seara dos delitos dolosos. É comum na doutrina as aventadas hipóteses permeadas pela ideia de um percurso hipotético, tais como: da execução praticada pelo pai da vítima minutos antes de uma morte inevitável por uma causa pré-existente⁵³, do envio do prisioneiro ao campo de concentração, ou do representativo exemplo de delitos patrimoniais trazido por Enrique Díaz Aranda, segundo o qual a vítima que transita em um bairro notoriamente perigoso, ostentando bens de valor poderá ser assaltada

⁴³KAUFMANN, A. “La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal”. In: *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, pp. 145-146.

⁴⁴KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 147.

⁴⁵KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 148.

⁴⁶Uma passagem significativa merece transcrição: “De los muchos méritos de Eberhard Schmidt el haber acentuado una y otra vez ‘que el problema causal y el problema de la responsabilidad deben ser separados del modo más tajante’”. In: KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 150.

⁴⁷KAUFMANN, A. *Ob. Cit.*, p. 155.

⁴⁸Frise-se conforme a lição de Gimbernat Ordeig, que a vertente estrita chegará aos mesmos resultados da teoria do incremento do risco. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 42.

⁴⁹GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵⁰Na intuição de Arthur Kauffman, seria “outra relação juridicamente significativa”. In: KAUFMANN, A. *La importancia de las causas ...*, *Op. Cit.*, p. 159.

⁵¹GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, *Op. Cit.*, p. 45.

⁵²HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 20.

⁵³SOUSA MENDES, P. “O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva”. In: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão* - Vol II, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1395 e ss.

inevitavelmente⁵⁴, ou ainda a hipótese de Antonio Brito Neves pela qual a fungibilidade dos agentes executores tornaria invencível a prática de um crime contra a vida⁵⁵.

Em todos os casos anteriormente descritos, tais cursos causais hipotéticos são irrelevantes. O fato de mais de um agente estar disposto a infringir determinada proibição, ou na hipótese de um sujeito se antecipar voluntariamente a um resultado inevitável, não afasta a necessária proteção de bens jurídicos em relação a condutas perigosas, especialmente quando se está a tratar de delitos dolosos. Inexiste intenção de, neste tópico, confundir imputação objetiva da subjetiva. Cumpre frisar, em matéria de crimes negligentes, que a infração do dever de cuidado e o seu vínculo com o resultado configuram substancialmente elementos objetivos do tipo. Por conseguinte, uma eventual relevância dos cursos causais hipotéticos implica necessariamente, nesta seara, no nexó inerente a infração de um dever, e não no atuar doloso de um terceiro.

2.2. Teoria do incremento do risco

Sob essa premissa, é possível verificar que as preocupações próprias da teoria da imputação objetiva se consolidam com a problemática inerente aos delitos negligentes⁵⁶. Buscando apontar uma essência normativa à intuição de Arthur Kaufmann de uma “situação jurídica significativa”⁵⁷ paralela à causalidade, Claus Roxin propõe, à época, o critério do *incremento do risco* como pedra basilar de sua teoria da imputação objetiva. Sua formulação se dá na seguinte forma: “a questão fundamental e decisiva é a seguinte: como se pode reconhecer se uma violação do dever de cuidado a qual se segue uma morte, fundamenta ou não um homicídio negligente? Como método de resposta, proponho o seguinte procedimento: examina-se qual a conduta que não poderia se imputar ao agente como violação de acordo com os princípios do risco permitido, faça-se uma comparação entre ela e a forma de actuar do arguido, e comprove-se então se, na configuração dos factos submetidos a julgamento, a conduta incorrecta do autor fez aumentar a probabilidade de produção do resultado em comparação com o risco permitido. Se assim for, existe uma violação de um dever que se integra na tipicidade e dever-se-á punir a título de crime negligente. Se não houver aumento do risco o agente não poderá ser responsabilizado pelo resultado e, consequentemente, deverá ser absolvido”⁵⁸.

A proposta de Claus Roxin, por ocasião do artigo publicado no livro em homenagem aos setenta anos de Honig, veicula a elaboração dos pressupostos de uma teoria geral da imputação, desligada do dogma causal e assentada no princípio do risco. Desse modo propõe quatro consequências dessa sua máxima fundamental. A primeira relativa a chamada diminuição de risco, segundo a qual uma diminuição do perigo não poderia ser imputada como típica. Em segundo, os casos de risco juridicamente irrelevantes (vide o famoso caso do sobrinho). Em terceiro, o *incremento do risco* nos casos em que se verifica a superação do risco permitido e a causação do resultado. E, por fim, como concretização do princípio do risco, o critério

⁵⁴DIAZ ARANDA, E. “Imputación normativa del resultado a la conducta”. In: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, p. 813.

⁵⁵BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 131.

⁵⁶BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 77-78.

⁵⁷GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 159.

⁵⁸ROXIN, C. Violação de dever...*Op. Cit.*, pp. 257-258.

de fim de proteção da norma, pelo qual os resultados não amparados no âmbito da norma de cuidado não seriam imputáveis a quem os causou^{59 60 61}.

Atendendo ao critério do *incremento do risco*, Claus Roxin apresenta uma dificuldade prática quanto aos casos até então verificados sob o prisma da conduta lícita alternativa, pois frequentemente não se pode ter certeza da ocorrência do resultado diante do comportamento ajustado ao Direito⁶². Se for provável que a ação correta teria possivelmente causado o mesmo resultado significa, ao mesmo tempo, ser tal comportamento efetivamente mais perigoso do que aquele, elevando-se, consequentemente, o risco da produção do resultado e, deste modo, fundamentando o juízo de tipicidade de um homicídio imprudente⁶³. O exemplo trazido por Claus Roxin no estudo em comento é aquele do médico cujo paciente falece por consequência de um grave erro profissional. O próprio autor se questiona: “*poderá exonerar-se um médico de toda responsabilidade alegando-se que, dada a dificuldade do caso, sempre causaria a morte uma operação realizada conforme a lex artis?*”⁶⁴. A resposta é negativa, posto que assim se admitisse, “*(...) como a maioria das operações envolvem riscos, poder-se-ia prescindir tranquilamente de todas as medidas de precaução e quase nunca seria possível rebater a objeção de que de outro modo as coisas também poderiam ter corrido mal*”⁶⁵. Se este igualmente tivesse falecido em virtude de uma atuação correta do profissional da saúde, não se anularia a responsabilidade por homicídio imprudente, em virtude do fato de ter incrementado o risco frente a conduta correta exigida pela norma^{66 67}.

No entender de Claus Roxin, o tratamento jurídico dos casos duvidosos, nos quais possivelmente, também com o comportamento correto, se tivesse produzido o resultado, “*não depende do que na realidade tenha sucedido - facto que na maioria dos casos não se pode saber -, mas exclusivamente do facto de saber se uma conduta conforme ao dever diminuiria de modo relevante o perigo de produção do resultado. Não estamos aqui perante uma questão de prova de hipotéticos processos causais, mas sim ante um problema de avaliação pericial que se pode normalmente solucionar de acordo com critérios científicos*”^{68 69}.

O critério do *incremento do risco* da produção do resultado pressupõe, nos delitos culposos, uma violação ao dever de cuidado e que objetivamente aumente o risco de lesão ao bem jurídico em relação a um comportamento conforme a norma, isto é, dentro do risco permitido. O aumento do risco será um estado de coisas real, verificável *a posteriori*, a ser comprovado com recurso a métodos científicos periciais⁷⁰. Compreende-se, sob esses pressupostos normativos, o eventual papel a ser desempenhado pela categoria do comportamento ajustado ao Direito, ressignificado por Claus Roxin à luz do pressuposto do risco ao bem jurídico.

Lança-se um exemplo capaz de confirmar ou não a viabilidade de tal juízo hipotético: considere-se o motorista de um meio de transporte escolar, no qual

⁵⁹ROXIN, C. “Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal”. In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986, pp. 145 e ss.

⁶⁰No mesmo sentido vide Luis Greco. In: GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva...*, Op. Cit., p. 62.

⁶¹WOLTER, J. “La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal”. In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994, pp. 65 e ss.

⁶²BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa...*, Op. Cit., p. 78.

⁶³GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, Op. Cit., pp. 28-29.

⁶⁴ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., pp. 247-248.

⁶⁵ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., p. 248.

⁶⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo...*, Op. Cit. p. 29.

⁶⁷Anteriormente este autor também se ocupou deste tema na sua obra: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, IBDeF, Buenos Aires, 2007, pp. 143-158.

⁶⁸ROXIN, C. *Violação do dever...*, Op. Cit., p. 259.

⁶⁹Em posição diversa do Roxin, vide Maria Fernanda Palma. In: PALMA, M.F. *Direito Penal. Parte Geral*. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 5ª ed. AAFDL, Lisboa, 2020, pp. 114-124.

⁷⁰BRITO NEVES, A. *Notas sobre comportamento lícito alternativo...*, Op. Cit., p. 144.

transportava oito crianças com idades de oito a dez anos, estando sete deles dispostos no banco traseiro, e um, de dez anos, no banco dianteiro, ao qual não lhe foi colocado o respectivo cinto de segurança. Ao adentrar numa rotatória, onde este motorista tinha a preferencial, aproximou-se em alta velocidade um outro veículo desrespeitando as regras de trânsito, e obrigando ao primeiro motorista frear abruptamente. Nesta manobra, o menor sentado no banco dianteiro foi arremessado contra o vidro do automóvel, sofrendo um traumatismo craniano. Pode-se deduzir ter violado o motorista o seu dever de cuidado ao não paramentar a criança com o devido cinto de segurança, elevando o risco em relação a conduta dele esperada, ou seja, aquela amparada pelo risco permitido. Por ter incrementado o risco da ocorrência do resultado, poderá lhe ser imputada a lesão a título culposo⁷¹.

Eventual juízo hipotético apenas será considerado sob um ponto de vista heurístico⁷² para valoração normativa daquilo efetivamente ocorrido pois, se diante de uma conduta hipotética alternativa se deparar com alguma dúvida sobre a ocorrência do resultado, o caminho coerente seria a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. É dizer, retomando o exemplo aqui esboçado, caso o motorista tivesse colocado o cinto do passageiro do banco dianteiro e este se rompesse pela súbita frenagem, neste cenário alternativo, conformado às prescrições normativas, o resultado não lhe seria imputado⁷³.

Ao adentrar em pormenores da teoria do *incremento do risco*, mais ainda na versão aperfeiçoada por Claus Roxin em seu manual^{74 75 76 77 78}, constata-se que a imputação de um resultado depende sempre de uma dupla análise: uma perspectiva *ex ante*, na qual se vislumbra previamente o alcance da norma de cuidado, balizando a conduta entre o permitido e o proibido (criação do risco juridicamente desaprovado) e; a perspectiva *ex-post*, na qual a ideia de incremento do risco se concretiza, ou seja, apenas posteriormente se pode conhecer circunstâncias indispensáveis à imputação de um evento lesivo. Como, por exemplo, no famoso caso do ciclista, a constatação da sua embriaguez, a distância exata entre este e o caminhão etc. Na prática, e conforme a assertiva de Antônio Brito Neves, essa verificação irá paralisar a imputação objetiva quando se chegue à certeza da produção do resultado pelo comportamento lícito alternativo, mas não nos outros casos, pois nestes o comportamento proibido terá sempre representado, em relação ao permitido, um *plus* de risco por acima da dimensão aceite pelo legislador, passando a se lhe imputar o resultado pelos eventos causalmente provocados⁷⁹.

Em seu estudo originário sobre o tema, Claus Roxin reconhece alguma importância do juízo hipotético para a verificação de se a conduta alternativa ajustada ao Direito teria diminuído o risco da produção do resultado. Todavia, a solução jurídica não depende do não ocorrido na realidade, a partir de tal suposição, senão unicamente se o comportamento conforme ao dever tivesse minorado de uma forma mensurável o perigo de produção do resultado. Não se estaria falando de uma prova dos processos causais hipotéticos, senão de um problema de avaliação pericial a ser

⁷¹Na normativa pátria o artigo 64 do CTB impõe a crianças menores de 10 anos e que não tenham atingido 1.45 metros de altura, a necessidade de serem transportadas nos bancos traseiros do veículo. Exemplo lançando por Enrique Diaz Aranda. In: DIAZ ARANDA, E. Imputación normativa del resultado...*Op. Cit.*, p. 822.

⁷²ROXIN, C. Violação do dever...*Op. Cit.*, p. 267.

⁷³Poder-se-ia questionar de qualquer modo, que mesmo tendo colocado o cinto na criança, haveria um resultado lesivo mas este, com a devida vênia, só poderia ser atribuído ao terceiro, cujo comportamento desrespeitou as normas viárias.

⁷⁴ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 364.

⁷⁵ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 381.

⁷⁶WOLTER, J. La imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 74.

⁷⁷GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva...*, *Op. Cit.*, pp. 81-85.

⁷⁸PEREZ ALONSO, E. Notas sobre la imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 90.

⁷⁹BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 144.

resolvida por regras científicas^{80 81 82}. Na literatura penal brasileira, corretamente sintetizam Adriano Teixeira e Felipe Campana: “a discussão sobre o grau de certeza da não ocorrência do resultado em caso de comportamento alternativo conforme ao Direito que se deve exigir, não é uma questão de natureza cognitiva-epistemológica, mas sim de natureza argumentativa-normativa, razão pela qual sua escolha pelo magistrado no caso concreto pode ser impugnada por meio de recurso especial”^{83 84}.

Aguda observação tem identificado o direcionamento da teoria do *incremento do risco* objetivando superar “o inconveniente político-criminal”⁸⁵ da ampla extensão no campo da irresponsabilidade penal emanada pelos defensores da teoria da evitabilidade. Ressalte-se, de qualquer modo, haver uma identificação, no tocante aos resultados obtidos entre a teoria de Claus Roxin e aqueles da vertente estrita – isto é, na circunstância de haver uma probabilidade próxima à certeza da eficácia da conduta lícita alternativa. Ainda, depreende-se da bibliografia sobre o tema, malgrado a aceitação por parte de relevantes autores^{86 87 88 89 90} e de um tímido acolhimento pelos tribunais^{91 92}, ter a teoria do *incremento do risco* desempenhado uma função minoritária em termos de sua aplicabilidade. Essa menor receptividade encontraria lastro nas críticas opostas durante seu desenvolvimento, destacando-se ter sido sua ideia original a de conceber um mecanismo para determinar a relação entre o risco desaprovado e o resultado, para além do recurso aos cursos causais hipotéticos^{93 94}.

Duas objeções à teoria do *incremento do risco* se destacam no objetivo de invalidar suas conclusões. A primeira delas relaciona-se a uma vulneração do

⁸⁰ROXIN, C. Violação do dever..., *Op. Cit.*, p. 259.

⁸¹Neste sentido, ainda, explica Enrique Gimbernat Ordeig. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 31.

⁸²Enrique Gimbernat Ordeig afirma, na sua obra “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, que “Roxin piensa que si se sigue su procedimiento, no es necesario acudir a procesos causales hipotéticos sobre los cuales casi nunca se podrá llegar a un conocimiento exacto; su tesis opera con factores comprobables científicamente, y un examen pericial podrá indicarle al juez cual es el grado de posibilidad que representa para la muerte el comportamiento prudente y el imprudente”. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos..., *Op. Cit.*, p. 146.

⁸³TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. “O juízo acerca do nexo de causalidade e da imputação objetiva depende de reexame de prova, nos termos da Súmula n.7 do STJ? Uma análise a partir do Resp 1.840.263/SP”, *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, Vol. 6, nº 2, 2021. p. 539.

⁸⁴Adriano Teixeira e Felipe Campana afirmam também que na fiel descrição dos pressupostos normativos desenvolvidos no marco da teoria da imputação objetivo, merece transcrição: “para que exista uma conduta típica exige-se, além de um desvalor da ação dado pelo descumprimento da norma de comportamento, de perspectiva *ex ante*, um desvalor do resultado dado pela ocorrência de um resultado valorativamente negativo pelo ordenamento (norma de valorização), de perspectiva *ex post*”. In: TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. O juízo acerca ..., *Op. Cit.*, p. 537.

⁸⁵FEIJOO SÁNCHEZ, B. Casos de los pelos de Cabra..., *Op. Cit.*, p. 148.

⁸⁶Vide Enrique Bacigalupo. In: BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal*: Parte General, Akal, Madrid, 1994, pp. 198-199.

⁸⁷FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal - Parte Geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 337.

⁸⁸OTTO, H. Manual de Derecho Penal... *Op. Cit.*, pp. 101 e ss.

⁸⁹STRATENWERTH, G. *Derecho Penal* - Parte General, Civitas, Navarra, 2005, pp. 135-137.

⁹⁰Vinculando a ideia do *incremento do risco* com o fim de proteção da norma vide Enrique Gimbernat Ordeig. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 96.

⁹¹A respeito do acolhimento da teoria do *incremento do risco* em recentes decisões judiciais vide Carolina Bolea Bardon. In: BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 79.

⁹²Na mesma orientação vide Enrique Gimbernat Ordeig. In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 101 e ss.

⁹³REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 260.

⁹⁴LUZON PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal* - Parte General, Editorial Universitas, Madrid, 2002, p. 385.

princípio *in dubio pro reo*. A segunda, decorrente de uma suposição segundo a qual os delitos de resultado (exigentes de um juízo de imputação da lesão) se converteriam em delitos de perigo (nos quais o resultado operaria apenas como condição objetiva de punibilidade).

Quanto a primeira objeção, hipótese na qual um juízo hipotético não poderia designar de forma segura a produção de um resultado, mas apenas a partir de uma alta probabilidade (como as conclusões obtidas pela vertente ampla de evitabilidade), surge um espaço de incerteza que a princípio não poderia ser valorada contra o réu. A teoria do *incremento do risco* chega a soluções análogas a essa, segundo a qual o aumento do perigo tenha, com alta probabilidade, produzido o resultado, em relação àquela conduta amparada pelo risco permitido. Contudo, o espaço dispensado entre a alta probabilidade e a certeza seria utilizada para fundamentar uma condenação, na medida em que o autor só será absolvido se existir a segurança de que o resultado se verificaria de forma idêntica. Também, no caso de um juízo hipotético ajustado ao direito, o próprio agente se depararia com as dificuldades próprias de uma inversão probatória^{95 96}. Partindo desta análise, Santiago Mir Puig⁹⁷ indica a principal reserva à admissibilidade geral da proposta de Claus Roxin.

Derivação desta objeção seria o reconhecimento do seu caráter expansivo ao convolar na incidência da norma penal em casos passíveis, à luz da teoria da evitabilidade, de absolvição. Isso se percebe quando Claus Roxin faz pender a balança a favor da ideia de proteção de bens jurídicos em casos nos quais não se apresentam de forma definida parâmetros objetivos a respeito do que constituiria um incremento considerável ou substancial de um risco permitido. O exemplo trazido por Bernardo Feijoo Sánchez é assaz paradigmático: em uma via onde o limite de velocidade é de 50 km/h e um condutor trafegando a 53 km/h atropela um pedestre, não se pode saber com certeza se a conduta dentro do âmbito do risco permitido teria evitado o resultado, ou se o limite de velocidade teria reduzido o risco. Nesse ponto, transparece uma questão inafastável: qual seria a velocidade considerável para se demonstrar um relevante incremento do risco^{98 99 100}.

A essas críticas rebate Claus Roxin, advogando por sua tese, no sentido da não procedência das objeções acima descritas, pois seria incorreto dividir um risco em uma parte permitida e outra não permitida, averiguando de forma separada para cada uma a realização do perigo: *“sí el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay*

⁹⁵CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 304.

⁹⁶GIMENEZ MEZA, G. “Cursos causales hipotéticos”, *El derecho Penal: doctrina y jurisprudência*, Buenos Aires, nº 6, jun. 2016, p. 09.

⁹⁷Extraí-se da obra de Santiago Mir Puig, a seguinte conclusão: *“Es cierto que en algunos de los casos aquí contemplados esta teoría llega a absolver por entender que no existe incremento del riesgo. Pero ello solo puede hacerlo a costa de manejar un concepto de riesgo ex post que, aparte de no hallarse claramente diferenciado del riesgo ex ante, ya no constituye un verdadero concepto de riesgo efectivo, sino de probabilidad estadística que puede fallar en el caso concreto”*. In: MIR PUIG, S. *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 295.

⁹⁸FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 150.

⁹⁹FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁰⁰No Brasil, Juarez Tavares, elabora o seguinte exemplo: *“Um motorista dirige seu carro em excesso de velocidade; ao passar por debaixo de uma passarela de pedestres, vem a atropelar e, consequentemente, matar alguém, que, em atitude suicida, se lança desde cima por sobre o veículo. Esta claro que se o motorista estivesse em velocidade normal o fato provavelmente também aconteceria do mesmo modo. Mas, poderíamos raciocinar, ainda, ad absurdum, que a morte inclusive não teria ocorrido, se o motorista dirigisse em velocidade ainda maior, pois neste caso, chegaria ao local do acidente bem antes de a vítima se lançar da passarela”*. In: TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*, Tirant Lo blanch, Florianópolis, 2018, p. 371.

campo de aplicación para el principio del in dubio pro reo"¹⁰¹. Evidentemente, não há como relativizar o limite entre o permitido e o proibido. Porém, isto não pode importar no fato do delito imprudente se contentar com a mera violação do dever de cuidado exigido pela norma. Resta nítido, neste pensamento, a carência de um parâmetro de proporcionalidade para questões limítrofes¹⁰² na demarcação do risco permitido. A ausência de seu delineamento inviabilizaria o vínculo de imputação com o resultado, podendo se colocar em causa a atribuição da lesão ao agente como obra sua¹⁰³.

Günter Stratenwerth não deixou de advertir, contra a ideia do incremento do risco, que a dúvida acerca do efetivamente ocorrido sem a ação proibida teria de ser resolvida em prejuízo do autor. Todavia, somente se poderia constatar o incremento do risco quando o agente tenha aumentado o perigo preexistente para o bem jurídico ou diminuído as probabilidades de salvamento. Tal premissa pressupõe ter o autor frustrado de forma comprovável medidas suficientes a impedir o resultado com uma probabilidade quantificável¹⁰⁴.

Ainda na doutrina, buscando rebater os juízos negativos em torno do *in dubio pro reo*, tem se delineado dois aspectos diferenciados de imprescindível consideração quanto ao incremento do risco. Nesse sentido, para Yesid Reyes Alvarado, de um lado se exigiria do julgador um convencimento absoluto segundo o qual a conduta do autor tenha gerado um risco superior àquele permitido, de modo que, ao se deparar com a incerteza da elevação do risco, o magistrado deva julgar em favor do acusado^{105 106}. De outro lado, diante de situações nas quais tenha sido demonstrada a elevação do risco, porém não existindo segurança sobre se a conduta conforme ao Direito teria evitado com absoluta certeza o resultado, nestes casos não se deveriam resolver em favor do acusado, pois sua conduta já gerou um risco superior ao normalmente permitido^{107 108 109}.

¹⁰¹ROXIN, C. Derecho Penal... *Op. Cit.*, p. 380.

¹⁰²Yesid Reyes Alvaredo afirmou que: "*Dentro de quienes abogan por la aplicación de la teoría de la elevación del riesgo existe confusión respecto del grado de probabilidad que debe existir para poder considerar que una conducta ha elevado el riesgo por encima del límite permitido. Prescindiendo de estas opiniones que en forma genérica emplean términos como los de 'considerable' 'mensurable', es importante destacar que al formular su teoría ROXIN combatió las posiciones radicales de quienes exigen tanto la simple posibilidad de que el mismo resultado se hubiera producido con una conducta conforme a derecho, como las de quienes propugnan por una probabilidad rayana en la certeza*". In: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁰³BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 139.

¹⁰⁴Günter Stratenwerth afirma haver incremento do risco quando são eliminadas ou debilitadas as possibilidades do salvamento de um bem jurídico; por exemplo "a quien detiene la ambulancia que transporta con urgencia a una persona accidentada, debe serle imputada la muerte de esta, si, en caso de un traslado oportuno al hospital habrían existido mayores chances de que ella sobreviviera". In: STRATENWERTH, G. Derecho Penal... *Op. Cit.*, pp. 136-137.

¹⁰⁵REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, pp. 258-259.

¹⁰⁶Segundo Maria Fernanda Palma: "*A imputação objetiva não se justificará no caso da dúvida razoável, porque a censura penal tem necessariamente como fronteira (importa pelo princípio da legalidade) uma estrita 'correspondência' entre a descrição do facto pela norma e o facto verificado*". In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁰⁷Yesid Reyes Alvaredo ressalta que mesmo diante de tal defesa da teoria do incremento do risco, isto não altera a objeção segundo a qual haveria uma carência de um critério de proporcionalidade para aferir com razoável consideração o limite entre o permitido e o proibido. In: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, pp. 258-259.

¹⁰⁸Por sua vez, Maria Fernanda Palma afirma não se poder converter a dúvida razoável sobre o que teria ocorrido, em um fundamento da ativação normativa, pois estar-se-ia, antes de tudo, frente a uma questão de fato. Significa que o objeto da proibição relativa a realização da ação típica é objeto de prova no processo penal, apesar de se encontrar em uma dimensão não naturalística, mas sim diante da evitabilidade do resultado. In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 116.

¹⁰⁹Não é demais mencionar que o pensamento de Maria Fernanda Palma, acima citado, parece divergir das lições de Roxin.

No tocante à crítica relativa à conversão dos crimes de resultado em crimes de perigo, os adeptos da corrente majoritária da evitabilidade registram uma suposta intenção da teoria do incremento do risco em desviar o conceito central dos delitos de resultado da exigência de uma lesão efetiva para a colocação em perigo da vítima. Segundo tais críticos, o essencial para a conformação do delito não estaria na produção do resultado desaprovado, senão na infração de norma de comportamento¹¹⁰. Contudo, o fato de a teoria da imputação objetiva centrar seus pressupostos partindo da ideia de risco, não significa invalidar a necessidade do desvalor do resultado. Pelo contrário, quando uma ação supera o risco permitido, impõe efetivamente uma lesão ao bem jurídico, não apenas um mero perigo, ao exigir, além da criação do risco, a produção efetiva da lesão, enquanto elemento necessário para o juízo de tipicidade¹¹¹. A concretização do risco criado ou aumentado no resultado seria o critério da imputação objetiva¹¹².

Neste tópico, um aspecto da problemática demanda uma atenção especial. Merece relevo o fato de, em sua grande maioria, não se resumirem a casos de manual nos quais incide apenas um perigo capaz de perfazer o dano material. De fato, depara-se com a concorrência de novas fontes de perigo – reais, não hipotéticas – atreladas, no momento da lesão, com outras já existentes, procedentes da vítima ou de terceiros. Uma observação detalhada se poderá dessumir quando da impossibilidade de se estabelecer, *in casu*, qual dentre elas foi decisiva para o resultado ou quando se materializarem simultaneamente os diversos perigos, ou ainda diante da efetivação de apenas um deles¹¹³.

A teoria do incremento do risco surge justamente a partir do resultado concreto, e extraída de uma avaliação posterior, levando em consideração todas as circunstâncias influenciadoras em grau de probabilidade da superveniência do resultado. A questão relativa sobre qual foi o risco determinante para o resultado será sempre de resolução *ex post*¹¹⁴. Em conclusão, e seguindo o magistério de Antônio Brito Neves, a verificação do incremento do risco pouco irá auxiliar no juízo de atribuição do resultado ainda restando carente a demonstração entre a violação do dever e o dano efetivamente causado¹¹⁵.

3. A Teoria do fim de proteção da norma de cuidado e sua relevância no âmbito da imputação dos delitos imprudentes

Pode-se encontrar atualmente um consenso doutrinário a respeito da exigência de um nexo entre a violação de um dever e o resultado para a imputação de um delito culposos. Há décadas a mera desobediência é insuficiente para a subsunção de um delito eminentemente normativo. Na configuração do tipo imprudente, a sua função de garantia apenas se perfaz quando o resultado pode ser tido como consequência de uma conduta violadora de um dever. Em atenção às insuficiências verificadas na teoria do *incremento do risco*, parte da doutrina tem reivindicado outro critério adicional exigido para fins de imputação: “*que la causación*

¹¹⁰GINBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 53.

¹¹¹GINBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 55.

¹¹²Na lapidar síntese de Maria Fernanda Palma: “Seria, assim, a criação ou o aumento do risco proibido o fator decisivo da imputação objetiva de um resultado, sempre que houvesse uma conexão entre a criação ou aumento de risco proibido e o próprio resultado”. In: PALMA, M.F. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 115.

¹¹³CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 217.

¹¹⁴O exemplo extraído de Günter Stratenwerth é elucidativo: “*Que ocurriría si el accidentado hubiera estado tan gravemente herido que posiblemente tampoco habría podido ser salvado en caso de que hubiera sido trasladado al hospital sin ninguna dilación?*”. In: STRATENWERTH, G. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 136.

¹¹⁵BRITO NEVES, A. Notas sobre comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 145.

del resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia vulnerada^{116 117 118 119}.

As origens da teoria do *fim de proteção da norma de cuidado* na seara penal estão atreladas a uma preocupação da jurisprudência alemã em corrigir problemas apresentados pela teoria da causalidade adequada no âmbito da responsabilidade civil¹²⁰. Na seara penal, esse critério foi inicialmente vinculado a contribuir na solução das controvérsias estritamente causais. Em sua versão mais moderna, o *fim de proteção da norma* passa a ser um fator de relevância nas preocupações inerentes a teoria da imputação objetiva, ao se lhe intentar conferir uma autonomia conceitual¹²¹, passando a ser visto como elemento adicional aos pressupostos normativos da criação e de sua realização no resultado. Como bem já definiu Luis Greco “*a norma proibitiva visa evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira*”^{122 123}. Em outras palavras, se houver afetação não de um, mas de outro bem jurídico, ou se for lesionado por outro curso causal completamente diverso, o resultado observado não pode ser considerado como derivado do risco inicial. Não é despidendo repetir ser o critério do fim de proteção de norma de cuidado a concretização definitiva do princípio do risco¹²⁴.

Santiago Mir Puig enaltece uma função negativa do âmbito protetivo da norma de cuidado ao apontar situações nas quais restará evidente a ausência deste critério, excluindo-se, assim, a imputação. O primeiro deles diz respeito a hipóteses nas quais mesmo diante da criação do risco não se poderia considerar previsível o resultado causado¹²⁵. O segundo, quando o resultado efetivamente não tenha qualquer vínculo com a infração cometida¹²⁶. E, por fim, em terceiro, quando o resultado tenha ocorrido pela conduta imprudente, mas também teria sido causado com uma probabilidade próxima a certeza com outra conduta não violadora do dever de cuidado (casos de comportamento alternativo correto)^{127 128}.

Na literatura penal, o exemplo por excelência é o dos dois ciclistas que, ao pilotarem bicicletas a noite em uma estrada, um atrás do outro e sem luz, o primeiro

¹¹⁶MIR PUIG, S. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 292.

¹¹⁷REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 218.

¹¹⁸Neste sentido também explica Harro Otto. In: OTTO, H. Manual de Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 301.

¹¹⁹Na literatura pátria a conclusão de Paulo César Busato é certa: “*Quando o risco criado e realizado no resultado não se encontra compreendido no espectro de proteção da norma não pode gerar a imputação pelo tipo descrito nesta mesma norma*”. In: BUSATO, P.C. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 100.

¹²⁰REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 216.

¹²¹REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 218.

¹²²GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 103.

¹²³Em seu estudo introdutório sobre a teoria da imputação objetiva publicada em espanhol, Luis Greco, oferece o seguinte exemplo: “*La norma que prohíbe rebases peligrosos, p. ex., tiene por finalidad evitar colisiones; si el conductor que fue rebasado sufre, en virtud del susto, un ataque cardíaco, tal resultado se encuentra fuera del fin de la protección de la norma. El razonamiento que está detrás de esa exigencia es simple: punir al autor inclusive cuando se realicen resultados que la norma no pretendía evitar en nada aumentará la seguridad de los bienes jurídicos.*”. In: GRECO, L. *La Teoría de la imputación Objetiva...*, *Op. Cit.*, pp. 85-86.

¹²⁴GRECO, L. *La teoría de la imputación objetiva...*, *Op. Cit.*, p. 62.

¹²⁵Complementa este autor a respeito dessa função negativa, se eram previsíveis apenas lesões leves e não a morte, não se podem considerar abrangidos pela norma a evitação de resultados fatais. In: MIR PUIG, S. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 293.

¹²⁶No caso do condutor de veículo em excesso de velocidade ao atropelar um suicida que se joga na sua frente, não se pode considerar a previsão deste fato no âmbito na norma de trânsito. In: MIR PUIG, S. *Idem*.

¹²⁷MIR PUIG, S. *Idem*.

¹²⁸Ainda na doutrina alemã, desenvolvendo o critério da relação de contrariedade ao dever vide Helmut Frister. In: FRISTER, H. *Derecho Penal: Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp. 213-214.

choca-se com outro proveniente de direção contrária, pois não pode dele desviar¹²⁹
¹³⁰ ¹³¹. O fato do seu colega vir atrás, também sem iluminação, aumentou a ocorrência de um choque, ao impedir que o primeiro fosse enxergado pelos demais. Em síntese, a norma, ao obrigar a iluminação para o tráfego viário, tem por objetivo prevenir acidentes envolvendo o próprio condutor, e não outros possivelmente beneficiados de tal iluminação.

Reconhecimento especial deverá ser conferido a inovadora pesquisa de Enrique Gimbernat Ordeig quando, nos anos sessenta do século passado, debatia o real papel¹³² ¹³³ a ser desempenhado pelos juízos hipotéticos, sobretudo diante dos “clássicos” problemas emanados na jurisprudência acerca dos delitos culposos. Já naquela época este autor advogava pela exclusão da responsabilidade do agente imprudente de um resultado típico quando a norma de cuidado violada não tivesse sido criada para impedir uma lesão como a efetivamente produzida. Por esse motivo, o critério do fim de proteção da norma funcionaria como base de uma interpretação teleológica, segundo a qual a questão primordial sobre a proibição de determinadas condutas imprudentes e de sua relevância para o resultado não transitaria por nenhum juízo de especulação, mas sim pelo próprio fundamento da norma vulnerada¹³⁴ ¹³⁵.

Depreende-se da lição de Enrique Gimbernat Ordeig o esforço, a partir de supostos fáticos, em distinguir os casos nos quais a utilidade hermenêutica auxiliar do comportamento lícito alternativo seja realmente dispensável ante a exegese extraída das finalidades próprias da norma de cuidado. O peculiar exemplo apresentado é o da carona oferecida por um motorista de *scooter* de baixa cilindrada, na qual apenas uma pessoa está habilitada a circular. No caso em tela, diante de um choque provocado pela investida de um caminhão, causando a morte do passageiro, indaga-se a respeito da responsabilidade imprudente do condutor do ciclomotor. *In casu*, não há dúvidas de que a conduta do motorista criou ou aumentou o risco da produção do resultado. No entanto, foi ele absolvido sob o fundamento do fim de proteção da norma, pois a proibição contida na norma a respeito da circulação de uma pessoa em veículos de baixa cilindrada diz respeito a sua maneabilidade ou estabilidade causada pelo sobrepeso, mas não relacionada a outros incidentes que se encontrariam fora do âmbito dessa proteção normativa. Se, por outro lado, o passageiro vitimado estivesse em sua residência, e não usufruindo de uma carona indevida, obviamente o resultado não se teria produzido, registrando-se, nesse caso, a escassa relevância do comportamento hipotético conforme o Direito¹³⁶ ¹³⁷ ¹³⁸.

¹²⁹ROXIN, C. Reflexões sobre a problemática da imputação..., *Op. Cit.*, pp. 155-156.

¹³⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Comares, Granada, 2002, p. 631.

¹³¹BUSATO, P.C. Fatos e Mitos..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹³²GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 96.

¹³³Também vide Bernardo Feijoo Sánchez. *In*: FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 156.

¹³⁴GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 96-97.

¹³⁵João Curado Neves trouxe à colação os autores que defendem a compatibilidade entre os critérios do fim de proteção e o comportamento ajustado ao Direito. *In*: CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, p. 231.

¹³⁶GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 94-95.

¹³⁷No tocante ao respaldo de Enrique Gimbernat Ordeig a teoria do fim de proteção da norma. *In*: GIMÉNEZ MEZA, German. Cursos causales hipotéticos..., *Op. Cit.*, pp. 9-10.

¹³⁸Na literatura penal portuguesa, o exemplo inserido no marco dos resultados não cobertos pelo fim de proteção da norma, Jorge Figueiredo Dias, traz um exemplo extraído no marco da jurisprudência portuguesa: “A inicia uma manobra de ultrapassagem sobre B. No decurso da manobra, B, sem reparar que está a ser ultrapassado, virá à esquerda e embate no outro automóvel, que já se encontrava na outra faixa de rodagem. Do acidente, resultou a morte de C, acompanhante de B. A foi acusado da prática de homicídio negligente, por, ao realizar a ultrapassagem, seguir a 80km/h quando a velocidade máxima permitida era de 50 km/h. Contudo, o Tribunal considerou que este limite de velocidade se devia a um sinal de

Inobstante esse entendimento, uma reflexão a partir do mesmo exemplo poderá dar margem a diferenciação de outras categorias da dogmática penal, como no caso das discussões do comportamento da vítima em torno do *alcance do tipo*¹³⁹. A contribuição de Claus Roxin, de 1962, será decisiva para a reformulação do pensamento de Enrique Gimbernat Ordeig. De fato, com a adoção da teoria do *incremento do risco*, este último autor passa a recepcioná-la como um tópico do *fin de proteção da norma*, no sentido de estabelecer uma relação de gênero e espécie entre ambas¹⁴⁰.

As objeções apresentadas a teoria do *incremento do risco*, sobretudo diante dos autores que rechaçam a ideia de conduta alternativa conforme o Direito em favor da concepção exclusiva de *fin de proteção da norma*, impeliram Claus Roxin a redesenhar sua utilidade na hipótese dos resultados não cobertos pelo fim de proteção da norma, como critério “complementar” ao do *incremento do risco*.

Com efeito, no seu pensamento, não se trata de substituir o nexo do aumento do risco, mas o de verificar se o risco aumentado estaria abrangido pelo fim próprio da proibição. A título de exemplo: diante do caso do ciclista, seria legítimo, depois de se ter previamente provado o incremento do risco, como pressuposto de toda imputação, questionar-se se o resultado está coberto pelo fim de proteção dado pela regulamentação da distância exigida por aqueles condutores que visam ultrapassá-lo. No caso concreto, a norma prescritiva de 1,5 metros de distância pretende minimizar o risco de choque para todos os ciclistas, diante do fato de inexistir um condutor ideal¹⁴¹. Nessa perspectiva, em citado cenário¹⁴², Claus Roxin fundamenta um critério apto a ensejar a condenação do condutor, partindo do pressuposto de que aumentado o risco, este incremento estaria abarcado pelo fim de proteção da norma de cuidado, protetora de todos os ciclistas (sóbrios ou alcoolizados)¹⁴³.

aproximação de travessia de peões e que o acidente nada teve a ver com uma tal travessia; o que, aliado ao facto de A ter cumprido as demais regras rodoviárias, determinou a sua absolvição. Esta decisão judicial expressou, ainda que de forma implícita, o referido critério do âmbito de proteção da norma”. In: FIGUEIREDO DIAS, J. Direito Penal..., *Op. Cit.*, p. 339.

¹³⁹Fazendo um paralelo com o caso no qual um adulto tem o dever de zelar pela integridade física de um menor no banco traseiro do veículo, idêntica conclusão não sucede quando um adulto, usufruindo de um carro por aplicativo, ao não se proteger com o cinto de segurança é arremessado contra o para-brisa em um acidente automobilístico. Nesse caso se extrapola o fim de proteção da norma para o *alcance do tipo*, no qual se analisa a relevância da conduta da vítima, para o fim de imputação, a partir de critérios tão relevante como da auto ou heterocolocação em perigo. Evidentemente o *alcance do tipo* como critério auxiliar aos pressupostos normativos de imputação objetiva merecem uma sede própria de reflexão. A respeito o estudo inicial de Rodrigo Sánchez Rios (SANCHEZ RIOS, R. “Atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações a luz da teoria da imputação objetiva”, In: *Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio, Lumenjuris*, Rio de Janeiro, 2013, pp. 123 e ss), e posteriormente o de Esteban Perez Alonso apontou dúvidas sobre a necessidade de ulteriores filtros normativos. In: PEREZ ALONSO, E. Notas sobre la imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 92.

¹⁴⁰GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁴¹ROXIN, C. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 386.

¹⁴²Vide nota 7 *supra*.

¹⁴³Cabe frisar os dois entendimentos de Roxin a respeito do caso do ciclista. Na primeira versão dos anos sessenta Roxin pleiteava pela sua absolvição, e em sua versão posterior pela condenação. Crítico a este último posicionamento, Enrique Gimbernat Ordeig, ao contrário de Claus Roxin, vislumbra uma dúvida razoável quando se tem em consideração, a partir de um conhecimento pericial posterior, a embriaguez do ciclista, ensejando assim, a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, em função da possibilidade da ocorrência do resultado, mesmo se a manobra do motorista fosse efetivada em atenção a distancia regulamentar. Segundo suas palavras: “...si hemos de creer el dictamen del perito, no se puede descartar que el adelantamiento antireglamentario no haya supuesto un peligro igual del atropello del ciclista que el que hubiera corrido si en esa maniobra se hubiera guardado la distancia debida, es decir: que existe la duda razonable de si dicho adelantamiento guardando una separación de

Por sua vez, já em uma moldura crítica, é perceptível na lição de Bernardo Sánchez Feijoo uma certa incompatibilidade entre os critérios do incremento do risco e do fim de proteção da norma de cuidado¹⁴⁴. Assim, este último seria proveniente de um princípio completamente distinto daquele: a norma apenas desvaloriza certos riscos, sendo o resultado imputável quando se pressupõe a realização de um risco típico, mas não quando advindo de um risco permitido. Por exemplo, se alguém não respeita um limite de velocidade, mas o resultado não é consequência desse aumento de risco, senão que se realiza no risco geral de conduzir, não se poderá imputar o resultado. E aqui residiria um dos pontos centrais da discussão sobre os tipos imprudentes de resultado: ou se admite a ideia da possibilidade de delimitar *ex post* os riscos permitidos dos não permitidos ou não se admitem. Afirmar que o critério de proteção da norma apenas se aplicaria quando não houver dúvidas sobre ser o resultado consequência de um risco não permitido, e o critério do incremento do risco quando existem dúvidas sobre âmbitos compatíveis com a presença de riscos gerais elevados, seria uma contradição permanente¹⁴⁵.

Cumprir mencionar, sob um ponto de vista diametralmente oposto, a existência de autores defensores de um critério exclusivo do *fin de protección da norma de cuidado*. Margarida Martínez Escamilla, por exemplo, aponta ser este último capaz de substituir por completo o princípio da evitabilidade ou do incremento do risco, e não complementá-los. Isto seria devido ao fato de tais propostas anteriores propiciarem conclusões completamente diversas, dado a incompatibilidade entre o fim da norma de cuidado e os efeitos de um comportamento lícito alternativo¹⁴⁶. O alicerce dessa conclusão é extraído a partir de um caso prático: um médico prescreve a um paciente um medicamento forte em uma dose maior daquela indicada pelos protocolos recomendados; ao invés de ingerir uma capsula, sugere-se a ingestão de três doses ao dia. O paciente, ao seguir essas instruções, é levado ao óbito. Ao se investigar posteriormente o fato, descobre-se um erro do laboratório pelo qual as pílulas continham uma substância letal alheias a composição original do fármaco.

Diante de um juízo alternativo, poder-se-ia sustentar ausência de responsabilidade tanto pela teoria da evitabilidade quanto pelo juízo do incremento do risco, partindo da hipótese de que o resultado também teria ocorrido ao se consumir a dose adequada. Sob a matriz do fim de proteção da norma, neste caso, o resultado poderia ser imputado, pois a obrigação omitida tratava de diminuir a materialização do risco, ao limitar a toxicidade do fármaco – logo, teria se incrementado o risco¹⁴⁷.

Concessa vênha, esta última conclusão não convence nem sob uma perspectiva político-criminal, nem sob uma perspectiva dogmática. Primeiro porque, na seara da política criminal, representa um expansionismo indevido da norma penal, ao considerar circunstâncias imprevisíveis como determinantes para o resultado, pois de antemão se desconhecia o erro de produção atribuível exclusivamente ao laboratório farmacêutico. Segundo, sob o viés dogmático, ignorar circunstâncias conhecíveis apenas *ex post*, sobrevalorizando unicamente a produção do resultado importa em desconsiderar a dúvida razoável a respeito de qual dos riscos daria

0.75m há incrementado el riesgo (permitido) de lesión que el legislador há fijado en 1.5m...". In: GIMBERNAT ORDEIG, E. El comportamiento alternativo..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁴⁴FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 159.

¹⁴⁵FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Idem*.

¹⁴⁶MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos..., *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁴⁷MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos..., *Op. Cit.*, p. 108.

sentido a concretização da lesão^{148 149 150}. A doutrina devidamente apontou ser o critério do fim de proteção da norma de cuidado parte de uma espécie de concorrência de riscos, pelo qual será preciso constatar que o resultado é realização do risco típico, e não de um permitido. Este critério tem como pressuposto a ideia de que a norma de cuidado apenas está vinculada a determinados riscos, não se podendo evitar a realização de riscos permitidos¹⁵¹.

Ainda sob o verniz da crítica vertida a teoria do fim de proteção da norma, Carolina Bolea Bardon afirma estar contida sob essa orientação questões diversas como a definição da conduta proibida e da imputação do resultado em seu sentido estrito, não bastando uma definição global e indiferenciada da problemática. Ao se exigir a inserção do resultado no âmbito da norma de cuidado nada se conclui sobre a identificação do risco efetivamente concretizado no resultado. Demanda-se, outrossim, um outro questionamento: por que os demais riscos concorrentes estariam fora do alcance da proibição¹⁵²? Por tais motivos citada autora propõe para a solução desta interrogante dois níveis de análise: um que atenda a desaprovação da conduta e outro sobre a realização do risco. Este último daria margem para o exame de possíveis incidências de riscos reais concorrentes¹⁵³.

Independentemente do esforço empreendido para revestir eventuais insuficiências da teoria do incremento do risco e do fim de proteção da norma, não se pode ignorar que o princípio do risco, lançado inicialmente por Claus Roxin, se assenta na base segundo a qual, ao objetivar a proteção de bens jurídicos e o cumprimento de sua função preventiva, só se pode proibir ações perigosas sob uma ótica *ex ante*. No entanto, apenas resultados e cursos causais previsíveis, isto é, verificáveis *ex post*, podem ser imputados ao autor como obra sua¹⁵⁴. Nesse formato, a função da teoria do fim da norma de cuidado orienta-se a complementar o segundo nível da imputação objetiva, e, principalmente, diante de outras fontes de riscos, possibilitar a identificação de qual tenha sido determinante para o resultado, impedindo qualquer escolha arbitrária em prejuízo do réu. Eventual readequação do âmbito de proteção da norma ao primeiro pressuposto da criação do risco dispensaria um critério lógico de atribuição do resultado, tornando-se mera abstração^{155 156 157}.

4. Conclusões finais

Das reflexões aqui lançadas, é possível deduzir que o ponto fulcral da teoria da imputação objetiva é sempre o de imputar ou não o resultado ao autor. Em um

¹⁴⁸BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 107.

¹⁴⁹Sem aderir integralmente a proposta de Carolina Bolea Bardon, não podemos deixar de concordar com sua conclusão de que: "Hay que insistir en la necesidad de establecer una relación de sentido que permita conectar el resultado con el comportamiento activo u omisivo penalmente desaprovado". In: BOLEA BARDON, C. *Idem*.

¹⁵⁰Nas palavras de Helmut Frister: "el tipo objetivo de un delito de resultado requiere, además de la relación causal general entre la acción y el resultado también una relación causal específica entre la objetiva contrariedad al deber de la acción y el resultado, la cual – en razón de que la objetiva contrariedad al deber de la acción tiene que ser definida previamente – debe ser analizada recién en el marco de la imputación objetiva". In: FRISTER, H. Derecho Penal..., *Op. Cit.*, p. 214.

¹⁵¹FEIJOO SÁNCHEZ, B. Caso de los pelos de cabra..., *Op. Cit.*, p. 154.

¹⁵²BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, p. 98.

¹⁵³BOLEA BARDON, C. Conducta alternativa..., *Op. Cit.*, pp. 98-99.

¹⁵⁴GRECO, L. La Teoría de la imputación objetiva..., *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁵⁵REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Op. Cit.*, p. 219.

¹⁵⁶Yesid Reyes Alvaredo verte uma contundente crítica à teoria do fim de proteção da norma, pois esta acabaria se transformando em uma "formula vazia" e de conteúdo supérfluo, com pouca utilidade dentro da teoria da imputação objetiva. In: REYES ALVARADO, Y. Imputación Objetiva..., *Ob. Cit.*, p. 225.

¹⁵⁷Com críticas sobre a perspectiva do fim de proteção da norma como critério de decisão da imputação do resultado, frisa-se também João Curado Neves. In: CURADO NEVES, J. Comportamento lícito alternativo..., *Op. Cit.*, pp. 235 e ss.

panorama próprio dos crimes negligentes, é preciso se atentar para uma imprescindível conexão entre a violação de uma norma de cuidado e a efetiva lesão ao bem jurídico. A investigação quanto aos limites de tal conexão assume peculiar relevância para um efeito concreto, qual seja, afastar a imputação¹⁵⁸. Aderindo aos postulados normativos da teoria da imputação objetiva tal juízo de atribuição do resultado dependerá de uma dupla via: de um lado, o desvalor do comportamento, partindo-se da proibição *ex ante* da conduta perigosa e com isso delimitando as fronteiras entre o risco permitido e o proibido. De outro lado, exige-se no plano da realização do risco o desvalor do resultado, verificável *ex post*, levando-se em consideração todos os elementos fáticos, inclusive aqueles reconhecíveis após a prática da conduta. A identificação do resultado, contudo, deve estar atrelada ao risco efetivamente criado no âmbito da proteção de cuidado imposto pela norma vulnerada.

É possível inferir desta pesquisa o processo de superação dos juízos hipotéticos assentados em um comportamento ajustado ao Direito no marco da teoria do incremento do risco, ao se avaliar *ex post* a atribuição de um resultado típico. Com base nessa última, bastaria provar ter o autor, mediante a infração da norma de cuidado, superado o risco permitido para lhe imputar o resultado como realização deste risco. Essa assertiva tem motivado diversas resistências teóricas, sobretudo em casos de dúvidas sobre o aumento do risco para além do permitido. Seria suficiente a possibilidade de o risco abstrato criado pelo autor ter se concretizado em um risco concreto. Entretanto, há uma carência probatória na sequência do perfazimento do risco, dando margem para os partidários da teoria da evitabilidade, especialmente na sua vertente estrita, defenderem corretamente o afastamento da imputação do resultado¹⁵⁹.

As críticas ao incremento do risco propiciaram – dentro do marco da teoria da imputação objetiva – a exigência de uma complementação adicional, por meio do critério do fim de proteção da norma de cuidado. A reflexão de Enrique Gimbernat Ordeig tem o mérito de auxiliar na compreensão da dispensabilidade de qualquer possibilidade hipotética, como seria o caso da conduta alternativa conforme a Direito. Sempre com a devida vênia, diante de situações fáticas onde restaria aberta a discussão quanto a dúvida na determinação de se o risco criado teria sido menor com a conduta devida, denotar-se-ia a utilidade do recurso do juízo hipotético em favor do acusado de um delito imprudente.

Portanto, descobrir a sucessão dos fatos em caso de atuação conforme ao Direito só poderia adquirir importância quando se procurasse afastar a imputação. E isso será constatado na eventualidade da negação dessa conexão entre a violação da norma e a lesão. Diante da hipótese na qual se apresentem diversas fontes de perigo originárias de risco, bastará o questionamento efetivo da vinculação entre a violação da norma de cuidado e o resultado, por parte de uma dessas variantes para corroborar a utilidade do juízo hipotético. Por sua vez, quando essa variante não seja apta a conduzir um questionamento da conexão entre a vulneração da norma de cuidado e o resultado, o papel a ser desempenhado pelo comportamento lícito alternativo é irrelevante para efeitos de imputação.

Nada obstante o esforço teórico empreendido pela doutrina nos últimos anos para fazer avançar orientações normativas de imputação, a jurisprudência, nomeadamente a brasileira, ainda tem vacilado em recorrer a teses causalistas, sobrevalorizando a relevância de juízos hipotéticos, quando não se limitando a meras observações de cunho processual. Algumas, dignas de nota, avançam em parâmetros normativos, ainda que não os analisem *cum grano salis*. Não raras vezes, há uma combinação entre diversos critérios, muitos dos quais incompatíveis entre si. Um

¹⁵⁸Antônio Brito Neves fez notas sobre comportamento lícito alternativo. *In*: BRITO NEVES, A. *Op. Cit.*, p. 153.

¹⁵⁹OTTO, H. *Manual del Derecho Penal...*, *Op. Cit.*, pp. 299-300.

estudo teórico não pode se limitar a meras abstrações e exemplos desvinculados da realidade, mas, antes disso, pleitear um diálogo constante entre teoria e prática de modo a permitir o avanço e aprimoramento das discussões, tudo a viabilizar soluções jurídicas mais racionais e adequadas aos casos concretos.

5. Referências bibliográficas

- BACIGALUPO, E. *Principios de Derecho Penal: Parte General*, Akal, Madrid, 1994.
- BOLEA BARDON, C. *Conducta alternativa e imputación del resultado*, Atelier Editorial, Barcelona, 2020.
- BOLEA BARDON, C. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al Prof. Santiago Mir Puig*, BdeF, Buenos Aires, 2017.
- BUSATO, P.C. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- BRITO NEVES, A. "Notas sobre comportamento lícito alternativo". In: *Livro em memória do Prof. Dr. João Curado Neves*, AAFDL, Lisboa, 2020.
- COSTA, V. *Crimes Omissivos impróprios*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- CURADO NEVES, J. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*, AAFDL, Lisboa, 2019.
- DIAZ ARANDA, E. "Imputación normativa del resultado a la conducta". In: *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernát*, Edisofer, Madrid, 2008.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Caso de los pelos de cabra". In: *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, La Ley, Madrid, 2011.
- FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal - Parte Geral*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- FRISTER, H. *Derecho Penal: Parte General*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, BdeF, Buenos Aires, 2021.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, IBdeF, Buenos Aires, 2007.
- GIMENEZ MEZA, G. "Cursos causales hipotéticos", *El derecho Penal: doctrina y jurisprudência*, Buenos Aires, nº 6, jun. 2016.
- GRECO, L. *La teoría de la imputación Objetiva*, Una introducción, Zela Editorial, Puno, 2021.
- GRECO, L. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
- HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Comares, Granada, 2002.
- KAUFMANN, A. "La importancia de las causas del resultado hipotéticas en el Derecho Penal". In: *Causalidad, riesgo e imputación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- LUZON PEÑA, D.M. *Curso de Derecho Penal - Parte General*, Editorial Universitas, Madrid, 2002.
- MARTINEZ ESCAMILLA, M. Relevancia de los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?, In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal: Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- MUNHOZ NETTO, A. *Os crimes omissivos no Brasil*, UFPR, Curitiba, 1982.
- OTTO, H. *Manual de Derecho Penal: Teoría general del Derecho Penal*, Atelier Editorial, Barcelona, 2017.
- PALMA, M.F. *Direito Penal. Parte Geral. A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 5º ed. AAFDL, Lisboa, 2020.

- PEREZ ALONSO, E. "Notas sobre la imputación objetiva en el Derecho Penal". In: *Teoría del Delito: Problemas fundamentales*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
- REYES ALVARADO, Y. *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Bogotá, 2005.
- ROCHA, R. *A relação de causalidade no Direito Penal*, D'Placido, Belo Horizonte, 2017.
- ROXIN, C. Violação do dever e resultado nos crimes negligentes. *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986.
- ROXIN, C. *Derecho Penal - tomo I*, Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, C. "Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito penal". In: *Problemas fundamentais de Direito Penal*, Editora Vega, Lisboa, 1986.
- SANCHEZ RIOS, R. "Limites a aplicação do princípio da confiança e sua repercussão na jurisprudência", In: *Direito, Justiça e Sociedade: estudos em homenagem a criação da escola judicial do Paraná*, Editora Clássica, Curitiba, 2021.
- SANCHEZ RIOS, R. "Atividade empresarial e a responsabilidade penal por acidentes laborais: breves ponderações a luz da teoria da imputação objetiva", In: *Questões atuais do sistema penal: estudos em homenagem ao professor Roncaglio*, Lumenjuris, Rio de Janeiro, 2013.
- SIQUEIRA, F. *O Princípio da confiança no Direito Penal*, Editora D'Placido, Belo Horizonte, 2016.
- SOUSA MENDES, P. "O problema da relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objectiva". In: *Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão - Vol II*, Almedina, Coimbra, 2008.
- STRATENWERTH, G. *Derecho Penal - Parte General*, Civitas, Navarra, 2005.
- TAVARES, J. *Teoria dos crimes omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012.
- TAVARES, J. *Teoria do crime culposos*, Tirant Lo blanch, Florianópolis, 2018.
- TEIXEIRA, A. & CAMPANA, F. "O juízo acerca do nexos de causalidade e da imputação objetiva depende de reexame de prova, nos termos da Súmula n.7 do STJ? Uma análise a partir do Resp 1.840.263/SP", *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, Vol. 6, nº 2, 2021.
- WOLTER, J. "La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal". In: *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Servicios de publicaciones, Madrid, 1994.

El patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas: su protección en la normativa internacional *The intangible cultural heritage of indigenous peoples: its protection under international law*

Ana Laia Lázaro Feo¹

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

Sumario: 1. Introducción. 2. Pueblos indígenas y patrimonio cultural inmaterial. 2.1. Los pueblos indígenas. 2.2. El patrimonio vivo y su relación con los pueblos indígenas. 3. El patrimonio cultural inmaterial indígena en el ámbito internacional. 3.1. Instrumentos internacionales generales. 3.2. Instrumentos internacionales para la protección de los pueblos indígenas. 3.3. Instrumentos internacionales para la protección del patrimonio cultural inmaterial. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen: Originariamente, la protección del patrimonio cultural estuvo enfocada a la salvaguardia los bienes culturales materiales, tanto muebles como inmuebles. Sin embargo, en las últimas décadas la evolución del concepto de patrimonio hizo necesaria la protección de las costumbres y tradiciones culturales de los distintos pueblos y sociedades. Como consecuencia de esta evolución surgió el concepto de patrimonio cultural inmaterial o patrimonio vivo dando lugar a su protección internacional. El objetivo de este escrito es analizar la especial relación entre ese patrimonio cultural inmaterial y los pueblos indígenas para después examinar cómo está protegido específicamente en el ámbito internacional el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas, siendo un factor clave de su identidad.

Palabras clave: Pueblos indígenas, patrimonio cultural inmaterial, protección internacional.

Abstract: Originally, the protection of cultural heritage was focused on safeguarding tangible cultural property, both movable and immovable. However, in recent decades the evolution of the concept of heritage made it necessary to protect the customs and cultural traditions of different peoples and societies. As a consequence of this evolution, the concept of intangible cultural heritage or living heritage arose, giving rise to its international protection. The purpose of this paper is to analyze the special relationship between this intangible cultural heritage and indigenous peoples and then to examine how the intangible cultural heritage of indigenous peoples is specifically protected at the international level as a key factor of their identity.

Keywords: Indigenous peoples, intangible cultural heritage, international protection.

1. Introducción

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Valencia (España). Especializada en la protección internacional del patrimonio cultural. Profesora en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Forma parte del grupo de investigación "Relevancia del estatus y la condición de indígena: causas y consecuencias".

La cultura es un elemento fundamental de toda sociedad, pueblo o nación. Y en el caso de los pueblos indígenas se hace evidente y es uno de los aspectos que los caracteriza y distingue de otros grupos de población. Una parte de esa cultura son las expresiones de patrimonio cultural inmaterial que consisten en un amplio abanico de manifestaciones como, por ejemplo: danzas; técnicas de agricultura, artesanales, o de pesca; festividades, u otras manifestaciones de sus costumbres y tradiciones. Estas manifestaciones son transmitidas entre generaciones, conformando parte de la herencia de estos pueblos. No debemos olvidar que gran parte de esta transmisión es eminentemente oral y, por ello, se considera al idioma como vehículo de este tipo de patrimonio quedando también protegido.

La particular cosmovisión de los pueblos indígenas y su manera holística de relacionarse con su entorno hacen que su patrimonio cultural inmaterial sea de especial relevancia en cuanto a las numerosas expresiones de este que ostentan. Un ejemplo de ello son las abundantes manifestaciones de este tipo de patrimonio cultural indígena incluidas en las Listas creadas por la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003. Otros instrumentos internacionales mencionan la relevancia del patrimonio cultural inmaterial indígena para la consecución del desarrollo y la conservación del medio ambiente, siendo otro de los factores de transcendencia para su protección.

La normativa internacional recoge una serie de derechos y obligaciones para que el patrimonio cultural y la cultura en general de los pueblos ancestrales sea protegida con el objetivo de su conservación, y normas específicas para la protección de este patrimonio cultural inmaterial "vivo". Pero, aun existiendo la normativa internacional al respecto, en el pasado los pueblos indígenas no han obtenido una protección real y eficaz de sus culturas y de los elementos que las conforman². Además, se han dado casos en los que han sufrido asimilaciones forzadas, quedando sus costumbres y su patrimonio cultural desprovisto de protección y relegado de manera intencional.

Estos abusos quedaron reflejados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 al incorporar la preocupación por las injusticias sufridas por estos pueblos³. La misma reconoce el derecho a no sufrir asimilación forzada de los pueblos y personas indígenas, ni la destrucción de su cultura⁴. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016 incorpora específicamente el rechazo a la asimilación recogiendo el derecho de estos pueblos a mantener su identidad cultural y la obligación de los Estados a no poner en práctica políticas de asimilación ni de destrucción de sus culturas⁵. Por ello, es necesario conocer cómo los instrumentos normativos

² STAVENHAGEN, R. "Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales". *Nueva Antropología*, vol. 13, no 43, 1992, p. 85-86.

³ "Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses". ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. Preámbulo. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_S_web.pdf. Esta preocupación queda incorporada de igual manera en el preámbulo de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2016. OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>.

⁴ ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de... *Op. Cit.* Art. 8.

⁵ "Artículo X. Rechazo a la asimilación 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación. 2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas". OEA. Declaración Americana... *Op. Cit.* Art. X.

internacionales generan esta red de protección del patrimonio cultural inmaterial indígena, y, en consecuencia, los Estados deben velar por su cumplimiento y por el respeto de sus culturas.

Ante estas circunstancias el objetivo de este trabajo es relacionar la importancia del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas para su identidad y examinar cómo, su cultura y patrimonio cultural inmaterial, está protegido por los instrumentos internacionales de aplicación. Para ello, nos centraremos en primer lugar en exponer qué pueblos podríamos considerar indígenas para la aplicación de la normativa y a qué nos referimos cuando hablamos de patrimonio cultural inmaterial, resaltando la relación especial entre el patrimonio cultural “vivo” y los pueblos indígenas. En segundo lugar, pasaremos a examinar los instrumentos normativos de protección, señalando aquellos que contengan disposiciones generales de protección a la cultura, a continuación, los destinados a la protección de los pueblos indígenas, y, por último, los específicamente destinados a salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial, incluyendo una especial referencia a los idiomas.

2. Pueblos indígenas y patrimonio cultural inmaterial

2.1. Los pueblos indígenas

Los datos emitidos por distintas organizaciones internacionales cifran la población indígena en 476 millones aproximadamente, y más de 90 países cuentan con pueblos indígenas en sus territorios⁶. Dada la heterogeneidad de los pueblos indígenas y sus distintas particularidades en el ámbito internacional no se ha generado una definición o concepto oficial de “pueblos indígenas”. Sin embargo, debemos tener en cuenta uno de los primeros convenios que se aprobaron en la materia, encaminado a la protección de los pueblos indígenas, el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989⁷. Su artículo 1 establece el ámbito de aplicación del Convenio en el que encontramos una aproximación a considerar como “pueblos indígenas”:

“(a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; (b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”⁸.

⁶ BANCO MUNDIAL. “Pueblos indígenas”. (2021). Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples#1>.

⁷ Este Convenio es fruto de la revisión del Convenio No. 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales, de 1957. En el preámbulo del Convenio No. 169 de la OIT de 1989 comprobamos la dirección que toma la protección en el ámbito internacional cuando leemos en él que “Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”. OIT. Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169. Debe anotarse que, siendo el instrumento internacional específico de carácter vinculante para la protección de los pueblos indígenas de mayor importancia, su número de ratificaciones es muy escaso.

⁸ OIT. Convenio No. 169... *Op. Cit.* Art.1.

Este artículo del Convenio reconoce además “la conciencia de su identidad indígena o tribal” como criterio fundamental para determinar los grupos de aplicación del Convenio. Este factor de “autoidentificación” fue también incluido en el “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” por el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, José R. Martínez Cobo⁹. En este mismo informe se incluía una posible definición que ha sido ampliamente aceptada, en él se consideran como pueblos indígenas los siguientes:

“Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”¹⁰.

En los instrumentos internacionales destinados a la protección concreta de los pueblos indígenas aprobados durante los últimos años se incluye el factor de la “autoidentificación” también. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007, incorpora en su artículo 33 el derecho de los pueblos indígenas “a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. Por su parte, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada en 2016, incluye, en su artículo I.2.¹¹, la “autoidentificación” como criterio fundamental para la aplicación de la misma.

Todas las aproximaciones conceptuales o las enumeraciones de las principales características al hablar de pueblos indígenas mencionan y contienen su cultura, sus tradiciones y sus costumbres como factores esenciales de su identidad. Por este motivo es necesaria, además de su protección en el ámbito estatal, su salvaguardia y fomento en el plano internacional, ámbito en el que nos centraremos ahora para comprobar cómo este patrimonio cultural inmaterial o patrimonio “vivo” de los pueblos indígenas está protegido en nuestros días.

2.2. El patrimonio vivo y su relación con los pueblos indígenas

La consideración de patrimonio cultural ha evolucionado con el tiempo. En la actualidad el patrimonio cultural ya no solo tiene relevancia por su condición histórica, científica, artística o arquitectónica, sino que se le ha dotado de un matiz de herencia de los pueblos y de pertenencia a la humanidad que ha fomentado su protección en muy distintos ámbitos. Dentro de la normativa internacional existe una categorización de los distintos tipos de patrimonio cultural para su protección. Como, por ejemplo, el patrimonio cultural material, y dentro del mismo otras clasificaciones como mueble o inmueble, o más específicas como el patrimonio cultural subacuático.

⁹ En este informe se establecen como elementos subjetivos la autoidentificación y aceptación en el plano individual, y se afirma que “El derecho de definir qué y quién es indígena debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos”. ONU. Comisión de Derechos Humanos. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations. Volume 5, Conclusions, proposals and recommendations / by José R. Martínez Cobo, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.* (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4). 1987. párr. 369. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/133666>.

¹⁰ *Ibid.*, párr. 379.

¹¹ “La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena”. OEA. Declaración Americana... *Op.Cit.* Art. I.2.

Otro tipo de patrimonio cultural, y que va a ser objeto de análisis aquí, es el llamado "patrimonio vivo", el patrimonio cultural inmaterial.

La UNESCO, desde su fundación ha trabajado para revitalizar y proteger la cultura. El ámbito del patrimonio cultural inmaterial no ha sido menos, y lleva años siendo foco de protección de esta institución internacional. Durante la década de los setenta las expresiones orales y tradiciones ya eran tenidas en cuenta por la Organización, y la desprotección de las culturas de los pueblos indígenas ya estaba sobre la mesa, como por ejemplo en la Conferencia intergubernamental sobre los aspectos institucionales, administrativos y financieros de la cultura, celebrada en el año 1970 en Venecia (Italia)¹².

En los años ochenta debemos destacar la Conferencia Mundial sobre Las Políticas Culturales (MONDIACULT)¹³, que se celebró en la ciudad de México en 1982¹⁴, ya que en su informe final se incluye la expresión "patrimonio cultural inmaterial" remarcando la progresiva concienciación para su protección¹⁵. Y en el que se enfatizaba la necesidad de salvaguardar no solo el patrimonio cultural material, sino el inmaterial y en especial las tradiciones orales¹⁶. En el informe final de la Conferencia se incluye la Declaración de México donde se da una definición de patrimonio cultural que subraya la inclusión tanto del ámbito material como inmaterial en la misma¹⁷. El documento final contiene también una serie de recomendaciones entre las que podemos encontrar algunas dirigidas a la inclusión y puesta en valor de las expresiones culturales de los pueblos indígenas.

La UNESCO, en 1989, aprobó una Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular. En ella se habla de folklore y el título de la recomendación en inglés, *Recommendation on the Safeguarding of Traditional Culture and Folklore*, también lo comprende como ámbito de la salvaguardia. Con los años se emitieron distintos documentos de trabajo de la Organización en los que se postulaba el estudio del patrimonio cultural inmaterial como primordial y la necesidad de su definición superando los conceptos incluidos en la Recomendación de 1989 y ampliándolos. También se pusieron en marcha, en años posteriores, programas como el de "Proclamación de obras maestras del patrimonio oral e inmaterial de la humanidad" encaminadas a la salvaguardia de este patrimonio cultural inmaterial.

Para continuar la labor iniciada en la década de los 70, en marzo de 2001 se celebró, entre otras reuniones, una mesa redonda internacional de expertos en Turín (Italia) para elaborar una definición del término "patrimonio cultural inmaterial"¹⁸. En el informe final de esta reunión se puede apreciar cómo los conocimientos tradicionales indígenas son traídos a colación. No obstante, como se recoge en el

¹² UNESCO. *La elaboración de una Convención sobre el patrimonio cultural inmaterial*. 2009. P. 5. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189125_spa.

¹³ UNESCO. *Índice analítico de las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Políticas Culturales*. 1983. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000057276?posInSet=1&queryId=1016704f-641c-4002-a60d-cd080d65fb04>.

¹⁴ UNESCO. *La elaboración de una Convención sobre patrimonio cultural... Op. Cit.* p. 6.

¹⁵ "The attention now being given to the preservation of the 'intangible' heritage may be regarded as one of the most constructive developments of the past decade". UNESCO. *World Conference on Cultural Policies: final report*. CLT/MD/1. 1982. P. 14, párr. 85. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505>.

¹⁶ *Ibid.*, p. 18, párr. 130.

¹⁷ Declaración de México sobre las políticas culturales, adoptada por la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, México, 1982. Apartado 23. "El patrimonio cultural de un pueblo comprende las obras de sus artistas, arquitectos, músicos, escritores y sabios, así como las creaciones anónimas, surgidas del alma popular, y el conjunto de valores que dan un sentido a la vida. Es decir, las obras materiales y no materiales que expresan la creatividad de ese pueblo: la lengua, los ritos, las creencias, los lugares y monumentos históricos, la literatura, las obras de arte y los archivos y bibliotecas". *Ibid.*, p. 43.

¹⁸ UNESCO. *International Round Table on 'Intangible Cultural Heritage – Working Definitions', final report*. 14-17 March 2001, Turin, Italy. Disponible en: <https://ich.unesco.org/doc/src/00077-EN.pdf>.

informe, alguno de los ponentes expresó que la UNESCO debía tener en cuenta los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, pero también de todas las comunidades de un país determinado y no solo de las poblaciones indígenas para elaborar la definición del término y de lo que debía abarcar¹⁹. También podemos ver cómo uno de los puntos propuestos en esta reunión de expertos era utilizar “culturas tradicionales” en lugar de “folklore”, y patrimonio (*Heritage*) en lugar de tradición²⁰.

Si atendemos a las definiciones de trabajo para patrimonio cultural inmaterial²¹ dadas por los Estados miembros esta relación entre patrimonio cultural vivo y pueblos indígenas también es evidente. Argentina menciona diferentes manifestaciones culturales vigentes en distintas sociedades incluyendo expresamente las sociedades “aborígenes”²². Y México habla de la creatividad, los valores o los conocimientos de las colectividades especificando que “comprende también las distintas esferas sociales en las que la cultura popular se crea y se recrea” citando, entre otras, expresamente a las comunidades indígenas²³.

En el mismo documento podemos encontrar que, además de Estados, igualmente emitieron definiciones de trabajo distintas organizaciones como la Comunidad del Pacífico que da la definición incluida en la Declaración sobre la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones de las culturas indígenas en las islas del Pacífico, adoptada en 1999. La Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica menciona en su aportación “los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales”²⁴, y añade que podría considerarse también la definición emitida por la Subcomisión para la Eliminación de la Discriminación y la Protección de las Minorías en el “Proyecto de Principios y Directrices para la Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas”. Este Proyecto de Principios y Directrices es también incluido en la propuesta de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Siguiendo esta línea de propuestas de definiciones de trabajo para patrimonio cultural inmaterial que incluyen referencias a los conocimientos de los pueblos indígenas encontramos la de la OIT que menciona varios de los artículos del Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989. Una de estas organizaciones que destaca esta especial relación en las definiciones de trabajo es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Habla de “*indigenous*” e “*indigenous knowledge*”, haciendo mención del Proyecto de Principios y Directrices ya mencionado por otras organizaciones, y que hemos ya comentado, elaborado por la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica Irene Daes, en 1995. Sin embargo, la OMPI aclara que no en todas las ocasiones debemos concebir conocimientos tradicionales como indígenas pues: “los conocimientos indígenas son conocimientos tradicionales, pero no todos los conocimientos tradicionales son indígenas”²⁵. Y cuando habla de “*Traditional Knowledge Holder*”, en esta misma línea, vuelve a remarcar que no todos los poseedores de conocimientos tradicionales tienen que ser indígenas: “Las comunidades, pueblos y naciones indígenas son poseedores de conocimientos tradicionales, pero no todos los poseedores de conocimientos tradicionales son indígenas”²⁶.

¹⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁰ *Ibid.*, p. 11-12.

²¹ UNESCO. *Definitions for intangible cultural heritage*. Marzo 2001. Disponible en: <https://ich.unesco.org/doc/src/00078-EN.pdf>.

²² *Ibid.*, *Definitions for intangible cultural heritage – Member States*, p. 5.

²³ *Ibid.*, p. 7.

²⁴ *Ibid.*, *Working definitions – IGOs*, p. 6.

²⁵ Redacción original: “That is to say, indigenous knowledge is traditional knowledge, but not all traditional knowledge is indigenous”. *Ibid.*, p. 12.

²⁶ Redacción original: “Indigenous communities, peoples and nations are traditional knowledge holders, but not all traditional knowledge holders are indigenous”. *Ibid.*, p. 14.

Esta última perspectiva es la que se tomó más tarde, teniendo en cuenta, como hemos visto al inicio, algunas de las posturas anotadas en el informe final de la reunión celebrada en marzo de 2001 para elaborar una definición del término "patrimonio cultural inmaterial", y que proponían que no debía considerarse como tal únicamente las costumbres y tradiciones indígenas por la UNESCO sino de los indígenas y de todas las comunidades. Lo que no resta evidencias de la intrínseca relación entre patrimonio cultural inmaterial y pueblos indígenas que con estas líneas hemos querido señalar aquí.

Finalmente, ante las recomendaciones de que la mejor forma de proteger este patrimonio cultural vivo era la aprobación de un tratado internacional para su salvaguardia, el 17 de octubre de 2003 se aprobó la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial. Esta relación entre este tipo de patrimonio cultural y los pueblos indígenas, que ya fue subrayada en los documentos mencionados con anterioridad, también aparece en la Convención de 2003 reconociendo en su preámbulo que:

"las comunidades, en especial las indígenas, los grupos y en algunos casos los individuos desempeñan un importante papel en la producción, la salvaguardia, el mantenimiento y la recreación del patrimonio cultural inmaterial, contribuyendo con ello a enriquecer la diversidad cultural y la creatividad humana"²⁷.

Esta Convención es el instrumento jurídico internacional más relevante del ámbito para la protección de este tipo de patrimonio cultural específico, y en su articulado se incluye una definición de qué entendemos por patrimonio cultural inmaterial. Es una definición amplia que recoge como tal los usos, las representaciones, las expresiones, los conocimientos y las técnicas que las comunidades o grupos, incluso en determinados casos los individuos, "reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural"²⁸. Estos usos, conocimientos y demás expresiones incluidas como patrimonio cultural inmaterial, en ocasiones, van acompañadas de objetos materiales necesarios para esas prácticas o espacios culturales en los que se llevan a cabo y que, a efectos de la Convención, también se consideran parte del patrimonio cultural inmaterial. Una de las características más importantes de este tipo de patrimonio es su transmisión "de generación en generación" que otorga a los grupos creadores del mismo uno de los caracteres de su identidad y es un elemento fundamental para su continuidad. Según la Convención, este patrimonio cultural se manifiesta en los siguientes ámbitos: "a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales"²⁹.

Centrado el objeto de estudio y habiendo señalado la especial relación entre patrimonio cultural inmaterial y pueblos indígenas que se subraya desde los inicios de la protección del patrimonio "vivo", y remarcando la gran importancia de este para ellos, al ser uno de sus elementos de identidad y por ende de protección necesaria y

²⁷ UNESCO. Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, 2003. Preámbulo. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

²⁸ "Se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" -junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible". *Ibid.*, Art. 2.1.

²⁹ *Ibid.*, Art. 2.2.

urgente, en las próximas líneas examinaremos cómo los instrumentos internacionales dotan de protección al patrimonio cultural inmaterial indígena fomentando su conservación y salvaguardia, tanto en el ámbito estatal como en el internacional.

3. El patrimonio cultural inmaterial indígena en el ámbito internacional

En este apartado analizaremos los instrumentos de Derecho internacional general que incluyan disposiciones relevantes para la protección de la cultura en primer lugar, para, posteriormente, analizar aquellos instrumentos específicos destinados a la protección de los pueblos indígenas que hagan referencia a la salvaguardia de sus tradiciones y cultura, y, por último, examinaremos los instrumentos de Derecho internacional de protección del patrimonio cultural, de manera específica el inmaterial.

3.1. Instrumentos internacionales generales

En el ámbito de los Derechos humanos sus textos internacionales más importantes ya recogieron de manera general el derecho a la cultura y a su disfrute. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 recoge en su artículo 27 el derecho de toda persona "a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad", además de señalar el derecho a la protección de los intereses correspondientes por ser autor³⁰; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 incluye en su artículo 15 el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, beneficiarse de la protección de los intereses de las obras de las que sea autora y establece el deber de los Estados de adoptar medidas asegurando estos derechos, en particular "las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura"³¹; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 27 establece el derecho de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a tener su propia vida cultural y a emplear su propio idioma, derecho que no podrá negarse por los Estados en los que habiten³².

³⁰ "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora". ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Art. 27. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/universal-declaration-of-human-rights>.

³¹ "1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales". ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Art. 15. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.

³² "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y

En esta misma línea, la Convención sobre los Derechos del Niño incorporaba en 1989³³ disposiciones en su articulado para asegurar la educación de los niños indígenas atendiendo a sus necesidades lingüísticas (art. 17) y recogiendo que en los Estados en los que existieran personas de origen indígena no podrían ser negados sus derechos a disfrutar de su propia vida cultural y a emplear su propio idioma (art. 30). Estas disposiciones son de gran importancia para asegurar la continuidad del idioma y de sus expresiones culturales distintivas en las nuevas generaciones, afianzando su condición de indígena.

Otro instrumento internacional que debemos mencionar es el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, negociado en la "Cumbre de la Tierra", celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992, ya que en su artículo 8 menciona el deber de los Estados Parte a respetar y proteger los conocimientos y prácticas de las comunidades indígenas, en este caso, en relación con el objeto de protección del Convenio, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica³⁴. También otros instrumentos dedicados a la protección del medio ambiente como el Programa 21 y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, aprobados en la misma Cumbre de Río de Janeiro en junio de 1992³⁵, incluyen menciones específicas al papel de los conocimientos y prácticas tradicionales de las poblaciones indígenas.

Además, existen otros programas e instrumentos destinados a la protección de distintos colectivos con vocación universal, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965, que pretende asegurar que los derechos en la esfera cultural se desarrollen y se disfruten en condiciones de igualdad. Esta Convención recoge el compromiso de los Estados "a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico"³⁶ (art. 5) en el ámbito de los derechos culturales, entre otros derechos. Y recoge el compromiso a tomar medidas en la esfera de la educación y la cultura para prevenir la discriminación (art. 7). Por último, mencionar la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995³⁷, enfocadas en la protección de las mujeres y en la disminución de la desigualdad que estas sufren en nuestras sociedades, que también han tenido en cuenta en su desarrollo la educación y cultura de las poblaciones indígenas, en el caso mencionado, de las niñas y mujeres

Políticos, 1966. Art. 27. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

³³ ONU. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>.

³⁴ Apartado 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". ONU. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Art. 8. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf.

³⁵ El Programa 21 incluye un capítulo específico, el Capítulo 26, dirigido a las poblaciones indígenas bajo el título: "Reconocimiento y fortalecimiento del papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades". ONU. Programa 21, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter26.htm>. Y el Principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo hace mención específica a la importancia de los conocimientos y prácticas tradicionales de las poblaciones indígenas. ONU. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

³⁶ ONU. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965. Art.5. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.

³⁷ ONU. Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, 1995. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>.

indígenas -que, en ocasiones, sufren una doble discriminación: ser mujer y ser indígena-, promoviendo un enfoque multicultural en la protección de sus derechos.

3.2. Instrumentos internacionales para la protección de los pueblos indígenas

Como ya hemos señalado, la OIT promulgó en 1957 y en 1989 distintos convenios que recogían derechos y medidas a tomar y que tenían en cuenta la cultura de los pueblos indígenas. El Convenio No. 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales de 1957, ya contemplaba el deber de tomar en consideración los valores culturales de dichas poblaciones (art. 4), y de fomentar su artesanía e industrias rurales como factores de desarrollo económico siendo desarrolladas "sin menoscabo del patrimonio cultural de dichas poblaciones y de modo que mejoren sus valores artísticos y sus formas de expresión cultural"³⁸ (art. 18).

El Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 actualiza las disposiciones del anterior Convenio, e incorpora avances en el ámbito incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad de los gobiernos a "proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad"³⁹, pero concretando que esas medidas que promuevan sus derechos sociales, económicos y culturales, deben respetar "su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones"⁴⁰. El Convenio menciona de forma expresa el deber de tomar medidas para salvaguardar las culturas de estos pueblos, teniendo en cuenta los deseos expresados por estos (art. 4).

Además, en esta línea de protección y respeto de sus prácticas culturales, el Convenio establece en su artículo 5 que, al aplicar las disposiciones del Convenio, "(a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente", y "(b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos"⁴¹. El artículo 8 establece que se tendrán en cuenta las costumbres indígenas al aplicarles la legislación nacional, y reconoce que deben "tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos" (art. 8.2.). En relación con las lenguas indígenas, el Convenio recoge el deber de preservarlas promoviendo su desarrollo y su práctica (art. 28).

Este segundo Convenio, recogiendo y ampliando lo establecido en el artículo 18 del Convenio No. 107 de la OIT, establece en el artículo 23 cómo la artesanía y las actividades tradicionales deben reconocerse "como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos"⁴², debiendo los gobiernos, con la participación de esos pueblos, velar por el fortalecimiento y el fomento de esas actividades. Este Convenio incluye también el deber de tomar medidas en materia de educación para la descripción de las culturas de dichos pueblos (art. 31), y el de fomentar la cooperación en actividades en diferentes esferas como la cultura (art. 32). Este Convenio No. 169 de la OIT, que entró en vigor el 5 de septiembre de 1991, no hace mención específica al patrimonio

³⁸ OIT. Convenio No. 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957. Art. 18. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.

³⁹ OIT. Convenio No. 169 sobre... *Op.Cit.* Art. 2.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Ibid.*, Art. 5.

⁴² *Ibid.*, Art. 3.

cultural inmaterial pero sí lo incluye de manera indirecta al hablar de cultura y tradiciones propias que deben ser fomentadas y respetadas.

En 2007 la Asamblea General aprobó la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en su preámbulo recoge de manera clara algunas afirmaciones que debemos tener en cuenta, como que “todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad”⁴³, y como consecuencia de ello surge el deber de toda la comunidad internacional de proteger el patrimonio cultural de todos y cada uno de los pueblos que la conforman. Y 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”⁴⁴, que es otro de los aspectos que subraya la importancia de proteger el patrimonio cultural inmaterial indígena, como ya hemos mencionado al inicio. La Declaración afirma que los derechos que la misma contempla son “las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo”⁴⁵. Y aunque, de manera formal, no es de carácter vinculante, debería llegar a ser, como menciona Stavenhagen, “un instrumento moralmente vinculante en materia de derechos humanos”⁴⁶.

La Declaración, en relación con el patrimonio cultural, recoge el derecho a conservar y reforzar sus instituciones culturales y a participar en la vida social y cultural del Estado (art. 5); el derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura, añadiendo la obligación de los Estados a prevenir y resarcir actos que los priven de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica (art. 8); el derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales, y el deber de los Estados de reparar a los pueblos indígenas por la privación de sus bienes culturales, efectuada sin su consentimiento o con el incumplimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres (art. 11)⁴⁷.

Se incluye, además, en esta Declaración, una fuerte protección de su patrimonio cultural inmaterial afirmando los derechos de los pueblos indígenas a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones y costumbres (art. 12)⁴⁸; el derecho a utilizar y transmitir a las generaciones futuras su cultura (art. 13)⁴⁹; el derecho a establecer sus sistemas e instituciones docentes con educación en sus propios idiomas (art. 14)⁵⁰; el derecho a la salvaguardia de su patrimonio cultural

⁴³ ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de...*Op. Cit.* Preámbulo.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Ibid.*, Art. 43.

⁴⁶ STAVENHAGEN, R. “Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas”. *Revista IIDH*, vol. 48, 2008, p. 268.

⁴⁷ “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas. 2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres”. ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de... *Op. Cit.* Art. 11.

⁴⁸ “Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos”. *Ibid.*, Art. 12.1.

⁴⁹ “Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas, así como a mantenerlos”. *Ibid.*, Art. 13.1.

⁵⁰ “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje. (...) 3. Los Estados adoptarán medidas eficaces,

(art. 31)⁵¹, y a la cooperación en actividades culturales a través de las fronteras (art. 36)⁵². Como podemos observar, la Declaración presta especial atención al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas. Aunque no lo mencione como tal expresamente —patrimonio cultural inmaterial—, sí menciona muchas de las expresiones que conformarían el patrimonio cultural vivo o inmaterial, y lo hace como uno de los pilares de la protección para asegurar el mantenimiento y el ejercicio de sus tradiciones culturales haciendo hincapié en la transmisión y preservación de estas.

Debemos ser conscientes de que los instrumentos internacionales mencionados son de vocación universal, pero existen otros en el ámbito regional que también protegen a los pueblos indígenas en particular. Por ejemplo, la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó en 2016 la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ya mencionada con anterioridad, en la que también se incluyen disposiciones específicas para la protección del patrimonio cultural inmaterial de estos pueblos originarios. Concretamente, esta Declaración introduce de manera expresa la protección de este tipo de patrimonio en su artículo XXVIII sobre "Protección del patrimonio cultural y de la propiedad intelectual" en el que se incluye el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento, respeto, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, transmitido de generación en generación⁵³. Esta Declaración detalla la protección en este ámbito en diversos artículos como en el XIII sobre derecho a la identidad e integridad cultural en el que reconoce el derecho de los pueblos indígenas a su patrimonio cultural, tangible e intangible, y a su conservación "para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras"⁵⁴. El artículo XIV recoge el derecho a preservar y a transmitir una serie de elementos que se considerarían

conjuntamente con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma". *Ibid.*, Art. 14.

⁵¹ "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales". *Ibid.*, Art. 31.1.

⁵² "Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras". *Ibid.*, Art. 36.1.

⁵³ Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual: "1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación. 2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales, artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna. 3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas". OEA. Declaración Americana... *Op.Cit.* Art. XXVIII.

⁵⁴ *Ibid.*, Art. XIII.

patrimonio cultural inmaterial como "historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura"⁵⁵. No son los únicos artículos que se podrían vincular, pues se reconoce en varios de ellos el derecho a practicar, desarrollar, transmitir sus costumbres y tradiciones.

3.3. Instrumentos internacionales para la protección del patrimonio cultural inmaterial

En noviembre de 1945 se creó la UNESCO como organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, cuya función principal es garantizar y promover la educación, la ciencia y la cultura en todo el mundo. Como principal garante de la cultura, en el plano internacional, desde sus inicios ha ido generando documentos, de diversa eficacia jurídica, en el ámbito en el que se especializa. En el plano de la cultura son muchas las recomendaciones, declaraciones y convenciones que han sido auspiciadas por esta Organización y, entre estos documentos, varios de ellos contemplan la protección del patrimonio cultural inmaterial, como hemos adelantado ya en el inicio y ampliaremos a continuación.

En 1966 se aprobó, en el seno de la UNESCO, la Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional. El objetivo de esta era fomentar la cooperación entre los pueblos para, difundiendo los usos y costumbres de cada uno de ellos, fomentar la paz y el entendimiento entre los mismos. En ella encontramos una afirmación en la línea de protección de la cultura de todos los pueblos en el artículo primero: "todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura"⁵⁶. Derecho y deber que se basará en el respeto de los derechos humanos, como menciona la misma.

Actualmente es común encontrar la referencia al patrimonio cultural inmaterial como patrimonio "vivo", y en 1989, en la Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, podemos encontrar, en el preámbulo, la referencia a "cultura viva" que englobaría la cultura tradicional y popular. Dentro de esta cultura tradicional y popular a la que está destinada la Recomendación podríamos decir que incluye el patrimonio cultural inmaterial, ya que, en el apartado A en el que introduce la definición de la misma, habla de "creaciones que emanan de una comunidad cultural fundadas en la tradición, expresadas por un grupo o por individuos" que son expresión de su identidad cultural, y habla de transmisión oral. Además, el mismo apartado incluye una enumeración, no cerrada, de las formas de esta incluyendo: "...la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes"⁵⁷. Como podemos observar, coincide con las formas y expresiones que años más tarde se incluyeron en la Convención específica de 2003. Y aunque no menciona el patrimonio cultural inmaterial de forma expresa, sí hace referencia a los conocimientos inmateriales en su apartado C. Todas las detalladas medidas de protección de esta Recomendación podrían ser aplicadas para salvaguardar el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas.

El siguiente instrumento que debemos conocer es la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural, de 2001. Esta Declaración contiene afirmaciones que forman parte de los pilares de la Organización y es ejemplo de la importancia de la cultura y de su protección para nuestras sociedades. Hay que destacar el artículo 1 que contiene el principio "La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad". O el artículo 4 "Los derechos humanos, garantes de la

⁵⁵ *Ibid.*, Art. XIV.

⁵⁶ UNESCO. Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, 1966. Art. Primero. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁵⁷ UNESCO. Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, 1989. Apartado A. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

diversidad cultural” en el que se afirma que su defensa “es un imperativo ético, inseparable del respeto de la dignidad de la persona humana”, y recoge específicamente la necesidad de “respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular los derechos de las personas que pertenecen a minorías y los de los pueblos indígenas”⁵⁸. Así, como observamos, todos los principios de esta Declaración serían directamente aplicables. Es más, en su Anexo II encontramos referencias al patrimonio oral e inmaterial en el objetivo 13 sobre elaboración de políticas de preservación, y en el objetivo 14 encontramos, incluyendo en estas orientaciones, el respeto y la protección de los conocimientos tradicionales “especialmente los de los pueblos indígenas”, añadiendo en el mismo objetivo la relación entre estos conocimientos tradicionales y la protección del medio ambiente.

Estos instrumentos, a nuestro juicio, fueron ya marcando el camino para llegar a la aprobación del instrumento específico internacional, de carácter vinculante, más relevante en el ámbito del patrimonio cultural inmaterial, la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003. Como hemos mencionado ya, el preámbulo de esta Convención reconoce el importante papel de las comunidades y señala expresamente “en especial las indígenas” en la salvaguardia de este tipo de patrimonio. Esta Convención, encaminada a la protección y valorización del patrimonio vivo, establece deberes para los Estados Parte consistentes en la adopción de medidas de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial en sus territorios teniendo en cuenta la participación de las comunidades y grupos que “crean, mantienen y transmiten ese patrimonio y de asociarlos activamente a la gestión del mismo”⁵⁹ (art. 15). Medidas como la creación de inventarios, fomentar estudios y crear instituciones destinadas a su salvaguardia, adoptar medidas jurídicas encaminadas a su defensa o la creación de programas y actividades educativas que refuercen la protección.

La Convención, en el ámbito internacional, funda el “Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial” que se encargará de la promoción de los objetivos de la Convención, funciones descritas en el artículo 7. Asimismo, establece la promoción de programas y proyectos ante la solicitud de asistencia internacional de los Estados para la protección del patrimonio cultural inmaterial e instaura un “Fondo para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”. También, crea dos listas: la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad y la Lista del patrimonio cultural inmaterial que requiere medidas urgentes de salvaguardia, además del Registro de buenas prácticas de salvaguardia. Los Estados Parte son los encargados de proponer las prácticas o expresiones culturales a incluir en ambas Listas, y el Comité las evalúa y decide sobre su incorporación en las mismas. El proceso exige que las candidaturas cumplan con diversos criterios. Uno de ellos, de especial importancia en lo que nos incumbe, establece que la propuesta debe haber contado con la participación más amplia de la comunidad interesada y con su consentimiento libre, previo e informado⁶⁰. De esta manera, los Estados que deseen incorporar expresiones culturales de los pueblos indígenas que habiten en su territorio deberán contar con su aprobación, tras haberse entablado conversaciones con los mismos para ello.

Son muchas las representaciones, expresiones, usos, conocimientos y técnicas incluidas en ambas Listas y en el Registro de buenas prácticas de salvaguardia (584 elementos correspondientes a 131 países) y una parte de ellas corresponden a pueblos indígenas. La Convención entró en vigor en 2006 y las

⁵⁸ UNESCO. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, 2001. Art. 4. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁵⁹ UNESCO. Convención para la salvaguardia...*Op. Cit.* Art. 15.

⁶⁰ Podemos comprobar este aspecto en las Directrices Operativas para la aplicación de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. UNESCO. *Textos fundamentales de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003*. 2020. Disponible en: <https://ich.unesco.org/es/directrices>.

primeras incorporaciones a las Listas fueron en 2008⁶¹. La Convención cuenta con 180 Estados Parte⁶², y llama la atención que los cuatro Estados -Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda- que inicialmente en 2007 votaron en contra de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aunque después han terminado adhiriéndose a ella), no sean Parte de esta Convención de la UNESCO que puede promover, proteger y empoderar los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas.

La inclusión en las Listas es importante a efectos de reconocimiento y también de protección, pues las propuestas de los Estados deben ir acompañadas de medidas de promoción y salvaguardia de estas como uno de los criterios necesarios para su inscripción. Este es un factor decisivo en la continuidad de la identidad de los pueblos indígenas, y por ello la importancia de esta Convención, y en especial de que los Estados la ratifiquen y lleven a cabo medidas enfocadas a su cumplimiento y a la promoción de la diversidad cultural de sus territorios. Todo ello sin olvidar que la propia Convención, en su artículo 13, establece en relación con la adopción de medidas la necesidad de "garantizar el acceso al patrimonio cultural inmaterial, respetando al mismo tiempo los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio"⁶³. Este aspecto es importante para los pueblos indígenas, pues pudiera darse el caso en el que una de sus prácticas de patrimonio cultural inmaterial sea sagrada para ellos y no deseen que se le dé publicidad, por lo que el Estado deberá tener en cuenta sus costumbres, además de contar con su consentimiento.

Nos parece necesario hacer un inciso para resaltar uno de los aspectos que menciona la Convención en el artículo 2.2 cuando incluye las tradiciones y expresiones orales como patrimonio cultural inmaterial, y realiza una aclaración en ese apartado señalando al idioma "como vehículo" de este tipo específico de patrimonio. Si recapitulamos hasta aquí, muchos de los instrumentos jurídicos que hemos señalado incluyen el derecho a emplear su propio idioma, o derechos relacionados con su conservación, como el Convenio No. 169 de la OIT en su artículo 28. Este aspecto es fundamental, pues algunos Estados vinculan la atribución de la condición de indígena o la cuantificación de la población indígena en sus países al mantenimiento de sus tradiciones y, en especial, al uso y al mantenimiento de su propio idioma.

Sin embargo, muchas de las lenguas del mundo se encuentran en peligro de extinción, y se estima que una gran parte de las mismas corresponden a lenguas indígenas. Debido a ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 2019 como Año Internacional de las Lenguas Indígenas con el propósito de "...llamar la atención sobre la grave pérdida de lenguas indígenas y la necesidad apremiante de conservarlas, revitalizarlas y promoverlas y de adoptar nuevas medidas urgentes a nivel nacional e internacional..."⁶⁴. Además, a finales de 2019 la Asamblea General proclamó el período 2022-2032 como Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas para continuar con el mismo fin⁶⁵.

⁶¹ En ellas se agregaron las expresiones incluidas como "Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad" proclamadas por la UNESCO desde 2001 hasta 2005, de conformidad con lo dispuesto en el art. 31 de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.

⁶² Pueden consultarse los Estados Parte en: UNESCO. "The States Parties to the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003)". 2021. Disponible en: <https://ich.unesco.org/en/states-parties-00024>.

⁶³ UNESCO. Convención para la salvaguardia...*Op. Cit.* Art. 13.

⁶⁴ ONU. Asamblea General. A/RES/71/178. *Derechos de los pueblos indígenas*. Resolución de 19 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/453/90/PDF/N1645390.pdf?OpenElement>.

⁶⁵ ONU. Asamblea General. A/RES/74/135. *Rights of indigenous peoples*. Resolución de 18 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/426/26/PDF/N1942626.pdf?OpenElement>.

La UNESCO, por su parte, publicó el Atlas de las lenguas del mundo en peligro de desaparición⁶⁶. Este trabajo, en la edición de 2010, recoge las distintas lenguas y las clasifica en: vulnerable; en peligro; seriamente en peligro; en situación crítica y en extinta. En la publicación observamos cómo numerosas de las lenguas incluidas en alguna de estas clasificaciones corresponden a lenguas indígenas.

Seguidamente, en 2020, se celebró un evento de alto nivel en el marco de la clausura del Año Internacional de las Lenguas Indígenas titulado “Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas”. El documento final conocido como la Declaración de Los Pinos (Chapoltepek) establece una serie de principios, orientaciones y directrices enfocadas en la elaboración del plan de acción mundial para el mencionado Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas. Entre los objetivos podemos encontrar una referencia específica al patrimonio cultural inmaterial remarcando el apoyo a los pueblos indígenas en la salvaguardia de este patrimonio vivo “expresado mediante su lengua”⁶⁷. Podemos observar cómo la conservación de las lenguas indígenas es uno de los elementos indivisibles del patrimonio cultural inmaterial indígena, de modo que, sin la base de la protección de las lenguas, el resto de protección al patrimonio vivo de los pueblos ancestrales queda incompleto en su raíz, por lo que se deben acoger positivamente y con esperanza las acciones en pro de la protección de las lenguas indígenas y los derechos asociados a las mismas para el periodo 2022-2032.

Recordemos que sin cultura es muy difícil que perdure la identidad propia que los distingue de otros sectores de población; sin su lengua, desaparece el vehículo de transmisión de sus costumbres; sin su transmisión, se elimina la posibilidad de continuidad generacional de la que muchos instrumentos normativos hablan. Y si desaparece esa transmisión se llega a la pérdida de su patrimonio cultural inmaterial, y con ello a la pérdida de su identidad. Por lo que es fundamental y prioritaria su conservación para cumplir con las disposiciones internacionales que establecen la protección especial de los pueblos indígenas.

En el ámbito de la UNESCO, retomando los instrumentos jurídicos específicos, mencionar por último la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de 2005, que incluye en su preámbulo “la importancia de los conocimientos tradicionales como fuente de riqueza inmaterial y material”, y habla, específicamente, de “los sistemas de conocimiento de los pueblos autóctonos y su contribución positiva al desarrollo sostenible, así como la necesidad de garantizar su protección y promoción de manera adecuada”⁶⁸.

Además, una rama de esta protección del patrimonio cultural inmaterial indígena es la relacionada con los derechos de propiedad intelectual derivados del mismo⁶⁹. En las sesiones de preparación para la redacción y aprobación de una

⁶⁶ La primera edición fue en 1996. Puede encontrarse la de 2010 en: UNESCO. *Atlas de las lenguas del mundo en peligro*. 2010. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189453>.

⁶⁷ Declaración de Los Pinos. Objetivos específicos para la elaboración del futuro plan de acción mundial para el Decenio Internacional de las Lenguas Indígenas: “apoyar a los pueblos indígenas en la salvaguardia de su patrimonio inmaterial, expresado mediante la lengua, las canciones, los mitos, los juegos de palabras, la poesía y otras tradiciones orales, así como los espacios culturales asociados a ellos, junto con la protección de la creación y la propiedad indígenas, de conformidad con los reglamentos y los instrumentos normativos internacionales existentes en materia de derechos de propiedad intelectual y los principios éticos de la UNESCO para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”. UNESCO. *Declaración de Los Pinos [Chapoltepek] — Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas*. CI-IYIL2019/RP/2020. 2020, p. 6. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374030_spa.

⁶⁸ UNESCO. Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, 2005. Preámbulo. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

⁶⁹ En 1993 la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica-Irene A. Daes, ya relacionaba estos aspectos en el “Estudio

convención específica para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial se contempló hasta dónde debía llevar la protección la UNESCO y se subrayó el trabajo conjunto y colaboración que debía existir con la OMPI. Esta última Organización dedicada a la protección de la propiedad intelectual lleva a cabo propuestas específicas para asegurar los derechos de propiedad intelectual de los pueblos ancestrales, en particular, con diferentes iniciativas para evitar la apropiación cultural indebida y sus problemas derivados⁷⁰.

Tras la exposición de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables, y que podríamos vincular al patrimonio cultural inmaterial indígena, comprobamos que el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas está protegido en el ámbito internacional y que entre los instrumentos de protección conforman una red de conservación y revalorización del mismo para asegurar su mantenimiento y transmisión. Los Estados son los principales garantes de estos derechos, y son los que, mediante acciones gubernamentales, deben generar iniciativas encaminadas a la conservación del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas que habitan en el territorio de su Estado, fomentando la participación de estos pueblos en la toma de medidas que ayuden a salvaguardar este tipo de patrimonio cultural en particular. Sin la implicación de los Estados este sistema de protección que despliegan los instrumentos internacionales no llegará a tener los efectos necesarios en la práctica.

4. Conclusiones

El patrimonio cultural inmaterial es uno de los ámbitos del patrimonio cultural más vinculado al concepto de herencia. Las técnicas, tradiciones y costumbres que lo conforman son transmitidas de generación en generación y coadyuvan al mantenimiento y supervivencia de la identidad cultural de los pueblos. En el caso de los pueblos indígenas es más evidente si cabe, pues del análisis de los elementos comunes que se les atribuyen para la identificación de estos, gran parte de las aproximaciones vinculan esa "definición" a la existencia de una cultura propia y diferenciada entre otros elementos que hemos mencionado. Por lo que su pérdida puede suponer su desaparición.

La especial vinculación de los pueblos indígenas y patrimonio cultural inmaterial es palpable, ya sea en los debates sobre el concepto de patrimonio cultural inmaterial o ya sea en los instrumentos jurídicos internacionales que hacen mención concreta a estos pueblos y a la importancia de su aportación en el campo con sus costumbres y tradiciones. Basta comprobar la Lista representativa del patrimonio cultural inmaterial de la humanidad, de la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de 2003, para constatarlo.

El derecho a la cultura es un derecho reconocido en el ámbito internacional, como lo es la protección del patrimonio cultural inmaterial y los derechos de los pueblos indígenas. Y, en concreto, el patrimonio cultural inmaterial indígena queda protegido por los distintos instrumentos jurídicos que hemos analizado, ya sean los generales, los enfocados a proteger a los pueblos indígenas con medidas enfocadas a la conservación de sus tradiciones y costumbres, o los destinados a la protección del patrimonio cultural inmaterial que salvaguardan sus culturas y técnicas

sobre la protección de la propiedad cultural e intelectual de los pueblos indígenas preparado por la Sra. Erica-Irene Daes, Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas". ONU. Comisión de Derechos Humanos. *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples / by Erica-Irene Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Chairperson of the Working Group on Indigenous Populations*. (E/CN.4/Sub.2/1993/28). 1993. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/170886?ln=es>.

⁷⁰ Vid. BLAKENEY, M. "Protecting the knowledge and cultural expressions of Aboriginal peoples". *University of Western Australia Law Review*, 39(2), 2015, p. 180-207.

tradicionales con el fin de su preservación. Todos ellos crean un sistema de protección en el ámbito internacional, en relación con su protección y conservación.

Pero, como bien sabemos, esto no es suficiente y los Estados deben tomar iniciativas nacionales encaminadas a su protección, dando cumplimiento a sus compromisos internacionales. Y teniendo en cuenta que toda protección de los elementos que conforman el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas debe contar con su consulta previa y con el consentimiento de estos pueblos para la toma de medidas. Además, deben ser partícipes de todos los beneficios que el patrimonio cultural inmaterial genere para asegurar su desarrollo en todos los ámbitos.

5. Bibliografía

- BANCO MUNDIAL. "Pueblos indígenas". 2021. Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples#1>.
- BLAKENEY, M. "Protecting the knowledge and cultural expressions of Aboriginal peoples". *University of Western Australia Law Review*, 39(2), 2015, p. 180-207.
- OEA. Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2016. Disponible en: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/DADPI.pdf>.
- OIT. Convenio No. 107 sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107.
- OIT. Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169.
- ONU. Asamblea General. A/RES/71/178. *Derechos de los pueblos indígenas*. Resolución de 19 de diciembre de 2016. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/453/90/PDF/N1645390.pdf?OpenElement>.
- ONU. Asamblea General. A/RES/74/135. *Rights of indigenous peoples*. Resolución de 18 de diciembre de 2019. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/426/26/PDF/N1942626.pdf?OpenElement>.
- ONU. Comisión de Derechos Humanos. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations. Volume 5, Conclusions, proposals and recommendations / by José R. Martínez Cobo, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*. (E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4). 1987. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/133666>.
- ONU. Comisión de Derechos Humanos. *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples / by Erica-Irene Daes, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Chairperson of the Working Group on Indigenous Populations*. (E/CN.4/Sub.2/1993/28). 1993. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/170886?ln=es>.
- ONU. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/universal-declaration-of-human-rights>.
- ONU. Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.
- ONU. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>.

- ONU. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>.
- ONU. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>.
- ONU. Convenio sobre la Diversidad Biológica, 1992. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf.
- ONU. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- ONU. Programa 21, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter26.htm>.
- ONU. Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, 1995. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>.
- ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007. Disponible en: https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_S_web.pdf.
- STAVENHAGEN, R. "Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales". *Nueva Antropología*, vol. 13, no 43, 1992, p. 83- 99.
- STAVENHAGEN, R. "Los derechos de los pueblos indígenas: desafíos y problemas". *Revista IIDH*, vol. 48, 2008, p. 257- 268.
- UNESCO. Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional, 1966. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13147&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- UNESCO. *World Conference on Cultural Policies: final report*. CLT/MD/1. 1982. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000052505>.
- UNESCO. *Índice analítico de las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Políticas Culturales*. 1983. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000057276?posInSet=1&queryId=1016704f-641c-4002-a60d-cd080d65fb04>.
- UNESCO. Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular, 1989. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13141&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- UNESCO. Declaración Universal sobre la Diversidad Cultural, 2001. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- UNESCO. *Definitions for intangible cultural heritage*. Marzo 2001. Disponible en: <https://ich.unesco.org/doc/src/00078-EN.pdf>.
- UNESCO. *International Round Table on 'Intangible Cultural Heritage – Working Definitions', final report*. 14 – 17 Marzo 2001. Disponible en: <https://ich.unesco.org/doc/src/00077-EN.pdf>.
- UNESCO. Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, 2003. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=17716&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- UNESCO. Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales, 2005. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- UNESCO. *La elaboración de una Convención sobre el patrimonio cultural inmaterial*. 2009. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189125_spa.
- UNESCO. *Atlas de las lenguas del mundo en peligro*. 2010. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000189453>.

UNESCO. *Declaración de Los Pinos [Chapoltepek] — Construyendo un Decenio de Acciones para las Lenguas Indígenas*. CI-IYIL2019/RP/2020. 2020. Disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000374030_spa.

UNESCO. *Textos fundamentales de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de 2003*. 2020. Disponible en: <https://ich.unesco.org/es/directrices>.

UNESCO. "The States Parties to the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (2003)". 2021. Disponible en: <https://ich.unesco.org/en/states-parties-00024>.

A possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural: uma análise da legislação e jurisprudência

The legal possibility of judicial recovery of the rural producer:
an analysis of legislation and jurisprudence

Pauliney Costa e Cruz¹

Patrícia Spagnolo Parise Costa²

Universidade de Rio Verde – GO, Brasil

Sumário: 1. Introdução. 2. Noções introdutórias sobre recuperação judicial. 3. Concepção, objetos e requisitos da recuperação judicial. 4. O produtor rural e o exercício da atividade informal. 5. Possíveis soluções. 6. A importância da recuperação judicial do produtor rural e seu papel no desenvolvimento socioeconómico. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

Resumo: O Brasil é um dos países no mundo com o maior potencial produtivo em suas áreas rurais, assim, o fator terra tem fundamental relevância no controle da balança comercial, de modo que a agricultura, por exemplo, é galgada ao status de uma das mais importantes fontes propulsoras da economia nacional. Diante da crise financeira enfrentada pelo Brasil nos últimos anos e da importância do agronegócio para a economia nacional, um dos mais significativos temas jurídicos versa sobre a possibilidade jurídica de concessão da recuperação judicial ao produtor rural. Fixa-se, assim, como objetivo principal, examinar a aplicabilidade do instituto empresarial da recuperação judicial ao produtor rural - pessoa física, trazendo a possibilidade de relativizar os pressupostos ensejadores desse benefício. Assim, indaga-se: existe, de fato, a real possibilidade de se recuperar judicialmente o produtor rural - pessoa física? Para o desenvolvimento deste estudo, a abordagem metodológica funda-se na pesquisa documental, do tipo bibliográfica.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Produtor rural pessoa física. Registro. Requisitos.

Abstract: Brazil is one of the countries in the world with the greatest productive potential in its rural areas, so the land factor is of fundamental importance in controlling the trade balance, so that agriculture, for example, is raised to the status of one of the most important driving sources of the national economy. Given the financial crisis faced by Brazil in recent years and the importance of agribusiness for the national economy, one of the most significant legal issues is the legal possibility of granting judicial recovery to rural producers. Thus, the main objective is to examine the applicability of the business institute of judicial recovery to the rural producer - individual, bringing the possibility of relativizing the assumptions that give rise to this benefit. Thus, the question is: is there, in fact, the real possibility of

¹ Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento. Especialista em Agronegócio. Especialista em Direito Público. Professor de Direito Civil na UniRV e na UNIBRAS. *e-mail: paulineycosta@hotmail.com

² Doutora em Direito Público. Mestre em Direito. Especialista em Direito Tributário. Professora titular de Direito Constitucional na UniRV. *e-mail: parise@unirv.edu.br

judicially recovering the rural producer - individual? For the development of this study, the methodological approach is based on documental research, of the bibliographic type.

Keywords: Judicial recovery. Individual rural producer. Record. Requirements.

1. Introdução

A Economia ensina que os principais fatores de produção são terra, trabalho e capital. Indubitavelmente, o Brasil tem no fator terra fundamental relevância no controle da balança comercial, de modo que a agricultura, por exemplo, é galgada ao status de uma das mais importantes fontes propulsoras da economia nacional. Diante da crise financeira enfrentada pelo País nos últimos anos e da importância do agronegócio para a economia nacional, um dos mais significativos temas jurídicos versa sobre a possibilidade jurídica de concessão da recuperação judicial ao produtor rural-pessoa física.

Assim, a lei 11.101/05 surge com o intuito de conferir tratamento jurídico econômico adequado ao empresário e às sociedades empresárias em crise financeira momentânea, de maneira a permitir que os credores interessados de tais entes recuperem parte do seu crédito.

Em razão de os Tribunais dos Estados brasileiros terem os mais diversos entendimentos acerca do tema, faz-se necessário realizar um estudo fático e da consequência advinda dos seguintes questionamentos: existe de fato a real possibilidade de se recuperar judicialmente o produtor rural pessoa física? A inscrição do produtor rural na Junta Comercial é de natureza declaratória ou constitutiva?

Diante disso, é conveniente analisar a possibilidade de o produtor rural ter seu pedido de recuperação judicial concedido, assim como de este empresário ter a faculdade ou a obrigatoriedade de se registrar na Junta Comercial.

Desta forma, será exposta e ponderada a disciplina jurídica do Código Civil e da lei 11.101/05 que cuida de Recuperação de Empresas e Falência, verificando-se a possibilidade de o produtor rural gozar dos benefícios da recuperação judicial.

Para alcançar tal pretensão o artigo se dividirá em seis partes. Na primeira será apresentada a origem e a evolução da recuperação judicial no Brasil e no mundo. Na segunda, analisado o conceito de recuperação judicial, seus respectivos objetivos e requisitos.

Na terceira parte será retratada a recuperação judicial do produtor rural, mas também os entendimentos divergentes a respeito da necessidade ou não do registro do produtor rural, além da análise das decisões dos principais tribunais brasileiros acerca do tema. Logo em seguida, a quarta parte disporá acerca da informalidade do produtor rural e dos motivos que os levam a praticar suas atividades de forma "atípica".

Na quinta parte serão apontadas soluções ao problema apresentado. Por fim, na sexta e última parte, espera-se evidenciar a importância do papel socioeconômico que a atividade rural cumpre no Brasil, visto que ela produz bens e serviços de grande relevância para a população brasileira além de arrecadação tributária para os entes federativos.

Para a realização desta pesquisa valeu-se do método de abordagem dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuances do tema, para então envolver as suas particularidades, mormente quanto à possibilidade de recuperação do produtor rural pessoa física.

Em relação ao procedimento, foi utilizado o método comparativo, de grande valia para que se possa traçar o necessário paralelo entre as posições jurisprudenciais que versam sobre o tema, de forma a identificar qual seria o melhor entendimento.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática

estudada (revistas científicas especializadas, livros, entrevistas, legislações e projetos de lei), com o intuito de favorecer a avaliação do tema a partir de um novo prisma, propiciando conclusões inovadoras.

2. Noções introdutórias sobre a recuperação judicial

A lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, regula a recuperação judicial e extrajudicial e a falência da sociedade empresária no Brasil. Essa legislação cuida da preservação da empresa por meio da recuperação judicial, prezando pelo princípio par *conditio creditorum*, o qual assegura perfeita igualdade entre os credores de mesma classe.³

Contudo, nem sempre foi assim. Há anotações da existência do direito empresarial já no direito romano e na Idade Média.

No Direito Romano, o devedor garantia o pagamento de suas obrigações com seus bens, sua liberdade e sua vida. Se o devedor não pudesse pagar as suas dívidas, então se tornaria escravo do credor que teria a plena disposição sobre a vida do devedor. Nesse instante, o objetivo era punir o devedor insolvente. Na Idade Média, já poderiam ser encontradas com bastante naturalidade regras para resolver a situação dos devedores insolventes, recaindo a execução apenas sobre os bens do devedor. Era o Estado o sujeito ativo, aquele que podia mover esta execução, mas a falência recaía tanto sobre o devedor comerciante como o não comerciante, já que não havia claramente esta distinção. No Brasil, durante a aplicação das Ordenações do Reino, a banca do comerciante que não pagava suas obrigações era quebrada, literalmente, o que impedia a continuação de sua atividade, gerando assim sua extinção sem a possibilidade de contraditório.⁴

Assim, quando uma empresa está enfrentando uma significativa crise financeira ou encontra-se à beira da falência, um dos métodos para a sua recomposição é a recuperação judicial, disciplinada pela Lei de Recuperação de Empresas e Falência, sob o nº 11.101/05. Este instituto tem como escopo reerguer o empresário individual ou a sociedade empresária que está em déficit econômico e necessita de auxílio.

A recuperação judicial é um somatório de providências de ordem econômico financeiro, produtivas, organizacionais e jurídicas, por meio das quais a capacidade produtiva de uma empresa possa, da melhor forma, ser reestruturada e aproveitada, alcançando uma rentabilidade autossustentável, superando, com isso, a situação econômico-financeira em que se encontra seu titular, o empresário, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego e a composição dos interesses dos credores.⁵

Desse modo, a lei 11.101/05 assiste o par *conditio creditorum*, como já mencionado, protegendo a atividade empresarial e evitando que esta instituição em déficit financeiro venha a falir. Além disso, o instituto da recuperação judicial, desde a criação da Lei em vigor, tem ganhado cada vez mais espaço na economia brasileira, visto que ele propicia algumas ocasiões favoráveis ao devedor, isto é, ao insolvente em questão. A Lei concede, por exemplo, maiores prazos para pagamento aos credores, juros mais baixos, suspensão das ações e execuções judiciais, dentre outras benesses.

Assim, vale a pena ressaltar que a lei 11.101/05 contempla, em seu art. 1º, uma aplicabilidade exclusiva aos empresários e sociedades empresárias, conforme disposto nos artigos 966 e 982 do Código Civil.

³ VIDO, E. *Curso de Direito Empresarial*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁴ VIDO, E. *Curso de Direito Empresarial*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁵ CAMPINHO, S. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

Desse modo, o art. 966, caput do Código Civil, estabelece que é considerado empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.⁶

Já a sociedade empresária, pode ser definida como a união de duas ou mais pessoas que se unem por contrato para ocupar-se de atividade exclusivamente econômica e de divisão de resultados.⁷

Isto posto, o art. 982 do Código Civil também estabelece o conceito de sociedade empresária, conforme podemos ver a seguir:

Considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro e, simples, as demais. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.⁸

Elencadas as pessoas e sociedades que estão sujeitas ao processo de recuperação judicial, deve-se considerar a previsão do art. 967 do Código Civil, que prevê obrigatoriedade da inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.⁹

Entretanto, ressalta-se que, para pleitear a recuperação judicial, a Lei nº 11.101/05, em seu art. 48, caput, estabelece que o devedor no âmbito do pedido deve exercer suas atividades periodicamente e há no mínimo 02 (dois) anos, devendo, além disso, atender aos quesitos elencados nos parágrafos do mencionado dispositivo legal.¹⁰

Nesse contexto, passa-se à exposição da recuperação judicial do produtor rural, sob a égide da lei 11.101/05, situação que é pauta de discussão nos Tribunais brasileiros.

3. Concepção, objetivos e requisitos da recuperação judicial

O instituto da recuperação judicial consiste em uma demanda judicial que garante ao devedor empresário em crise econômico-financeira um meio alternativo de adimplir os seus débitos não honrados com os seus credores, objetivando-se assim a preservação da empresa e a sua função social, logo depois da aprovação do plano de recuperação judicial por assembleia geral dos credores, administrador judicial e o comitê.¹¹

Nesse sentido, a recuperação judicial consiste, portanto, em um processo judicial, no qual será construído e executado um plano com o objetivo de recuperar a empresa que está em vias de efetivamente ir à falência. A recuperação visa recuperar quem tem chance de ser recuperado. Do contrário, deverá falir.¹²

⁶ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

⁷ CAMPINHO, S. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

⁸ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

⁹ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

¹¹ TEIXEIRA, T. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹² PINHEIRO CARVALHO, D. *Coleção carreiras jurídicas: direito empresarial*. Brasília: CP Iuris, 2020.

De outro lado estabelece que a recuperação de empresa judicial é aquela que é processada integralmente no âmbito do Poder Judiciário, por meio de uma ação judicial, com rito processual próprio, visando à solução para a crise econômica ou financeira da empresa.¹³

Conforme os doutrinadores Tomazette¹⁴ e Teixeira¹⁵, a concessão da recuperação judicial detém dois objetivos, o primeiro é denominado como objetivo imediato da recuperação judicial, que consiste na superação da crise econômica pela qual passa o devedor, enquanto o outro são os objetivos específicos previstos no artigo 47 da Lei 11.101/05, quais sejam: I) a manutenção dos empregos dos trabalhadores, II) a manutenção da fonte produtora, III) a preservação dos interesses dos credores, IV) promover a preservação da empresa e a sua função social, e estimular a atividade econômica.

Com a crise econômica enfrentada no Brasil, os pedidos de recuperação judicial cresceram substancialmente nos últimos anos. Na mesma medida, o agronegócio tem se destacado no território nacional como um setor que atenua os efeitos da crise financeira brasileira e colabora com o crescimento da economia do país.

Entretanto, mesmo o agronegócio sendo uma das ferramentas propulsoras da economia brasileira, ele não isenta os produtores rurais de se depararem com dificuldades financeiras em larga escala que atingem empresários e sociedades empresárias que requerem ação de recuperação judicial.

À vista disso, os indicadores econômicos da Serasa Experian revelam que, entre janeiro e setembro de 2018, mais de 80 (oitenta) pedidos de recuperação judicial foram elaborados no Brasil. Isso evidencia que, a cada ano, cresce o número de empresários e sociedades empresárias que enfrentam uma crise financeira, posto que de janeiro a setembro de 2017 foram realizados 23 (vinte e três) pedidos de recuperação judicial e, no mesmo período de 2016, houve 45 (quarenta e cinco) pedidos.¹⁶

Nesse sentido, segundo o Senar RS (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural – Administração Regional do Rio Grande do Sul), o produtor rural pessoa física é o proprietário ou não que desenvolve, em área urbana ou rural, a atividade agropecuária (agrícola, pastoril ou hortifrutigranjeira), pesqueira ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos.¹⁷

Diante disso, o artigo 971 do Código Civil prevê que o empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, desde que, observadas as formalidades, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.¹⁸

Assim sendo, o empresário rural que faz da atividade rural sua principal profissão pode inscrever-se na Junta Comercial, ficando, portanto, equiparado ao empresário. Por esse motivo, destaca-se que o empresário tem a obrigação de se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do

¹³ TEIXEIRA, T. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁴ TOMAZETTE, M. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵ TEIXEIRA, T. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

¹⁶ DENESZCZUK, C. "A nova onda de recuperações judiciais no setor primário da economia acende a necessidade de um posicionamento efetivo dos tribunais sobre a inclusão do produtor rural na recuperação judicial". *Revista A Insolvência*. São Paulo: s.n., 2018.

¹⁷ SENAR. *Produtor Rural Pessoa Física*. 2019. Disponível em: http://www.senar-rs.com.br/upload/wt_conteudo/62.pdf Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

começo de sua atividade, conforme preconiza o art. 967 do Código Civil. Entretanto, caso não ocorra tal registro, este empresário sofrerá restrições judiciais, sendo uma delas a restrição no benefício de pleitear a ação de recuperação judicial.

O empresário rural não está sujeito ao registro comercial, já que o atual Código Civil permitiu que o empresário rural e o pequeno empresário fossem excluídos da condição formal de empresário. No entanto, facultou-lhe adquirir a condição plena de empresário. Dotada de organização, poderá optar, livremente, pela condição de sociedade simples ou de sociedade empresarial. Para adquirir a condição de sociedade empresária, terá de requerer sua inscrição no registro de empresas¹⁹.

Nesse cenário surge a seguinte questão: o produtor rural pessoa física pode gozar do direito de recuperação judicial?

Assim, levantam-se ainda mais apontamentos, os quais decorrem: 1) Caso não se registre na Junta Comercial, e ainda que exerça atividade empresarial rural, o produtor será excluído da possibilidade de solicitar recuperação judicial? 2) Em hipótese de existência do registro, é imprescindível que este último tenha sido realizado obrigatoriamente dois anos antes do ajuizamento do processo de soerguimento? 3) Qual o posicionamento dos Tribunais do Brasil acerca dessa possibilidade?

À frente de tais dúvidas, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso alega que o produtor rural não está sujeito aos benefícios e nem tampouco aos prejuízos da recuperação judicial se ele não estiver inscrito no registro público competente, conforme exposto a seguir:

O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação da qualidade de empresário, mediante a juntada de certidão de inscrição na Junta Comercial, por período superior a dois anos. Não se submete aos efeitos da recuperação judicial o crédito constituído sob o regime não empresarial. Como o deferimento do processamento da recuperação judicial não atinge o direito material dos credores, não há falar em exclusão dos débitos, devendo ser mantidos, por conseguinte, os registros do nome do devedor nos bancos de dados e cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, assim como nos tabelionatos de protestos.²⁰

Apesar disso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo se posicionou favoravelmente ao pedido de recuperação judicial do produtor rural, desde que ele se registrasse no órgão competente antes do pedido da ação em questão, como se pode observar:

Deferido o processamento da recuperação judicial dos agravados, pela existência de registro na junta comercial antes do pedido de recuperação e documentos que demonstram o efetivo exercício das atividades pelos há mais de 2 anos. O processamento da recuperação depende apenas da verificação formal dos requisitos objetivos dos arts. 48 e 51, da lei nº 11.101/05.²¹

No Simpósio "O agronegócio na interpretação do STJ", ocorrido em 26/09/2018, o debate culminou na conclusão de que o Judiciário deve se aproximar do produtor rural com olhos diferenciados, com sentido de conferir à atividade rural empresarial exercida, ainda que sem registro a Junta Comercial, a justa qualidade do empresário para fins de requerimento em referência.²²

É imperioso destacar aqui a III Jornada de Direito do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Enunciado 198, contrário

¹⁹ BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1821681 - MT (2019/0176897-8)*. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1211707195/recurso-especial-resp-1821681-mt-2019-0176897-8>. Acesso em 30 abr. 2022.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1821681 - MT (2019/0176897-8)*. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1211707195/recurso-especial-resp-1821681-mt-2019-0176897-8>. Acesso em 30 abr. 2022.

²² DENESZCZUK, C. "A nova onda de recuperações judiciais no setor primário da economia acende a necessidade de um posicionamento efetivo dos tribunais sobre a inclusão do produtor rural na recuperação judicial". *Revista A Insolvência*. São Paulo: s.n., 2018.

ao art. 967 do Código Civil, o qual dispõe que a inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário.²³

Já no Superior Tribunal de Justiça, o REsp 1.193.115/MT versa sobre a temática em tela. Na decisão mencionada, a relatora Ministra Nancy Andrighi teve seu voto vencido, sendo designado para relator o Ministro Sidnei Beneti, 3ª T., j. 20.08.13, cujo entendimento foi que o requisito do exercício regular das atividades empresariais há mais de dois anos no momento do pedido da recuperação judicial não exige inscrição na Junta Comercial por tal período mínimo. Integrando a requerente da recuperação judicial grupo econômico existente há 15 anos, e sendo constituída há menos de dois anos mediante transferência de ativos das empresas do grupo para prosseguir no exercício de atividade já exercida por tais empresas, é de se ter como atendido o pressuposto do biênio mínimo de atividade empresarial no momento do pedido.²⁴

Diante do exposto, a Ministra em questão foi vencida, pois, além de constatar como preenchida a condição alusiva aos dois anos, ela prosseguia e admitia a recuperação judicial para um dos recuperandos, um empresário rural que havia feito sua inscrição na Junta Comercial somente após o pedido de recuperação judicial.

Assim, a Ministra é defensora de uma terceira corrente, a qual destaca que a inscrição no órgão competente não é condição vital para a concessão da recuperação judicial ao produtor rural, visto que este não é obrigado a inscrever-se, conforme o disposto no art. 971 do Código Civil.²⁵

Desse modo, de acordo com a Ministra, a característica de empresário não ocorre somente com o Registro Público de Empresas Mercantis, mas com o exercício da atividade profissional.

Outrossim, é necessário destacar que o tema discutido no presente artigo, isto é, a possibilidade/necessidade de o produtor rural se inscrever na Junta Comercial para requerer pedido de ação recuperação judicial, também tem sido tema de debates na Câmara dos Deputados, local em que atualmente correm três projetos de lei (PL 6.279/13, PL 7.158/17 e PL 10.220/18), os quais objetivam a modificação do art. 48 da lei 11.101/05, com o intento de abrandar a exigência de comprovação da atividade empresarial pelo registro na Junta Comercial.

Do mesmo modo, existe um projeto de lei no Senado Federal (PL 624/15) cujo objetivo é declarar que o art. 1º da Lei de Recuperação de Empresas e Falência também se aplica ao produtor rural, sendo este empresário ou não.

Diante do debate em questão, em recentíssimo julgado da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, decidiu que dívidas contraídas pela pessoa física de um produtor rural antes que ele se transforme em empresa podem ser incluídas na ação de recuperação judicial.²⁶

²³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.193.115 – MT (2010/0083724-4)*. Des. Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 20.08.13. Data de publicação: 07.10.13. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24273381/recurso-especial-resp-1193115-mt-2010-0083724-4-stj>. Acesso em 21 out. 2019.

²⁵ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁶ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.

Assim, a controvérsia se baseou no art. 971 do Código Civil, que não obriga a inscrição no registro público de empresas. Embora a lei 11.101/05 não trate dessa peculiaridade, a regra geral é que estão aptas ao processo de recuperação judicial, as empresas com, no mínimo, dois anos de inscrição.

4. O produtor rural e o exercício da atividade informal

Apesar da grande evolução tecnológica alcançada nos últimos anos nas atividades desenvolvidas no campo, o uso do mecanismo da recuperação judicial ainda é uma realidade distante para os pequenos produtores brasileiros, principalmente para os praticantes a agricultura familiar. Cerca de 70% dos estabelecimentos rurais têm de 1 a 50 hectares, ou seja, são considerados pequenos produtores. Além disso, 77% dos estabelecimentos rurais são classificados como de agricultura familiar, o que soma 3,9 milhões de empreendimentos em todo o Brasil.

²⁷

Em entrevista dada ao jornal JOTA, o coordenador da Confederação Nacional dos Trabalhadores e Trabalhadoras da Agricultura Familiar – Contraf –, Marcos Rochinski, disse que 95% dos agricultores familiares brasileiros não têm CNPJ e comercializam os seus produtos utilizando o Cadastro de Pessoa Física (CPF). Os 5% que têm o registro exercem algum tipo de agroindústria familiar, como algum tipo de beneficiamento do produto agrícola. ²⁸

Na mesma entrevista, Rochinski conclui que, de forma geral, a agricultura familiar desenvolve sua atividade na informalidade. Uma das explicações está na dificuldade de fazer o registro em uma Junta Comercial porque é distante da propriedade. A outra é a burocracia para a abertura de uma empresa, o que exige assistência profissional e um custo que o agricultor familiar não tem como arcar. ²⁹

Nota-se que os agricultores com maiores dificuldades financeiras enfrentam limitações, o que impossibilita um maior desenvolvimento no processo produtivo. Como forma de tentar reduzir os custos da produção, grande parte dos agricultores familiares optam por desenvolver suas atividades informalmente.

A formalização só acontece quando os produtores conseguem construir um mercado capaz de absorver produção suficiente para viabilizar o empreendimento. Após a conquista de um mercado rentável, é que, então, fazem os investimentos necessários para essa formalização. ³⁰

Os fatores apontados reforçam notoriamente a necessidade de rever alguns aspectos legais, a fim de gerar uma flexibilização nessas exigências, especialmente no que diz respeito ao registro da atividade na junta comercial pelo produtor rural pessoa física, viabilizando assim, a possibilidade de recuperação judicial de um maior número de produtores.

²⁷ IBGE. *Censo agropecuário*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/agricultura-e-pecuaria/21814-2017-censo-agropecuaria.html?=&t=o-que-e>. Acessado em 04 de setembro de 2021.

²⁸ JOTA. *Pequenos produtores rurais têm dificuldades de acesso à recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/pequenos-produtores-rurais-tem-dificuldades-de-acesso-a-recuperacao-judicial-02112020>. Acessado em 04 de setembro de 2021.

²⁹ JOTA. *Pequenos produtores rurais têm dificuldades de acesso à recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/pequenos-produtores-rurais-tem-dificuldades-de-acesso-a-recuperacao-judicial-02112020>. Acessado em 04 de setembro de 2021.

³⁰ DORIGON, C. *Mercados de produtos coloniais da Região Oeste de Santa Catarina*. 2008. 437f. Tese (Doutorado em Ciências de Engenharia de Produção) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

5. Possíveis Soluções

Em virtude da divergência a respeito da necessidade ou não do registro do produtor rural na Junta Comercial, advém o projeto de Lei do Senado Federal nº 624 de 2015, como uma possível resposta a essa controvérsia.

Esse projeto de Lei, de autoria do ex Senador Ronaldo Caiado, prevê em seu artigo 1º, parágrafo único, a aplicação da Lei 11.101/2005 aos produtores rurais, sanando dessa maneira a divergência no que diz respeito à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme transcrito abaixo:

A Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresarial, doravante referidos simplesmente como devedor. O disposto na lei aplica-se aos produtores rurais.³¹

Ademais, outra possível alternativa seria a construção de uma jurisprudência sólida pelos Tribunais Superiores a respeito do registro do produtor rural, contudo, o Superior Tribunal de Justiça ainda não possui uma jurisprudência a respeito disso, conforme demonstrado a seguir:

A questão de direito que se pretende afetar ao rito dos recursos repetitivos consiste na possibilidade de o empresário individual rural, produtor rural, pessoa física, requerer o benefício da recuperação judicial, ainda que não se tenha inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis há mais de 2 (dois) anos da data do pedido.³²

Embora de grande relevância para o país, a Corte Superior não emitiu posicionamento fundamentado sobre o tema em destaque. Diante da ausência de precedentes sobre a referida questão de direito e em homenagem ao princípio da segurança jurídica, deve-se aguardar, para fins de afetação ao rito previsto no art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil, a formação de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça, orientação que vem sendo adotada pela Segunda Seção na afetação e análise de temas repetitivos. Questão jurídica não afetada ao rito dos recursos repetitivos.³³

Dessa forma, apesar do referido projeto de Lei que tramita no Senado Federal, é necessário que o Poder Judiciário elabore, com urgência, uma jurisprudência sobre a indispensabilidade ou não do registro do produtor rural na Junta Comercial, inibindo-se assim a divergência das decisões judiciais a respeito da problemática apresentada.

6. A importância da recuperação judicial do produtor rural e seu papel no desenvolvimento socioeconômico

O produtor rural, ao exercer suas atividades agropecuárias, seja em modelo de agricultura familiar ou integrado às grandes redes, o fará com fundamento no princípio constitucional da livre iniciativa e os demais previstos pela Constituição Federal, em seu artigo 170³⁴, *in fine*:

³¹ BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

³² BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 20 set. 2019.

³³ BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 30 abr. 2022.

³⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2021.

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Portanto, em consonância com a própria Constituição Federal, é seguro aferir a importância de uma interpretação coerente do instituto da recuperação judicial aplicável ao produtor rural pessoa física, de forma que este possa participar ativamente do processo de desenvolvimento socioeconômico do País.

Alinhado à ideia de desenvolvimento econômico, um marco importante foi a promulgação em 20 de setembro de 2019 da lei da liberdade econômica, que dentre outros aspectos dispõe sobre a presunção de boa-fé dos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada. Vide o dispositivo *in fine*:

Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário.³⁵

Observa-se assim que a liberdade do produtor rural pessoa física de exercer a faculdade de se registrar ou não na junta comercial está prevista no código civil e que o exercício de sua atividade com presunção de boa-fé tipificada na lei da liberdade econômica.

Isto posto, vale uma breve incursão no conceito de desenvolvimento, conforme propõe o presente tópico. O termo desenvolvimento vai além do aspecto econômico, tal conceito envolve um conteúdo bem mais amplo do que possa parecer.

³⁵ BRASIL. *Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a declaração de direitos de liberdade econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 30 abr. 2022.

Desenvolvimento, segundo Sen³⁶, se coaduna com a expansão das liberdades substantivas. Para o autor, o desenvolvimento denota um processo de expansão das liberdades que os sujeitos desfrutam. A expansão das liberdades humanas é vista, de maneira concomitante, como o fim primordial (ou papel constitutivo) e como o principal meio do desenvolvimento (ou papel instrumental).

A função constitutiva, para Sen³⁷, diz respeito à importância da chamada liberdade substantiva para o engrandecimento da vida. As liberdades substantivas incluem diversas capacidades, como a de evitar privações como a fome e mortalidade prematura, ou educação, saúde, alimentação equilibrada etc.

Paralelamente, a eficácia da liberdade em seu papel instrumental apresenta-se na inter-relação entre diferentes tipos de liberdade, o que significa que um tipo de liberdade pode contribuir para liberdades de outros tipos: liberdades políticas (incluem os direitos políticos associados à democracia); facilidades econômicas (oportunidades que as pessoas têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca); oportunidades sociais (disposições estabelecidas pela sociedade, por exemplo, nas áreas da saúde e educação, que influenciam a liberdade de o indivíduo ter uma vida melhor); garantias de transparência (como inibidoras da corrupção, da ilicitude e da irresponsabilidade financeira); segurança protetora (com o intuito de viabilizar uma rede de segurança social, impedindo que os vulneráveis sejam reduzidos à miséria abjeta, à fome e à morte). Em suma, o desenvolvimento é o processo de expansão das liberdades humanas, que se dá pelo alinhamento da função constitutiva e a instrumental da liberdade.³⁸

Aprofundando-se um pouco mais na teoria do autor indiano, vale pontuar que esta se encontra fundada na ideia de desenvolvimento como liberdade, a partir do que ele chama de capacidades e funcionamentos- *capability approach*, ou, ainda, teoria das capacidades humanas.

Os funcionamentos (cujo conceito possui suas raízes na obra de Aristóteles) designam as diversas coisas que os indivíduos podem considerar como valioso ter ou fazer (ser nutrido, livre de doenças evitáveis, atividades, respeito próprio etc.). As capacidades, por sua vez, são as liberdades substantivas de realizar combinações de funcionamentos, ou seja, liberdades para ter estilos de vida diferentes.³⁹

O enfoque avaliatório dessa “abordagem da capacidade” pode ser sobre os funcionamentos realizados (o que uma pessoa realmente faz) ou sobre o conjunto capacitário de alternativas que ela tem (suas oportunidades reais). Em cada caso há tipos diferentes de informações – no primeiro, sobre as coisas que uma pessoa faz, e, no segundo, sobre as coisas que a pessoa é substancialmente livre para fazer.⁴⁰

Neste contexto, vale apontar outros aspectos da teoria de Sen⁴¹ que se alinham com a *capability approach* e com o que se pretende demonstrar neste tópico, ou seja, a importância das atividades exercidas pelo produtor rural no desenvolvimento socioeconômico e junto ao próprio direito ao desenvolvimento.

³⁶ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

³⁷ SEN, Armatya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

³⁸ SEN, Armatya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

³⁹ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

⁴⁰ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 105-106.

⁴¹ SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Entre eles, o conceito de discussão pública de Sen⁴², com vistas ao ajuste e à correção do comportamento no que tange ao que foi acordado com as instituições sociais. A participação social, seguramente, é a melhor forma de se trazer à luz os problemas inerentes ao setor agropecuário e aos produtores rurais, de forma a orientar a criação de legislações coerentes e capazes de mantê-los no mercado. A ideia do envolvimento dos agentes inseridos no setor no debate público é, por certo, um mecanismo viável até mesmo no âmbito da interpretação pelos juízes e tribunais.

A participação é um elemento que se entrelaça com a noção de imaginação institucional/experimentalismo democrático de Unger⁴³, cuja crença é a de que para se criar futuros alternativos para a sociedade, deve-se ser capaz de imaginá-los e discuti-los, a partir da prática do debate público, numa democracia. Neste contexto, tanto Unger como Sen defendem o papel ativo da sociedade civil no processo, devidamente alinhada à ideia de gestão local, instrumento de aproximação dos sujeitos sociais às políticas públicas.

Visualizando alternativas para o fortalecimento da sociedade civil, Unger⁴⁴ propõe a sua organização com fundamento em vizinhança, trabalho ou preocupações e responsabilidades compartilhadas, bem como a criação de normas e redes de vida em grupo fora do Estado, paralelas ao Estado e inteiramente livres de influência estatal. O intuito de tal arranjo é o de fomentar o debate acerca das necessidades das comunidades locais em termos de políticas públicas. É importante propiciar a aproximação entre tais esferas de sociedade civil organizada e os conselhos gestores dos municípios, de forma a forçar uma maior transparência e uma atuação mais dinâmica no setor agrícola.

O autor aponta, também, o essencial papel do Direito na construção de novos paradigmas, unindo as condições de progresso material e emancipação individual. Imagina a reflexão jurídica como o fio condutor dessa proposta, desde que desgarrada do que ele chama de fetichismo institucional, ou seja, na crença em concepções institucionais abstratas como uma expressão institucional única, natural e necessária.⁴⁵

Por conseguinte, é preciso destacar que as ideias de Sen e de Unger podem vir a sensibilizar os poderes estatais, na medida em que convergem para a importância do estabelecimento de políticas públicas no setor que possam satisfazer tanto os grandes produtores como a agricultura familiar, mormente, como se propõe neste estudo, no contexto da recuperação judicial do produtor rural.

Ainda há de se acrescentar que a ideia de responsabilidade do poder efetivo é aspecto relevante no processo de estabelecimento de políticas públicas nos diversos setores da vida e, no caso em tela, no setor agropecuário. Consiste no argumento de que "se alguém tem o poder de fazer a diferença na redução da injustiça no mundo, então há um forte e fundamentado argumento para que faça exatamente isso".⁴⁶

Em outras palavras, quando se tem consciência dessa responsabilidade em virtude do poder efetivo, é possível ajudar na promoção da liberdade de todos em uma sociedade e, também, concretizar o direito ao desenvolvimento.

A propósito do direito ao desenvolvimento, Peixinho e Ferraro⁴⁷ (2015) explicam que se trata de um direito de terceira dimensão, uma categoria de direito

⁴² SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

⁴³ MANGABERIA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁴ MANGABERIA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁵ MANGABERIA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁴⁶ SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 305.

⁴⁷ MESSIAS PEIXINHO, M.; ANDRADE FERRARO, S. "Direito ao desenvolvimento como direito fundamental". *XXIV Congresso do CONPEDI*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em:

de solidariedade, que foi firmado na década de 1960 e positivado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas de 1986, sendo confirmado na Conferência de Viena sobre Direitos Humanos de 1993. Trata-se de um direito fundamental inalienável, que, inclusive, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal.

O direito ao desenvolvimento cabe a todos os brasileiros, indistintamente. Sejam grandes ou médios e pequenos produtores, sejam empresários das redes do agronegócio ou camponeses da agricultura familiar. É preceito que se coaduna com a possibilidade jurídica de recuperação judicial do produtor rural pessoa física.

7. Conclusão

Concluiu-se que o processamento do pedido de recuperação judicial do produtor rural pode ser deferido desde que preenchidos os requisitos legais.

As realidades do campo que caracterizam as atividades desses sujeitos reforçam a necessidade de rever alguns aspectos legais, a fim de gerar uma flexibilização de exigências, especialmente no que diz respeito ao registro da atividade na junta comercial pelo produtor rural pessoa física, viabilizando assim, a possibilidade de recuperação judicial de um número maior de produtores.

Verifica-se, portanto, que para o produtor rural ser considerado empresário, ele necessita promover o seu registro, observado o prazo ínfimo de dois anos de exercício regular da atividade, conforme disposto no art. 48 da lei 11.101/05, uma vez que a qualidade de empresário é vital para que possa ser deferido o pedido de recuperação, segundo o art. 1º do dispositivo legal mencionado.

Vale ressaltar que a certidão comprobatória do registro no órgão competente deve ser apresentada já com a petição inicial da ação de recuperação judicial. Além disso, deve o Superior Tribunal de Justiça deliberar se o registro promovido pelo produtor rural possui caráter declaratório ou constitutivo.

Destaca-se, no entanto, que em sede doutrinária há enunciados conflitantes aprovados em eventos organizados pelo Conselho da Justiça Federal, como por exemplo, aquele da III Jornada de Direito Civil, bem como o da III Jornada de Direito Comercial.

De igual modo, há posicionamentos conflitantes também na jurisprudência. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, tem predominado a tese de que o registro possui caráter declaratório. No STJ, a matéria foi decidida no Resp. 1.800.032/ MT, com julgamento no dia 05.11.19, pela Quarta Turma a qual deliberou que a dívida do produtor rural pessoa física pode ser incluída na recuperação judicial, mesmo que contraída antes do registro na junta comercial. Contudo, a recuperação judicial depende de no mínimo dois anos de registro.

Por todas as razões expostas, o presente trabalho compartilha do entendimento de que o produtor rural pode ser polo ativo na ação de recuperação judicial, conquanto que ele cumpra os requisitos legais exigidos.

Por fim, conclui-se que tal entendimento coaduna-se com a necessidade de que o produtor rural pessoa física possa estar apto a exercer suas atividades agropecuárias e, desta forma, a partir de uma ampla participação social, contribuir para a criação de políticas públicas e legislações que lhe permitam atuar no mercado de forma salutar e, em decorrência disso, exercer seu papel no desenvolvimento socioeconômico.

8. Referências Bibliográficas

- BELÉM PACHECO, F. D. *Recuperação Judicial*: como proceder com produtor rural pessoa física. 2019.
- BEZERRA FILHO, M. J. *Lei de Recuperação de Empresas e Falência*: Lei 11.101/2005 comentada artigo por artigo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BIANCHINI; G. N. *A política estadual de apoio às agroindústrias familiares de pequeno porte de processamento artesanal na região da quarta colônia de imigração italiana do RS*. 2015. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional) - Universidade Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2015.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*. 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 set. 2021.
- BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2019.
- BRASIL. *Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 20 set. 2019.
- BRASIL. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 30 abr. 2022.
- BRASIL. *Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a declaração de direitos de liberdade econômica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em 30 abr. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.193.115 – MT (2010/0083724-4)*. Des. Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 20.08.13. Data de publicação: 07.10.13. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24273381/recurso-especial-resp-1193115-mt-2010-0083724-4-stj>. Acesso em 21 out. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1821681 - MT (2019/0176897-8)*. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1211707195/recurso-especial-resp-1821681-mt-2019-0176897-8>. Acesso em 30 abr. 2022.

BURANELLO, R. *Manual do Direito do Agronegócio*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPINHO, S. *Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

DENESZCZUK, C. "A nova onda de recuperações judiciais no setor primário da economia acende a necessidade de um posicionamento efetivo dos tribunais sobre a inclusão do produtor rural na recuperação judicial". *Revista A Insolvência*. São Paulo: s.n., 2018.

DORIGON, C. *Mercados de produtos coloniais da Região Oeste de Santa Catarina*. 2008. 437f. Tese (Doutorado em Ciências de Engenharia de Produção) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

IBGE. *Censo agropecuário*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/agricultura-e-pecuaria/21814-2017-censo-agropecuário.html?=&t=o-que-e>. Acessado em 04 de setembro de 2021.

JOTA. *Pequenos produtores rurais têm dificuldades de acesso à recuperação judicial*. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/pequenos-produtores-rurais-tem-dificuldades-de-acesso-a-recuperacao-judicial-02112020>. Acessado em 04 de setembro de 2021.

MANGABERIA UNGER, R. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

MESSIAS PEIXINHO, M.; ANDRADE FERRARO, S. "Direito ao desenvolvimento como direito fundamental". XXIV Congresso do CONPEDI. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf.>. Acesso em: 27 ago 2021.

PINHEIRO CARVALHO, D. *Coleção carreiras jurídicas: direito empresarial*. Brasília: CP Iuris, 2020.

SEN, A. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SENAR. *Produtor Rural Pessoa Física*. 2019. Disponível em: http://www.senar-rs.com.br/upload/wt_conteudo/62.pdf Acesso em: 15 dez. 2019.

TEIXEIRA, T. *Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOMAZETTE, M. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VIDO, E. *Curso de Direito Empresarial*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Estudo de Caso: Viabilidade de implantação do Programa de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) para recuperação da bacia hidrográfica do “Rio das Pedras” no Município de Quirinópolis – GO

Case Study: Feasibility of implementing the Payment for Environmental Services Program (PES) for the recovery of the “Rio das Pedras” hydrographic basin in the city of Quirinópolis – GO.

Carolina Merida
Rejaine Silva Guimarães
Fabiana Santana Silva
Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução. 2. Contextualização da área de estudo, considerações sócioeconômicas e análise de percepção ambiental do Município de Quirinópolis – GO. 3. Áreas de Preservação Permanente (APPs): enfoque nas diretrizes da Lei Federal nº 12.651/2012. 4. O instrumento de Pagamento por Serviços Ambientais no ordenamento brasileiro. 4.1. Serviços Ecossistêmicos e Serviços Ambientais. 4.2. Pagamento por Serviços Ambientais Hídricos. 5. Proposta de implantação de programa Pagamento por Serviços Ambientais para recuperação da bacia hidrográfica do “Rio das Pedras” no município de Quirinópolis – GO. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Resumo: O presente estudo de caso tem o propósito de analisar a viabilidade de implantação do Programa de Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA) visando a recuperação das áreas degradadas da bacia hidrográfica do “Rio das Pedras”, principal curso d’água que abastece a população do Município de Quirinópolis-Goiás. Para tanto, foi utilizado o procedimento metodológico do estudo de caso a partir da análise do laudo pericial realizado em 2019, nos autos da ação civil pública em tramitação na Vara de Fazendas Públicas do Município de Quirinópolis-Goiás. A pesquisa aponta a necessidade de implantação do PSA como instrumento de incentivo ambiental voltado à manutenção da quantidade e da qualidade dos recursos hídricos do Município. O primeiro recorte do estudo indica a necessidade de mapeamento das propriedades rurais inseridas na bacia hidrográfica do Rio das Pedras como suporte para a implantação de um projeto piloto. As conclusões preliminares permitiram elaborar uma proposta para recuperação das nascentes da bacia hidrográfica do Ribeirão das Pedras, cujo objetivo é a mitigação das degradações, para recuperação das APPS, no curso d’água, nascentes e erosões dentro do imóvel rural. Para fins de implantação do PSA, será utilizada como referência a iniciativa do município de Rio Verde – Goiás, com o Programa Produtores de Águas, que foi instituído pela Lei Municipal 6.033/2011 (Rio Verde, 2011), alterado pela Lei 6.290/2013 (Rio Verde, 2013).

Palabras-chave: Pagamentos por Serviços Ambientais. Recursos Hídricos. Bacias Hidrográficas. Desenvolvimento Sustentável. Ação Civil Pública.

Abstract: The present case study aims to analyze the feasibility of implementing the payment program for environmental services (PES) aiming the recovery of degraded areas of the "Rio das Pedras" watershed, the main watercourse that supplies the population of the city of Quirinópolis, Goiás. For this, the methodological procedure of the case study was used from the analysis of the expert report carried out in 2019, in the records of the public civil action in progress at the Public Farms Court of the city of Quirinópolis-Goiás. The research points to the need to implement the PES as an environmental incentive instrument aimed at maintaining the quantity and quality of water resources in the city, the first cut of the study points to the need for mapping the rural properties inserted in the "Rio das Pedras" watershed, as support for the implementation of a pilot project. The preliminary conclusions allowed the elaboration of a proposal for the recovery of the springs of the river basin of "Ribeirão das Pedras", whose objective is the mitigation of the degradations, for the recovery of the APPS, in the course of water, springs and erosions inside the rural property. For the purpose of implementing the PES, the initiative of the city of Rio Verde - Goiás will be used as a reference, with the "Water Producers Program", which was established by Municipal Law 6033/2011 (Rio Verde, 2011), amended by Law 6290/2013 (Rio Verde, 2013).

Keywords: Payments for Environmental Services. Water Resources. Watersheds. Sustainable Development. Public Civil Action.

1. Introdução

O presente trabalho se trata de um estudo de caso com a finalidade de verificar a viabilidade para implantação de um programa de pagamento por serviços ambientais como estratégia para a preservação e recuperação dos recursos naturais no tocante às áreas de preservação permanente (APPs) em toda a bacia hidrográfica do Rio das Pedras, localizada no município de Quirinópolis-GO.

O município de Quirinópolis-GO tem grande vocação para o agronegócio, sendo a indústria e a agropecuária suas principais atividades econômicas. A utilização de forma inadequada do solo para o desenvolvimento de tais atividades agropecuárias ao longo dos anos contribuiu para a degradação dos recursos naturais, incluindo os recursos hídricos. Os solos degradados, além de reduzir a produtividade agrícola, prejudicam a qualidade e a disponibilidade de água.

A pesquisa destaca a Lei Federal nº 14.119/2021, que institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais no Brasil, além de ter criado o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFSA). A referida lei trouxe conceitos, objetivos, diretrizes, ações e critérios de implantação da Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais (PSA), incorporando os ensinamentos da doutrina especializada, das experiências nacionais e internacionais, contendo diretrizes para nortear os projetos de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA) em todo o território nacional, em busca de dar efetividade à conservação aos recursos naturais.

O objetivo geral do trabalho é examinar a viabilidade da implementação de um Programa de Pagamento por Serviços Ambientais Hídricos para a adequação ambiental e minimização dos impactos de atividades rurais na área objeto do estudo, notadamente para a recuperação e manutenção das Áreas de Preservação Permanente Rurais na Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, localizada no município de Quirinópolis/GO.

Para alcançar o objetivo proposto neste trabalho foi realizada uma revisão bibliográfica e pesquisa documental, sendo esta última baseada em dados secundários obtidos na base de dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Os dados primários foram obtidos por meio de estudo de caso, consistente na análise do laudo pericial inserto nos autos da ação civil pública ambiental ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o Município de

Quirinópolis, Goiás, nos autos do processo nº 0383846-84.2009.8.09.0134, em tramitação desde o ano de 2009, na Vara de Fazendas Públicas do Município de Quirinópolis – GO.

2. Contextualização da área de estudo, considerações sócioeconômicas e análise de percepção ambiental do Município de Quirinópolis - GO

Este estudo foi realizado no município de Quirinópolis-Goiás, região sudoeste do Estado de Goiás, Brasil. Este é um município que está em constante desenvolvimento, com população estimada de 51.323 habitantes. A extensão territorial do município de Quirinópolis é de 3.789,084 km², sendo que as principais atividades econômicas do município são a indústria e a agropecuária.

Especificamente, a área de estudo limita-se à Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, que ocupa uma extensão de aproximadamente 257 km², sendo afluente da margem esquerda do Rio Preto, que deságua a uma altitude de 425 metros. Pertencente à área de planejamento da Bacia Hidrográfica do Rio Paranaíba – CBH/Paranaíba, o Ribeirão das Pedras é o principal manancial de abastecimento de água para a população urbana de Quirinópolis - GO.¹

O mapa das microbacias da cidade de Quirinópolis - GO indica ter o município quatro microbacias: Rio dos Bois, Rio Preto, Rio São Francisco e Rio Alegre.² De acordo com avaliação realizada em 2019, nos autos da ação civil pública do processo nº 200903838463, em tramitação na Vara de Fazendas Públicas do Município de Quirinópolis - Goiás, realizada pelo biólogo Denny Nycole de Azevedo, todos os cursos d'água da bacia apresentam algum percentual de assoreamento, sendo mais agudo no curso d'água Rio das Pedras e nos seus afluentes, devido principalmente a grandes processos erosivos em suas cabeceiras e pequenas e médias erosões em seus percursos.

A vegetação predominante da Bacia do Ribeirão das Pedras era constituída basicamente pelos Cerrados e encontra-se quase totalmente suprimida. A vegetação encontra-se reduzida a fragmentos de Mata Ciliar, tipo de vegetação florestal associada a cursos de água, que podem ocorrer em terrenos bem drenados ou mal drenados.³

Conforme anteriormente salientado, o município de Quirinópolis destaca-se no agronegócio e, em decorrência do pujante desenvolvimento ocorrido nas últimas décadas, o uso do solo para atividades agropecuárias promoveu grandes desmatamentos, todos os cursos d'água da bacia Rio das Pedras apresentam algum grau de assoreamento e supressão das matas ciliares, o que têm promovido inúmeros problemas ambientais na região.

Os problemas enfrentados com a supressão das matas ciliares no entorno das nascentes e nas Áreas de Preservação Permanente ao longo do leito dos rios se mostram ainda mais graves, haja vista que, como consequência, afetam a

¹ PAULA, M. M. de. *Análise da Água e das Condições Ambientais da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, Quirinópolis/GO*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia/PPG-GEO da Universidade Federal de Goiás - Campus de Jataí - UFG/CAJ. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/180/o/Disserta%C3%A7%C3%A3o_M%C3%ADrian_Maria_de_Paula.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2021.

² MOURA, A. A. G. de. *Efetividade das Áreas de Reserva Legal por meio de Pagamento por serviços ambientais. Perspectiva para a recuperação do cerrado goiano*. Goiânia: Kelps, 2012.

³ PAULA, M. M. de. *Análise da Água e das Condições Ambientais da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, Quirinópolis/GO*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia/PPG-GEO da Universidade Federal de Goiás - Campus de Jataí - UFG/CAJ. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/180/o/Disserta%C3%A7%C3%A3o_M%C3%ADrian_Maria_de_Paula.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2021.

qualidade e a quantidade da água que abastece as cidades⁴, o que aconteceu no município de Quirinópolis – Goiás.

Diante desse cenário e com intuito de manter a qualidade de água de seus mananciais e propiciar a adequação das propriedades rurais, foi proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás uma ação civil pública (ACP) visando a recuperação da Bacia do Rio das Pedras.

De acordo com a avaliação técnica realizada na bacia hidrográfica do Rio das Pedras (encartada aos autos da retromencionada ACP), constatou-se que 26 (vinte e seis) das propriedades rurais estão inseridas na bacia hidrográfica Ribeirão das Pedras, objeto deste estudo.

Ainda de acordo com o laudo realizado, foi possível identificar que a área periciada em toda a sua extensão apresenta sinais de não cumprimento das normas previstas no Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), ou seja, não foram implantadas as medidas de proteção e recuperação ambiental cabíveis, razão pela qual, fica evidenciado o assoreamento dos cursos d'água em toda a bacia, a falta de APPs⁵ em vários trechos, a utilização de APPs para pastagens e a respectiva degradação ambiental decorrente.

De um modo geral, das 26 propriedades periciadas foi possível identificar que 92% delas utilizam das APPs para pastagem e 8% para plantações. No quesito degradação ambiental, 84,61% das propriedades desmataram as APPs, em 15,38% ocorreu erosão no solo e 0,01% das propriedades utiliza as APPs para extração mineral.

No tocante às nascentes, os dados obtidos apresentam que dentre as 26 propriedades, todas elas estão com largura de vegetação inferior ao exigido pela Lei nº 12.651/2012, sendo que em 96,15% das propriedades se utilizam as APPs no entorno das nascentes para criação de bovinos e equinos e em 3,85% se utilizam as APPs para extração mineral. Verifica-se, no entanto, que em 100% das propriedades periciadas os danos ambientais são reversíveis, indicando-se um elevado nível de possibilidade de recuperação das nascentes das propriedades rurais sob análise.

Diante dos dados coletados, o presente estudo aponta a viabilidade de um potencial esquema de PSA, para recuperação das APPs, como instrumento de mitigação das degradações do curso d'água e das nascentes na bacia hidrográfica do Rio das Pedras, apresentando as medidas a serem tomadas quanto à vegetação das áreas de APP para atendimento do previsto no Código Florestal brasileiro (Lei Federal nº 12.651/2012).

3. Áreas de Preservação Permanente (APPs): enfoque nas diretrizes da Lei Federal nº 12.651/2012

Consoante o estipulado no Código Florestal brasileiro, tanto as áreas de preservação permanente (APPs), como as áreas de reserva legal (RL), são áreas especialmente protegidas por apresentarem função ambiental diferenciada.

Segundo Moura⁶, as APPs possuem a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, fauna e flora, assegurando o bem-estar da população humana. Já a Reserva Legal (RL), por sua vez, é compreendida como necessária ao uso sustentável dos recursos naturais

⁴ MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

⁵ Áreas de Preservação Permanente

⁶ MOURA, A. A. G. de. *Efetividade das Áreas de Reserva Legal por meio de Pagamento por serviços ambientais. Perspectiva para a recuperação do cerrado goiano*. Goiânia: Kelps, 2012.

e à conservação e reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e flora nativas, tendo ainda, a finalidade de garantir a preservação do ecossistema.

Verifica-se que os dois institutos – APP e RL – são considerados espaços territoriais especialmente protegidos que possuem natureza jurídica de limitação ao direito de propriedade, sendo a sua destinação inalterável, senão por lei, conforme estabelece a Constituição Federal brasileira em seu artigo 225⁷.⁸

O presente estudo dará enfoque às APPs objeto de estudo para recuperação da bacia hidrográfica do Rio das Pedras, no Município de Quirinópolis - GO. Conforme asseverado no item anterior, foi constatado que todas as 26 propriedades analisadas apresentam áreas de preservação permanente com largura de vegetação inferior à exigida pelos artigos 4º e 61-A da Lei Federal nº 12.651/2012.

A este respeito, tem-se que o Código Florestal, em seu artigo 3º, inciso II, conceituou a Área de Preservação Permanente (APP), trazendo os requisitos que caracterizam a sua função social ambiental.

Art. 3o. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

(...)

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.⁹

De acordo com Nusdeo¹⁰, as áreas de preservação permanente “são áreas cobertas ou não por vegetação, definidas com base na sua localização, em razão de suas funções ecológicas, de preservação dos recursos hídricos e da sua estabilidade geológica, além da biodiversidade e paisagem”.

A localização e as dimensões das APPs são definidas em termos específicos pelo artigo 4º da Lei Federal nº 12.651/2012, a seguir transcrito:

Art. 4o Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de fev. de 2021.

⁸ MOURA, A. A. G. de. *Efetividade das Áreas de Reserva Legal por meio de Pagamento por serviços ambientais. Perspectiva para a recuperação do cerrado goiano*. Goiânia: Kelps, 2012.

⁹ 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 de abril de 2022.

¹⁰ NUSDEO, A. M. de O. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
 - II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:
 - a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
 - b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;
 - III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;
 - IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;
- (...)¹¹

Em síntese, a proteção das áreas de preservação permanente (APPs) se dirige àquelas florestas e demais formas de vegetação localizadas ao longo do curso d'água, nas encostas, nas restingas, ao redor dos lagos e lagoas, ao longo das rodovias, nos topos de morros, montes, montanhas e serras, nas nascentes e nos olhos d'água e a dentre outras, cuja importância ecológica reclama integral proteção.¹²

Cumpra registrar, ainda, que nos termos do artigo 6º da Lei 12.651/2012, a criação de uma Área de Preservação Permanente, quando declarada de interesse social, em função de sua destinação, ocorrerá por ato do Chefe do Poder Executivo.

Todas as características e funções essenciais das Áreas de Preservação Permanente permitem interpretar que estas podem existir em qualquer tipo de propriedade, seja ela pública, privada, rural ou urbana^{13, 14}.

Ademais, por uma interpretação do artigo 7º, inciso II, da Lei Federal nº 12.651, verifica-se o caráter inexplorável da Área de Preservação Permanente. Em outras palavras, tendo ocorrido supressão de vegetação situada em APP, o proprietário é obrigado a promover a recomposição da vegetação.

Nesse sentido é a lição de Nusdeo¹⁵, que afirma ser vedada "a supressão da vegetação e edificação em áreas de preservação permanente.". Todavia, a citada autora esclarece que, excepcionalmente, a supressão de vegetação poderá ser autorizada, em casos "definidos legalmente como de utilidade pública e interesse

¹¹ 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 de abril de 2022.

¹² MOURA, A. A. G. de. *Efetividade das Áreas de Reserva Legal por meio de Pagamento por serviços ambientais. Perspectiva para a recuperação do cerrado goiano*. Goiânia: Kelps, 2012.

¹³ Artigo 7º da Lei Federal nº 12.651/2012.

¹⁴ ARAÚJO, P. S. *As modificações dos institutos da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente diante da Lei n. 12.651/12 (Novo Código Florestal brasileiro): avanços ou retrocessos?* Velo Horizonte, 2014. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder, 2014.

¹⁵ NUSDEO, A. M. de O. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

social. Ou ainda no caso da supressão de baixo impacto, ficando autorização de supressão a cargo do órgão competente estadual”.

O tratamento jurídico atribuído às APPs pelo Código Florestal de 2012 reafirma a função social da pequena propriedade rural¹⁶, e dá tratamento diferenciado à recuperação dessas áreas, nos termos do artigo 4º, § 5º. A normativa de regência passou a admitir, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto “na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre”.

Sob outro prisma, a Lei Federal nº 12.651/2012, trouxe, em seus artigos 61-A e 61-B, grandes discussões ao estabelecer as regras incidentes sobre as Áreas de Preservação Permanente situadas em áreas consideradas consolidadas até 22 de julho de 2008 (marco temporal). Vejamos:

Art. 61-A. Nas Áreas de Preservação Permanente, é autorizada, exclusivamente, a continuidade das atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008.

§ 1º Para os imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 5 (cinco) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d’água.

§ 2º Para os imóveis rurais com área superior a 1 (um) módulo fiscal e de até 2 (dois) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 8 (oito) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d’água.

§ 3º Para os imóveis rurais com área superior a 2 (dois) módulos fiscais e de até 4 (quatro) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais em 15 (quinze) metros, contados da borda da calha do leito regular, independentemente da largura do curso d’água.

§ 4º Para os imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente ao longo de cursos d’água naturais, será obrigatória a recomposição das respectivas faixas marginais:

I - (VETADO); e

II - nos demais casos, conforme determinação do PRA, observado o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros, contados da borda da calha do leito regular.

§ 5º Nos casos de áreas rurais consolidadas em Áreas de Preservação Permanente no entorno de nascentes e olhos d’água perenes, será admitida a manutenção de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo rural, sendo obrigatória a recomposição do raio mínimo de 15 (quinze) metros.

§ 6º Para os imóveis rurais que possuam áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente no entorno de lagos e lagoas naturais, será admitida a manutenção de atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo ou de turismo rural, sendo obrigatória a recomposição de faixa marginal com largura mínima de:

¹⁶ Tratando-se de pequena propriedade rural, foi adotado pela nova legislação o módulo fiscal para classificação dos imóveis rurais e designação de tratamento distinto.

I - 5 (cinco) metros, para imóveis rurais com área de até 1 (um) módulo fiscal;

II - 8 (oito) metros, para imóveis rurais com área superior a 1 (um) módulo fiscal e de até 2 (dois) módulos fiscais;

III - 15 (quinze) metros, para imóveis rurais com área superior a 2 (dois) módulos fiscais e de até 4 (quatro) módulos fiscais; e

IV - 30 (trinta) metros, para imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

§ 7º Nos casos de áreas rurais consolidadas em veredas, será obrigatória a recomposição das faixas marginais, em projeção horizontal, delimitadas a partir do espaço brejoso e encharcado, de largura mínima de:

I - 30 (trinta) metros, para imóveis rurais com área de até 4 (quatro) módulos fiscais; e

II - 50 (cinquenta) metros, para imóveis rurais com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais.

§ 8º Será considerada, para os fins do disposto no caput e nos §§ 1º a 7º, a área detida pelo imóvel rural em 22 de julho de 2008.

(...)

§ 17. Em bacias hidrográficas consideradas críticas, conforme previsto em legislação específica, o Chefe do Poder Executivo poderá, em ato próprio, estabelecer metas e diretrizes de recuperação ou conservação da vegetação nativa superiores às definidas no caput e nos §§ 1º a 7º, como projeto prioritário, ouvidos o Comitê de Bacia Hidrográfica e o Conselho Estadual de Meio Ambiente. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

....

Art. 61-B. Aos proprietários e possuidores dos imóveis rurais que, em 22 de julho de 2008, detinham até 10 (dez) módulos fiscais e desenvolviam atividades agrossilvipastoris nas áreas consolidadas em Áreas de Preservação Permanente é garantido que a exigência de recomposição, nos termos desta Lei, somadas todas as Áreas de Preservação Permanente do imóvel, não ultrapassará: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012). (Vide ADIN Nº 4.937) (Vide ADC Nº 42) (Vide ADIN Nº 4.902)

I - 10% (dez por cento) da área total do imóvel, para imóveis rurais com área de até 2 (dois) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

II - 20% (vinte por cento) da área total do imóvel, para imóveis rurais com área superior a 2 (dois) e de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012)

III - (VETADO).¹⁷

Assim para as APPs de cursos d'água na zona rural, cuja propriedade tenha a área de até 1 (um) módulo fiscal, deverão ser recuperados 5 (cinco) metros de APP; propriedades de 1 (um) até 2 (dois) módulos fiscais, deverão ser recuperados 8 (oito) metros de APP; propriedades de de 2 (dois) até 4 (quatro) módulos fiscais, serão obrigadas a recuperar 15 (quinze) metros; propriedades com área superior a 4 (quatro) módulos fiscais, deverão recuperar o mínimo de 20 (vinte) e o máximo de 100 (cem) metros.

¹⁷ 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 de abril de 2022.

Ainda de acordo com a referida Lei, o marco da contagem da metragem de proteção das APPs passou a ser a borda da calha regular do curso d'água, o que resultou na diminuição da área protegida em comparação com o antigo Código Florestal de 1965.

Considerando especificamente as áreas de preservação permanente (APPs) das propriedades inseridas na Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, a totalidade delas está em desconformidade com o disposto na Lei nº 12.651/2012, ou seja, não estão atendendo ao disposto no art. 61-A, tendo sido constatado por perícia técnica que as faixas marginais, contadas da borda da calha do leito regular, estão com largura de vegetação inferior ao exigido pela lei.

Em resposta à degradação das APPs, antes mesmo da promulgação da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA), alguns estados e municípios brasileiros adotaram instrumentos de incentivo econômico a proprietários de imóveis rurais e/ou urbanos, capazes de fornecer serviços ambientais de fruição coletiva.

O Estado de Goiás integra o grupo de estados federados que previu a possibilidade de compensação por serviços ambientais, na esteira do disposto no artigo 41, inciso I, da Lei Federal nº 12.651/2012¹⁸.

Nessa senda, de acordo com o disposto no artigo 74 do Código Florestal do Estado de Goiás¹⁹, as atividades de manutenção das APPs, de RL e de uso restrito "são elegíveis para quaisquer pagamentos ou incentivos por serviços ambientais, configurando adicionalidade para fins de mercados nacionais e internacionais de reduções de emissões certificadas de gases de efeito estufa". O pagamento por serviços ambientais tem por finalidade reconhecer, incentivar e fomentar atividades de preservação, conservação e recuperação ambiental no âmbito do estado de Goiás.

Em sede municipal, cita-se como referência no Estado, o Programa Produtores de Águas de Rio Verde – GO, instituído pela Lei Municipal 6.033/2011²⁰, alterada pela Lei Municipal 6.290/2013.

Diante dos dados coletados, vê-se a possibilidade de implantação de um esquema de PSA, como medida de mitigação das degradações, para recuperação

¹⁸ "Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação: (Redação dada pela Lei nº 12.727, de 2012). I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente: a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono; b) a conservação da beleza cênica natural; c) a conservação da biodiversidade; d) a conservação das águas e dos serviços hídricos; e) a regulação do clima; f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico; g) a conservação e o melhoramento do solo; h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;". 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 de abril de 2022.

¹⁹ GOIÁS. *Lei nº 18.104, de 18 de julho de 2013*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, institui a nova Política Florestal do Estado de Goiás e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=256749#:~:text=DISPOSIÇÕES%20GERAIS-,Art.,o%20alcance%20de%20seus%20objetivos>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

²⁰ RIO VERDE. *Lei nº 6.033, de 28 de outubro de 2011*. Cria o programa produtor de água. Disponível em: http://www.rioverde.go.gov.br/docsoscs/bacia_justificativa4.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

das APPS, no percurso d'água, nascentes e erosões dentro do imóvel rural, conforme veremos a seguir.

4. O instrumento de Pagamento por Serviços Ambientais no ordenamento brasileiro

Os serviços ambientais historicamente foram percebidos pelas sociedades como gratuitos, ainda que estes serviços lhes fossem essenciais à vida e às atividades produtivas. Com a exploração exacerbada dos ecossistemas em busca de espaço físico (fragmentação dos habitats) e de recursos naturais, verificou-se a escassez de alguns dos serviços ambientais antes prestados gratuitamente pela natureza nesses ecossistemas.²¹

Em resposta à escassez desses recursos naturais e/ou para incentivo à recuperação e conservação destes, alguns países adotaram instrumentos de controle e de remuneração pela manutenção dos serviços ambientais, surgindo, assim, o Pagamento por Serviços Ambientais (PSA). Trata-se de um instrumento econômico de política ambiental que busca compensar todo aquele que em decorrência de atividades de conservação e recuperação de ecossistemas promove ou contribui para a sua preservação e conservação.

De acordo com Parra²², o PSA tem como principal objetivo conceder incentivo econômico a proprietários ou possuidores de imóveis rurais ou urbanos que possuam áreas naturais capazes de fornecer serviços ambientais.

Embora arranjos de PSA tenham sido implementados em diversas regiões do Brasil desde meados dos anos 2000, até janeiro 2021, a Lei Federal nº 12.651/2012 era considerada a maior referência à matéria em âmbito nacional, ainda que o disposto em seu artigo 41, inciso I, não regulasse a figura do PSA de maneira minuciosa. Portanto, em nível nacional, havia apenas uma disposição jurídica genérica acerca da existência do instituto.²³

Contudo, em janeiro de 2021, fora promulgada a Lei Federal nº 14.119/2021, a qual instituiu a Política Nacional de Pagamentos por Serviços Ambientais e criou o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais (PFSA). A propósito, a aludida norma tramitou no Congresso Nacional por cerca de treze anos, e foi fruto dos projetos de lei (PLs) nº 792/2007 e nº 312/2015.

A novel legislação em comento trouxe conceitos, objetivos, diretrizes, ações e critérios de implantação da Política Nacional de PSA, incorporando os ensinamentos da doutrina especializada, das experiências internacionais e locais, além de conter aspectos relevantes para nortear os projetos de PSA, de modo a dar efetividade à conservação dos recursos naturais.

De acordo com Jodas²⁴, várias experiências de PSA multiplicaram-se, paralelamente, pelo território brasileiro antes mesmo da publicação da Lei Federal nº 14.119/2021, sendo tais práticas regulamentadas por leis municipais, estaduais ou mesmo por convênios e contratos jurídicos. Trataremos de delimitar algumas diretrizes e conceitos sobre o PSA, enquanto instrumento econômico de uma política ambiental.

²¹ ALTMANN, A. *Pagamento por Serviços Ambientais: aspectos jurídicos para a sua aplicação no Brasil*. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131031141425_2097.pdf. Acesso em: 02 de ago. de 2021.

²² PARRA, R. A. *Agronegócio, sustentabilidade e a Agenda 2030: a relação entre economia verde, Código Florestal e poder judiciário*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

²³ JODAS, N. *Pagamentos por serviços ambientais*. Diretrizes de Sustentabilidade para os projetos de PSA no Brasil: Atualizado de acordo com a Lei 14.119/2021 (Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

²⁴ JODAS, N. *Pagamentos por serviços ambientais*. Diretrizes de Sustentabilidade para os projetos de PSA no Brasil: Atualizado de acordo com a Lei 14.119/2021 (Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

4.1 Serviços Ecosistêmicos e Serviços Ambientais

Apesar da doutrina quase sempre utilizar sem distinção e como se sinônimos fossem as expressões “serviços ambientais” e “serviços ecossistêmicos”, distinguem-se os termos, que possuem significação própria.

De acordo com Jodas²⁵, os serviços ecossistêmicos são as funções ecossistêmicas que tem significativo valor para o indivíduo, citam-se como exemplos de serviços ecossistêmicos o solo fértil, a qualidade do ar, a qualidade da água, os produtos provenientes das funções ecossistêmicas, como os frutos, a madeira, as sementes, as plantas medicinais, os cultivos agrícolas, etc. Por outra via, os serviços ambientais referem-se às iniciativas dos seres humanos que favorecem a provisão dos serviços ecossistêmicos. Citam-se como exemplos, os serviços prestados por um agricultor para cercamento e preservação de suas áreas protegidas (matas ciliares, nascentes, topos de morro), pelo não depósito de efluentes no curso d’água (esgoto, agrotóxicos, resíduos), pela implementação de boas práticas agrícolas.

A Lei Federal nº 14.119/2021 traz a distinção entre serviços ecossistêmicos (art. 2º, II) e serviços ambientais (art. 2º, III). Vejamos:

II - serviços ecossistêmicos: benefícios relevantes para a sociedade gerados pelos ecossistemas, em termos de manutenção, recuperação ou melhoria das condições ambientais, nas seguintes modalidades:

a) serviços de provisão: os que fornecem bens ou produtos ambientais utilizados pelo ser humano para consumo ou comercialização, tais como água, alimentos, madeira, fibras e extratos, entre outros;

b) serviços de suporte: os que mantêm a perenidade da vida na Terra, tais como a ciclagem de nutrientes, a decomposição de resíduos, a produção, a manutenção ou a renovação da fertilidade do solo, a polinização, a dispersão de sementes, o controle de populações de potenciais pragas e de vetores potenciais de doenças humanas, a proteção contra a radiação solar ultravioleta e a manutenção da biodiversidade e do patrimônio genético;

c) serviços de regulação: os que concorrem para a manutenção da estabilidade dos processos ecossistêmicos, tais como o sequestro de carbono, a purificação do ar, a moderação de eventos climáticos extremos, a manutenção do equilíbrio do ciclo hidrológico, a minimização de enchentes e secas e o controle dos processos críticos de erosão e de deslizamento de encostas;

d) serviços culturais: os que constituem benefícios não materiais providos pelos ecossistemas, por meio da recreação, do turismo, da identidade cultural, de experiências espirituais e estéticas e do desenvolvimento intelectual, entre outros;

III - serviços ambientais: atividades individuais ou coletivas que favorecem a manutenção, a recuperação ou a melhoria dos serviços ecossistêmicos; (...). (sem grifos no original)²⁶

De acordo com a referida lei, o PSA se afigura “como a transação de natureza voluntária, mediante a qual um pagador de serviços ambientais transfere

²⁵ JODAS, N. *Pagamentos por serviços ambientais*. Diretrizes de Sustentabilidade para os projetos de PSA no Brasil: Atualizado de acordo com a Lei 14.119/2021 (Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

²⁶ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Lei/L14119.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2021.

a um provedor desses serviços recursos financeiros ou outra forma de remuneração, nas condições acertadas, respeitadas as disposições legais e regularmente pertinentes” (art. 2º, IV)²⁷.

Em complemento, a norma estabelece o pagador de serviços ambientais como sendo o Poder Público, a organização da sociedade civil ou o agente privado (pessoa física ou jurídica), de âmbito nacional ou internacional (art. 2º, V); e o provedor de serviços ambientais como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, grupo familiar ou comunitário que, preenchidos os critérios de elegibilidade, mantém, recupera ou melhora as condições ambientais dos ecossistemas (art. 2º, VI).²⁸

Já Parra²⁹ definiu pagamento por serviços ambientais como uma recompensa monetária, ou não, para ações que gerem serviços ambientais que contemplem a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono; b) a conservação da beleza cênica natural; c) a conservação da biodiversidade; d) a conservação das águas e dos serviços hídricos; e) a regulação do clima; f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico; g) a conservação e o melhoramento do solo; h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

De acordo com a supracitada autora³⁰, o PSA tem como principal objetivo conceder incentivo econômico a proprietários ou possuidores de imóveis rurais ou urbanos que possuam áreas naturais capazes de fornecer serviços ambientais. É pertinente assinalar que os programas de PSA têm sido classificados quanto ao serviço ecossistêmico principal ou predominante promovido pelos serviços ambientais realizados pelos produtores rurais. Assim, podem ser mencionadas as seguintes espécies: PSA Biodiversidade; PSA Carbono; PSA Hídricos e PSA Múltiplos.³¹

4.2. Pagamento por Serviços Ambientais Hídricos

É cediço ser a água elemento fundamental para a existência de vida em todas as suas formas, além de indispensável para manter o equilíbrio dos ecossistemas e vital para a produção de alimentos.

Considerando a importância da água, a Lei das Águas ou Política Nacional de Recursos Hídricos brasileira, em seu artigo 1º, inciso II, traz que “água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”.³²

²⁷ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2021.

²⁸ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2021.

²⁹ PARRA, R. A. *Agronegócio, sustentabilidade e a Agenda 2030: a relação entre economia verde, Código Florestal e poder judiciário*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

³⁰ PARRA, R. A. *Agronegócio, sustentabilidade e a Agenda 2030: a relação entre economia verde, Código Florestal e poder judiciário*. Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 42.

³¹ JODAS, N. *Pagamentos por serviços ambientais*. Diretrizes de Sustentabilidade para os projetos de PSA no Brasil: Atualizado de acordo com a Lei 14.119/2021 (Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

³² BRASIL. *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de

Segundo Gil et al³³, no Brasil cabe à Agência Nacional de Águas e Saneamento (ANA) a tarefa de atuar na elaboração e efetuação de planos de recursos hídricos em bacias hidrográficas de domínio federal e oferecer apoio técnico para elaboração desses planos em outras esferas. Também é de sua responsabilidade enquadrar os corpos hídricos em classes, estabelecendo o nível de qualidade a ser alcançado ou mantido em determinado trecho de corpo d'água ao longo do tempo. Essa classificação objetiva assegurar a qualidade da água com seu respectivo uso e diminuir os custos direcionados ao combate à poluição. A divisão de atribuições entre União e Estados na gestão hídrica foi definida pela Lei de Águas.

De maior interesse ao presente estudo, insta salientar que a ANA desenvolveu, em 2008, o Programa Produtor de Água (PPA). De acordo com a Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil³⁴, a ANA é reguladora deste tipo de instrumento de valoração. Dedicada a fazer cumprir os objetivos e diretrizes da Lei Federal 9.433/1997, a ANA atua em quatro linhas de ação, quais sejam, regulação, monitoramento, aplicação da lei e planejamento hídrico. No exercício de suas atribuições, a ANA estimula a participação de representantes dos governos, usuários e das comunidades, em uma gestão participativa e integrada das águas, em parceria com instituições e órgãos do poder público.

Ademais, a ANA tem desempenhado um papel importante não apenas na criação de programas de PSA de proteção dos recursos hídricos, mas também na melhoria de programas estaduais e municipais de PSA, em bacias hidrográficas estratégicas no meio rural, tendo como objetivos a redução da erosão e do assoreamento de mananciais, estimulando a política de pagamento por serviços ambientais e a implantação de projetos direcionados à proteção dos recursos hídricos.

O PPA é uma ferramenta de articulação entre a Agência, os usuários e o setor rural, usando o conceito de Pagamento por Serviços Ambientais (PSA), que estimula os produtores a recuperarem as nascentes e recursos hídricos localizados em suas propriedades, por meio de apoio técnico e financeiro³⁵.

Segundo Gil et al³⁶, a ideia se baseia no princípio protetor-recebedor e na possibilidade de recompensar quem busca preservar a natureza e o meio ambiente, através de ações de preservação. Este princípio parte da premissa de que o indivíduo (um produtor rural) que, voluntariamente, decide participar de um programa de PSA assume a responsabilidade de cuidar de um bem ambiental de fruição coletiva, como a água, o que lhe gera custos diretos (aquisição de mudas, por exemplo) e indiretos (como a redução da área de produção), criando, por conseguinte, uma desvantagem na competitividade econômica.

março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 27 de fev. de 2021.

³³ GIL, S. O. et. al. "Instituições financiadoras do Programa Produtor de Água e os objetivos do desenvolvimento sustentável". *Administração Rural*. v. 4. Belo Horizonte - MG: Poisson, 2020. Disponível em: https://www.poisson.com.br/livros/adm_rural/volume4/Adm_Rural_vol4.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2021.

³⁴ ANA. Agência Nacional de Águas e Saneamento (Brasil). *Conjuntura dos Recursos hídricos no Brasil 2018*: informe anual. Agência Nacional de Águas, Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/portal/publicacao/Conjuntura2018.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁵ ANA. Agência Nacional de Águas e Saneamento (Brasil). *Conjuntura dos Recursos hídricos no Brasil 2018*: informe anual. Agência Nacional de Águas, Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/portal/publicacao/Conjuntura2018.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁶ GIL, S. O. et. al. "Instituições financiadoras do Programa Produtor de Água e os objetivos do desenvolvimento sustentável". *Administração Rural*. v. 4. Belo Horizonte - MG: Poisson, 2020. Disponível em: https://www.poisson.com.br/livros/adm_rural/volume4/Adm_Rural_vol4.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2021.

O desenvolvimento dos esquemas de PSA ocorre, em grande parte, pela articulação entre políticas públicas e as estratégias privadas, atuando como os impulsionadores e coordenadores, assim como financiadores ou captadores de recursos para os projetos e programas³⁷.

Cumpra esclarecer que os Governos Estaduais são responsáveis pela gestão das águas sob seu domínio e elaboração de legislação específica sobre o tema. Já os municípios são responsáveis por integrar as políticas locais de meio ambiente, saneamento básico e de uso e ocupação do solo com as políticas federais e estaduais de recursos hídricos, enquanto o Governo Federal exerce papel de regulador e fiscalizador.

As mencionadas articulações criaram uma gestão dos recursos hídricos descentralizada e compartilhada no país, um dos princípios do Programa Produtor de Água. O que se observa é que geralmente os governos participam diretamente dos projetos de PSA (nos serviços hídricos especificamente), dado que se trata de serviços ambientais com caráter de bem público³⁸.

5. Proposta de implantação de programa Pagamento por Serviços Ambientais para recuperação da bacia hidrográfica do "Rio das Pedras" no município de Quirinópolis – GO

Diante do até aqui exposto, passa-se a analisar especificamente a viabilidade de implantação de programa de pagamento por serviços ambientais (PSA) para recuperação das APPS na bacia hidrográfica do Rio das Pedras, de forma a atender as dimensões previstas no Código Florestal – Lei Federal nº 12.651/2012.

Para tanto, será utilizada como referência a iniciativa do município de Rio Verde – Goiás, com o Programa Produtores de Águas, instituído pela Lei Municipal 6.033/2011³⁹, conforme redação atribuída pela Lei Municipal 6.290/2013.

Faz-se necessário, precipuamente, tecer algumas considerações acerca do surgimento do PSA no município de Rio Verde – GO. Segundo Merida⁴⁰, em 2008 ocorreu um acidente no Ribeirão Abóbora que contaminou suas águas com resíduos industriais de uma empresa localizada próxima ao ponto de captação da água, o que comprometeu o abastecimento da população do Município de Rio Verde-GO.

Em virtude do dano ambiental provocado em 2008, foi firmado entre Ministério Público do Estado de Goiás e a empresa privada em questão um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo qual a empresa poluidora ficou obrigada a realizar o cercamento das nascentes localizadas acima do ponto de captação de água e o plantio de espécie nativas num raio de 50 (cinquenta metros) das nascentes do Ribeirão Abóbora, a fim de protegê-las. Foram identificadas 54 (cinquenta e quatro) nascentes nessa condição, localizadas em 29 (vinte e nove) propriedade rurais particulares.

³⁷ ANA. Agência Nacional de Águas e Saneamento (Brasil). *Conjuntura dos Recursos hídricos no Brasil 2018*: informe anual. Agência Nacional de Águas, Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/portal/publicacao/Conjuntura2018.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁸ ANA. Agência Nacional de Águas e Saneamento (Brasil). *Conjuntura dos Recursos hídricos no Brasil 2018*: informe anual. Agência Nacional de Águas, Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/portal/publicacao/Conjuntura2018.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁹ RIO VERDE. *Lei nº 6.033, de 28 de outubro de 2011*. Cria o programa produtor de água. Disponível em: http://www.rioverde.go.gov.br/docsoscs/bacia_justificativa4.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

⁴⁰ MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

Ato contínuo, em 2011, a fim de institucionalizar o programa de proteção das nascentes e do leito do Ribeirão Abóbora, o município de Rio Verde-GO promulgou a Lei Municipal nº 6.033/2011, com amparo na competência prevista no artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal⁴¹.

A aludida lei instituiu o Programa Produtores de Águas em sede municipal, sob a coordenação da então Superintendência Municipal do Meio Ambiente (SUMMA), hoje com *status* de Secretaria, visando promover a recuperação e a conservação das nascentes que abastecem o Município de Rio Verde, a fim de garantir a qualidade e a quantidade de água, incentivando os produtores rurais, mediante a compensação pelos serviços ambientais por eles prestados.

Segundo Beninca e Clemente⁴², a maior área da Bacia Hidrográfica Ribeirão Abóbora é atualmente utilizada para o cultivo de grãos, sendo a soja na principal safra (novembro a março) e o milho na safrinha (março a julho). Aproximadamente 122 km da bacia são destinados à agricultura, que anualmente expande suas área e produtividade.

Ainda, vale ressaltar que o Ribeirão Abóbora abastece duas grandes agroindústrias locais, quais sejam, a COMIGO – Cooperativa Agroindustrial dos Produtores Goiano, terceira maior cooperativa do Brasil, e BRF S/A, o maior complexo agroindustrial da América Latina.

Nos termos do art. 2º da Lei Municipal nº 6.033/2011, os objetivos do PPA são: aumentar a cobertura vegetal no entorno das nascentes e nos corpos d'água; reduzir os processos de eutrofização e assoreamento dos corpos d'água e aumentar o grau de proteção das áreas conservadas e recuperar as áreas degradadas.⁴³

Segundo Merida⁴⁴, os proprietários rurais foram convidados a participar do PPA de Rio Verde. A primeira etapa de implantação do Programa consistia na recuperação e conservação das nascentes e a segunda etapa na recuperação da mata ciliar ao longo dos cursos d'água voltados ao abastecimento da população da cidade de Rio Verde.

A grande vantagem do programa é colocar o produtor rural no centro do processo, envolvendo-o em todas as etapas: desde a decisão de participar da iniciativa, que é voluntária, até a execução e manutenção das ações.

De acordo com Benincá e Clemente⁴⁵, no ano de 2018, o Ribeirão Abóbora ampliou a quantidade de nascentes perceptíveis, passando a possuir 63 nascentes catalogadas em 32 propriedades rurais, sendo 18 preservadas, 41 em regeneração e apenas 4 degradadas, resultado fruto das ações desenvolvidas ao longo de sete anos de existência do PPA.

⁴¹ “Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de fev. de 2021.

⁴² BENINCÁ, M. C.; CLEMENTE, E. C. “O Programa ‘Produtor de Água’ como Proposta de Fortalecimento Socioeconômico e de Recuperação dos Recursos Naturais”. *Revista GEOSUL*, v. 36, n. 78, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/69947>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴³ RIO VERDE. *Lei nº 6.033, de 28 de outubro de 2011*. Cria o programa produtor de água. Disponível em: http://www.rioverde.go.gov.br/docsoscs/bacia_justificativa4.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

⁴⁴ MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

⁴⁵ BENINCÁ, M. C.; CLEMENTE, E. C. “O Programa ‘Produtor de Água’ como Proposta de Fortalecimento Socioeconômico e de Recuperação dos Recursos Naturais”. *Revista GEOSUL*, v. 36, n. 78, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/69947>. Acesso em: 24 fev. 2021.

No que atine à remuneração dos produtores pelos serviços ambientais prestados, de acordo com artigo 4º da Lei Municipal nº 6.033/2011, aos produtores que aderirem ao programa produtor de água, serão destinados recursos financeiros como forma de compensação, sendo: I – nascente preservada – R\$ 124,24 (cento e vinte e quatro reais e vinte e quatro centavos) mensais por nascente e II- nascente perturbada – R\$ 62,14 (sessenta e dois reais e quatorze centavos) mensais por nascente, os quais serão corrigidos anualmente com base no Índice Nacional de Preço ao Consumidor (INPC). Os recursos financeiros necessários ao cumprimento desta Lei, são realizados pelo Fundo Municipal de Meio Ambiente (art. 9º)⁴⁶.

De acordo informações obtidas junto à Secretaria do Meio Ambiente de Rio Verde, no ano de 2019, o valor pago por nascente/ano foi de R\$ 1.105,20 para as áreas em regeneração e de R\$ 2.210,40 por nascente/ano para as áreas preservadas, totalizando o valor global de R\$ 152.511,35 (Cento e Cinquenta e Dois Mil, Quinhentos e Onze Reais e Trinta e Seis reais) pagos aos produtores rurais no referido ano.

O pagamento aos produtores é realizado pela Prefeitura Municipal de Rio Verde por meio de termo de fomento⁴⁷ firmado com a Associação de Produtores de Água da Microbacia do Ribeirão Abóbora, a cada seis meses, sujeito à emissão de laudo de constatação acerca do grau de preservação das APPs das nascentes (preservadas ou em regeneração) pela Câmara Técnica.⁴⁸

Comparando-se as principais atividades econômicas das cidades de Rio Verde e de Quirinópolis, bem assim a situação de erosão e degradação de vegetação verificada no início da implantação do PPA de Rio Verde com a aquela constatada pelo laudo pericial realizado nas áreas rurais de Quirinópolis no curso da ACP já mencionada, vislumbra-se que o PSA afigure-se como uma alternativa viável para minimizar os impactos das atividades econômicas desenvolvidas pelos proprietários de terra na bacia hidrográfica do Rio das Pedras. Os dados gerados pela implementação do PPA do Município de Rio Verde-GO demonstram claramente que o cercamento e o plantio de mudas nativas para recompor as APPs no entorno das nascentes localizadas nas propriedades rurais situadas na bacia do Ribeirão Abóbora obtiveram resultados positivos.⁴⁹

Dos dados obtidos do Programa Produtor de Águas do Município de Rio Verde – GO, verifica-se que área de vegetação remanescente apresentou, do ano de 2011 para o 2017, valor significativo de aumento, passando de 1075,5 hectares para 1236,6 hectares, mesmo diante do incremento de área de agricultura e de produtividade no Município.⁵⁰

⁴⁶ RIO VERDE. *Lei nº 6.033, de 28 de outubro de 2011*. Cria o programa produtor de água. Disponível em: http://www.rioverde.go.gov.br/docsoscs/bacia_justificativa4.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

⁴⁷ Regido pela Lei Federal nº 13.019/2014.

⁴⁸ MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

⁴⁹ MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

⁵⁰ BENINCÁ, M. C.; CLEMENTE, E. C. "O Programa 'Produtor de Água' como Proposta de Fortalecimento Socioeconômico e de Recuperação dos Recursos Naturais". *Revista GEOSUL*, v. 36, n. 78, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/69947>. Acesso em: 24 fev. 2021.

Tendo em vista os resultados parciais até aqui alcançados pela presente pesquisa, pretende-se realizar uma segunda etapa de estudo, consistente na aferição do perfil socioeconômico dos proprietários rurais da microbacia do Rio das Pedras e na verificação do atual grau de conservação das respectivas APPs, a fim de se propor uma minuta de anteprojeto de lei para criação de um programa de PSA no município de Quirinópolis, Goiás, em moldes semelhantes ao PSA de Rio Verde, de modo a instrumentalizar o poder público local para a tomada de decisões e instituição de política pública capaz de alcançar a efetiva proteção das APPs da bacia do Rio das Pedras e, por conseguinte, da qualidade e da quantidade de água que abastece a população.

6. Considerações finais

Diante da análise dos dados coletados, verificou-se que há viabilidade para implantação de um programa de pagamento por serviços ambientais para recuperação das áreas de preservação permanente (APPs) como instrumento de mitigação das degradações do curso d'água e nascentes na bacia hidrográfica do Ribeirão das Pedras, atendendo o previsto no Código Florestal nº 12.651/2012, com o objetivo de recuperação das APPs no curso d'água, nascentes e controle das erosões dentro dos imóveis rurais localizados na área de estudo como medidas para aumentar a quantidade e melhorar a qualidade da água.

A introdução dos instrumentos econômicos e a institucionalização da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, em complementaridade às normas de comando e controle, é uma estratégia que se mostra eficiente para a promoção da mudança de comportamento em prol da manutenção e/ou ampliação de serviços ambientais.

Verifica-se que algumas medidas podem ser tomadas para melhor adequar o PSA como a forma de monitoramento dos serviços prestados e maior transparência na divulgação sobre os resultados parciais e totais decorrentes da execução dos projetos de PSA, o que se espera venha a ocorrer com a criação do cadastro nacional dos contratos de PSA previsto no bojo da Lei Federal 14.119/ 2021, bem como uma melhor valorização da remuneração pelos serviços ambientais prestados pelos produtores rurais.

Em que pese haver espaço para melhorias, o presente estudo constatou que o PPA de Rio Verde apresenta-se como uma alternativa viável para minimizar os impactos das atividades econômicas desenvolvidas na bacia hidrográfica do Rio das Pedras, estando apto a incentivar os produtores a conservarem e a preservarem os recursos hídricos localizados em suas propriedades, por meio do recebimento de uma remuneração pelos serviços ambientais prestados.

Outro aspecto importante analisado é a necessidade de acompanhamento de projetos consolidados na prática que podem ajudar na adaptação e melhoramento da implantação do programa de PSA no âmbito de Quirinópolis. A experiência do Programa Produtores de Água do Município de Rio Verde - GO, instituído pela Lei Municipal nº 6.033/11, demonstrou a efetividade do instrumento de PSA ao alcançar incremento considerável dos percentuais de proteção das APPs no entorno das nascentes situadas na microbacia do Ribeirão Abóbora, servindo de parâmetro para a implantação de novos programas municipais de PSA não apenas nas cidades do Estado de Goiás, mas em municípios de todo o país.

7. Referências

ANA. Agência Nacional de Águas e Saneamento (Brasil). *Conjuntura dos Recursos hídricos no Brasil 2018*: informe anual. Agência Nacional de Águas, Brasília: ANA, 2018. Disponível em: <https://arquivos.ana.gov.br/porta/publicacao/Conjuntura2018.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

- ALTMANN, A. *Pagamento por Serviços Ambientais: aspectos jurídicos para a sua aplicação no Brasil*. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20131031141425_2097.pdf. Acesso em: 02 de ago. de 2021.
- ARAÚJO, P. S. *As modificações dos institutos da Reserva Legal e das Áreas de Preservação Permanente diante da Lei n. 12.651/12 (Novo Código Florestal brasileiro): avanços ou retrocessos?* Velo Horizonte, 2014. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder, 2014.
- BENINCÁ, M. C.; CLEMENTE, E. C. "O Programa 'Produtor de Água' como Proposta de Fortalecimento Socioeconômico e de Recuperação dos Recursos Naturais". *Revista GEOSUL*, v. 36, n. 78, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, 2021. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/69947>. Acesso em: 24 fev. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de fev. de 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9433.htm. Acesso em: 27 de fev. de 2021.
- 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: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 10 de abril de 2022.
- 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14119.htm. Acesso em: 20 de ago. de 2021.
- GIL, S. O. et. al. "Instituições financiadoras do Programa Produtor de Água e os objetivos do desenvolvimento sustentável". *Administração Rural*. v. 4. Belo Horizonte - MG: Poisson, 2020. Disponível em: https://www.poisson.com.br/livros/adm_rural/volume4/Adm_Rural_vol4.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2021.
- GOIÁS. *Lei nº 18.104, de 18 de julho de 2013*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, institui a nova Política Florestal do Estado de Goiás e dá outras providências. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=256749#:~:text=DISPOSIÇÕES>

%20GERAIS-,Art.,o%20alcance%20de%20seus%20objetivos. Acesso em: 20 de abril de 2022.

JODAS, N. *Pagamentos por serviços ambientais*. Diretrizes de Sustentabilidade para os projetos de PSA no Brasil: Atualizado de acordo com a Lei 14.119/2021 (Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

MERIDA, C. *Pagamento por Serviços Ambientais como Instrumento de Efetividade do Desenvolvimento Sustentável em Rio Verde, Goiás*. Goiânia, 2014. Dissertação (mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, 2014.

MOURA, A. A. G. de. *Efetividade das Áreas de Reserva Legal por meio de Pagamento por serviços ambientais. Perspectiva para a recuperação do cerrado goiano*. Goiânia: Kelps, 2012.

NUSDEO, A. M. de O. *Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.

PARRA, R. A. *Agronegócio, sustentabilidade e a Agenda 2030: a relação entre economia verde, Código Florestal e poder judiciário*. Londrina, PR: Thoth, 2020.

PAULA, M. M. de. *Análise da Água e das Condições Ambientais da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Pedras, Quirinópolis/GO*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Geografia/PPG-GEO da Universidade Federal de Goiás - Campus de Jataí - UFG/CAJ. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/180/o/Disserta%C3%A7%C3%A3o_M%C3%ADrian_Maria_de_Paula.pdf. Acesso em: 26 de ago. de 2021.

RIO VERDE. *Lei nº 6.033, de 28 de outubro de 2011*. Cria o programa produtor de água. Disponível em: http://www.rioverde.go.gov.br/docsoscs/bacia_justificativa4.pdf. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

A legalidade da cláusula de *washout* nos contratos de compra e venda de safra futura de soja

The washout clause's legality in purchase and sale contracts of soybean future harvest

Thiago Soares Castelliano Lucena de Castro¹

Rejaine Silva Guimarães²

Universidade de Rio Verde

Murilo Couto Lacerda³

Centro Universitário de Brasília

Sumário: 1. Introdução. 2. Os contratos na era do agronegócio. 2.1. Contrato de compra e venda de safra futura. 3. Cláusula *washout*: definição e natureza. 3.1. Contratos aleatórios e o preço em dólar: uma confusa relação. 3.2. Liberdade econômica e autonomia privada. 4. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a cláusula de *washout* em contrato de compra e venda de entrega de safra futura de soja, com cotação em dólar, perquirindo sobre a sua licitude frente ao art. 421-A, do Código Civil, e a possibilidade de revisão judicial. Justifica-se o presente estudo pela ausência de delimitação normativa e dogmática do instituto, exigindo-se a compreensão da sua função e natureza jurídica, para conformá-lo com o direito positivo. Os objetivos específicos percorrem a descrição da dinâmica dos contratos de longa duração envolvendo commodities e as consequências das alterações fáticas externas ao contrato, porém a ele relacionadas, quando ocorre a variação do dólar e da respectiva prestação de entrega do produtor rural. Nesse viés, debate-se a natureza jurídica da cláusula, a partir dos institutos da indenização e da cláusula penal. Os resultados apontam pela legalidade da cláusula *washout* e sua tradução como sua cláusula penal. A metodologia desta pesquisa é de caráter bibliográfico, por meio de análise descritiva e método dedutivo.

Palavras-chave: Direito civil. Cláusula de *washout*. Contrato de entrega de safra.

Abstract: The present work has, as its object, the washout clause in buy and sell contracts for the delivery of soybean future harvest, quoted in dollar, inquiring about its lawfulness regarding Civil Code's art. 421-A, and the possibility of a judicial review. This study is justified by the institute's absence of dogmatic and normative delimitation, which requires an understanding of its function and legal nature, to conform it with positive law. The specific objectives run through the description of the dynamics of long-term contracts involving commodities and the

¹ Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela Universidade de Rio Verde – UniRV. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (Rio de Janeiro/RJ). Curso de extensão em U.S. Legal System pela Fordham University (Nova Iorque). Juiz de Direito da 2ª Vara Cível e Fazendas Públicas da Comarca de Jataí/GO. ORCID ID 0000-0002-1166-5820. castroecastelliano@yahoo.com.br.

² Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2013). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás – UFG (2001). Especialista em Métodos e Técnicas de Ensino (1994). Coordenadora do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde – UniRV. ORCID ID 0000-0003-3264-4233. rejaine_adv@hotmail.com.

³ Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), com período sanduíche na Universidade de Coimbra – PT (2021). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO (2014). ORCID ID 0000-0003-4484-0899. Advogado. murilo.couto@unirv.edu.br.

consequences of factual changes external to the contract, although related to it when there is a dollar and a rural producer's respective delivery variation. Being so, it debates the legal nature of the clause, basing it on the indemnity and the penal clause institutes. The results point to the legality of the washout clause and its translation as its penalty clause. This research's methodology is bibliographic and deductive, and uses a descriptive analysis.

Keywords: Civil Law. Washout clause. Harvest delivery contract.

1. Introdução

O estudo tem como tema o direito contratual no agronegócio e por recorte a discussão acerca da legalidade da cláusula de *washout* no contrato de entrega de safra futura. Os contratos de entrega de safra futura, utilizados no agronegócio, são de execução diferida no tempo, onde as partes convencionam que seu objeto será coisa futura (safra). Ocorre que, especialmente em relação à soja, esse bem foi transformado em commodities e a fixação do seu preço passou a ser atrelado ao dólar, porque comercializado na bolsa de mercadorias e futuros⁴.

Diante disso, entre a fixação do preço da soja no momento da celebração do contrato e aquele verificado, no futuro, no momento da sua entrega, poderá ocorrer abrupta oscilação da cotação do dólar americano, com valorização e consequente repercussão nos contratos de entrega futura. Com isso, a fim de se coibir a rescisão unilateral do contrato pelos produtores rurais, passou-se a inserir, nestes contratos, a denominada cláusula de *washout*.

Ocorre que, em revisão sistemática da literatura, constatou-se a ausência de investigação dogmática e, ainda, a omissão legislativa sobre a cláusula de *washout* nestas espécies contratuais. Verifica-se, desta forma, a relevância do tema ante a sua repercussão econômica, posto que a atividade do agronegócio corresponde a 27,4% do PIB – Produto Interno Bruto brasileiro, não havendo segurança jurídica sobre a legalidade, a natureza e o alcance do instituto⁵.

Para tanto, o presente trabalho busca definir a natureza jurídica da cláusula de *washout*, analisar sua legalidade e discutir a possibilidade de revisão judicial, perquirindo, ainda, as bases filosóficas e dogmáticas do princípio da autonomia da vontade⁶, a correlação entre a oscilação do dólar e os contratos aleatórios, e a pactuação no contexto dos contratos empresariais, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de análise descritiva e método dedutivo.

2. Os contratos na era do agronegócio

Desde sua origem histórica até a formação normativa atual, o direito civil contratual se norteia por três marcos principiológicos fundamentais, a livre manifestação de vontade, de onde nasce a relação obrigacional; a força obrigatória (*pacta sunt servanda*), que compele os contratantes a cumprirem o que foi acordado; e a relatividade dos efeitos, que circunscreve os limites das prestações aos contratantes, não beneficiando ou prejudicando terceiros⁷.

Essa tríade dogmática-normativa, baseada no valor liberdade, encontrou no individualismo filosófico e no liberalismo econômico, advindos das revoluções liberais do séc. XVIII, terreno fértil para se desenvolver. Com a hegemonia do sistema econômico capitalista e

⁴ A bolsa de mercadorias e futuros, conhecida pela sigla BM&F, é uma companhia de capital aberta que comercializa ações, contratos futuros, câmbio, fundos, créditos de carbono, leilões, etc. Disponível em https://www.investidor.gov.br/menu/Menu_Academico/O_Mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro/Est_rutura_funcionamento_BM_FBOVESPA.html. Acesso em 05/04/2022.

⁵ Conforme cálculo do PIB do Agronegócio feito pelo Cepea. Disponível em <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em 05/04/2022.

⁶ Há distinção dogmática entre a autonomia da vontade e a autonomia privada, mas o presente trabalho utiliza as expressões como sinônimas. Para compreender a distinção vide: HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. "O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro", em HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. coords. *Direito contratual – temas atuais*, Método, São Paulo, 2008.

⁷ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

a complexidade do tráfego econômico, se transformou em instrumento de segurança jurídica para a circulação de bens e riqueza na sociedade de mercado.⁸

Atravessou-se o século XIX com a elaboração de normas de direito civil baseadas na absoluta e suprema intangibilidade da autonomia da vontade, da propriedade privada e da família legítima. Esse foi o tripé não apenas dogmático, mas especialmente hermenêutico que orientou o direito privado brasileiro, de forma que a força obrigatória e a sua base filosófica liberal impediam que fatores externos fossem considerados para alterar as prestações dos obrigados. Ainda que houvesse desequilíbrio, todas as alterações contratuais deveriam advir exclusivamente da vontade dos contratantes, que deveriam prever e fixar no contrato eventuais incertezas futuras⁹.

Entretanto, as profundas transformações sociais ocorridas ainda no século XIX e na primeira metade do século XX alteram as bases filosóficas-jurídicas do liberalismo dogmático com a inauguração do Estado Social que trouxe consigo significativas mudanças nos instrumentos jurídicos, em razão da necessidade de proteção de certos grupos ou formações sociais, exigindo-se a harmonização de direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais¹⁰. Com isso, criam-se medidas normativas protetivas, a exemplo do Estatuto da Terra e do Código de Defesa do Consumidor.

No século XX, as duas guerras mundiais reforçaram o movimento intervencionista na autonomia da vontade, porque houve um completo colapso das relações sociais, econômicas e políticas, que interferiram o tráfego das relações contratuais e tornaram impossível o cumprimento de prestações pactuadas. Diante disso, leis excepcionais e transitórias foram promulgadas na França e na Itália para a suspensão dos pactos, concessão de moratória ou resolução¹¹. Na tentativa de encontrar bases hermenêuticas que justificassem uma revisão contratual sem a manifestação de vontade dos contratantes, a doutrina recorreu às lições dos pós-glosadores e identificou uma cláusula implícita em todos os contratos: a cláusula *rebus sic stantibus*. Ela se aplica aos contratos postergados no tempo e estabelece como premissa que a vontade manifestada no momento da celebração, que fixa uma prestação no futuro, apenas deve prevalecer se se mantiverem o estado de fato vigente à época da estipulação, de maneira que se houver mudança do ambiente externo, por circunstâncias supervenientes e imprevistas, haverá relativização da força obrigatória¹². No direito civil brasileiro, incorporou-se a teoria da imprevisão no art. 317, do Código Civil¹³.

A autonomia da vontade e a força obrigatória passaram por um profundo teste de legitimação nos séculos XIX e XX, seja com a edição de normas tuteladoras de situações sociais específicas, a exemplo de vulneráveis ou hipossuficientes, ou com autorizações legislativas de

⁸ COSTA, J. M. "Crise e modificação da ideia de contrato no Direito brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*, V. 3, São Paulo, jul./set. 1992, pp. 127-154.

⁹ AMARAL NETO, F. dos S. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional", *Revista de Direito Civil*, Vol. 46, São Paulo, 1998, pp. 07-26.

¹⁰ MIRANDA, J. "Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 1, São Paulo, out./dez. 1992, pp. 198-208.

¹¹ PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56, e RIPERT, G. *A regra moral nas obrigações civis*, Bookseller, Campinas, 2009.

¹² A doutrina da teoria da imprevisão foi trazida ao Brasil por Arnaldo Medeiros da Fonseca na obra "Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", publicada na cidade do Rio de Janeiro, pela editora Forense, em 1932. Outras teorias revisionistas surgiram para justificar a revisão contratual, a exemplo do que ocorreu com a teoria da pressuposição de Windscheid, para o qual a vontade manifesta só subsistiria se houvesse um certo estado de relações no futuro; a teoria da superveniência de Giuseppe Osti, onde se distinguia a vontade contratual da vontade de se obrigar; a teoria da base do negócio jurídico de Oertmann onde os contratantes buscam apoiar a eficácia do contrato sobre a base de determinado fato; e a teoria da onerosidade excessiva, prevista no art. 478, do Código Civil. Vide: PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56, e COSTA, J. M. "A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual", *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.

¹³ "Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

revisão dos negócios jurídicos postergados no tempo, diante de eventos externos não considerados no momento da celebração e que tornariam a prestação impossível de cumprir. O dirigismo contratual e a autonomia da vontade formaram uma antinomia presente nos sistemas normativos, porque, a partir do sistema econômico, tentaram encontrar o ponto de equilíbrio entre liberdade e controle¹⁴.

As transformações econômicas e sociais que conduziram a grandes mudanças normativas nas relações contratuais privadas atingiram, de igual forma, o meio rural. A partir da metade do século XIX o Brasil alterou o fluxo migratório com a redução da ocupação dos espaços rurais em substituição ao urbano, com um maior adensamento populacional em grandes metrópoles litorâneas¹⁵.

Com isso, identificada a necessidade de aumento da produção de alimentos, até então dependente da sua importação, a busca pela soberania alimentar se transformou em política pública estatal. Foi assim que entre as décadas de 1970 a 1990 a conjugação de subsídios públicos, desenvolvimento tecnológico, investimento em pesquisa com a criação da EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e o empreendedorismo do produtor rural brasileiro, conduziu a uma das maiores transformações econômicas no campo, com a ressignificação da relação entre setores produtivos industriais e agrários, inaugurando-se uma complexa cadeia agroindustrial, igualmente inserida na balança intervenção estatal *versus* liberdade de contratar¹⁶.

Se por um lado o país experimentou avanços econômicos, de igual modo constatou a evolução das relações jurídicas subjacentes, posto que enquanto no passado as bases contratuais rurais eram relativamente simples, sobre objetos cotidianos e execuções imediatas, no contexto do desenvolvimento alcançado, as relações contratuais atingiram novos patamares. A atividade do agronegócio se deparou com novos arranjos contratuais ou a sofisticação de contratos existentes para reduzir o déficit temporal entre a realidade econômica-social e o Direito.

Isso ocorreu com o contrato de entrega de safra futura, cuja cláusula de *washout* busca sua identidade própria para que, finalmente, se compreenda se deve ou não haver intervenção do Poder Judiciário na sua redução ou exclusão.

2.1. Contrato de compra e venda de safra futura

O contrato de compra e venda que possui por objeto coisa futura não era desconhecido dos operadores do Direito. Apesar de não previsto, especificamente, dentro do capítulo dedicado à compra e venda no Código Civil de 1917, era disciplina entre os denominados contratos aleatórios, entre os arts. 1.118 a 1.121 do revogado diploma civil.

No Código Civil vigente foi disciplinado, especificamente, no capítulo dedicado à compra e venda, no art. 483¹⁷, permitindo que o bem negociado seja de existência atual ou futura. Neste último caso, os contratantes poderão, por disposição expressa, pactuá-lo como sendo comutativo, cujo contrato ficará sem efeito caso o bem não venha a existir, ou aleatório, onde insere-se o elemento risco a fim de manter o pactuado mesmo que a coisa não venha a existir ou o seja em quantidade diversa¹⁸.

Posto isto, a compra e venda de safra futura de soja é um contrato bilateral, porque ambas as partes possuem prestações; oneroso, porque ambas buscam benefício econômico; de execução diferida¹⁹, no qual as partes convencionam que seu objeto será coisa futura (safra); e

¹⁴ LÔBO, P. L. N. "Dirigismo contratual", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas essenciais – Obrigações e Contratos*, v. 3, RT, São Paulo, 2011, pp. 385-406.

¹⁵ EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.

¹⁶ EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.

¹⁷ "Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

¹⁸ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014.

¹⁹ Acolheu-se a classificação de Carlos Roberto Gonçalves para quem os contratos são classificados entre instantâneos, quando a execução é imediata; de execução diferida, quando essa execução ocorrerá no

comutativo ou aleatório, a depender da manifestação de vontade, conforme art. 483, do Código Civil. Se as partes estabelecerem a aleatoriedade, incidirão as disposições relativas aos contratos aleatórios previstas nos arts. 458 a 461, do Código Civil²⁰.

3. Cláusula *washout*: definição e natureza

No meio rural, de igual modo, não era desconhecida a fixação do cumprimento da prestação obrigacional no futuro, com a entrega da produção agrícola. Todavia, os novos fatores relacionados à transformação das sementes em commodities com a fixação do preço em dólar e a comercialização em bolsa de valores, refletiram nas bases econômica e financeira contratual. Assim, por exemplo, um produtor rural que vendeu, em abril de 2020, a saca de 60kg de soja futura no valor de R\$ 87,71, se deparou, na entrega ao comprador, em abril de 2021, com a valorização do dólar a ponto de bem alcançar o valor de R\$ 163,29²¹. Diante disso, o produtor poderia inadimplir seu contrato, pagar o valor correspondente à venda e revendê-la a outro comprador pela cotação mais alta, em razão da valorização cambial.

A fim de evitar o inadimplemento doloso pelo produtor, criou-se a denominada cláusula de *washout*, que sofre de déficit científico-dogmático, apesar do desenvolvimento econômico experimentado pelo agronegócio, tornando-se complexa a tarefa de categorizá-la e identificar sua natureza jurídica.

No aspecto semântico, a palavra *washout* advém do inglês e significa fracasso²². Na perspectiva dos agentes econômicos – produtores, compradores e *tradings* – é considerada como uma operação de mercado no qual o produtor rural se recusa a entregar a soja e renegocia a recompra com seu comprador original, recaindo sobre aquele a diferença do preço entre o valor que vendeu e atualizado pelo mercado. Do ponto de vista normativo, é uma cláusula contratual que obriga o produtor rural a pagar um valor monetário ao adquirente obtido pela diferença entre o valor negociado e aquele cotado no mercado de commodities no momento da entrega, caso não entregue a safra²³. Como cláusula contratual, porém, há divergência sobre sua natureza jurídica.

futuro; ou de trato sucessivo (ou execução continuada), quando a relação impõe prestações autônomas prolongadas no tempo (GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro*, Vol. III, Saraiva, São Paulo, 2004). Essa classificação se assemelha à adotada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery para quem os contratos são de execução imediata, cuja prestação é adimplida imediatamente; de execução diferida, cuja prestação se dará em termo futuro, momento em que a obrigação será extinta; ou poderá ser, ainda, de execução sucessiva (ou trato sucessivo) onde se renova periodicamente com o adimplemento das obrigações contratadas e cumpridas sucessivamente (NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019).

²⁰ "Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assumia, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido. Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato. Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

²¹ Disponível em <https://www.agrolink.com.br/cotacoes/historico/go/soja-em-grao-sc-60kg>. Acesso em 08/04/2022.

²² LONGMAN. *Dictionary of english language and culture Longman, Person Education Limited*, Londres, 2009, p. 1.503.

²³ Conforme discutido em diferentes ambientes: Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/brasil-ve-onda-de/>; <https://www.moneytimes.com.br/washout-da-soja-precos-internos-geram-cancelamento-de-embarques-com-recompra-dos-contratos/>; <https://www.brasilagro.com.br/conteudo/comerciantes-processam-produtores-por-reter-soja-pre-vendida.html>; <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/>

De um lado, vislumbra-se sua categorização sob o manto das indenizações por danos materiais, especificamente a subespécie lucro cessante, assim conceituado como o acréscimo patrimonial não auferido em razão de um ato ilícito praticado, ou seja, um prejuízo indireto gerado por reflexo do dano principal²⁴, no caso, o inadimplemento contratual. José de Aguiar Dias assim explica o lucro cessante:

O prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica reparação. Em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzam em relação ao fato futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. (...) Constituiu já um *lucrum cessans* o prejuízo que para o credor deriva da demora culposa do cumprimento da obrigação, quando a inexistência do objeto da prestação devida no seu patrimônio o prive de determinados lucros²⁵.

Rui Stoco ressalta que se trata da frustração de ganho reflexo e futuro:

Lucro cessante, portanto, constitui a expressão usada para distinguir os lucros de que fomos privados, e que deveria vir ao nosso patrimônio, mas que não vieram em virtude de impedimento, ou seja, de fato ou ato acontecido independente de nossa vontade (ou contra nossa vontade). São, assim, os ganhos que eram certos ou próprios de nosso direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem²⁶.

Constata-se, assim, que no lucro cessante há a interrupção de uma cadeia causal, na qual o fato seguinte (lucro) deixa de ocorrer por causa de um fato anterior, que pode ser um ilícito contratual ou extracontratual. O ganho ou vantagem esperada não ocorre porque houve a prática de um ato ilícito, no caso, o inadimplemento contratual²⁷. Atua como indenização pela perda do ganho esperado ou da frustração de expectativa de lucro futuro, tendo como causa direta e imediata, neste caso, o descumprimento do contrato pelo produtor rural²⁸ (art. 402, do Código Civil)²⁹. A título ilustrativo, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, do Ministério da Economia, conferiu essa natureza para inseri-la na base de cálculo da COFINS³⁰.

Por outro lado, no direito obrigacional reservam-se às cláusulas penais a função sancionatória, de pena convencional, ou compensatória pelos prejuízos causados quando ocorre o descumprimento da prestação. Isso porque “quanto maiores as instabilidades de uma economia, e mais fortes as crises que assolam os povos, ou menos evoluída a consciência moral das pessoas, geralmente mais cresce a inadimplência das obrigações, ensejando mecanismos de defesa e proteção dos direitos e créditos”³¹.

Nesse contexto, a cláusula penal se transformou numa das principais respostas do sistema de responsabilidade contratual para o problema da inexecução contratual, ao ofertar

Agricultura/Milho/noticia/2021/07/brasil-ve-onda-de-washouts-em-contratos-de-milho-e-exportacoes-ficam-ameacadas.html Acesso em 14/08/2021.

²⁴ MAGGI, B. O. “Nova proposta de classificação do dano no direito civil”, *Revista de Direito Privado*, Vol. 32, São Paulo, set. 2007, pp. 32-54.

²⁵ DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*, 11ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 977.

²⁶ STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*, Tomo II, 9ª edição, RT, São Paulo, 2013, p. 435.

²⁷ MEDINA, J. M. G. *Código Civil comentado*, Thomson Reuters, São Paulo, 2020.

²⁸ CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2009.

²⁹ “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁰ Processo Administrativo nº 10675.721146/2017-60. Acórdão nº 3401-008.979. Sessão de 28/04/2021. Disponível em https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2021/06/Decisao_1_0675721146201760.pdf. Acesso em 14/08/2021.

³¹ RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006, p. 187, p. 535.

aos contratantes uma cláusula acessória e integrante do negócio jurídico com duplo papel, punir o contratante que incorreu em mora (cláusula punitiva)³² ou fixar previamente as perdas e danos (cláusula penal compensatória)³³. Limongi França, por sua vez, apresenta tripla função às cláusulas penais:

Ponderamos que a sua natureza apresenta uma tríplice feição, correspondente às três funções que ordinariamente, e de modo simultâneo, exerce em relação aos atos jurídicos a que é adjecta. Não constitui apenas reforço da obrigação, nem somente pré-avaliação dos danos, ainda que excepcionalmente, tão só uma pena. Reveste-se conjuntamente dessas três feições. É reforço, porque efetivamente assume carácter de garantia da obrigação principal. É pré-avaliação dos danos porque o seu pagamento é compulsório, independentemente de prova do prejuízo da inexecução ou da execução inadequada. E ainda mesmo que não haja prejuízo, o pagamento não deixa de ser devido. E, finalmente, é pena, na acepção lata do termo (mas nem por isso menos técnica), porque significa uma punição, infligida àquele que transgride a ordem contratual e, via de consequência, a própria ordem jurídica³⁴.

Ao se confrontar os dois institutos, constata-se que a cláusula *washout* é uma cláusula penal e não uma indenização por lucros cessantes. Isso porque, os lucros cessantes se referem a uma indenização que substituirá um acréscimo patrimonial que não será incorporado no futuro, porque a prestação principal não foi cumprida. Esta perda do ganho esperado deve ser reflexo do inadimplemento, e não a mora da prestação do produtor rural em si mesma considerada, qual seja, a não entrega da safra. Quando o produtor rural se recusa a cumprir sua prestação (entregar a soja), com inadimplemento doloso, há perda patrimonial do comprador que não recebeu a própria prestação devida, embora tenha cumprida a sua, não havendo, de imediato, preocupação sobre uma outra situação patrimonial futura, apenas reflexa ou indireta, abarcada pelo lucro cessante. Contudo, isso não obsta que o adquirente da safra busque a satisfação da obrigação, com tutela específica, e, ao mesmo tempo, perdas e danos, dentre os quais se incluem os lucros cessantes, conforme autorizado o art. 389, do Código Civil³⁵.

No contrato de entrega de safra, a cláusula penal se transforma no meio de que se utilizam as partes para punir o produtor rural por descumprir sua prestação, podendo ser fixada como moratória, onde o comprador da safra exige a multa e a prestação principal (entrega da soja); ou compensatória, quando o adquirente dispensa a obrigação principal e recebe apenas a multa, que servirá como perdas e danos³⁶. Em ambas as hipóteses é acessória à obrigação principal. Ela não guarda nenhuma relação de semelhança com os lucros cessantes, porque são ontológica e funcionalmente distintas. Enquanto os lucros cessantes se preocupam com os reflexos futuros na esfera patrimonial do adquirente, a cláusula penal é presente e integrante da prestação principal, no caso, a entrega da safra.

Portanto, a funcionalidade da cláusula *washout* é punir o produtor rural porque não cumpriu com a prestação avençada na compra e venda, qual seja, entregar a soja em data futura, razão pela qual possui natureza jurídica de cláusula penal obrigacional, cujo tratamento normativo encontra-se entre os arts. 408 a 416, do Código Civil.

³² MONTEIRO, W. B., *Curso de Direito Civil*, v. 4, 27ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994, pg. 196.

³³ GOMES, O. *Obrigações*, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999, pg. 159. NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

³⁴ FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*, Saraiva, São Paulo, 1988, p. 157.

³⁵ "Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁶ AZEVEDO, A. V. "Inexecução culposa e cláusula penal compensatória", *Revista dos Tribunais*, Vol. 791, São Paulo, set. 2001, pp. 121-132.

3.1. Contratos aleatórios e o preço em dólar: uma confusa relação

Na interpretação dos contratos, convive-se com as teorias da vontade e da declaração, onde, por aquela, busca-se investigar a vontade real das pessoas, independentemente da declaração, enquanto para esta predomina a exteriorização do querer, não como se constituiu no mundo psicofísico do agente, mas como é conhecida no mundo psicossocial em que se manifestou³⁷. Sendo assim, o Código Civil acolheu a teoria da vontade, devendo o contrato ser interpretado no seu contexto, analisando-se seu objeto, razão pela qual é fundamental a correta categorização do contrato de safra futura para compreender se será afligido pela cotação do dólar³⁸.

O contrato de entrega futura de soja não era desconhecido do operador do Direito, mas somente recentemente estes contratos se depararam com conjecturas futuras e incertas, capazes de causar profundas mudanças nas prestações dos contratantes, em razão de novos riscos decorrentes de uma sociedade globalizada³⁹. Aspectos relacionados a escassez de fertilizantes, crises hídricas, mudanças climáticas, cotação em bolsa de valores, tarifas alfandegárias, acordos internacionais, políticas externas e subsídios agrícolas passaram a atuar diretamente nos contratos, com consequências benéficas ou detrimntosas para os envolvidos.

Todas as relações contratuais trazem na sua essência o elemento sorte, porque poderão ser atingidas por fatores externos e estranhos, não pactuados, que poderão alterar ou inviabilizar a execução do que foi avençado⁴⁰. A título exemplificativo, isso ocorreu com contratos de prestação de serviço na área turística com o advento da pandemia da Covid-19 que tornou impossível a execução dos negócios.

A conhecida classificação do contrato entre comutativo ou aleatório se relaciona à existência ou extensão da prestação de um dos contratantes no momento da celebração do negócio, desde que de forma expressa. Em linhas gerais, se todas as prestações forem certas, será comutativo; porém, se uma delas for incerta, será aleatório⁴¹. A doutrina explica que o "o contrato é aleatório quando se sabe, de antemão, que um só dos contratantes tende a ter vantagem; o outro corre o risco de perder"⁴²; nesta espécie, há expectativa da ocorrência ou não de um acontecimento incerto, e "o que importa é que ele não seja conhecido das partes no momento da realização do contrato"⁴³; ou ainda, "nos contratos aleatórios ao menos uma das prestações é incerta quanto à exigibilidade da coisa ou do fato, ou mesmo do seu valor, demandando um evento futuro e incerto que dependerá do acaso"⁴⁴. Caio Mário explica a relação entre risco e aleatoriedade:

Se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se contudo dizer que no contrato aleatório este é da sua essência, pois que o ganho ou a perda consequente está na dependência de uma acontecimento incerto para ambos os contratantes. O risco de perder ou de ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação. A álea pode versar sobre a existência da coisa, ou sobre a sua quantidade. Quando um dos contratantes toma a si

³⁷ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

³⁸ "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

³⁹ Para a compreensão desse fenômeno vide BECK, U. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.

⁴⁰ GOMES, O. *Contratos*, Forense, Rio de Janeiro, 1996, pg. 75.

⁴¹ Etimologicamente aleatório advém do latim *aleatorius*, ou seja, um adjetivo que significa que depende do acaso ou de acontecimento incerto. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/aleat%C3%B3rio/>. Acesso em 15/08/2021.

⁴² COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*, Vol. 3, São Paulo, RT, 2020.

⁴³ TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014, p. 90.

⁴⁴ PELUSO, C. coord. *Código Civil Comentado*, 7ª edição, Manole, Barueri, 2013, p. 510.

o risco em torno da própria existência da prestação, o preço ajustado é devido, por inteiro, ainda que dela nada venha a produzir-se⁴⁵.

A sorte ou azar, considerados como fenômenos sociais, não transformam os negócios jurídicos em aleatórios, porque o risco da existência ou não da coisa – ou sua quantidade – devem ser expressamente assumidos, sob pena de perda de utilidade econômica-social de toda e qualquer relação contratual. A incerteza, que se projeta sobre fato futuro, integra a obrigação por expressa e clara manifestação de vontade:

Nos contratos aleatórios, a prestação de uma ou de ambas as partes apresenta-se incerta ou improvável quanto à sua quantidade ou extensão, porque fica na dependência de um fato futuro e imprevisível. Daí decorre como natural uma perda ou um lucro para uma das partes. O próprio sentido da palavra conduz à incerteza, porquanto proveniente de *alea*, que significa sorte, perigo, azar, decorrendo a incerteza para uma ou ambas as partes na reciprocidade de prestações e contraprestações. Há a imprevisibilidade de um acontecimento futuro, podendo trazer ganho ou perda. Constitui elemento caracterizador, pois, a incerteza do resultado⁴⁶.

Os pactos aleatórios poderão ter como objeto a coisa certa, mas duvidosa se e quando ocorrerá (ex.: contrato de seguro); a coisa futura, sujeita a não aparecer (ex.: compra e venda de safra futura); e coisa existente, mas exposta a risco (ex.: compra e venda de bem litigioso). O contrato aleatório é formado com dúvida e incerteza da ocorrência do fato previsto contratualmente, na perspectiva de qualquer um dos contratantes⁴⁷. A título de exemplo, no contrato de seguro o segurado possui prestação certa (prêmio), enquanto a seguradora não possui certeza da sua prestação (indenização), que está sob a condição de que ocorra um sinistro.

Essa delimitação dogmática foi estampada no Código Civil, que dedicou a Seção VII (Contratos Aleatórios), do Capítulo I (Disposições Gerais), do Título V (Dos contratos em Geral), entre os arts. 458 a 461, a disciplinar os contratos aleatórios. Assim, o art. 458 dispõe que o contrato aleatório diz respeito a coisas e fatos futuros que podem vir a não ocorrer; o art. 459 dispõe sobre objeto futuro, estabelecendo a responsabilidade pela não existência da coisa e a concorrência com culpa; o art. 460 trata de coisas existentes expostas a riscos, ou seja, cujo contrato tem por objeto um bem que poderá vir a não existir mais; e o art. 461 trata da responsabilidade no caso antecedente, caso haja dolo pela parte na perda da coisa.

Especificamente para o contrato de compra e venda, houve previsão especial da álea para esta espécie contratual no art. 483, do Código Civil, que estabelece que pactuada a entrega de coisa futura, o contrato ficará sem efeito se ela não vier a existir, salvo se as partes convencionaram se tratar de contrato aleatório. Constata-se, com isso, que o elemento sorte se restringe à prestação do vendedor, e não do comprador. A partir dessa delimitação normativa, os contratos de entrega de safra futura poderão ou não ser celebrados com natureza aleatória, em razão da assunção da incerteza da prestação do produtor rural (vendedor) em entregar a soja (coisa), e não por causa da oscilação do dólar ocorrida após a fixação do preço a ser pago pelo comprador. Assim, por exemplo, poderão as partes pactuarem a aquisição de uma safra inserindo cláusula de que o preço será devido, pelo comprador, independentemente se houver ou não colheita pelo vendedor-produtor. Poderão, ainda, estabelecer que só será devido o preço caso haja colheita, ainda que em quantidade diversa da prevista⁴⁸. Judith Martins Costa explica que o evento futuro deve integrar o contrato:

⁴⁵ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 69.

⁴⁶ RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006, p. 187.

⁴⁷ BORGES, N. "A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios", em TEPELINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos*, RT, São Paulo, 2020.

⁴⁸ SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Caracterizar o contrato aleatório está algo mais do que a mera existência de um evento incerto a impedir que se determine o saldo final das vantagens e ônus patrimoniais entre os contratantes: a álea típica dos contratos aleatórios encerra um evento fruto do acaso que, por escolha das partes, passa a integrar a economia do contrato, assumindo força constitutiva e conformando decisivamente a equação contratual. Por isso é que se pode detectar mesmo nos contratos aleatórios qual é a sua "álea normal" ou "típica", pois a álea pode variar de extensão, havendo contratos aleatórios com álea normal limitada e contratos com álea normal ilimitada, o crivo residindo no fato de a indeterminação residir na sua função ou causa final⁴⁹.

Compreende-se, com isso, que a natureza aleatória no contrato de compra e venda se coloca no plano da prestação do vendedor, no caso, o produtor rural, vez que a prestação de pagar quantia certa pelo comprador da soja é definida e conhecida no momento da pactuação, havendo comutatividade na obrigação, porque os contratantes fixaram o preço antes da tradição, tanto assim que a denominação dessa prestação traz, no seu bojo, a expressão 'certa', conforme art. 481, do Código Civil, não havendo dúvida ou incerteza sobre a existência da prestação (dinheiro) e sua quantidade (valor)⁵⁰.

Os fatores econômicos, sociais e ambientais, que são capazes de interferir na entrega da soja pelo produtor rural, com o risco de existência ou não do bem, não guardam nenhuma relação com a prestação do comprador em pagar a quantia certa, mesmo que vinculada ao dólar e relacionada à base financeira do contrato. Não se confunde álea (sorte) vinculada à entrega futura da soja, portanto, integrante do negócio jurídico, com situações fáticas externas ao contrato que, aparentemente, interferem em seu aspecto econômico mas que, em verdade, consistem em fenômenos indiferentes ao negócio jurídico.

A fixação do preço da saca de soja em dólar, pela cotação no momento da celebração do contrato, não converte esta obrigação em aleatória, ainda que o dólar oscile para cima no futuro, no momento da tradição. Isso porque a sorte da prestação é sob a perspectiva da existência ou não do bem que será entregue pelo vendedor. O distúrbio mercadológico da valorização do dólar se coloca em outro plano, completamente fora do negócio jurídico entabulado, não se tratando, portanto, de um problema ou uma questão endógena do contrato. A título exemplificativo, é como se numa compra e venda de um imóvel residencial o vendedor recebesse o preço na assinatura do contrato, mas exigisse, quando da entrega futura, uma complementação monetária porque no interregno temporal entre a vontade manifestada e a escrituração do imóvel o bem se valorizou por qualquer motivo.

Portanto, no contrato de entrega de safra futura de soja, cujo preço foi pactuado a termo, qual seja, em determinado momento temporal, assume feição comutativa na perspectiva da prestação financeira, a cargo do comprador. A valorização futura do dólar não tem o condão de alterar as bases econômicas e financeiras contratuais, porque a prestação do comprador foi estabelecida na celebração do negócio, devendo incidir a cláusula de *washout* para punir o produtor rural que dolosamente inadimplir o negócio.

Sendo assim, o esforço hermenêutico empregado pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar que a oscilação do preço do dólar, nesses casos, seria um risco externo, porém previsível e inerente ao contrato, torna-se desnecessário, posto que não transmuda o contrato comutativo em aleatório⁵¹. A título exemplificativo, nos Recursos Especiais nºs 936.741 e

⁴⁹ COSTA, J. M. "Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de Direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, V. 55, São Paulo, jan./mar. 2012, pp. 321-381.

⁵⁰ "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

⁵¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 775.124/GO*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 18/06/2010; BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.689.225/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em

849.228 a Corte reforçou os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória, e rechaçou a intervenção estatal sobre o contrato. O relator, ministro Antônio Carlos Ferreira, afirmou que “a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis”.

Ocorre que, conforme demonstrado, a fixação do preço em dólar não transforma o negócio jurídico de entrega de safra futura em uma espécie de contrato aleatório, mantendo-se a comutatividade da prestação, sem que o fato externo (valorização cambial) interfira no negócio entabulado.

3.2. Liberdade econômica e autonomia privada

Nos contratos de entrega de safra futura a cláusula de *washout* se apresenta válida, sem elementos que justifiquem sua revisão, porque inserida no contexto de liberdade constitucional e proteção Estatal da autonomia da vontade privada, assim conceituada:

O conceito de liberdade de contratar abrange os poderes de auto-regência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade. Manifesta-se, por conseguinte, sob tríplice aspecto: a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato⁵².

Apesar da reflexão doutrinária segunda a qual há outros planos de compreensão dos negócios jurídicos, especialmente no aspecto de justiça em matéria contratual, que justificariam a mitigação do princípio da autonomia da vontade como posta no liberalismo para agregar comutatividade ou equivalência de prestação⁵³, a liberdade de iniciativa econômica, no processo histórico constitucional, se confirmou no art. 170, caput, da Constituição Federal⁵⁴.

Não há dúvidas de que essa concepção liberal sofreu abruptas mudanças ao longo da história em razão dos contratos de massa e da standardização das relações⁵⁵. Na linha temporal, o Direito ofereceu desde proteção às liberdades individuais, passando pela comutatividade contratual, até a previsibilidade nas relações sociais, tendo por valor de igual envergadura a segurança jurídica⁵⁶. Mas as teorias revisionistas e os dirigismos contratuais pressuporiam desequilíbrio contratual, com proteção do vulnerável ou do hipossuficiente⁵⁷, o que, aparentemente, não ocorre, porque o produtor rural, nessa situação, não encontra-se tutelado pelo Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964).

Diante das perspectivas de revisões contratuais, promovidas pela legislação, foi editada a Lei nº 13.874/2019 – conhecida por Lei da Liberdade Econômica – que inseriu no Código Civil o art. 421-A⁵⁸, numa tentativa de pavimentar o liberalismo clássico, alheio a dirigismo

21/05/2019, DJe 29/05/2019. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no REsp 1.518.605/MT, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016.

⁵² GOMES, O. *Contratos*, 17ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996, p. 22.

⁵³ COSTA, J. M. “A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual”, *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.

⁵⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado Federal, Centro Gráfico, Brasília, DF, 1988).

⁵⁵ GRAU, E. R. “Um novo paradigma dos contratos?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 96, jan. 2001, pp. 423-433.

⁵⁶ ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*, Malheiros, São Paulo, 2019.

⁵⁷ NEVES, K. P. “Intervenção judicial nos contratos”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Vol. 64, abr./jun. 2014, pp. 249-280.

⁵⁸ “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer

contratual⁵⁹. O novel art. 421-A estabeleceu que presumem-se paritários e simétricos os contratos civis e empresariais, até que se comprovem a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes de leis especiais, a exemplo do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/1964 e Decreto nº 59.566/1966) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Determinou, ainda, que as partes poderão estabelecer parâmetros para interpretação das cláusulas; que os riscos definidos devem ser respeitados e observados; e a revisão somente ocorrerá de forma excepcional e limitada.

A adequação normativa do contrato de entrega de safra futura de soja ao estabelecido no art. 421-A, do Código Civil, acima mencionado, perpassa por identificar o modelo que lhe serve de suporte ideológico, pois cada ordenação econômica exprime um respectivo sistema normativo que lhe dá suporte. A aplicabilidade da norma que encerra o princípio da liberdade de contratar como regra e, por consequência, sua intangibilidade, envolve perceber que, apesar de ainda não especificamente categorizado, o negócio que envolve agentes que celebram contratos de entrega de safra futura com fixação do preço em dólar, externaliza, em princípio, uma atividade empresarial, porque economicamente organizada para a produção de bens, de forma profissionalizada e com fim econômico, aproximando-o ao Direito Empresarial⁶⁰.

Mas deve-se compreender que essa nova construção normativa, reforço da liberdade de contratar tutelada constitucionalmente, veio ao encontro do fenômeno orgânico ocorrido no agronegócio brasileiro, marcado por relações contratuais globalizadas, com mercados mundiais integrados, comercialização em bolsa de valores e participação de *tradings company*. Não foram apenas os novos contratos que espelharam essa realidade, suas cláusulas tornaram-se igualmente intrincadas.

Neste contexto normativo, o inciso II, do art. 421-A, do Código Civil, estabeleceu a intangibilidade do contrato quando as partes inserirem riscos definidos, evidenciando, em princípio, ser de grande utilidade para proteger o contrato de entrega futura contra a valorização do dólar ocorrida entre a assinatura do negócio e a tradição da safra. Por essa novel previsão, fatores exógenos à relação contratual – a exemplo da oscilação do dólar – que são capazes de mudar as suas bases econômicas, poderão ser repelidos pelos contratantes, sem a aplicação das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva ou da base objetiva do negócio jurídico, devendo-se respeitar e observar a vontade manifestada.

Todavia, a má compreensão entre risco, álea, safra futura e oscilação cambial conduz o intérprete a invocar o dispositivo acima e, equivocadamente, a *contrario sensu*, interpretá-lo no sentido de que se as partes não previram, expressamente, a valorização do dólar, estará o produtor rural autorizado a buscar essa complementação monetária. Ocorre que no contrato de safra futura, cuja prestação do comprador foi definida de imediato, com o pagamento do preço na assinatura do contrato, a valorização da moeda estadunidense é fato alheio e externo à relação contratual, não beneficiando nem prejudicando ninguém, porque, na perspectiva deste contrato, é um fato não jurídico.

Portanto, os contratos de safra futura, com fixação do preço em dólar, no contexto do agronegócio, são contratos empresariais, abrangidos pelo art. 421-A, do Código Civil, com presunção de paridade e simetria, sem autorização legal para que ocorra a revisão judicial, posto

parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada" (BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002).

⁵⁹ FERNANDES, M. B. B. "Impactos da Lei nº 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco", *Revista dos Tribunais*, V. 1.010, São Paulo, dez. 2019, pp. 149-179.

⁶⁰ Diante dessa complexidade e de uma relativa autonomia científica, aderimos, parcialmente, à posição do professor Renato Buranello que defende que o Direito do Agronegócio integra um subsistema do Direito Comercial (BURANELLO, R. "Direito do Agronegócio como subsistema do Direito Comercial", *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*, Vol. 1, São Paulo, jan./jun. 2019, pp. 63-76), excepcionadas as situações tuteladas pelo Estatuto da Terra e seu Regulamento (Lei nº 4.504/1964 e Decreto nº 59.566/1966). Discordamos da posição doutrinária que defende o Direito do Agronegócio como ramo autônomo, vide: ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A. "Direito do agronegócio: os elementos para o surgimento de um ramo jurídico independente", em ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A.; PLACHA, G. orgs. *O Direito no Agronegócio Globalizado*, Thoth, Londrina, 2021.

que fundados na autonomia da vontade, sendo desnecessária a inserção de cláusula contratual para eximir as partes de responsabilidade pela valorização cambial do dólar.

4. Conclusão

O Direito contratual brasileiro sofreu profunda transformação em relação à atividade do agronegócio, especialmente a partir da década de 1990, quando os contratos rurais se depararam com uma expansão econômica-tecnológica. A adequação temporal entre esta atividade econômica, que passou a ocupar importante papel no produto interno bruto brasileiro, e as relações contratuais subjacentes ocorre de forma lenta e gradativa, tendo que se adequar às suas complexidades, que perpassam pela comercialização em bolsa de valores, fixação do preço em moeda estrangeira e a imposição de tarifas alfandegárias, por exemplo.

Os contratos de entrega de safra futura, no meio rural, são disciplinados pelo art. 483, do Código Civil, que autoriza, desde que haja expressa manifestação de vontade, a inserção do elemento risco do bem vir ou não a existir, sem que se retire a prestação do comprador. Com isso, transmuda-se o contrato de comutativo, onde as prestações estão definidas, para aleatório, onde uma das prestações é incerta ou indefinida.

A partir do momento em que a soja passou a ser comercializada na bolsa de mercadorias e futuro, com fixação do seu preço em dólar, identificou-se que em algumas épocas o preço pago pelo comprador, no momento da celebração, era inferior àquele obtido no momento da entrega pelo produtor. Esse déficit econômico, com valorização do bem, conduziu o mercado a fixar uma cláusula contratual para evitar o inadimplemento doloso pelo produtor rural.

Dessa forma, a cláusula de *washout* se transformou num elemento integrante da obrigação decorrente da compra e venda futura, tendo por objetivo evitar a mora contratual pelo produtor rural, assumindo a natureza de cláusula penal e não lucro cessantes. Isso porque, os lucros cessantes indenizam o contratante vez que ele deixou de auferir vantagem patrimonial futura em razão do ilícito contratual, o que não é o caso; enquanto a cláusula penal atua como acessória à obrigação principal para punir e/ou compensar o adquirente que não recebeu a prestação devida pelo produtor rural. Sendo assim, diante do risco de inadimplemento pelo produtor rural, o mercado forjou a cláusula *washout* para impor ao vendedor uma multa no correspondente à diferença entre o valor da safra contratada e sua cotação na entrega.

Conforme acima dito, os contratos de entrega de safra futura podem ser compreendidos como espécies de contratos aleatórios, desde que a sorte esteja relacionado à existência ou não da safra a ser colhida pelo produtor rural, conforme art. 483, do Código Civil, e esse risco tenha sido assumido expressamente pelos contratantes. Sendo assim, na perspectiva da prestação do adquirente da safra, que paga o preço correspondente, não há natureza aleatória, cuidando-se de evidente prestação comutativa. Ainda que o valor da soja oscile para cima, em razão da valorização do dólar, essa mudança cambial é fato externo à relação contratual, que não é capaz de interferir ou alterar as bases econômicas e financeiras do negócio jurídico. Portanto, a prestação do adquirente da soja não pode ser alterada pela mera valorização do dólar no momento da entrega, cuidando-se de fato exógeno ao contrato.

Havendo previsão da cláusula de *washout*, as partes estarão protegidas pelo princípio da autonomia da vontade, reforçada pelo art. 421-A, do Código Civil, que reafirmou o compromisso do direito civil com o liberalismo clássico e se afastou do dirigismo contratual, excepcionando-se a aplicação de leis especiais, o que não ocorre no caso. Assim, há presunção de paridade e simetria entre os contratos civis e empresariais, dentre os quais inserem-se os contratos do agronegócio quando há relações contratuais globalizadas.

Portanto, não se pode tutelar, com dirigismo contratual, a cláusula *washout*, posto que colocada numa relação privada empresarial presumidamente paritária, inserida no mercado internacional, com preços fixados em bolsa de valores e cuja oscilação do dólar não interfere no negócio pactuado. A inserção do agronegócio numa cadeia global, os limites legais sobre dirigismo contratual e os riscos assumidos validam a cláusula *washout*.

REFERÊNCIAS

- AMARAL NETO, F. dos S. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica – perspectivas estrutural e funcional", *Revista de Direito Civil*, Vol. 46, São Paulo, 1998, pp. 07-26.
- ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A. "Direito do agronegócio: os elementos para o surgimento de um ramo jurídico independente", em ARAÚJO FILHO, C.; PARRA, R. A.; PLACHA, G. orgs. *O Direito no Agronegócio Globalizado*, Thoth, Londrina, 2021.
- ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*, Malheiros, São Paulo, 2019.
- AZEVEDO, A. V. "Inexecução culposa e cláusula penal compensatória", *Revista dos Tribunais*, Vol. 791, São Paulo, set. 2001, pp. 121-132.
- BECK, U. *Sociedade de risco – rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.
- BORGES, N. "A teoria da imprevisão e os contratos aleatórios", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas Essenciais – Obrigações e Contratos*, RT, São Paulo, 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Senado Federal, Centro Gráfico, Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002, Código Civil*, Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 2002.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 775.124/GO*, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 18/06/2010.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.689.225/SP*, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 29/05/2019.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.518.605/MT*, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 12/04/2016.
- BURANELLO, R. "Direito do Agronegócio como subsistema do Direito Comercial", *Revista Brasileira de Direito do Agronegócio*, Vol. 1, São Paulo, jan./jun. 2019, pp. 63-76.
- CAVALIERI FILHO, S. *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros, São Paulo, 2009.
- COELHO, F. U. *Curso de Direito Civil*, Vol. 3, São Paulo, RT, 2020.
- COSTA, J. M. "Crise e modificação da ideia de contrato no Direito brasileiro". *Revista de Direito do Consumidor*, V. 3, São Paulo, jul./set. 1992, pp. 127-154.
- COSTA, J. M. "Contratos de derivativos cambiais. Contratos aleatórios. Abuso de Direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva. Dever de informar e ônus de se informar. Teoria da imprevisão. Excessiva onerosidade superveniente", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, V. 55, São Paulo, jan./mar. 2012, pp. 321-381.
- COSTA, J. M. "A cláusula de *hardship* e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração", *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, V. 25, abr./jun. 2010, pp. 11-39.
- COSTA, J. M. "A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual", *Revista dos Tribunais*, V. 670, São Paulo, ago. 1991, pp. 41-48.
- DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*, 11ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- EMBRAPA. *VISÃO 2030: o futuro da agricultura brasileira*, Embrapa, Brasília, DF, 2018.
- FERNANDES, M. B. B. "Impactos da Lei nº 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco", *Revista dos Tribunais*, V. 1.010, São Paulo, dez. 2019, pp. 149-179.
- FONSECA, A. M. da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, Forense, Rio de Janeiro, 1932.
- FRANÇA, R. L. *Teoria e prática da cláusula penal*, Saraiva, São Paulo, 1988.
- GOMES, O. *Contratos*, 17ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- GOMES, O. *Obrigações*, 12ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- GONÇALVES, C. R. *Direito Civil brasileiro*, Vol. III, Saraiva, São Paulo, 2004.
- GRAU, E. R. "Um novo paradigma dos contratos?", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 96, jan. 2001, pp. 423-433.
- HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. "O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro", em HIRONAKA, G. M. F. N.; TARTUCE, F. coords. *Direito contratual – temas atuais*, Método, São Paulo, 2008.
- LÔBO, P. L. N. "Dirigismo contratual", em TEPEDINO, G.; FACHIN, L. E. orgs. *Doutrinas essenciais – Obrigações e Contratos*, v. 3, RT, São Paulo, 2011, pp. 385-406.
- LONGMAN. *Dictionary of english language and culture Longman*, Person Education Limited, Londres, 2009.

- MAGGI, B. O. "Nova proposta de classificação do dano no direito civil", *Revista de Direito Privado*, Vol. 32, São Paulo, set. 2007, pp. 32-54.
- MEDINA, J. M. G. *Código Civil comentado*, Thomson Reuters, São Paulo, 2020.
- MIRANDA, J. "Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Vol. 1, São Paulo, out./dez. 1992, pp. 198-208.
- MONTEIRO, W. B., *Curso de Direito Civil*, v. 4, 27ª edição, Saraiva, São Paulo, 1994.
- NERY, R. M. de A.; NERY JÚNIOR, N. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 2, Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.
- NEVES, K. P. "Intervenção judicial nos contratos". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, Vol. 64, abr./jun. 2014, pp. 249-280.
- PASSOS, P. R. da S. "Cláusula *rebus sic stantibus* – teoria da imprevisão", *Revista dos Tribunais*, Vol. 647, São Paulo, set. 1989, pp. 48-56.
- PELUSO, C. coord. *Código Civil Comentado*, 7ª edição, Manole, Barueri, 2013.
- RIPERT, G. *A regra moral nas obrigações civis*, Bookseller, Campinas, 2009.
- RIZZARDO, A. *Direito das obrigações*, 2ª edição, Forense, São Paulo, 2006.
- RIZZARDO, A. *Contratos*, 6ª edição, Forense, São Paulo, 2006.
- SILVA, C. M. P. *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Forense, Rio de Janeiro, 2004.
- TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; MORAES, M. C. B. de. *Código Civil Interpretado*, Vol. II, Renovar, Rio de Janeiro, 2014.
- STOCO, R. *Tratado de responsabilidade civil*, Tomo II, 9ª edição, RT, São Paulo, 2013.

A relevância das convenções para evitar a dupla tributação internacional e dos acordos de troca de informações em matéria fiscal

Relevance of international double taxation conventions and tax information exchange agreements

Marco Rodrigues¹

Patrícia Anjos Azevedo²

Escola Superior de Tecnologia e Gestão/Politécnico do Porto

Sumário: 1. Introdução: generalidades e relevância do tema no contexto das relações entre os Estados. 2. As convenções sobre troca de informações em matéria fiscal. 2.1. Breve enquadramento. 2.2. O papel da OCDE e de outras organizações internacionais nesta matéria. 2.3. A Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa na sua relação com entidades semelhantes de outros Estados a assistência mútua administrativa na recolha de impostos. 3. As convenções para evitar a dupla tributação. 3.1. Breve resenha. 3.2. O papel da OCDE no âmbito das convenções para evitar a dupla tributação. 3.3. A Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa, na sua relação com entidades semelhantes de outros Estados. 3.4. As convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal até à data. 4. Conclusões. Referências.

Resumo: O Direito Fiscal internacional visa lutar contra a fraude e evasão fiscais, procurando-se prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, já que determinada situação jurídico-fiscal internacional, em face dos elementos de conexão adotados pelos vários Estados, poderá desencadear pretensões fiscais em mais do que um Estado, pela aplicação de normas fiscais internas que, ora tributam os respetivos residentes pelos rendimentos obtidos em qualquer parte do mundo (critério da residência), ora tributam os rendimentos obtidos na respetiva jurisdição, independentemente da residência fiscal do contribuinte (critério da fonte). Diversos Estados tributam desta forma, cumulando o critério da residência do contribuinte com o critério da fonte. Nestas circunstâncias, encontrar-nos-emos perante um conflito positivo de dupla (ou múltipla) tributação internacional, que terá de ser solucionado com aplicação de normas jurídico-fiscais específicas, como por exemplo as convenções para evitar a dupla tributação. Todavia, este problema não se reconduz apenas à necessidade da celebração de acordos/convenções entre os Estados, que pretendam evitar a dupla tributação, levando à necessidade de colocar as diferentes jurisdições em “diálogo” sobre os rendimentos obtidos ou outros factos sujeitos a tributação ocorridos nuns e noutros Estados. Destarte, surge a problemática das convenções sobre troca de informações em matéria fiscal.

¹ Licenciado em Solicitadoria pela Escola Superior de Tecnologia e Gestão do P. Porto, Portugal; Mestrando em Solicitadoria pela mesma instituição de ensino, mrodrigues998@hotmail.com.

² Professora Adjunta do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola Superior de Tecnologia e Gestão do P. Porto. Licenciada, Mestre (com a menção: Ciências Jurídico-Económicas) e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, pamv@estg.ipp.pt.

Palavras-chave: convenções; dupla tributação; troca de informações; Direito fiscal internacional.

Abstract: International Tax Law aims to fight against tax fraud and evasion, seeking to prevent, mitigate or eliminate international double taxation, since a certain international legal-tax situation, by connecting elements adopted by the various States, may trigger tax claims at more than one State, through the application of internal tax rules that either tax their residents for income obtained anywhere in the world (residence criterion), or tax the income obtained in their jurisdiction, regardless of the taxpayer's tax residence (source criterion). Several States tax this way, cumulating the criterion of the taxpayer's residence with the criterion of the source. In these circumstances, we will be faced with a positive conflict of international double (or multiple) taxation, which will have to be resolved by applying specific legal and tax rules, such as conventions to avoid double taxation. However, this problem is not only related to the need to conclude agreements/conventions between States, which aim to avoid double taxation, leading to the need to place the different jurisdictions in "dialogue" about the income obtained or other facts subject to taxation that have occurred at some states. Thus, the issue of conventions on the exchange of information in tax matters arises.

Keywords: conventions; double taxation; information exchange; International tax law.

1. Introdução: generalidades e relevância do tema no contexto das relações entre os Estados

Os factos jurídico-fiscais podem encontrar-se em conexão com mais do que um ordenamento jurídico. É o que sucede, por exemplo, no caso de uma sociedade comercial com sede em Portugal, mas que obtém rendimentos em Portugal e em França.

Tal sociedade comercial, por força do art.º 4.º, n.º 1 do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), será tributada em sede de IRC pelos rendimentos obtidos em Portugal e pelos rendimentos obtidos em França, uma vez que, tratando-se de uma pessoa coletiva com sede ou direção efetiva em Portugal, são tributáveis em Portugal quer os rendimentos de fonte interna, quer os de fonte externa, ao abrigo do critério da residência, que se materializa numa obrigação pessoal ou ilimitada ou, seja, na *worldwide income taxation of residents*. Por seu turno, em França, à semelhança do que acontece em muitos outros Estados, existe uma norma idêntica à do n.º 2 do art.º 4.º do CIRC, de acordo com a qual as entidades não residentes se encontram sujeitas ao imposto sobre o rendimento desse território, mas apenas relativamente aos rendimentos aí obtidos – trata-se aqui do critério da fonte, que se traduz numa obrigação fiscal limitada ou real. Deste modo, os rendimentos obtidos em França pela sociedade com sede em Portugal encontram-se sujeitos a uma dupla tributação internacional, da qual resulta de um conflito positivo de competências entre Portugal e França.

Ora, a tributação de um determinado rendimento poderá ser efetuada, cumulativamente, com base nos critérios da residência do contribuinte e da fonte de obtenção dos rendimentos, muito embora as convenções para evitar a dupla

tributação (CDT)³, necessárias neste contexto, normalmente atribuem a exclusiva competência a um único Estado-contratante.

Essas convenções (que proliferam em virtude do crescimento do comércio internacional, da mobilidade de pessoas e de fluxos financeiros e da sobreposição/disparidade dos sistemas fiscais) são atos normativos de valor superior às normas internas dos Estados (cfr. art.º 8.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa – CRP), celebrados entre dois ou mais Estados, com vista a definir a competência tributária e a metodologia a adotar pelos Estados na eliminação da dupla tributação internacional.

A dupla tributação internacional materializa-se na duplicação de pretensões fiscais entre dois Estados soberanos, na medida em que ambos consideram possuir jurisdição sobre o mesmo facto tributário. Assim se cria um cúmulo de tributações com reflexos negativos nas relações económicas internacionais e no próprio desenvolvimento económico, e pode ter consequências no âmbito dos movimentos de capitais. Por isso, entendeu-se como prioritário eliminar este fenómeno, ou pelo menos atenuá-lo.

São dois os tipos de medidas que podem levar-se ao cabo para o efeito, a saber: (i) medidas unilaterais; (ii) medidas bilaterais (ou até mesmo multilaterais). As medidas unilaterais são medidas vertidas nas legislações internas, ao passo que as medidas bilaterais (ou até mesmo multilaterais), que se tratam da celebração de acordos/tratados/convenções internacionais pressupõem a negociação diplomática entre duas ou mais jurisdições.

Em face da vigência de uma verdadeira panóplia de normas jurídicas aplicáveis em ordenamentos jurídicos diferenciados, o Direito Fiscal internacional procura regular as relações entre os Estados e também entre os Estados e as pessoas jurídicas (singulares ou coletivas), quando se encontrem em causa situações jurídico-fiscais plurilocalizadas, isto é, situações em conexão com mais do que um ordenamento jurídico-fiscal⁴. Naturalmente, este tipo de ocorrência é cada vez mais comum num mundo cada vez mais globalizado.

O objetivo do Direito Fiscal internacional é essencialmente o de lutar contra a fraude e a evasão fiscais, procurando-se ainda prevenir, atenuar ou eliminar a dupla tributação internacional, uma vez que uma determinada situação jurídico-fiscal internacional, em face dos elementos de conexão adotados pelos vários Estados nas relações entre si, poderá desencadear pretensões fiscais em mais do que um dos Estados, por força da aplicação de normas fiscais internas que, ora tributam os respetivos residentes pelos rendimentos obtidos em qualquer parte do mundo (critério da residência fiscal do contribuinte), ora tributam também os rendimentos obtidos na respetiva jurisdição, independentemente da residência fiscal do contribuinte (critério da fonte de obtenção dos rendimentos). Ora, diversos Estados do sistema jurídico de raiz continental tributam desta forma, cumulando a aplicação do critério da residência do contribuinte com o critério da fonte de obtenção dos rendimentos. Nestas circunstâncias, encontrar-nos-emos perante um conflito positivo de dupla (ou múltipla) tributação internacional, que terá necessariamente de ser solucionado mediante a aplicação de normas jurídico-fiscais específicas, como é o caso das convenções para evitar a dupla tributação.

Todavia, o problema aqui em análise não se reconduz apenas à necessidade da celebração de acordos (convenções) entre os Estados, que pretendam evitar a dupla tributação (ao mesmo tempo que se tenta combater a fraude e a evasão fiscais), reconduzindo-se ainda à necessidade de colocar as diferentes jurisdições

³ Sobre a aplicação de tratados em matéria fiscal, veja-se RAAD, Kees Van, "Five fundamental rules in applying tax treaties", in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, 2003, pp. 337-347.

⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre este conceito, veja-se PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010, pp. 21 e ss.

em “diálogo” sobre os rendimentos obtidos ou outros factos sujeitos a tributação ocorridos nuns e noutros Estados.

Deste modo, surge aqui a problemática das convenções sobre troca de informações em matéria fiscal, que são um instrumento privilegiado no sentido de que as diversas jurisdições possam trocar informações relevantes, seguindo o rasto dos rendimentos obtidos por contribuintes singulares ou coletivos ou outros factos sujeitos a tributação.

O processo de negociação deste tipo de convenções implica relações diplomáticas entre os Estados, bem como alguma mediação por parte de diversas instâncias internacionais, onde se destaca, por exemplo, o relevantíssimo papel da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico).

A OCDE possui, atualmente, cerca de 280 entidades, entre Comitês, Grupos de Trabalho e Grupos de Peritos. A participação portuguesa é assegurada por Delegados nacionais e pelos Conselheiros da Missão de Portugal junto da OCDE⁵.

Um dos temas na agenda da OCDE é, precisamente, a troca de informações em matéria fiscal⁶, existindo mesmo um Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais⁷ (tradução nossa).

2. As convenções sobre troca de informações em matéria fiscal

2.1. Breve enquadramento

A Convenção Modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital⁸ inclui uma disposição dedicada à “Troca de Informações” (art.º 26.º), que prevê que as autoridades competentes dos Estados contratantes têm de trocar informações na medida da sua relevância previsível, dando assim cumprimento às disposições da Convenção e reforçando as disposições internas nestas matérias.

O aludido art.º 26.º da Convenção Modelo da OCDE reveste-se de uma grande abrangência, ultrapassando o próprio âmbito da sujeição do modelo de convenção onde se insere, designadamente quanto aos sujeitos e aos impostos abrangidos. Esta disposição é a base legal comumente aceite quanto à troca de informações entre administrações fiscais, encontrando-se presente no articulado dos acordos bilaterais sobre troca de informações que têm vindo a ser celebrados.

Existe ainda um manual da OCDE, que versa sobre a implementação da cláusula relativa à troca de informações⁹.

Este manual divide-se em oito módulos, a saber:

Módulo 1 – Troca de informações a pedido;

Módulo 2 – Troca espontânea de informações;

Módulo 3 – Troca de informações automática (ou rotineira);

Módulo 4 – Troca de informações industrial/alargada;

⁵ Fonte:

<https://www.dgae.gov.pt/servicos/comercio-internacional-e-relacoes-internacionais/multilaterais/organizacao-para-a-cooperacao-e-desenvolvimento-economico-ocde-.aspx>.

⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/>.

⁷ *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* – <https://www.oecd.org/tax/transparency/>.

⁸ Disponível online em:

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Documents/CDT_Modelo_OCDE.pdf.

⁹ Referência: OECD, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes* (approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006) – module on general and legal aspects of exchange of information (disponível em www.oecd.org).

- Módulo 5 – Inspeções Fiscais simultâneas;
- Módulo 6 – Inspeções Fiscais no estrangeiro;
- Módulo 7 – Perfis dos países no que respeita a troca de informações;
- Módulo 8 – Instrumentos sobre troca de informações e modelos.

No fundo, temos aqui uma espécie de guia prático com a finalidade de dotar as Administrações Fiscais dos conhecimentos necessários à troca de informações, permitindo melhorar a respetiva eficiência, servindo também para a elaboração ou para a atualização de manuais que existam eventualmente ao nível dos Estados.

Quanto aos intuitos da troca de informações (*"Purposes of Exchange of Information"*), aponta este manual, em primeiro lugar, a averiguação de factos relacionados a tributação; e, em segundo lugar, a assistência mútua entre os Estados e o reforço das legislações fiscais.

Pretende-se que a troca de informações contemple uma extensão o mais vasta possível, mas não são permitidas *"fishing expeditions"*, ou seja, pedidos especulativos.

Além disso, a troca de informações não se encontra limitada aos países contratantes, podendo ser necessárias informações sobre contribuintes não residentes ou residentes em países terceiros, não obstante as limitações territoriais previstas implicitamente no art.º 26.º da Convenção Modelo.

No tocante aos diferentes tipos de trocas de informações possíveis, existem as denominadas "formas clássicas", como sejam: (i) troca de informações a pedido; (ii) troca de informações automática; (iii) troca de informações espontânea.

Existem ainda outras modalidades, a saber: (i) inspeções fiscais simultâneas; (ii) visita de representantes das autoridades competentes; (iii) troca de informações industrial/alargada.

Toda a informação recebida deve ser tratada de acordo com padrões de estrita confidencialidade (para isso apontam o art.º 26.º, n.º 2 da Convenção Modelo e o art.º 22.º da convenção conjunta da Conselho da Europa/OCDE, por exemplo).

Todavia, quanto ao uso da informação para outras questões, o princípio geral é o de que a informação trocada não poderá ser utilizada para fins diferentes dos fins para os quais a informação foi trocada.

No caso de se pretender utilizar a informação para outros fins, deve utilizar-se um outro mecanismo diferente da troca de informações para fins fiscais, como por exemplo um tratado de assistência judicial.

Numa situação que envolva a investigação de um crime de branqueamento de capitais, no combate à corrupção ou no combate ao financiamento do terrorismo devem ser incluídas disposições específicas no articulado das convenções bilaterais, permitindo-se a troca de informações fiscais com outras entidades.

2.2. O papel da OCDE e de outras organizações internacionais nesta matéria

Além da convenção modelo, a OCDE elaborou ainda um manual de referência sobre fontes de informação¹⁰.

A ideia da troca de informações, assim como todos os esforços do Fórum Global da OCDE sobre estas matérias têm sido aceites em quase todo o mundo, com o apoio de atores internacionais, tais como o G8, o G20 e a União Europeia.

Historicamente, este Fórum Global foi criado no ano 2000, a fim de responder à necessidade de se implementarem altos padrões de transparência e de troca de informações de forma equitativa e de acordo com uma competição saudável entre todas as jurisdições, sem olhar ao seu tamanho ou grau de desenvolvimento (inicialmente, faziam parte do Fórum aqui em causa apenas 32

¹⁰ Referência: *OECD reference guide on sources of information from abroad*, update of 26th January 2006 (disponível em www.oecd.org).

jurisdições, número que tem crescido gradualmente – atualmente, ultrapassa as 160 jurisdições¹¹).

A União Europeia tem sido outra das entidades preocupadas com estes tópicos. Como iniciativas da UE no tocante ao fortalecimento da cooperação, surgem a Diretiva n.º 76/308/CE, a Diretiva n.º 2008/55/CE e o Regulamento n.º 1179/2008, por exemplo.

A primeira, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos resultantes de operações que fazem parte do sistema de financiamento do Fundo Europeu de Orientação e Garantia Agrícola, bem como de direitos niveladores agrícolas e de direitos aduaneiros.

A segunda, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas.

Por sua vez, o Regulamento acima referenciado fixa as normas de execução de certas disposições da Diretiva 2008/55/CE do Conselho relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a certas quotizações, direitos, impostos e outras medidas.

Além disso, existe desde o dia 25 de janeiro de 1988 a possibilidade de adesão (assinatura e posterior ratificação) a uma convenção conjunta do Conselho da Europa e da OCDE sobre assistência administrativa mútua em matérias fiscais. Esta convenção multilateral abrange todos os impostos, tendo por missão facilitar a troca de informações e também a cobrança dos impostos a nível internacional. Nos dias 27 e 28 de maio de 2010 foi assinado um protocolo adicional, subscrito por 21 países, entre os quais Portugal¹².

Uma outra iniciativa de relevo é a Diretiva 2011/16/UE do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011, referente à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade (e que revoga a Diretiva 77/799/CEE)¹³. Esta diretiva abrange praticamente todos os impostos, exceto o imposto sobre o valor acrescentado e os direitos aduaneiros, bem como os impostos especiais de consumo abrangidos por outra legislação da União em matéria de cooperação administrativa entre Estados-Membros. Excluem-se também as contribuições obrigatórias para a segurança social. O procedimento referente à troca de informações a pedido encontra-se regulado no seu art.º 5.º e seguintes, a troca automática de informações surge no seu art.º 8.º e a troca espontânea figura no seu art.º 9.º. A troca de informações com países terceiros é regulada pelo art.º 24.º e o tratamento do sigilo bancário encontra-se plasmado no seu art.º 18.º.

Destaque-se ainda a Diretiva 2010/24/UE do Conselho, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas¹⁴. O seu âmbito objetivo de aplicação vem previsto no art.º 2.º. Os pedidos de informação para efeitos de recuperação de impostos encontram-se regulados no art.º 5.º, ao passo que a troca de informações sem pedido prévio surge no art.º 6.º. Os art.ºs 10.º e seguintes ocupam-se dos pedidos de recuperação das receitas, propriamente ditos, destacando-se a possibilidade de intentar ações cautelares, prevista no art.º 16.º. Por sua vez, no seu art.º 18.º estabelecem-se limites às obrigações da autoridade requerida.

¹¹ Consultem-se, aqui, os atuais membros: <https://www.oecd.org/tax/transparency/who-we-are/members/>.

¹² Para maiores desenvolvimentos sobre estas matérias, cfr. AMORIM, J. C., “A convenção multilateral sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal da OCDE”, in *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

¹³ Disponível online em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:064:0001:0012:PT:PDF>.

¹⁴ Disponível online em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:084:0001:0012:PT:PDF>.

2.3. A Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa na sua relação com entidades semelhantes de outros Estados a assistência mútua administrativa na recolha de impostos

A assistência mútua administrativa na recolha de impostos é outra matéria digna de destaque, na sua relação com a matéria da troca de informações entre Administrações Fiscais.

Ora, e a este propósito, destaque-se a inclusão, na convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital, do art.º 27.º, referente à “assistência mútua administrativa em matéria de cobrança de impostos”¹⁵.

No ponto anterior deste nosso estudo referimos já alguns instrumentos de Direito internacional e da UE, que têm como objetivo esta assistência mútua administrativa.

Portugal celebrou já algumas convenções em que foi adotada uma cláusula de “assistência mútua na cobrança de impostos”¹⁶, o que significa que a Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa se encontra em estreita colaboração com outras entidades análogas de outros Estados, com o objetivo de, uma vez mais, fomentar que todos os contribuintes sejam tributados, com vista a alcançar uma maior justiça fiscal.

A forma como a Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa se relaciona com as suas congéneres trata-se de um minucioso trabalho diplomático entre os Estados, e que pressupõe diversos acordos entre Autoridades Competentes, incluindo-se os seguintes¹⁷:

(i) Acordo entre a Autoridade Competente dos Estados Unidos da América e a Autoridade Competente da República Portuguesa sobre a troca automática de informação no âmbito do “Country-by-Country Reports”;

(ii) Acordo entre as Autoridades Competentes da República Portuguesa e a Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China para a Troca Automática de Informações Financeiras;

(iii) Memorando de Entendimento sobre a Troca de informação no âmbito do “Country-by-Country Reports” com o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong da República Popular da China para os anos fiscais 2017 e 2018.

2.4. As convenções sobre troca de informações em matéria fiscal celebradas por Portugal até à data

Portugal, além de incluir disposições sobre troca de informações em matéria fiscal por ocasião de outro tipo de instrumentos convencionais, como é o caso das convenções para evitar a dupla tributação, tem também celebrado alguns acordos especificamente sobre troca de informações.

De acordo com o Portal das Finanças, e segundo a informação disponível (datada de 16 de maio de 2017)¹⁸, celebrou este tipo de acordos com as seguintes jurisdições: Andorra, Antigua e Barbuda, Belize, Bermudas, Dominica, Gibraltar, Guernsey, Ilha de Man, Ilhas Caimão, Ilhas Virgens Britânicas, Jersey, Libéria, São Cristóvão e Neves, Santa Lúcia, Turcos e Caicos.

De notar que, muitas das jurisdições aqui elencadas são consideradas “paraísos fiscais”, ou seja, e de uma maneira muito simplificada, jurisdições com regimes fiscais considerados mais favoráveis e que beneficiam de determinados

¹⁵ Cfr. BRÁS CARLOS, A. F., *Impostos (Teoria Geral)*, 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 234-235.

¹⁶ Por exemplo, nas convenções celebradas com a Holanda, a Índia, a Suécia e a Argélia.

¹⁷ Fonte: https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/ATIF/Pages/atif.aspx.

¹⁸ Veja-se:

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/Acordos_ATI/Documents/Tabela_ATI.pdf.

tipos de condições que costumam atrair investimentos e contribuintes detentores de maiores “fortunas”.

3. As convenções para evitar a dupla tributação

3.1. Breve resenha

Visto que os diferentes fatores de conexão criam situações de dupla tributação, as CDT têm por função específica eliminar (ou, pelo menos, atenuar) esse conflito e evitar a fraude e a evasão fiscais internacionais. Estes instrumentos geralmente contêm diferentes métodos de eliminação da dupla tributação, algumas regras para a troca de informações entre as diversas administrações fiscais, bem como cláusulas destinadas a evitar o recurso, por parte dos contribuintes residentes nos Estados contratantes, dos chamados paraísos fiscais ou zonas de mais baixa tributação¹⁹.

A dupla tributação será jurídica quando uma mesma pessoa é duplamente tributada por um mesmo rendimento ou património. Ou seja, a dupla tributação jurídica internacional prevê a aplicação em mais do que um Estado, de (i) impostos equiparáveis²⁰, relativamente (ii) ao mesmo sujeito passivo, (iii) ao mesmo facto gerador de imposto, e (iv) ao mesmo período de tributação do rendimento.

Por seu turno, a dupla tributação será económica quando duas pessoas diferentes são tributadas pelo mesmo rendimento ou património. A este propósito, temos o exemplo clássico da tributação do lucro, em que este é sujeito, primeiro, a uma tributação ao nível da sociedade e, depois, quando distribuído aos sócios, volta a ser tributado.

Note-se que, como questão prévia à aplicação de qualquer convenção para eliminar a dupla tributação, há que definir em qual dos Estados o contribuinte é considerado como residente e qual o tipo de rendimento em causa.

No caso de um determinado contribuinte ser considerado como residente em ambos os Estados, ou seja, perante um caso de dupla residência, há que recorrer sucessivamente aos critérios estipulados na convenção modelo da OCDE – cfr. art.º 4.º da convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital. Para estes efeitos, a função das convenções é precisamente a de definir qual das duas residências prevalece.

De facto, a aplicação unilateral das normas fiscais apresenta-se como uma potencial fonte de conflitos. Por isso, torna-se necessária a criação de instrumentos jurídicos destinados a evitar a dupla tributação, bem como a evasão fiscal internacional.

As convenções bilaterais para eliminar a dupla tributação internacional são praticamente as únicas medidas conhecidas, não unilaterais, destinadas a tal objetivo. Destaque-se, neste âmbito, que as convenções internacionais seguem os

¹⁹ Os paraísos fiscais ou zonas de mais baixa tributação são zonas em que a tributação não existe ou, existindo, é pouco elevada, oferecendo como linhas de força um regime fortemente potenciador do sigilo bancário, a par de normas jurídicas facilitadoras da constituição de sociedades. Por isso, tais jurisdições tendem a atrair capitais dotados de grande mobilidade e também atividades de natureza financeira, tais como bancária, seguradora ou outras atividades de fácil deslocalização, por razões puramente de natureza fiscal. Cfr. SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 84.

²⁰ Serão impostos equiparáveis os impostos vigentes em vários Estados que, embora podendo ter denominações distintas, tenham uma natureza semelhante. Neste sentido, PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010, pp. 24 e ss.

seguintes modelos: Convenção Modelo da OCDE, Convenção Modelo das Nações Unidas, Convenção Modelo dos Estados Unidos.

Como exemplo de convenção multilateral com a mesma finalidade, apenas se conhece a Convenção Nórdica sobre a tributação do rendimento e do património, celebrada em 1983 entre a Dinamarca, a Finlândia, a Islândia, a Noruega e a Suécia, e modificada em 1987, 1989 (nesta versão passou a integrar as Ilhas Faroe) e 1996.

Neste contexto, note-se ainda que seria admissível que, no âmbito de espaços com elevado nível de integração económica (como a União Europeia), vigorasse uma convenção multilateral nesta matéria, que se impusesse a todos os Estados-membros. No entanto, tal não aconteceu, sem prejuízo da “vinculação” a, sempre que entendam necessário, os Estados estabelecerem negociações para eliminar a dupla tributação, em benefício dos seus cidadãos – cfr. art.º 120.º do Tratado da UE ²¹.

O *Modelo de Convenção das Nações Unidas* (Modelo NU) em matéria de dupla tributação entre países e jurisdições desenvolvidos e em vias de desenvolvimento (*United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*) data de 1980, tendo entrado em vigor a sua versão revista, em janeiro de 2001.

Por sua vez, a versão atual do Modelo dos Estados Unidos data de 1966 (*United States Model Income Taxation Convention of September 20, 1996*), em substituição do Modelo de 1981, que deixou de vigorar em 1992. O objetivo do Modelo UE é servir de base às negociações de tratados fiscais com os Estados Unidos, adequando-os às políticas e legislação interna dos EUA. Contrariamente ao que acontece nos modelos OCDE e NU, o Modelo da UE não prevê o método de isenção, admitindo apenas o método do crédito de imposto, como forma de evitar a dupla tributação²².

3.2. O papel da OCDE no âmbito das convenções para evitar a dupla tributação

Ao nível das medidas bilaterais para evitar/eliminar a dupla tributação, verifica-se que Portugal celebrou já inúmeras CDT, seguindo o modelo da OCDE.

Através destes instrumentos, dois (ou mais) Estados estabelecem formas de evitar que um mesmo facto tributário, pertencente ao mesmo sujeito passivo, e no mesmo período de tempo, seja tributado em duas jurisdições diferentes. Para tal, cada um dos Estados deve abdicar parcialmente dos seus poderes tributários, na condição de que o outro Estado contratante faça o mesmo (princípio da reciprocidade).

As CDT contêm normas jurídicas que visam os residentes de ambos os Estados contratantes, sendo de aplicação direta e imediata aos sujeitos passivos de imposto por eles abrangidos e que tenham residência em qualquer dos Estados. Geralmente esses acordos têm por base a Convenção Modelo da OCDE, negociado numa base multilateral e cujo comentário (ele próprio objeto de negociação) constitui a referência doutrinal básica para a interpretação de tais acordos.

As CDT configuram ainda uma limitação mínima do poder tributário de cada Estado, pois os Estados mantêm o essencial das suas competências em matéria fiscal. Destas CDT resulta um acordo entre os Estados em matérias que dizem respeito a elementos da soberania fiscal de cada um. Ou seja, os Estados, quando

²¹ Sobre estas matérias, veja-se BRÁS CARLOS, A. F., *Impostos (Teoria Geral)*, 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, pp. 239-240.

²² Para maiores desenvolvimentos, cfr. MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 128 e ss, sobre os métodos para eliminar a dupla tributação.

contratam, aceitam que o seu poder tributário em relação aos residentes do outro Estado contratante seja limitado²³.

Em termos de eficácia, as CDT prevalecem sobre a legislação interna, operando uma derrogação parcial desta, em certos pontos de conflito entre a CDT e a legislação interna. É certo que as CDT remetem para normas internas (pense-se, por exemplo, na fixação da qualidade de residente) para a resolução de conflitos entre ordenamentos jurídicos (como acontece quando cada um considera o mesmo sujeito passivo como residente). Nas CDT existem regras que podem ser aplicadas aos residentes dos dois países, sobrepondo-se à lei interna (é o caso dos elementos de conexão que definem, por exemplo, o que é o estabelecimento estável); bem como podem existir normas que limitam as quantificações das taxas previstas nas legislações internas (por exemplo, estipulando uma taxa máxima de tributação para os dividendos). As CDT podem ainda criar deveres de cooperação e de troca de informações entre as respetivas administrações fiscais. Encontramo-nos, aqui, na limitação recíproca da soberania fiscal administrativa²⁴.

Nas palavras de Saldanha Sanches, as CDT constituem “o limite principal à soberania financeira de cada Estado e o corpus estruturante do Direito Fiscal Internacional”²⁵.

Internamente, os Estados, se forem Estados de Direito, encontram-se limitados quanto aos impostos que podem criar e ao modo como podem proceder à sua aplicação, de acordo com os princípios constitucionais que regulam e limitam o exercício do poder tributário, o que funciona como garantia dos contribuintes²⁶. Diferentemente, de um ponto de vista externo, e perante as múltiplas soberanias, surge uma situação de “limitação fáctica” dos poderes do Estado, que se manifesta na ausência de princípios vinculantes quanto ao tratamento de não residentes que obtenham rendimentos no seu território. Tal situação leva à criação de diversos critérios de conexão, o que se configura num grave problema, com consequências ao nível da aplicação prática dos critérios, levando a situações de dupla tributação (positiva ou negativa).

A (extinta) Sociedade das Nações, a ONU (que lhe sucedeu), e a OCDE apresentaram modelos indicativos de convenções sobre dupla tributação do rendimento e do capital, sem prejuízo dos trabalhos desenvolvidos nestas matérias por outras organizações, tais como o Conselho da Europa, a Comunidade Europeia, a Associação Europeia de Comércio Livre e a Câmara de Comércio Internacional²⁷.

De entre os modelos apresentados tem sido a Convenção Modelo da OCDE a mais seguida pelos Estados na celebração de CDT.

O modelo de Convenção da OCDE divide-se em 7 capítulos, a saber:

- I – Âmbito de aplicação da convenção;
- II – Definições;
- III – Tributação do rendimento;
- IV – Tributação do património;
- V – Métodos de eliminação da dupla tributação internacional;
- VI – Disposições especiais;
- VII – Disposições finais.

²³ Para maiores desenvolvimentos, cfr. SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p.80 e ss.

²⁴ Para maiores desenvolvimentos, cfr. *Idem*.

²⁵ Cfr. SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 83.

²⁶ Cfr. SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 82.

²⁷ Cfr. PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984, pp. 495-501; e BRÁS CARLOS, A. F., *Impostos (Teoria Geral)*, 3.ª Edição (atualizada), Almedina, 2010, p. 240.

No que concerne à distribuição das competências para tributar, este modelo de convenção efetua a sua divisão em quatro grupos: (i) atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da residência; (ii) atribuição de competência cumulativa ilimitada ao Estado da fonte; (iii) atribuição de competência cumulativa limitada ao Estado da fonte; e (iv) atribuição de competência exclusiva primária ao Estado da fonte.

3.3. A Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa, na sua relação com entidades semelhantes de outros Estados

A Autoridade Tributária e Aduaneira portuguesa, através da Direção de Serviços de Relações Internacionais (DSRI), trata as questões relacionadas com as matérias aqui em estudo, operacionalizando todas as relações diárias e questões práticas a desenvolver com entidades congéneres de outras jurisdições, mediante os acordos diplomaticamente celebrados previamente e que se encontrem em vigor a cada momento.

Em consulta ao Portal das Finanças²⁸, podemos encontrar a seguinte informação e formulários úteis:

- (i) Convenções e Quadro Resumo das Convenções;
- (ii) Formulários para acionar as Convenções para Evitar a Dupla Tributação Celebradas por Portugal;
- (iii) Formulários em português/castelhano (aplicáveis designadamente a Espanha);
- (iv) Guia Prático do Procedimento Amigável;
- (v) Certificação de residência fiscal para ativação de Convenção para evitar a Dupla Tributação.

3.4. As convenções para evitar a dupla tributação celebradas por Portugal até à data

De acordo com a informação disponível no Portal das Finanças, e segundo a informação atualizada no dia 1 de fevereiro de 2022, Portugal celebrou CDT com as seguintes jurisdições²⁹: África do Sul, Alemanha, Andorra, Angola, Arábia Saudita, Argélia, Áustria, Barbados, Barém, Bélgica, Brasil, Bulgária, Cabo Verde, Canadá, Chile, China, Chipre, Colômbia, Coreia, Costa do Marfim, Croácia, Cuba, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estados Unidos da América, Estónia, Etiópia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Guiné-Bissau, Holanda, Hong Kong, Hungria, Índia, Indonésia, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Koweit, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Macau, Malta, Marrocos, México, Moçambique, Moldova, Montenegro, Noruega, Panamá, Paquistão, Peru, Polónia, Qatar, Quênia, Reino Unido, República Checa, Roménia, Rússia, San Marino, São Tomé e Príncipe, Senegal, Singapura, Suécia, Suíça, Sultanato de Omã, Timor-Leste, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela, Vietname.

De notar a vastidão de Estados com os quais Portugal teve o cuidado de negociar nestas matérias, sendo alguns deles considerados paraísos fiscais e/ou zonas de mais baixa pressão fiscal.

²⁸ Especificamente em:

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/Pages/default.aspx.

²⁹

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Documents/Tabela_CDT_2022.pdf;

https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/convencoes_evitar_dupla_tributacao/convencoes_tabelas_doclib/Pages/convencoes.aspx.

4. Conclusões

A dupla tributação de factos tributários em conexão com mais do que um ordenamento jurídico surge da tentativa de cada Estado aumentar as suas receitas fiscais.

Deste modo, surgem critérios comuns a vários ordenamentos jurídicos, tais como o critério da conexão pessoal, de acordo com o qual os residentes de cada jurisdição serão tributados por qualquer rendimento que auferirem, independentemente do território em causa (tributação de base mundial ou tributação de sujeição ilimitada; *worldwide income taxation of residents* – critério da residência fiscal do contribuinte).

No entanto, cumulativamente com este critério de conexão pessoal vigora um critério de conexão material, que faz com que os Estados tributem os rendimentos obtidos no seu território (no sentido de origem económica) – critério da fonte de obtenção dos rendimentos.

O problema que se encontra na base da dupla tributação internacional prende-se fundamentalmente com o facto de nem todos os sistemas fiscais coincidirem entre si quanto às normas de incidência real e pessoal, pelo que é perfeitamente possível que um mesmo rendimento venha a ser tributado simultaneamente nos Estados da residência e da fonte ou, menos comum, não seja tributado em nenhum dos Estados.

A ausência de tributação provoca fraude e evasão fiscais internacionais, ao passo que a tributação do mesmo facto tributário simultaneamente em mais do que um Estado constitui uma ameaça ao crescimento económico internacional e poderá afigurar-se como uma verdadeira barreira à livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais.

Em todo o caso, seja qual for o critério adotado em cada um dos diferentes Estados, poderão gerar-se situações de dupla tributação face à cumulação de diferentes elementos de conexão relativamente ao mesmo imposto.

De uma maneira geral, as CDT mais não são do que tratados internacionais celebrados entre o Estado da fonte e o Estado da residência, através dos quais se regula o modo de tributar factos que, por força dos elementos de conexão utilizados, se encontrem no âmbito da jurisdição fiscal de ambos os Estados, por forma a eliminar (ou, pelo menos, atenuar) a dupla tributação.

Tal como pudemos constatar ao longo deste nosso estudo, o trabalho da OCDE nestas matérias – nomeadamente na luta para se conseguir uma maior transparência e troca de informações – tem sido notável.

Relativamente ao que denomina por “tax treaties” (como, por exemplo, e para o que aqui mais nos interessa, as convenções sobre troca de informações entre Administrações Fiscais), a OCDE terá como objetivo o desenvolvimento das capacidades dos seus membros (e de países terceiros), designadamente no tocante à negociação e aplicação dos tratados bilaterais (ou até multilaterais) em matérias fiscais.

O enfoque do trabalho da OCDE coloca-se na negociação de tratados/convenções, bem como na análise detalhada das suas disposições e questões de implementação.

A troca de informações afigura-se como uma garantia da soberania dos Estados no contexto da obtenção de receitas fiscais, evitando a erosão da base tributável (causada por comportamentos fraudulentos e evasivos), o que se conseguirá assegurar mediante uma aplicação e implementação efetivas da troca de informações para fins fiscais.

Referências

- AMORIM, J. C., "A convenção multilateral sobre assistência mútua administrativa em matéria fiscal da OCDE", in *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.
- BRÁS CARLOS, A. F., *Impostos (Teoria Geral)*, 3.^a Edição (atualizada), Almedina, 2010.
- MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2012.
- OECD, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes* (approved by the OECD Committee on Fiscal Affairs on 23 January 2006) – module on general and legal aspects of exchange of information (disponível em www.oecd.org).
- OECD *reference guide on sources of information from abroad*, update of 26th January 2006 (disponível em www.oecd.org).
- PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010.
- PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984.
- RAAD, K. V., "Five fundamental rules in applying tax treaties", in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional*, Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco, Lex, 2003.
- SALDANHA SANCHES, J. L., *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.

Reframing citizenship and migratory cycles *Reencuadrando la ciudadanía y los ciclos migratorios*

Leilane Serratine Grubba¹

Universidade IMED

Mayara Pellenz²

Universidade UNISOCIESC

Summary: 1. Introduction. 2. Citizenship: historical aspects and current context. 3. Citizenship: a new signification. 4. Global citizenship as a legal alternative for political and territorial limits. 5. Conclusion. References

Abstract: The complexity of human relations is a concern of those who theorize socio-juridical contemporaneity. Historically, humanity presents the characteristic of the struggle for human powers and access to the spaces of coexistence. The phenomenon of migrations, ancient and contemporary, is no different. With this, the theme of this research is the complexity of human relations, with emphasis on the re-signification of the citizenship concept. Therefore, it aims to present some alternatives so that humanity can face this phenomenon with a fraternity spirit and solidarity actions, aiming at a more tolerant posture of acceptance of the characteristics of the other as being worthy of respect. Thus, the problem to be answered is: how can citizenship be an alternative to relativizing physical and cultural boundaries in favor of free migratory phenomena? The research is developed through the deductive method and the bibliographic research.

Keywords: Human Rights; Migration; Citizenship; Tolerance; Humanity.

1. Introduction

In recent decades, the phenomena of globalization and transnationality have impacted human life in its most diverse aspects. In the legal sphere, especially in matters of environmental and socio-environmental law, the effects of these transformations can be summarized as follows: the benefits are for few; the losses, for many. This statement reflects the idea that environmental damage and damage are socialized by everyone, but greed and the pursuit of profit, in the exploration of the natural world, are attitudes that exclusively benefit the business sectors in Brazil and the world.

The positive perspective of these phenomena corresponds to large corporations, favoring greater commercial and economic integration between different countries. World capitalism brought a mistaken idea of development, linked

¹ J.S.D Law. M.Phil Law. M.Phil Humanities. L.L.B. Law. Associate Professor of Law, Dept. Law, IMED University (Brazil). Teaches in Law Graduation and Masters. Associate Professor of Psychology, Dept. Psychology, IMED University (Brazil). Teaches in Masters. Member of the Diplomatic Corps of Youth for Human Rights Brazil (YFHRB). Member of Women's Commission for Passo Fundo, Brazilian Bar Association.

² L.L.B. Law. Postgraduate in Criminal Law and Criminal Procedure and in Legal Psychology. Graduated in Law. Lecturer with International Certificate in Higher Education Pedagogy from Finland University. Assistant Professor of Law at UNISOCIESC. Guest Lecturer at the Alto Vale do Rio do Peixe de Caçador University - SC. Attorney.

to the notion of economic growth, leading to excessive consumerism and generating a great demand for natural resources. With globalization, consumption and pressure on renewable and non-renewable natural resources, such as soil, forests, ores, and water resources, have increased.

Thus, capitalist society starts to make relations between human beings and the natural world complex, in the face of the devastation that occurred at world levels. The result of this panorama is the struggle for socio-environmental justice, which leads to countless movements in the face of the globalized world. In transit around the world, citizens seek the protection of fundamental rights that cannot be sacrificed in the name of economic progress, which results in constant struggles and social movements to guarantee rights.

Faced with new realities, the Democratic Rule of Law is in permanent construction, adapting to the historical moment lived and legitimizing demands regarding the conquests and the realization of human and fundamental rights. In short, the idea that society must be on the margins of the constitutional process is overcome. Based on this scenario, the proposed study has as its theme the link between citizenship and international migration. It aims to present alternatives so that humanity can face this phenomenon with a spirit of fraternity and solidarity actions, aiming at a more tolerant posture of acceptance of the characteristics of the other as being worthy of respect.

Considering that the receptivity of the States generates a situation of population contingent, with the need for the market to absorb human capital, in addition to issues of intrinsic law, such as housing, health, work, food, and transport. Faced with such a complex current panorama, the problem of this research is: how citizenship can be an alternative for relativizing physical and cultural boundaries in favor of a free migratory phenomenon? It seeks, in the course of this work, to answer this question, mobilizing deductive methodological reasoning, with qualitative bibliographic research.

2. Citizenship: historical aspects and current context

The classic origins of the term Citizenship are found in the Latin expression *civitas*³ and have a direct connection with polis as a nucleus or grouping of people in certain social spaces in antiquity. In this historical period, political participation was restricted to men: women, children, foreigners, or slaves were not considered citizens.

The Romans, in the classical era, considered the citizen who had rights and who was potentially able to exercise these rights freely. This conception reveals, in Rome, the limiting character of the citizen's performance, as one who belonged to a more privileged social class⁴. Historically, yet another form of social organization has been structured based on the hierarchy between social classes. The political participation of individuals was suppressed, because "[...] issues related to politics, gave way and space to concern with other issues, such as the religious plan"⁵. In the sense exposed by Arendt, the exercise of Citizenship was suppressed as it was not compatible with the social, economic, religious, and cultural configuration of the

³ For Pérez-Luño, Citizenship stems from this term. The category gives the individual the status of citizen, holder of rights and duties, as long as they are considered free in the Republic. PÉREZ-LUÑO, AE. *Ciudadanía y deficiencias*. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 25, 2002. p. 183.

⁴ For Dallari, "[...] the free Romans had citizenship; they were, therefore, citizens, but not everyone could occupy political positions, such as senator or magistrate, nor the highest administrative positions. A distinction was made between citizenship and active citizenship. Only active citizens were entitled to participate in political activities and to occupy the highest positions in Public Administration. DALLARI, DA. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004. n/p.

⁵ ARENDT, H. *A Condição Humana*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 43.

period. There was inequality, poverty, misery, disease, and the division of society into classes intensified these differences. Religious conceptions were considered more important, regardless of human rationality or ancient philosophical precepts that guarantee human freedom and autonomy.

During the medieval period, the institution of the Church as a legitimate authority rejected the possibility of exercising rights, insofar as being a citizen implied being a Christian, provided that the person still had power and wealth. The citizen, during the Middle Ages, belonged to the clergy and the nobility, and the rest of the community submitted to divine designs. Although the human, according to religious precepts of the time, was created in the image and likeness of God, there was a political difference in what was related to the earthly condition. In this sense, dividing humans into different social classes, political privileges, and, among them, the exercise of citizenship, were specific to some social classes.

Little by little, medieval communities became towns and social clusters originated modern cities. The commercialization of products became more intense, the great navigations boosted the economy and the population contingent grew after the "Black Death". The discoveries in the areas of science, such as Chemistry, Physics, Biology, and Medicine also contributed to the quality of life of human beings and education started to be disseminated especially in the historical periods that followed the Renaissance and the Enlightenment. At the end of the Middle Ages, the overthrow of the Church's power caused a definitive social transformation. In the context of ruptures, the idea of Citizenship, at least on the European continent, was structured in a reconfigured society. The individual called for ideals of freedom, equality, and autonomy, while Democracy and freedom were necessary conditions to contain the abuse of monarchs. Movements such as Liberalism, the Enlightenment, and Capitalism, as a new model of production, stimulated a new worldview. This moment made possible the struggle for the recognition of rights and not only of duties of the individual.

In the 17th and 18th centuries, in Europe, among the bourgeois and liberal revolutions initiated by the economic power of the bourgeoisie, the French Revolution was the most important. The Freedom, Equality, and Fraternity triad enabled the rise of rights through the Declaration of Human and Citizen Rights (1798). Despite being exclusive to a certain section of the population, such as women and non-owners, the Declaration started a new legal framework in Europe⁶. From that moment⁷ on, the man was not only an individual but a possible subject of rights positive in the Declaration.

[...] this movement was very important because it influenced a large part of the world to adopt the new model of society, created as a result of the Revolution. It was at this moment and in this environment that the modern conception of citizenship was born, which emerged to affirm the elimination of privileges, but which, shortly afterward, was used exactly to guarantee the superiority of privileged new ones.⁸

Not for any other reason that arises "[...] a growing interest in equality as a principle of social justice and an awareness of the fact that the formal recognition of an equal capacity concerning rights"⁹.

The drastic political, social, and cultural transformations of the time culminated in the French Declaration, which resized the concept of citizen, who was able to act in the public space, in Democracy, participating in political directions through representativeness, eligibility, and other political rights. It is clear that Citizenship, in this historical context, was formally admitted, but materially it was not supported, due to the treatment given to women,

⁶ GRUBBA, LS. *Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano*. Curitiba: Prismas, 2017. P. 10-30.

⁷ A way of life was desired that sprouted from within each individual and not as something imposed on them from outside. MARSHALL, T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 62.

⁸ DALLARI, DA. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004. p. 19.

⁹ MARSHALL, T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 83.

foreigners, the poor, and slaves. It was, in fact, a status that guaranteed political rights for determined individuals, and was linked to nationality to enjoy these conditions.

It is noteworthy that, in 1793, Article 4 of the Jacobin Constitution instituted that every adult foreigner, residing in France for a year, has the right to remain there and enjoy active citizenship, in an article considered to be "[...] first demonstration that defined foreigners and native population with equal rights and duties"¹⁰.

Another historical landmark was the advent of the Industrial Revolution and capitalism, a time when the category of citizen acquired a new perspective, liberal and egalitarian, and the participation of the "man" in political directions was only one facet of the condition of being a citizen. At this point, it should be noted that:

From the French Constitution of 1791, a differentiation was introduced between "citizenship" and "active citizenship", also of Roman origin, which ended up giving citizenship a class content, clearly discriminatory. A very expressive data, sufficient to prove the possibility of manipulating citizenship, is the realization that the right to participate in political life, choosing and being elected, was reserved only for citizens. And citizen conditions, in turn, were reserved for male people who had a minimum annual income.¹¹

From the Enlightenment, on the other side of the ocean, still in 1776, the American Revolution, in independent America, translated the idea of Citizenship linked to a list of individual rights, such as life, freedom, equality, among others; although still excluding women and enslaved people.

So, it seems possible to affirm that it was only with the advent of the Modern Constitutions that Citizenship acquired a new condition. A new model of social organization as possible, with the Industrial Revolution and the economic rise of citizens through work. This process, led by the bourgeoisie, resulted in their claim to participate actively in the political decisions of that place. The consequences of these historical facts were the emergence of Modern Constitutions, already at the end of the 19th century, aimed at protecting citizens' rights. The National States promulgates Constitutions that protect civil political and social rights, such as the Mexican and German Constitutions, for example. Vieira points out that:

The Modern Republic did not invent the concept of citizenship, which originates in the Ancient Republic. Citizenship in Rome, for example, is a unitary statute by which all citizens are equal in rights. Rights of marital status, residence, suffrage, marriage, inheritance, access to justice, in short, all individual rights that allow access to civil law. Being a citizen is therefore a full member of the city, your civil rights are fully individual. But to be a citizen is also to have access to a political decision, to be a possible ruler, a political man. This is entitled not only to elect representatives but to participate directly in the conduct of the city's business.¹²

Like this, civil citizenship corresponds to all individual freedoms, in terms of legal equality, and understands the right to freedom since the bourgeois revolutions in the 18th century. Political citizenship represents the exercise of power and the right to participate in the exercise of political power, translated by the expression "vote and be voted". Social citizenship is linked to Fundamental Rights, as it corresponds to the set of minimum guarantees of economic and social well-being, reflecting the new requirements and new values instituted in the 20th century. For this reason, being a citizen leads to the realization of the most varied dimensions of law. The modern concept of Citizenship originated from bourgeois struggles and conquests, with the fall of absolutism and the advent of the rule of law. Civil rights have also emerged in this context of rupture and, over time, have acquired Fundamental Human Rights status.

The active political performance and participation of the citizen in the political decisions of the State are related to Fundamental Human Rights because the categories go hand in hand, that is, they have as their assumption the condition of being human. For this reason, Citizenship and Fundamental Human Rights need a joint appreciation for the unveiling of their meanings.

¹⁰ HABERMAS, J. "Cidadania e identidade nacional (1990)". en *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 298.

¹¹ DALLARI, DA. "Estado de Direito e cidadania". en GRAU, ER; GUERRA FILHO, WS. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 198.

¹² VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 27.

The human being, for having rights inherent to its nature, irrevocable in character, imprescriptible, inalienable and universal, needs an "existential minimum" that is linked to Citizenship, when "released from the yoke of the Public Power, now calls for a new way of protecting his dignities, as it is, the satisfaction of minimum needs to have dignity"¹³. In this way, the Democratic Rule of Law is responsible for guaranteeing a dignified life for all citizens, playing a fundamental role about the realization of rights such as education, work, housing, health, among others.

The conquests of the bourgeois struggles that originated the Declaration of Human Rights in France, England, and the United States, established the concept of Citizenship in modern times. If previously, the principle of legitimacy was based on the duties of the subjects, from these events, it started to be based on the rights of the citizen¹⁴. Still, in the present moment, the exercise of Citizenship is a concept of permanent construction, because it represents one of the achievements of the human civilizing process e, that is why, it changes its conceptualization¹⁵ and scope with the passage of time and the development of History, to quote World War II, the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the emergence of the Social Welfare State, as a maximum expression of social rights and more collective and egalitarian principiological parameters. Like this,

According to general guidelines since the beginning of the 19th century, only those who fulfill the requirements established by law to guarantee such a category are citizens, and citizenship rights themselves are strictly indicated in law [...] One must keep talking about citizenship because it is a useful concept, linked to the ideas of freedom and equality of human beings and fullness in the acquisition and enjoyment of rights, especially those of interest to the community; but without losing sight of the fact that as long as people are excluded from citizenship, democratic society cannot exist. Defend the human person, and the citizen will be defended.¹⁶

The Citizenship category is not articulated in the field of personality, as it can only have its meanings unveiled if it is experienced in society, daily, because Citizenship presupposes genuinely close and human relationships. It is not a question of considering Citizenship as an immutable category, as it represents the result of transformations, the evolution of rights and duties in each era. It is evident, therefore, that the concept of Citizenship, initially, had a character of state linkage. However, with social changes, Globalization, and Transnationality, Citizenship is now seen with broader characteristics. In this sense, Braga explains that Citizenship:

[...] it can be defined as a set of rights that can be grouped into three elements: the civil, the political, and the social, which did not appear simultaneously, but yes, successively, from the 18th century to the 20th century. The civil element is composed of those rights related to individual freedom: the right to come and go, freedom of the press and thought, the discussed right to property, in short, the right to justice (that must be the same for everyone). The political element understands the right to exercise political power, even indirectly as a voter. The social element comprises both the right to a minimum standard of economic well-being and security, as well as the right of access to cultural goods and the so-called "civilized life", that is, it is the right not only to material well-being but to the cultural.¹⁷

Citizenship is the condition of an individual who lives in society. For it to be carried out, it is necessary to have a democratic political order, capable of guaranteeing the

¹³ ARAÚJO, LAD; NUNES, VS. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 115.

¹⁴ BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 3.

¹⁵ In this regard, Bolognino points out that "*La cittadinanza, e la tenzone al suo acquisto, non può, dunque, risolversi in una mera rivendicazione di diritti. La cittadinanza deve, invece, portare all'integrazione e alle responsabilità comuni. Questo obbietto può esse perseguito com l'amazione di um processo continuo di integrazione, ache attraverso esperienze partecipative, che consenta di sviluppare sai la dimensione personale dei diretti, sai la dimensione solidale e responsabile dei doveri*". BOLOGNINO, Daniel. "Le nuove frontiere della cittadinanza sociale". en MARTIN, G. *Democrazia Partecipativa e Nuove Prospettive della Cittadinanza*. CEDAM: Milano, 2010. p. 95.

¹⁶ DALLARI, DA. "Estado de Direito e cidadania". en GRAU, ER; GUERRA FILHO, WS. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 198-199.

¹⁷ BRAGA, R. *Qualidade de vida urbana e cidadania*. Território e cidadania, UNESP, Rio Claro, n.2, julho/dezembro, 2002. p. 2.

exercise of freedoms¹⁸. It turns out that, currently, a new scenario is faced with the exercise of Citizenship. The characteristics of today's Citizenship represent a possibility for a more comprehensive exercise. It is the social status that is expressed in the human capacity to participate fully in political, economic, and cultural life. However, in the face of a transnational and globalized society, the scope of the category must be global and no longer restricted to the old nation-states or sovereign-states.

As Citizenship has extrapolated the bond of the old nation-state and is not restricted to the rights of the personality, a new configuration can be visualized, as it is not only considered the individuality of being, but a social set that gives rise to the bond of belonging and recognition, with each other. The category went from a vertical relationship (individual and nation-state) to a horizontal transnational perspective, which comprises the individual's relationship with the environment in which he lives. For this reason, the legal content of Citizenship is resized and in constant construction.

In the past, Citizenship corresponded only to the bond of belonging between individual and nation-state, today this condition is extended, in the face of everyday challenges and new contemporary lifestyles. The historical resumption is important to understand the paths that have been climbed so that citizenship status can be resized today. From a postmodern perspective of law, as a social phenomenon, it is highlighted that one cannot conceive of a "right with eyes closed"¹⁹. In this way, new scenarios give rise to new legal and legal approaches regarding Citizenship. In this configuration of the world, the citizen is fundamental in the construction of a more just and egalitarian society. He is the social actor responsible for his development, for his evolution, for the direction, for the fate of his species.

The broad scope of the concept of Citizenship guarantees its ownership and exercise, but not only in a determined geographical space, but in a planetary dimension. Supporting a universal Citizenship, at this point, is not a utopia, but a reality already experienced by the formation of political, social, and economic blocs around the world. In integration, cohesion and unity are perspectives that enable an expanded Citizenship bias, with an ecological focus, which is not limited to the nation-state, but to the set of countries that unite for the same objectives. The Citizenship dimension, focused on the environmental issue, is a political-legal category that encompasses rights and duties directed at all citizens, in a global condition

3. Citizenship: a new signification

The legal definitions of the Citizenship category are relevant concerning the effectiveness and normativity of constitutional precepts in the face of the new world reality. Nowadays, Citizenship is a multifaceted category, which concerns rights and duties before the State, other citizens, and the environment in which they live. Besides, the phenomenon of Globalization and Transnationality contributed to this redefinition.

When considering the concept of Citizenship from the Brazilian reality, it is clear that it is a political element present in the Federal Constitution of 1988, which suffered, during the civilizing process, changes regarding its conceptualization. The category is linked to freedom, the conquest of the vote, participation in the democratic process, and the political game of the State, in addition to the recognition of one human being in the other, to the dignified experience of the subjects in the same time and space. The meaning of the concept of Citizenship, as well as its

¹⁸ PÉREZ-LUÑO, AE. *Ciudadanía y deficiencias*. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 25, 2002. p. 162.

¹⁹ CUNHA, PF. *Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 61.

exercise, involves a broad context that needs to be considered for its understanding, clarification, and effectiveness.

Currently, the meaning of Citizenship goes beyond the maxim "the right to have rights" - as Arendt has already warned²⁰ -, as citizens have not only rights but also duties. The exercise of Citizenship entails responsibility, effective participation, awareness of voting, compliance with legal provisions, control of government activity, interest in social directions, and the exercise of Democracy²¹. In this line of thought, Citizenship also "[...] refers to civic virtue, which civil society can foster in the public sphere, to prevent state and market abuses and to exercise the role of an individual in this sphere"²².

Based on these reflections, being a citizen does not constitute only the individual's belonging to the nation-state actively and passively, but especially establishes obligations and rights concerning the relationship between citizens and the State. From this perspective, "Citizenship rights and obligations exist, therefore, when the State validates Citizenship rules and adopts measures to implement them"²³.

The nation-state tends to decline its classic delimitation, passing through a new space of Citizenship. It is a global space in which "[...] the universal consecration of human rights underlines the transition from Citizenship linked to individual rights to Citizenship due to the universal person"²⁴. The new concept of Citizenship is linked to these changes, as well as to the rights acquired historically, which appear as vectors for the exercise of Citizenship.

Since the emergence of its universal conception in the 20th century, new values have been radiated, and in this way, the legal content of the Citizen condition has acquired a new characteristic. For this reason, Citizenship, today, has many wider ranges. The category needs to follow the evolution of the world so that its legal content is not emptied and outdated.

For Comparato²⁵, an important measure for the constitution of a universal Citizenship would be the recognition of the active legitimacy of private persons, in the defense of human rights of the third generation, this is, those whose object is assets or interests of a transnational nature, how to maintain ecological balance. Over time, social reality gives rise to new legal protections that concern human rights. In this bias,

²⁰ In addition to Arendt, Bolognino clarifies that the "[...] *concetto di cittadinanza tradizionalmente è "diritto ad avere diritti", ha subito delle trasformazioni*". BOLOGNINO, Daniel. "Le nuove frontiere della cittadinanza sociale". en MARTIN, G. *Democrazia Partecipativa e Nuove Prospettive della Cittadinanza*. CEDAM: Milano, 2010. p. 75.

¹³ "Democracy is an expression from the Greek demos," people ", and Kratos," authority ". It means, quite clearly, the government of the people, for the people, for the people. Since its emergence in Athens, Democracy has gone through three great historical moments of political thought, concerning Classical, Medieval and Modern Theories. According to Bobbio, "according to Classical Theory, democracy is the form of government by which power is exercised by all citizens legally considered to be so, in contrast to the monarchy and the aristocracy, regimes in which the government is responsible, respectively, for one and a few. Medieval Theory, of Roman origin, adds the element of sovereignty to the power of the people, which becomes representative or is derived from the power of the prince. Finally, Modern Theory, or Machiavelli's Theory, distinguishes the basic forms of government: the monarchy and the republic, equating the latter with democracy". BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 319.

²² LEMOS, A; LÉVY, P. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010. p. 38.

²³ VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 36.

²⁴ VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 47.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. "A nova cidadania." *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 28-29, 1993, p. 199.

[...] human rights, however fundamental they may be, are historical rights, that is, born in certain circumstances, characterized by struggles in defense of new freedoms against old powers, and born gradually, not all at once and not at all. once and for all²⁶.

This condition allows the emergence of new rights due to the historical moment experienced by society, whose Fundamental Rights are not a taxing and closed catalog, but, rather, subject to change and expansion according to the needs of the new times²⁷.

New resignifications of social characteristics and the State itself give rise to a readaptation of the concept that, like the human rights themselves, can also be renewed.

Despite new resignifications, Arnaud²⁸ explains that society is composed of citizens who distinguish themselves from one group to another, from one culture to another, transcend the borders of countries and foster a "global neighborhood". In the same sense, Casse²⁹ defends the idea of global legal order, based on a transnational condition. Garcia, in the same terms, uses Habermas to explain that, according to this author, it is necessary:

[...] the construction of new spaces from the perspective of expanding the sphere of influence of the experience of democratic societies beyond national borders. [...] along the paths of an internal policy aimed at the world in general, that is, open to a cosmopolitan legal order, capable of functioning without the structure of a world government.³⁰

It is for this reason that the reframing of Citizenship today gives rise to a global and planetary bias, based on the idea of human rights in all its dimensions. During these phenomena, it is demanded to revisit some legal, political, and social concepts, such as Citizenship³¹. In this line of thought Pérez-Luño, teaches that:

Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinados una nueva forma de ser ciudadano em el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuro también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.³²

The author supports the emergence of a new rule of law, with new ways of exercising Citizenship and which will characterize the relations between State and citizen in the 21st century, which, little by little, is already taking shape. Citizenship rights must be universal, guaranteed by law, and extended to all who affirm equality and balance rights and duties, within certain limits.

The renewal of the concept of Citizenship occurs, as today citizens around the world are closer. The idea of Citizenship is still restricted to exercising rights and duties within territorial limits, but this certainty tends, more and more, to be relativized,

²⁶ BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

²⁷ For Locchi, this phenomenon is evidenced by the promulgation of post-war Democratic Constitutions, which began to contemplate new themes, including the environmental one, in the face of the new social reality. For the author, "the movement "State towards society" has been deeply marked by two extraordinary events occurred in the 20th century. The first one is the adoption of democratic Constitutions after the Second World War. While liberal constitutions (in particular, the part dedicated to the Bill of Rights) were inspired by an individualistic conception, with an abstract individual as the unitary subject in the state of nature, the new constitutions reflect the (economic, social, cultural, religious) pluralism of states in the second half of the 20th century. Therefore, in addition to the protection of citizens against arbitrary power, democratic constitutions now deal with both persons and "intermediate communities" and recognize principles and rules on education, religion, economics, health, environment, work and property". (LOCCHI, 2014, p. 81).

²⁸ ARNAUD, AJ. *Governar Sem Fronteiras*. Entre globalização e pós globalização. Crítica da Razão Jurídica. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007. p. 235.

²⁹ CASSESE, S. *Oltre lo Stato*. Bari/Roma: Laterza, 2006.

³⁰ GARCIA, ML. "Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar." en CRUZ, PM; STELZER, J. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 173.

³¹ In fact, for Aquino, it is also necessary "[...] reorganize the fundamental precepts of State, Law and Politics to understand the new links - theoretical and practical - which allow a greater cultural approach" (2010, p. 124-125).

³² PÉREZ-LUÑO, AE. *La tercera generación de los Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006. p. 35.

both by contemporary transnational phenomena and by the characteristic of the category to be a process in constant construction.

Citizenship needs to be understood as a way of incorporating individuals and groups into the social context and no longer just as a set of formal rights, in which its exercise is limited to the old nation-state. For this reason, Citizenship is resized, as its characteristics have changed. With the advent of Globalization and Transnationality, the very concept of the State and its functioning demand a redefinition. In the same sense, the integration factor, in this challenge, raises the level of commitment of those involved, affecting an intercommunity character, that is, a new world order³³. Therefore, it is a concept that concerns access to rights guaranteed by local, national, or transnational institutions.³⁴

Faced with this scenario, Citizenship is a foundation that needs to be searched, considering its transnational character and that goes beyond border limits. Citizens are insisted on space so that it enables the democratic game and can continue to participate in the direction of its nation-state, but, beyond a right and a duty, the Citizenship category must, in its transnational perspective, foster bonds of responsibility with their peers, whether they are considered citizens or not.

Civil and political rights, as guarantees of participation in the democratic process, are the premises that characterize the classic liberal notion of Citizenship. What is called attention in this research is the need for a reflection on models of Citizenship that go beyond the traditional concept and that denote a configuration based on Globalization and Transnationality.

It is observed how the Citizenship of a transnational character adds new possibilities and appears as the most coherent model today, facing the challenges of the 21st century. This is the focal point of this research, as the concept of Citizenship is resized to a broader perspective. Human Rights are respected, whatever the subject's origin, as the criteria become the condition of human beings, and not exclusively the political link to the nation-state of origin.

Currently, new outlines are acquired, and revisiting the liberal concept of Citizenship is not to weaken its meaning, but rather to recognize the need for bonds that expand, beyond the borders between countries and beyond the provisions of classic concepts. At the moment, this category does not go back only to political rights. It continues to guarantee the participation of the popular in the designs of the State, concretizing Democracy in a plural³⁵ and multicultural environment, but it also appears as a criterion of union between human beings regardless of their nationality.

If the social dynamics currently encompasses all countries, the phenomenon of transnationality requires new experiences and new concepts, in the sense of integration and the exercise of Citizenship. So, "[...] only a democratic citizenship that does not close in a particularist sense, can pave the way for a status of citizen of the world"³⁶ and with multilateral characteristics.

³³ The civilizing process allowed women and illiterates, for example, to start exercising Citizenship, expanding their concept, with the possibility of voting and being voted as elected representatives. This transformation of the democratic process and the importance given to the sovereign power of the people, covering all citizens, was not observed in the Greek polis and the French Revolution, for example.

³⁴ VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 48.

³⁵ In a pluralistic society, the constitution expresses a formal consensus. "Citizens want to regulate their coexistence according to the principles that can find everyone's reasoned assent [... Each man and woman must be subject to triple recognition, that is, they must find equal protection and equal respect in their integrity: as irreplaceable individuals, as members of an ethnic or cultural group, and as citizens, or members of a political community." HABERMAS, J. "Cidadania e identidade nacional (1990)". en *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 284-285.

³⁶ HABERMAS, J. "Cidadania e identidade nacional (1990)". en *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 304.

If for a long time the linguistic use of the term citizenship referred to a unique and exclusive link between the individual and the State, in the current circumstances it is possible to admit a plurality of citizenship. In other words, replace unilateral citizenship with multilateral citizenship³⁷.

Thus, civic values are expanded and converge to common minimum levels for coexistence, to enable political and legal strategies at the global level, and not only in the contours of the nation-state.

This new role to be played by the citizen of the world expands the civic values to be realized and provides opportunities for participation in the plural scenario, as it contributes to the formation of the individual's identity. The right to participate in the destinies of society, in what Bobbio³⁸ calls the right to democracy is maintained, but when it comes to a global perspective, the ability to tolerate, respect, and integrate different cultures is necessary, providing the inclusion of members of society and not an element that intensifies what is differentiated.

4. Global citizenship as a legal alternative for political and territorial limits

Faced with a globalized society, the concept of Citizenship expands, to accompany social evolution. Citizenship, par excellence, refers to the rights³⁹ and duties of each human being before the nation-state. An individual's active political participation unveils his ability to transform public space beyond the limits of the nation-state and constitutional norms.

In this sense, Bauman's⁴⁰ reflections regarding the migratory phenomenon are important. For this author, the new patterns of global migration are divided into three migratory waves. The first followed the tripartite logic (TRJ): territoriality of sovereignty, the identity of roots, and gardening posture. It emigrated from a "modernized" center (a place of intense construction of order and progress) to empty lands (lands whose native populations could be crossed out from modernized calculations). The second migratory wave is a case of "empire migrates to the metropolis" and can be seen in the dismantling of colonial empires and the consequent displacement of indigenous peoples in various phases of cultural advance towards the metropolises following their superiors.

Bauman points out that the drama of the "empire migrates to the metropolis" tried to act within the framework of the now outdated TRJ syndrome, but with little success. The third wave of modern migration, which is underway, leads to diasporas. They are archipelagos of ethnic, religious, linguistic settlements intertwining the world. The difference in today's migration from the previous phases is the fact that it occurs in a double direction since almost all countries are simultaneously immigration and emigration hubs. The other difference lies in exploding the TRJ syndrome and replacing it with the EAC triad - extraterritoriality, anchors, and hunting.⁴¹

This scenario signals a question mark in the link between identity and citizenship, individual and place, neighborhood and belonging, as well as the exercise of the "art of living with differences". Still, the idea of "human rights", launched in the scenario of the EAC triad to replace or complement the institution of the TRJ triad, of the

³⁷ CADERMATORI, DML. "Limites e Possibilidades de uma Cidadania Transnacional: uma apreensão histórico-conceitual". en CRUZ, MP; STELZER, J. *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 143.

³⁸ BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 18.

³⁹ Regarding rights, Leff points out that the environmental issue contributed to expanding the framework of civil, political, economic and cultural rights. Legal systems have been incorporating several aspects related to the management of "common goods". Thus, within the new rights of solidarity, the right of all men to benefit from the common heritage of humanity was included. LEFF, E. *Ecologia, Capital e Cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2009. p. 173.

⁴⁰ BAUMAN, Z. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

⁴¹ BAUMAN, Z. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 181-183.

identity determined by territoriality, today translates into "right to be different". The new notion of human rights sediments tolerance, but still leaves something to be desired about the solidarity that, therefore, needs to be consolidated. The new translation of the idea of human rights dismantles hierarchies and destroys the image of "progressive cultural evolution".⁴²

For these situations to be faced in everyday life, civilizing values - which directly reflect the democratic ideals present in modern societies - need to be rescued. For this reason, the Aesthetics of Alterity is insisted on as a way to configure a new social dynamic, under penalty of Humanity succumbing to the excessive elimination of the Other.

Concerning Citizenship, it was highlighted in this research that the constitutional normative force determines its conceptualization, however, its deontological scope is determined by the values⁴³ that are dear to citizens in a given social context. In this sense, for Aquino⁴⁴, Citizenship assumes a community aspect, that is, the category does not have only an individualistic quality. This conception enables social unity through Citizenship, to the detriment of the limiting and exclusive link with the nation-state, strengthening human relations from a dialogical perspective, between the local and planetary dimensions. This perspective is the unveiling of the current historical panorama, which, in contemporary times, demands a meaning of global citizenship⁴⁵.

It is important to highlight that in each type of state regime, the concept of Citizenship can advocate rights and obligations in a different way. For liberalism, "[...] the relationship between rights and obligations is essentially contractual, with a strong load of reciprocity: each right corresponds in general to an obligation."⁴⁶ Citizenship, in this way, is not related to characteristics that determine their identity, but rather, how the individual should have support for the exercise of their freedoms. For this reason, he is also responsible for the realization of his rights.

In a line of communitarian (and solidary) thinking, about Citizenship, obligations are prioritized given the exercise of rights, that is: rights are conferred as a series of obligations are fulfilled. In both liberalism and communitarianism, citizenship has a normative role, but with different characteristics. It is explained: in the liberal view, Citizenship is an accessory, not a value in itself. In the communitarian view, individuals are members of units larger than themselves, and one of them is the political community⁴⁷.

Participation is very important in this perspective. It strives to balance collective, individual rights and obligations. But these three theories presented by Vieira generate a conflict regarding the rights and obligations related to Citizenship because in liberal theory, rights have priority over duties; in communitarian theory, obligations are prioritized over rights, while for social democracy, rights and obligations must strike a balance.

On the other hand, from a nationalist perspective, Citizenship is related to the formation of a national conscience, providing a link to a nation-state. At this point, the reflection brought in this research proposes a remodeled Citizenship, given the

⁴² BAUMAN, Z. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 184.

⁴³ For Ferrer, from a global citizenship perspective, the values are: *Responsabilidad - Compromiso - Solidaridad - Equidad - Honestidad*. (FERRER, 2012, p. 324).

⁴⁴ AQUINO, SR. *Rumo à Cidadania Sul Americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL, a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade*. Tese de Doutorado. Itajaí-SC, 01 de março de 2013. p. 282.

⁴⁵ Thus, our commitment, as a citizen in this globalized society, it is a clearer and broader view with environmental quality for a present and near future, where the man will have the opportunity his turn and voice, in view of not the space close to the action, but also the planetary horizon. (FREIRE, P. *Pedagogia da indignação*. São Paulo: Editora UNESP, 2000. p. 66.

⁴⁶ VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 37-38.

⁴⁷ VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 39-40.

global reality, which has accelerated the erosion of the homogeneity of a Citizenship characterized within the limits of the nation-state. Citizenship preserves the identity of each individual with their own culture, respecting differences and seeking to include minority groups in the social body.

Although this new model encounters barriers to implementation, it is necessary to make this new way of thinking viable, with the perspective of including and recognizing pluralities and minorities, as the maximum expression of non-discrimination and Democracy. However, the modification of the bond of the citizen and the State from unilateral to multilateral, lead to the participation of "citizens of the world"⁴⁸, if there are conditions such as freedom and equality for such an aspiration. In addition to this argument, it is verified how the formation of international blocs are elements that add up in the sense of expanding and enabling the engagement of these citizens to face the present challenges. For Ferrer:

En su concepción tradicional, la ciudadanía está ligada a la nacionalidad y consiste en el conjunto de competencias, derechos y obligaciones que permiten a un sujeto la participación activa en la vida político-social de una comunidad. Sin embargo, "las exigencias cívicas y sociales que caracterizan el mundo actual hacen que el concepto tradicional de "ciudadanía", ligado básicamente al de "nacionalidad", resulte claramente restrictivo e insuficiente. El fenómeno de la globalización, la progresiva multiculturalidad y las desigualdades entre Norte y Sur, entre otros factores, nos obligan a avanzar hacia un concepto de ciudadanía más amplio y global. Un concepto que favorezca la integración e inclusión de las personas en la sociedad actual y que estimule la participación ciudadana desde los principios de democracia y corresponsabilidad. En definitiva, una ciudadanía "global", crítica e intercultural, activa y responsable" [...] La ciudadanía "nacional" normalmente no se escoge, sino que viene dada, la global es fruto de una opción. Es fruto de la decisión consciente de convertirse en sujeto activo y protagonista de este proceso civilizatorio. De la determinación de compartir solidariamente esfuerzos y esperanzas con millones de personas que, a lo largo y ancho del mundo, se van sumando a la tarea, olvidando las diferencias que interesadamente nos decían nos separaban y destacando nuestra absoluta y esencial identidad."⁴⁹

It is from the understanding of citizenship as a situation capable of bringing all citizens closer together as citizens of the world that it proves to be important to reflect on citizenship as a means of strengthening and humanizing relations between human beings, regardless of nationality, culture, religion or political opinion.

The migratory phenomenon, especially today, is observed daily. However, many lives are lost in the quest to enter countries capable of offering better working conditions. What happens is that, due to state borders, circulation is not free and this situation further aggravates the ills of these people who are already weakened in some way or another, that is: beyond border barriers, there are discriminatory limits that make these humans, when they manage to enter the physical space, cannot feel part of that place, because they are considered as human beings worthy of legal or / and political protection. This is what Bauman explains:

For the inhabitants of the First World, the borders of States were broken down, as they were for goods, capital, and finance. For the inhabitants of the Second World, the walls constituted by immigration controls, residence laws, the "clean streets" and "zero tolerance" policy became higher; the ditches that separate them from places of desire and dreamed redemption have become deeper, while all bridges, as soon as you try to cross them, drawbridges are revealed. The former travel at will, have a lot of fun traveling (particularly if they go first-class or on a private plane), are flattered and seduced to travel, always being welcomed with smiles and open arms. The seconds travel on the sly, often illegally, sometimes paying for an overcrowded third class, on top of that they are looked at with disapproval when not arrested and deported when they arrive.⁵⁰

It turns out that the immigrant is seen as a bastard. He is considered neither a citizen nor a foreigner. He feels uncomfortable everywhere, both in his original society and in his "receiving" society. In this way, it obliges to completely rethink the question of

⁴⁸ CORTINA, A. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 19.

⁴⁹ FERRER, GR. "Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?" *Novos Estudos Jurídicos*, 17(3), 2012. p. 324.

⁵⁰ BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997. p. 27.

the legitimate foundations of citizenship and the relationship between the State and the Nation or nationality.⁵¹

With this, what is seen is that the migratory phenomenon will not cease to exist, because everyday people feel more free to seek better living conditions, moving to other places. This situation is important, but it is still necessary to overcome prejudices, through tolerance. Every human being deserves to be respected and for that reason, with the action of law to seek the affirmation of global citizenship, such prejudices can no longer be tolerated; every citizen can feel like a citizen of the world, providing, with that, the real sense of humanity present in each being

5. Conclusion

More and more the concepts of Law are rethought and provide new debates due to the transformations that occur in society and the world. Techno-scientific development, the rapprochement between people - be it temporal, geographical, or cultural - and the world wide web were some of the factors that allowed this new world condition.

Human beings are closer; however, they still lack a condition of humanity. This condition can be pursued through solidary and tolerant attitudes. These attitudes are capable of providing a more democratic environment for peaceful coexistence between people who are essentially different and cannot be deprived of this freedom of being.

The democratic environment is capable of providing a structure in which the realization of popular sovereignty is effective. Fundamental Human Rights confront abuses in the relationship between citizen and state. For this reason, it is emphasized that Citizenship is the vector for the exercise of Fundamental Human Rights. On the other hand, Citizenship is a concept that can be expanded due to the passage of time and also to historical events resulting from the civilizing process. From the expansion of the concept of the category and its relationship with Fundamental Human Rights, restrictions do not succeed. The idea of Citizenship is an idea that refers to Human Rights since its history is confused with the history of struggles and the liberation of Man.

Nowadays, with greater instruction from the facilitation of the construction of knowledge, one must be aware of the rapprochement between cultures and peoples. Therefore, tolerance is a measure to understand that global citizenship can be an alternative to solve problems derived from migration. All human beings deserve to be treated with respect. As a result, if they do not find good living conditions in their countries of origin, they must be free to move without being discriminated against as a result, however, this is not the reality. The reality is still that of intolerance and discrimination, However, it is necessary to insist and not give up a possible utopia of all human beings, can, someday be treated with respect for their dignity in equal measure and it is in this sense that the development of the concept of global citizenship can be a potentialize of this process.

References

ALMEIDA, GA; APOLINÁRIO, SMOS. *Direitos humanos*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁵¹ BOURDIEU, P. "A imigração ou os paradoxos da alteridade". en SAYAD, A. *A imigração*. São Paulo: Edusp, 1991. p. 91.

- AQUINO, SR. *Rumo à Cidadania Sul Americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL, a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade*. Tese de Doutorado. Itajaí-SC, 01 de março de 2013.
- AQUINO, SR. "Estado de Direito e Estado Constitucional: qual o devir de sua função social contemporânea diante da globalização econômica?" em PASOLD, CL (org). *Primeiros Ensaio de Teoria do Estado e da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2010.
- ARAÚJO, LAD; NUNES, VS. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2005.
- ARENDT, H. *A Condição Humana*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- ARNAUD, AJ. *Governar Sem Fronteiras*. Entre globalização e pós globalização. Crítica da Razão Jurídica. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.
- BAUMAN, Z. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- BOBBIO, N. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, N. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BOLOGNINO, Daniel. "Le nuove frontiere della cittadinanza sociale". em MARTIN, G. *Democrazia Partecipativa e Nuove Prospettive della Cittadinanza*. CEDAM: Milano, 2010.
- BOURDIEU, P. "A imigração ou os paradoxos da alteridade". em SAYAD, A. *A imigração*. São Paulo: Edusp, 1991.
- BRAGA, R. *Qualidade de vida urbana e cidadania*. Território e cidadania, UNESP, Rio Claro, n.2, julho/dezembro, 2002.
- CADERMATORI, DML. "Limites e Possibilidades de uma Cidadania Transnacional: uma apreensão histórico-conceitual". em CRUZ, MP; STELZER, J. *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CASSESE, S. *Oltre lo Stato*. Bari/Roma: Laterza, 2006.
- CÉSAR, A. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: EDUFMT, 2002.
- CHEVALLIER, J. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. "A nova cidadania." *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 28-29, 1993, p. 199.
- CORTINA, A. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2005.
- CRUZ, PM. *Da Soberania à Transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI*. Itajaí, (SC): UNIVALI, 2011.
- CUNHA, PF. *Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DALLARI, DA. "Estado de Direito e cidadania". em GRAU, ER; GUERRA FILHO, WS. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DALLARI, DA. *Direitos Humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 2004.
- FARIAS, DG; AQUINO, SR. "O Devir da Cidadania Mundial e sua Engenharia Social no Século XXI: Reflexões". *Cadernos Zygmunt Bauman*, 3(5), 2013, p. 19.
- FERRER, GR. "Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿construimos juntos el futuro?" *Novos Estudos Jurídicos*, 17(3), 2012.
- FREIRE, P. *Pedagogia da indignação*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- GARCIA, ML. "Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar." em CRUZ, PM; STELZER, J. *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011.

- GRUBBA, LS. *Direitos Humanos e Desenvolvimento Humano*. Curitiba: Prismas, 2017.
- HABERMAS, J. "Cidadania e identidade nacional (1990)". em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LEFF, E. *Ecologia, Capital e Cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2009.
- LEMONS, A; LÉVY, P. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.
- LEVI, L. *Crisi dello Stato e Governo del Mondo*. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005.
- LIPOVETSKY, G. *El Crepúsculo del Deber*. Barcelona, Anagrama, 1998.
- LOCCHI, MC. "Brief reflections on legal pluralism as a key paradigm of contemporary law in highly differentiated western societies". em *Revista Brasileira de Direito IMED*, 10(2), 2014, p. 74-84.
- MARSHALL, T. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MAZZUOLI, VO. "Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988". *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, 1(4), 2001.
- NASCIMENTO, EMS; GONÇALVES, SL. "Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI". *Revista de Direito Brasileiro IMED*, 10(2), 2014.
- PASOLD, CL. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 12.ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- PELLENZ, M; SANTOS, D. "A responsabilidade da pessoa humana pela preservação ambiental e melhoria da vida: reflexões constitucionais". *Revista Eletrônica Direito e Política*, 10(1), 2015.
- PENA, RFA. *Migrações Internas no Brasil*. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/geografia/migracoes-internas-no-brasil.htm> Acesso em 5 de dezembro de 2014.
- PÉREZ-LUÑO, AE. *Ciudadanía y deficiones*. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho*. Alicante, n. 25, 2002.
- PÉREZ-LUÑO, AE. *La tercera generación de los Derechos Humanos*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.
- PINSKY, J; PINKY, CB. (orgs.). *História da Cidadania*. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2005.
- ROSENFELD, DL. *O que é democracia*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- RUIZ MIGUEL, A. "Ciudadanía y derechos". em ÁLVAREZ GÁLVEZ, I et al. *Teoría de la justicia y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2008.
- SANTOS, RB. *Migração no Brasil*. São Paulo: Scipione, 1994.
- VIEIRA, L. *Cidadania e globalização*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

Compartilhamento e tratamento de dados pessoais pelo setor público no Brasil: uma análise do Decreto n. 10.046/2019

Sharing and processing of personal data by the public administration in Brazil: analyse of Decree n. 10,046/2019

Gilson Delgado Miranda¹

Erika Doria²

Liliane Mageste Barbosa³

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Proteção de dados pessoais como direito fundamental. 3. O uso de cadastros de dados pessoais pelo setor público no direito comparado: como a experiência de outros países pode auxiliar a compreensão da problemática sob análise? 4. O arquétipo normativo brasileiro. 5. Compartilhamento de dados no âmbito da administração pública. 6. Conclusão. 7. Referências.

Resumo: Diante de um contexto de avanços na tecnologia da informação, os quais impactam em diversos aspectos da vida em sociedade, o presente artigo objetiva examinar o tratamento e o compartilhamento de dados pessoais pela Administração Pública no Brasil, feitos sob a justificativa da necessidade de elaboração e execução de políticas públicas. A análise será feita em cotejo com o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o arquétipo protetivo trazido pela nova legislação de proteção de dados brasileira. Os pontos levantados permitirão demonstrar incompatibilidades do Decreto n. 10.046/2019 com a Constituição da República de 1988 e com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018).

Palavras-chave: dados pessoais, tratamento, compartilhamento, políticas públicas.

Abstract: In the context of advances in information technology, which impact on several aspects of life in society, this article aims to analyze the processing and sharing of personal data by the Public Administration, under the justification of the need to prepare and implement public policies. The analysis will be performed considering the fundamental right to the protection of personal data and the protective archetype resulting from the new Brazilian legislation regarding data protection. The points raised will highlight incompatibilities of Decree No.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1988). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Professor assistente-doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-diretor da Escola Paulista da Magistratura - EPM, eleito para o biênio 2022/2023. Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

² 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). Defensora Pública do Estado de São Paulo.

³ Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

10,046/2019 with the Constitution of the Republic of 1988 and the General Data Protection Law (Law no. 13,709/2018).

Keywords: personal data, processing, sharing, public policies.

1. Introdução

Com a ascensão do Estado de Bem-Estar Social, a partir do século XX, principalmente, o poder público adquiriu novas responsabilidades relacionadas à promoção de direitos fundamentais, as quais exigem uma atuação positiva voltada ao planejamento, organização, coordenação e execução de políticas públicas que assegurem à população a educação, a saúde, o lazer e demais direitos. Para o adequado dimensionamento dessas medidas, imprescindível a realização de censos e coleta dos mais variados dados, o que garantirá sua eficácia e economicidade, notadamente, em um cenário de recursos limitados.

O período inaugurado pelo século XX também se caracteriza pela contínua evolução das tecnologias da informação, que passaram a permitir o tratamento de dados de maneira cada vez mais veloz, sofisticada e personalizada, atendendo às necessidades de diversos setores.⁴ Observa-se que os dados pessoais adquiriram manifesta relevância no contexto da sociedade contemporânea, sendo indiscutível que o seu uso propicia o desenvolvimento econômico e social. Especificamente na esfera pública é notável a importância de tais tecnologias em diversos campos, como o da elaboração de políticas públicas e o da segurança nacional.

No entanto, não se pode olvidar que o uso das informações veiculadas pelos dados pessoais possibilita o acesso a diversos aspectos da individualidade.⁵ Tal conjuntura é agravada pelo fato de, muitas vezes, o fornecimento desses dados ser condição *sine qua non* para a utilização de bens e serviços, situando o titular em uma posição de maior vulnerabilidade. A constatação dessas circunstâncias inaugurou uma nova preocupação para o Direito, no sentido de corrigir (ou, ao menos, atenuar) as distorções entre as partes de uma relação jurídica que envolva o tráfego de informações.

Assim, a partir da percepção de que o tratamento de dados pessoais não deve ocorrer de forma indiscriminada, diversos ordenamentos jurídicos passaram a se debruçar sobre o assunto, criando sistemas normativos que informam balizas para uma boa governança e boa procedimentalização na atividade de tratamento de dados.

Historicamente, a doutrina considera que a primeira norma sobre o tema teria sido promulgada em 1970 no Estado de Hesse, na Alemanha. Desde então, a matéria, fruto de intensas discussões, ganhou institutos e conceitos próprios, a exemplo da

⁴ No presente artigo, os autores destacam as tecnologias diretamente voltadas ao tratamento de dados pessoais, que se tornaram mais relevantes no século XX. Contudo, não se olvida a célebre obra de Samuel Warren e Louis Brandeis, "*The Right to Privacy*", de 1890, em que se consolidaram bases doutrinárias para o desenho do direito fundamental à privacidade, como o direito de ser deixado só ("*right to be let alone*"). Ressalta-se que os autores demonstraram o vínculo entre a privacidade e o avanço tecnológico, no sentido de que quanto mais avançada a tecnologia, maior será a facilidade de invadir o espaço privado dos cidadãos. WARREN, S. BRANDEIS, L. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, 1890 Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em 19 set. 21.

⁵ Diante de tecnologias que realizam o agrupamento de dados e a criação de perfis dos titulares (*profiling*), entende-se que o fornecimento de qualquer dado poderá vir a afetar a individualidade, visto que o cruzamento de informações possibilita o acesso a circunstâncias que, eventualmente, o indivíduo tenha desejado não divulgar a um determinado agente.

necessidade de se estabelecer direitos aos cidadãos, facilitar o fluxo de informações entre países e mitigar os riscos advindos das operações de tratamento de dados. Hoje, a regulamentação normativa está presente em cerca 140 países.⁶

No Brasil, o arcabouço normativo abrange normas como o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/1990), a Lei do Cadastro Positivo (Lei n. 12.414/2011), a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), o Marco Civil da Internet (Lei n. 13.965/2014) e, mais diretamente, a novel Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), que entrou em vigor a partir de setembro de 2020. Outrossim, recentemente, a Emenda Constitucional n. 115/2022 foi aprovada para incluir no rol de direitos fundamentais do artigo 5º o direito à proteção dos dados pessoais.⁷

Diante desse contexto, o presente artigo visa analisar um aspecto específico do tratamento de dados pessoais, consistente no compartilhamento destes na esfera pública, sob a justificativa de necessidade de elaboração e execução de políticas públicas. Também será objeto de estudo a legalidade e constitucionalidade do Decreto n. 10.046/2019, que, além de tratar do compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal, institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Buscar-se-á demonstrar quais são os limites a serem observados pelas instituições inseridas no primeiro setor, tendo em vista a fundamentalidade do direito à proteção de dados pessoais, cuja estrutura se encontra prevista na Lei n. 13.709/2018.

Justifica-se a pesquisa em decorrência da relevância do sopesamento de valores como, de um lado, a eficiência na gestão pública e o desenvolvimento social e, de outro, a proteção de dados como um direito fundamental que, apesar de autônomo⁸, encontra-se interrelacionado à intimidade, à privacidade, ao livre desenvolvimento da personalidade, dentre outros direitos fundamentais correlatos.

A partir da metodologia dedutiva, serão apresentados conceitos hábeis a fundamentar a tentativa de conciliação entre a proteção de dados pessoais e o seu compartilhamento entre esferas estatais. O trabalho, amparado no estudo doutrinário, normativo e jurisprudencial, será dividido nos seguintes subtemas: inicialmente, versará sobre o enquadramento constitucional do direito à proteção de dados, indicando seus fundamentos. Em seguida, será delineado o cenário evolutivo da proteção de dados em face do poder público, oportunidade em que reflexões sobre o direito comparado serão de grande valia. Posteriormente, o artigo abordará o sistema normativo brasileiro acerca da temática, com enfoque voltado ao conteúdo da regulamentação da Lei n. 13.709/2018 sobre o setor público. Por fim, será examinado como o arquétipo normativo em comento permite o compartilhamento de dados pessoais entre diversos atores do setor público. À luz da principiologia contida na mencionada lei, serão realizados apontamentos sobre certos desvios previstos no Decreto n. 10.046/2019.

2. Proteção de dados pessoais como direito fundamental

O avanço da tecnologia provocou o surgimento de complexas redes de tratamento de dados pessoais, as quais, dotadas de inteligência artificial, são altamente eficientes. Observa-se que o desenvolvimento tecnológico, não raro, afeta a transparência que deveria existir na referida atividade, de modo que os titulares

⁶ DONEDA, D. C. M. "Panorama histórico da proteção de dados pessoais", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 3 (notas de rodapé 01 e 02).

⁷ Estabelece a Constituição Federal que: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 115, de 2022)"

⁸ Como já mencionado, esse direito foi recentemente incorporado ao rol de direitos fundamentais pela Emenda Constitucional n. 115/2022.

nem sempre são cientificados sobre a utilização de seus dados. Não por outro motivo, Frank Pasquale cunhou a expressão “caixa preta dos algoritmos”, a indicar que a automatização na tomada de decisões a partir de processos obscuros pode viabilizar abusos sem que os cidadãos os percebam.⁹

Ademais, tornou-se praticamente inviável optar por não divulgar dados pessoais, uma vez que a coleta destes, muitas vezes, condiciona o próprio exercício regular de direitos. Virginia Eubanks pondera, por exemplo, que as pessoas que mais necessitam do amparo das políticas públicas para alcançar o mínimo existencial têm suas vidas devassadas pela coleta excessiva de informações. Paradoxalmente, a coleta massiva de dados para promoção de políticas públicas pode aprofundar as desigualdades sociais.¹⁰

Tais condições sociais geram profundas disparidades entre os diversos agentes controladores de dados e os indivíduos, incrementando a vulnerabilidade destes nas relações jurídicas. Consequentemente, verifica-se a urgência da tutela da pessoa pelo Direito no tocante ao tratamento de seus dados pessoais.

O direito à proteção de dados pessoais não se encontrava expressamente positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, situação que se alterou após a recente promulgação da Emenda Constitucional n. 115/2022, responsável por positivar o direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Merece destaque o fato de a justificativa que acompanhou a apresentação da Proposta de Emenda Constitucional n. 19/2019 reconhecer os impactos e os novos desafios apresentados diante da evolução tecnológica, sublinhando que “*o assunto, cada vez mais, na Era Informacional, representa riscos às liberdades e às garantias individuais dos cidadãos*”¹¹. Assim, na esteira de outros países como Portugal, Chile,

⁹ Segundo o autor, “*The term “black box” is a useful metaphor for doing so, given its own dual meaning. It can refer to a recording device, like the data-monitoring systems in planes, trains, and cars. Or it can mean a system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we can not tell how one becomes the other. We face these two meanings daily: tracked ever more closely by firms and government, we have no clear idea of just how far much of this information can travel, how it is used, or its consequences.*”. Tradução livre: “O termo “caixa preta” é uma metáfora útil, dado seu próprio duplo significado. Ele pode se referir a um dispositivo de gravação, como os sistemas de monitoramento de dados em aviões, trens e carros. Ou pode significar um sistema cujo funcionamento é misterioso; podemos observar suas entradas e saídas, mas não podemos dizer como um se torna o outro. Enfrentamos esses dois significados: empresas e governo nos acompanham de modo detalhado, e não temos controle ou ideia de como essas informações são compartilhadas, usadas e as consequências advindas deste uso”. PASQUALE, F. *The black box society*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2015, Versão eletrônica do Kindle.

¹⁰ Segundo a autora: “*Marginalized groups face higher levels of data collection when they access public benefits, walk through highly policed neighborhoods, enter the health-care system, or cross national borders. That data acts to reinforce their marginality when it is used to target them for suspicion and extra scrutiny. Those groups seen as undeserving are singled out for punitive public policy and more intense surveillance, and the cycle begins again. It is a kind of collective red-flagging, a feedback loop of injustice.*”. Tradução livre: “Grupos marginalizados enfrentam níveis mais elevados de coleta de dados quando acessam benefícios públicos, caminham por bairros altamente policiados, entram no sistema de saúde ou cruzam fronteiras nacionais. Esses dados atuam para reforçar sua marginalidade quando são usados para alcançá-los por suspeita. Esses grupos vistos como indignos são apontados para políticas públicas punitivas e vigilância mais intensa, e o ciclo recomeça. É uma espécie de coletiva de sinalização vermelha, um ciclo vicioso de injustiça.” EUBANKS, V. *Automating inequality*. New York: St. Martin's Publishing Group: 2018, Versão eletrônica do Kindle.

¹¹ BRASIL, Senado Federal. Justificação à proposta de Emenda Constitucional n. 17/2019, proposta em 12.03.2019, de lavra do Senador Eduardo Gomes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em

Estônia e Polônia, identificou-se a necessidade de tornar a proteção de dados um direito fundamental expresso.

Contudo, mesmo antes da aprovação da apontada Emenda Constitucional, a partir do referendo, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, da medida cautelar concedida pela Ministra Rosa Weber na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6387/DF, restou fortemente consolidado o entendimento segundo o qual se fazia necessária uma interpretação atualizadora da Constituição da República, a fim de conformar o contexto constitucional à realidade imposta pelas inovações tecnológicas que surgiram após 1988.¹²

Cumprir destacar, de acordo com o voto da Ministra Relatora, que o amparo constitucional aos dados pessoais decorreria do fato de integrarem “o âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII).”¹³

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, identificou que o direito fundamental à proteção de dados pessoais advinha de uma leitura integrada de diversos dispositivos constitucionais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e a proteção constitucional da intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88), tratando-se de consequência da necessária atualização da força normativa da Constituição e seus compromissos políticos. O Ministro citou, ainda, a garantia fundamental ao *Habeas Data*, classificando-o como mecanismo apto a tutelar o direito à autodeterminação informativa.¹⁴

Infere-se que o reconhecimento de um direito fundamental à proteção de dados pessoais decorreu, mesmo antes de sua positivação no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal, de um lado, da interpretação sistemática da Constituição da República¹⁵ e, de outro, da constatação de que a realidade deve influenciar diretamente o processo interpretativo das normas constitucionais.¹⁶

Considera-se, então, que a construção jurídica que já sustentava a autonomia de um direito fundamental à proteção de dados pessoais afigurou-se plenamente acertada, por ter assegurado sua guarida específica enquanto inexistia previsão constitucional expressa.

Imperioso ressaltar que, anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional n. 115/2022, a percepção da proteção dos dados pessoais como um direito fundamental autônomo era fruto da constatação da insuficiência de outros

23.02.2022. Como já mencionado, referida proposta foi aprovada como Emenda Constitucional de n. 115/2022.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6387/DF. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 07/05/2020, p.20 Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206387%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 18 set. 2021.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6387/DF. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 07/05/2020, p. 21 Publicação: 12/11/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206387%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 18 set. 2021.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6387/DF. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgamento: 07/05/2020. Publicação: 12/11/2020, p 98. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206387%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 18 set. 2021.

¹⁵ MENDES, L. S. F. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão eletrônica do Kindle.

¹⁶ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159.

institutos para abrigar a tutela integral do indivíduo. Esta compreensão foi reafirmada na própria justificativa da Proposta de Emenda Constitucional n. 19/2019, ao salientar a autonomia do direito à proteção de dados em relação à privacidade.¹⁷

Neste sentido, ao se analisar, por exemplo, a proteção da intimidade e da vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição da República), depreende-se que a ideia de privacidade é demasiadamente ampla, razão pela qual parte da doutrina vem defendendo a adoção de um “conceito plural”, que possa se conectar com diversas situações que tangenciem a temática.¹⁸ Contudo, ainda que se sustente uma visão ampla de privacidade, nem todos os aspectos dos dados pessoais guardam relação com aquele primeiro direito. Certas informações, como a divulgação do número da carteira de habilitação, não acarretariam risco direto à privacidade do indivíduo; porém, a forma como esse dado será tratado poderá acarretar outras espécies de violações.

Busca-se demonstrar, em síntese, que em decorrência de seu caráter individual e privado, o direito à privacidade não seria eficaz para resolver todas as lides envolvendo o tratamento de dados pessoais. A proteção autônoma deste último direito, por seu turno, possui dimensão coletiva e se caracteriza pela liberdade positiva¹⁹ relacionada ao tráfego de informações e certo controle sobre essa circulação.

E o mesmo fenômeno pode ser sublinhado na relação com outros direitos fundamentais, como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, insculpido no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República. A respeito, Laura Schertel Ferreira Mendes destaca a lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr, incorporada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para quem o dispositivo citado “assegura o sigilo da comunicação de dados, mas não dos dados entre si”.²⁰ Destarte, evidencia-se que o inciso XII do artigo 5º também não seria suficiente, por si só, para garantir a proteção de dados pessoais.

Outrossim, a autonomia do direito fundamental à proteção de dados também era justificada pelo caráter de expansividade do rol de direitos fundamentais, que, “a teor do art. 5º, §2º, da CF, não se limita aos direitos expressamente contemplados

¹⁷ De acordo com a justificativa apresentada ao Senado: “de fato, a privacidade tem sido o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, mas já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado.” BRASIL, Senado Federal. Justificação à proposta de Emenda Constitucional n. 17/2019, proposta em 12.03.2019, de lavra do Senador Eduardo Gomes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em 23.02.2022.

¹⁸ Para maior aprofundamento sobre o tema, cf.: SOLOVE, D. “I've got nothing to hide' and other misunderstandings of privacy, *San Diego Law Review*, Vol. 44, pp. 745-772, 2007, GWU Law School Public Law Research Paper nº 289; LEONARDI, M. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁹ Bruno Bioni destaca que a liberdade se caracteriza pela dicotomia público-privado: quanto ao aspecto negativo, “pela liberdade negativa de o indivíduo não sofrer interferência alheia” e por ser “um direito estático à espera de que o seu titular delimite quais fatos da vida deveriam ser excluídos do domínio público”. Em contrapartida, a liberdade positiva qualifica a proteção de dados pessoais, uma vez que “a esfera privada não seria algo já posto à espera de uma violação, mas um espaço a ser construído a posteriori e dinamicamente mediante o controle das informações pessoais. Haveria, por isso, uma mudança qualitativa representada pela transposição do eixo antes focado no trinômio “pessoa-informação-sigilo” ao eixo agora composto por quatro elementos “pessoa-informação-circulação-controle””. BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 93/94.

²⁰ MENDES, L. S. F. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*: Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão eletrônica do Kindle.

*pelo constituinte, mas abarca outros direitos decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como constantes dos tratados internacionais (de direitos humanos) ratificados pelo Brasil".*²¹

O cenário traçado antes da aprovação da Emenda Constitucional n. 115/2022, portanto, demonstrou a relevância e a utilidade do reconhecimento de um direito fundamental autônomo à proteção de dados no contexto da sociedade contemporânea, tendo em vista sua especificidade face a outros direitos, bem como a atribuição de características que majoram a efetividade da tutela do indivíduo. Assim, louvável a atuação do Poder Constituinte Derivado no sentido de positivar o direito fundamental autônomo à proteção de dados pessoais.

3. O uso de cadastros de dados pessoais pelo setor público no direito comparado. Como a experiência de outros países pode auxiliar a compreensão da problemática sob análise?

A eficiência de bancos de dados automatizados rapidamente foi captada pelos mais diversos países, de maneira que logo começaram a surgir iniciativas de unificação de variados cadastros do setor público, organizando informações outrora esparsas. Esse movimento político, no entanto, desde cedo suscitou importantes debates sociais e críticas de autores especializados, sendo possível observar, ao longo da História, o retroceder dos intentos de uma administração pública onisciente. Neste tópico, serão examinados alguns exemplos do direito comparado, o que contribuirá para a construção de uma visão mais crítica sobre a adoção de práticas semelhantes no Brasil.

Iniciando-se o exame pelos Estados Unidos da América, cumpre citar a lição de Danilo Doneda sobre a proposta de criação, em 1965, do "*National Data Center*", o qual agregaria diversos cadastros da administração federal, sob o argumento da eficiência administrativa. Porém, críticos apontaram para o desequilíbrio na relação Estado-administrado, eis que o governo teria em seu poder informações detalhadas dos cidadãos, em confronto com a cultura liberal americana. À época, diversas audiências públicas foram conduzidas pelo Congresso Americano para debater o tema, as quais levaram à conclusão de que a inexistência de salvaguardas suficientemente hábeis a assegurar a liberdade e a privacidade do cidadão não justificaria eventuais ganhos para a eficiência na execução de políticas públicas.²²

As tentativas norte-americanas de unificação de cadastros, todavia, não cessaram. Ao contrário, ganharam força após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. A respeito, Daniel Solove alude aos sistemas almejados e métodos clandestinos efetivamente utilizados pela "*National Security Administration*" (NSA). Neste sentido, o autor cita a criação do projeto "*Total Information Awareness*", conduzido pelo Departamento de Defesa, objetivando a unificação de informações, a fim de traçar perfis e analisar comportamentos suspeitos. Após divulgação do projeto pela mídia, a repercussão social negativa ensejou o seu arquivamento. Contudo, ao longo do tempo tornou-se público, por exemplo, que o governo autorizou o monitoramento, pela NSA, de ligações telefônicas sem respaldo em mandado judicial. Também foi divulgado que a NSA fazia uso de informações financeiras sigilosas sem maiores garantias aos cidadãos.²³

No artigo intitulado "*I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy*", Daniel Solove aduz que o sopesamento entre privacidade e segurança realizado por grande parte da sociedade tem favorecido o segundo valor, haja vista

²¹ SARLET, I. W. "Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 27.

²² DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, Versão eletrônica do Kindle.

²³ SOLOVE, D. "I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy", *San Diego Law Review*, Vol. 44, pp. 745-772, 2007, GWU Law School Public Law Research Paper nº 289, pp. 745-746.

que o fim buscado – combate ao terrorismo – justificaria os meios eleitos, em especial porque o cidadão que não vive nas raias da ilegalidade nada teria a temer. Embora o autor demonstre as falácias deste argumento, a aparente convivência de setores sociais demonstra a importância de novos debates públicos sobre o tema. Por ora, para não extrapolar os estreitos limites deste artigo, cumpre apenas mencionar que uma análise mais sofisticada da matéria leva à conclusão de que o acesso a perfis completos da população pode gerar desequilíbrios e as mais variadas violações, prejudicando o próprio desenvolvimento da sociedade como um todo.²⁴

Alternando-se o olhar para o continente Europeu, cita-se, novamente, o autor Danilo Doneda, que destaca a importância das experiências francesa e alemã. Assim, na França, a implementação da interconexão de dados pelo *Système Automatisé pour les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus* (SAFARI) foi inviabilizada pelo Primeiro-Ministro em 1974, em virtude da repercussão negativa e da insurgência social contra a unificação dos bancos de dados. Poucos anos após, em 1978, promulgou-se a lei de proteção de dados na França.²⁵

A Alemanha também possui importante histórico quanto à regulamentação da proteção de dados pessoais. Como mencionado anteriormente, o primeiro marco normativo surgiu em um Estado Alemão em 1970, e ficou conhecido como a Lei de Proteção de Dados de Hesse. Em 1977, foi promulgada a lei federal de proteção de dados, conhecida como "*Bundesdatenschutzgesetz*".²⁶

Para além da atividade legislativa, o Tribunal Constitucional Alemão proferiu, na década de 1980, a paradigmática decisão versando sobre a autodeterminação informacional como um desdobramento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O caso tratava da constitucionalidade da Lei de 1982 que previa as condições do censo a ser realizado no ano seguinte. Referida lei possibilitava o uso das informações colhidas durante o censo para fins diversos, como a "*comparação dos dados levantados com os registros públicos e também a transmissão de dados tornados anônimos a repartições públicas federais, estaduais e municipais para determinados fins de execução administrativa*".²⁷

O Tribunal não reconheceu a inconstitucionalidade da coleta de dados para o censo, dada a relevância e proporcionalidade dessa atuação na definição de estratégias estatais, que reverteriam em benefícios sociais. Contudo, após afirmar que "não existem mais dados insignificantes", a Corte entendeu que a autorização de compartilhamento dos dados para finalidades diversas daquelas estritamente estatísticas e o tratamento de dados pessoais sem a observância à anonimização e a processos que garantissem maior transparência aos titulares configuraria violação ao direito geral de personalidade, no tocante ao aspecto da autodeterminação sobre a informação.²⁸

Interessa salientar que a decisão já indicava a necessidade de respeito ao que hoje podemos identificar como princípios da finalidade, necessidade, adequação e transparência, como aspectos garantidores de um desdobramento da personalidade, qual seja, a autodeterminação informativa. Em linhas concretas, o Tribunal garantiu

²⁴ SOLOVE, D. "I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy", *San Diego Law Review*, Vol. 44, pp. 745-772, 2007, GWU Law School Public Law Research Paper nº 289.

²⁵ DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: fundamentos da lei geral de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, Versão Eletrônica do Kindle.

²⁶ DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: fundamentos da lei geral de proteção de dados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, Versão Eletrônica do Kindle.

²⁷ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução: Leonardo Martins. Prefácio: Jan Woischnik. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 234.

²⁸ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução: Leonardo Martins. Prefácio: Jan Woischnik. Trad. Beatriz Hennig et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 234-245.

ao cidadão alemão o direito de maior controle sobre o tráfego das informações que lhe digam respeito. A importância deste julgado é incontestável, sendo que Danilo Doneda nos ensina que:

Entre as várias leituras que a sentença alemã permite, ela é representativa de uma tomada de posição pela concepção segundo a qual os dados pessoais merecem proteção, visto que são manifestações diretas da personalidade, e, portanto, que sua órbita de proteção pertence à órbita dos direitos fundamentais e que nesta configuração devem se confrontar os demais interesses envolvidos.²⁹

De se ressaltar a visão autônoma desse direito aferido pelo Tribunal, que possibilita a maior conscientização sobre o tráfego de dados pessoais, permitindo a autodeterminação informacional, que, segundo a doutrina, pode ser conceituada como “o direito de cada indivíduo poder controlar e determinar (ainda não de modo absoluto) o acesso e o uso de seus dados pessoais”.³⁰

Ressalta-se que a autodeterminação informativa não se confunde com o conceito de consentimento, em especial quando se aborda, como neste artigo, a relação Estado-administrado, caracterizada pela assimetria. Na realidade, extrai-se do julgado que a autodeterminação informativa tem seus contornos também definidos pelos princípios da finalidade, adequação, necessidade, dentre outros.

A grande relevância da decisão em análise pode ser comprovada pelo fato de que diversos ordenamentos jurídicos passaram a reconhecer o direito a autodeterminação informacional. Dentre eles o brasileiro, uma vez que a Lei Geral de Proteção de Dados³¹ o prevê, no artigo 2º, inciso II, como um dos fundamentos da “disciplina da proteção de dados pessoais”. O cumprimento dessa norma claramente deve guiar qualquer modalidade de tratamento de dados, o compartilhamento, inclusive.

4. O arquétipo normativo brasileiro

Como demonstrado, o tratamento de dados pessoais assumiu um papel de destaque na sociedade contemporânea, a ponto de possibilitar o alvorecer de um novo direito. Cumpre examinar, nesta oportunidade, a dimensão objetiva deste direito fundamental, especificamente no tocante ao uso compartilhado de dados na esfera pública.³²

Para tanto, imprescindível a detida análise da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018), cujo escopo protetivo abrange tanto o direito autônomo objeto

²⁹ DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da lei geral de proteção de dados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, Versão eletrônica do Kindle.

³⁰ SARLET, I. W. “Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados”, em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 26.

³¹ É importante registrar que a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira inspirou-se na GDPR (*General Data Protection Regulation*), norma promulgada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, que estabelece regras relacionadas à proteção de dados dos países que integram o mencionado bloco econômico.

³² Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a definição de um direito como fundamental veicula uma “dupla dimensão – subjetiva e objetiva –, cumprindo uma multiplicidade de funções na ordem jurídico-constitucional”. Para o autor, o aspecto subjetivo está atrelado tanto a “posições subjetivas de natureza defensiva (negativa)”, como ao direito a prestações positivas do Estado. Consequentemente, referido enfoque abarca a elaboração de normas jurídicas que prevejam desdobramentos do direito fundamental, como é o caso dos artigos 17 a 22 da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709/2018). Por seu turno, a dimensão objetiva relaciona-se à importância que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais possuem como parâmetro para todo o ordenamento jurídico e a Administração Pública, incluindo a própria definição de procedimentos que assegurem a efetiva tutela do direito. (SARLET, I. W. “Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados”, em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 41/47.

deste artigo³³, quanto os demais direitos interrelacionados, como, por exemplo, igualdade, liberdade, intimidade, vida privada e autodeterminação informativa.

Uma simples leitura da norma permite identificar que tais direitos são resguardados a partir das diretrizes e dos princípios listados, os quais configuram verdadeiro marco a ser observado no tratamento de dados pessoais realizado tanto pelo poder público, como pela iniciativa privada. Neste aspecto, cumpre ressaltar que, embora haja regulamentação de atividades públicas e privadas, o legislador reconhece as particularidades de cada setor, sendo que a Lei n. 13.709/2018 estabelece comandos normativos gerais e específicos para as diferentes espécies de agentes que venham a realizar o tratamento de dados pessoais.³⁴

Assim, os dez princípios que regem as atividades de tratamento de dados, previstos no artigo 6º da Lei³⁵ em questão, consagram salvaguardas aos titulares, de modo que o poder público também se encontra vinculado à sua observância. Dentre eles, cumpre citar, em um primeiro momento, o da finalidade. Nos termos do texto legal, respeitará o princípio da finalidade o tratamento de dados *“para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades”*. Por conseguinte, o dado pessoal deve ser tratado de acordo com determinado propósito, não se admitindo sua alteração, salvo nas circunstâncias legalmente autorizadas.

Merece destaque, igualmente, o princípio da adequação, que impõe a *“compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”*. Depreende-se que o dado pessoal colhido deve guardar pertinência com os fins almejados na atividade de tratamento. Para além da adequação, cabe ressaltar que o princípio da necessidade impõe que o tratamento recaia apenas sobre a quantidade mínima de dados que garanta o atingimento da finalidade almejada e previamente informada pelo agente, sendo vedados excessos injustificáveis.

Por derradeiro, ressalta-se que o princípio da transparência (artigo 6º, inciso VI) possui relevante destaque quanto à autodeterminação informacional, por

³³ Vide art. 5º, inciso LXXIX, da CF/88.

³⁴ Vide Capítulo IV da Lei 13.709/2018.

³⁵ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

representar a garantia de que o titular poderá ter conhecimento sobre etapas do processo de tratamento de dados.³⁶

O respeito ao rol legal de princípios deve ser acompanhado do respaldo em alguma das bases legais previstas nos artigos 7º e 10 ou, em caso de dado pessoal sensível, no artigo 11 da Lei n. 13.709/2018. Este diploma arrola diversos fundamentos, como consentimento, cumprimento de obrigação legal, execução de contrato, proteção do crédito, o legítimo interesse, dentre outros. Válido destacar que o consentimento não é exigido em toda e qualquer modalidade de tratamento de dados pessoais, tendo em vista que, em certas hipóteses, a obtenção da manifestação de vontade não se afiguraria viável. A Lei n. 13.709/2018, reconhecendo esta dificuldade, não eleva a base legal do consentimento a hierarquia superior às demais, exceto quanto ao tratamento de dados pessoais sensíveis, em razão de sua natureza.³⁷

Diante deste cenário, tem-se que o poder público atuará, geralmente, amparado na base legal da execução de políticas públicas (artigos 7º, inciso III,³⁸ e

³⁶ Serão tecidas considerações mais aprofundadas sobre o princípio da transparência no tópico seguinte. Demais disto, a previsão legal acerca da transparência busca evitar o fenômeno que Daniel Solove descreve como a metáfora kafkaniana do livro "O Processo": "*Franz Kafka's The Trial, which depicts a bureaucracy with inscrutable purposes that uses people's information to make important decisions about them, yet denies the people the ability to participate in how their information is used.*"⁵² *The problems captured by the Kafka metaphor are of a different sort than the problems caused by surveillance. They often do not result in inhibition or chilling. Instead, they are problems of information processing—the storage, use, or analysis of data—rather than information collection. They affect the power relationships between people and the institutions of the modern state. They not only frustrate the individual by creating a sense of helplessness and powerlessness, but they also affect social structure by altering the kind of relationships people have with the institutions that make important decisions about their lives*". Tradução livre: "O Julgamento de Franz Kafka retrata uma burocracia que utiliza informação das pessoas para tomar decisões importantes sobre elas, mas nega às pessoas a capacidade de participar do processo de decisão acerca do uso dessas informações. Os problemas capturados pela metáfora Kafka são de um tipo diferente dos problemas causados pela vigilância. Muitas vezes não resultam em inibição. Na realidade, são problemas de processamento de informações — o armazenamento, uso ou análise de dados — em vez de coleta de informações. Afetam as relações de poder entre as pessoas e as instituições do Estado moderno. Eles não só frustram o indivíduo criando um sentimento de desamparo e impotência, mas também afetam a estrutura social alterando o tipo de relações que as pessoas têm com as instituições que tomam decisões importantes sobre suas vidas." SOLOVE, D. "I've got nothing to hide" and other misunderstandings of privacy", *San Diego Law Review*, Vol. 44, pp. 745-772, 2007, GWU Law School Public Law Research Paper nº 289, pp. 756-757.

³⁷ Referido critério hierárquico pode ser aferido do próprio texto legal:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

³⁸ Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei. Vide, também, nota 29.

artigo 11, inciso II). Excepcionalmente, poderá se valer de outras modalidades, como o consentimento ou o cumprimento de obrigação legal.³⁹ A respeito, quanto à possibilidade do uso de outras bases legais pelo Estado, Miriam Wimmer assevera que:

Embora a Lei não traga respostas claras quanto a essa questão, é interessante notar que, na experiência europeia, tem-se entendido que o Estado deve atuar predominantemente com base em suas competências legais específicas, sendo explicitamente vedada, no GDPR, a possibilidade de processamento de dados pessoais por autoridades públicas, no desempenho de suas atribuições, com base na hipótese do legítimo interesse. Também o consentimento é uma hipótese normalmente tratada com desconfiança no contexto do tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, dados o desbalanceamento na relação entre cidadão e Poder Público e a consequente dificuldade de se caracterizar tal consentimento como livre. Sob uma perspectiva pragmática, a possibilidade de revogação do consentimento a qualquer tempo representa outro grande inconveniente para seu uso como base legal para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público. A depender do caso, o embasamento de uma política pública estruturante no consentimento individual traria uma instabilidade incompatível com os objetivos buscados.⁴⁰

Vislumbra-se, então, que as ponderações apresentadas configuram novas delimitações ao poder discricionário da Administração Pública com relação ao tratamento de dados pessoais, uma vez que deverá ser apresentada motivação suficiente que abranja tanto a escolha da base legal que ensejará a atividade, quanto a necessidade para a persecução do interesse público envolvido. Referido dever de motivar será ainda mais criterioso nas situações em que o uso do aparato da força estatal configurar uma desvantagem na relação jurídica com o administrado.

Não se pode olvidar, de outro turno, que o tratamento de dados pela Administração Pública, principalmente quando realizado sob a base legal da execução de políticas públicas, atrai a observância dos princípios e regras de Direito Administrativo, a exemplo da legalidade, eficiência etc. Destarte, impõe-se que a atividade em análise também seja norteadada pelos princípios arrolados no artigo 37 da Constituição da República, nas Constituições estaduais e nas outras leis infraconstitucionais, como a Lei Federal n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A esse respeito, Miriam Wimmer ressalta a importância da harmonização e concordância prática entre os princípios previstos na Lei n. 13.709/2018 e aqueles que regem a Administração Pública. Isso porque os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da publicidade e da eficiência poderiam acentuar demasiadamente a assimetria entre Administração e administrado. Com efeito, o Estado detém informações detalhadas sobre os cidadãos, que, no entanto, nem

³⁹ Como mencionado por Miriam Wimmer, é o caso, por exemplo, de serviços prestados mediante anuência voluntária pelo cidadão ou dos dados de servidores públicos armazenados por departamentos de recursos humanos de instituições públicas. WIMMER, M. "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 280/281 e nota de rodapé n. 24)

⁴⁰ WIMMER, M. "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 280.

sempre possuem a opção de não as fornecer, sob pena de serem alijados da prática de atos de cidadania e participação na sociedade.⁴¹

Referido controle, por certo, quando advindo do próprio Estado, gera incremento de riscos de violação de direitos. Não é por outro motivo que, conforme demonstrado no capítulo anterior, diversas leis de proteção de dados surgiram após a tentativa de criação de bases de dados unificadas.

5. Compartilhamento de dados no âmbito da administração pública

Diante de toda a sistemática apontada, denota-se que incumbe ao órgão ou pessoa jurídica de direito público, no exercício de deveres-poderes⁴², respeitar o arcabouço normativo que abrange os princípios da Administração Pública, o direito fundamental à proteção de dados e as diretrizes delineadas na Lei n. 13.709/2018, no tocante ao uso compartilhado de dados⁴³, sob pena de violação dos direitos dos titulares.

De acordo com o artigo 7º, inciso III, da Lei n. 13.709/2018, admite-se o compartilhamento de *"dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres"*. Quanto aos dados pessoais sensíveis, Miriam Wimmer destaca que o artigo 11, inciso II, alínea b, possui um escopo mais restrito, pois somente possibilita o uso compartilhado fundado em leis ou regulamentos, não fazendo referência às hipóteses amparadas nos demais instrumentos arrolados no artigo 7º.⁴⁴

Depreende-se da leitura da norma que a própria definição da base legal relativa à execução de políticas públicas antevê a possibilidade do uso compartilhado de dados, o que constitui um aceno ao princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.⁴⁵ Todavia, a eficiência não configura um valor isolado, devendo ser interpretada à luz das garantias do titular de dados, ressaltando-se aquelas decorrentes de um direito fundamental à autodeterminação informacional.

Por esta razão, a Lei n. 13.709/2018, em seus artigos 6º, inciso VI, e 9º, inciso V,⁴⁶ assegura ao indivíduo a transparência no processo de tratamento de dados,

⁴¹ WIMMER, M. "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 278/279.

⁴² Cf., a respeito, a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, para quem *"as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de 'poderes', sic et simpliciter. Na verdade, o que nela se encontram são 'deveres-poderes' (...). Isso porque a atividade administrativa é desempenho de função. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. (...) Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes"*. MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed., rev.e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 100.

⁴³ Segundo o artigo 5º, inciso XVI, da Lei n. 13.709/2018, o uso compartilhado de dados consiste em: *"comunicação, difusão, transferência internacional, interconexão de dados pessoais ou tratamento compartilhado de bancos de dados pessoais por órgãos e entidades públicas no cumprimento de suas competências legais, ou entre esses e entes privados, reciprocamente, com autorização específica, para uma ou mais modalidades de tratamento permitidas por esses entes públicos, ou entre entes privados"*.

⁴⁴ WIMMER, M. "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 279.

⁴⁵ Miriam Wimmer tece semelhante observação ao comentar o artigo 25 da Lei, que prevê a manutenção de dados em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado. WIMMER, M. "O regime jurídico do tratamento de dados pessoais pelo poder público", em BIONI, B. R. (et al.) *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 282.

⁴⁶ Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre

abrangendo a obrigação de prestar os devidos esclarecimentos sobre compartilhamento e finalidade. O artigo 23, inciso I,⁴⁷ reforça esse ideal, ao determinar à Administração o dever de informar sobre a realização de tratamento de dados e a respectiva finalidade desta atividade.

Por derradeiro, o artigo 26, *caput*, da Lei n. 13.709/2019 condiciona o compartilhamento no setor público ao respeito “*das finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas*”. Entende-se que o objetivo da norma é estreitar o campo do uso compartilhado, não admitindo a adoção de justificativa baseada na execução de uma política pública genérica, o que poderia abarcar qualquer situação na esfera pública. Também deverá ser demonstrada a pertinência do compartilhamento com o desempenho competencial das instituições públicas, não se admitindo o desvio de finalidade.

A Lei n. 13.7089/2018, portanto, estabelece como principais balizas ao uso compartilhado de dados pessoais pela Administração Pública os deveres de transparência perante os titulares e respeito à finalidade, à adequação e à necessidade. Tais considerações perpassam pela execução de uma política pública específica e pela consonância ao desempenho das competências legais do órgão público ou pessoa jurídica. Ademais, em um Estado Democrático Constitucional de Direito, o dever de prestar contas classifica-se como um imperativo constitucional,⁴⁸ além de também estar positivado na Lei Geral de Proteção de Dados.⁴⁹

Passa-se, então, à análise do Decreto n. 10.046/2019, expedido no âmbito do poder normativo regulamentar, que, nos termos de sua ementa, “*dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados*.”

acesso: (...) V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;(...)

⁴⁷ Art. 23. O tratamento de dados pessoais pelas pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público, desde que: I - sejam informadas as hipóteses em que, no exercício de suas competências, realizam o tratamento de dados pessoais, fornecendo informações claras e atualizadas sobre a previsão legal, a finalidade, os procedimentos e as práticas utilizadas para a execução dessas atividades, em veículos de fácil acesso, preferencialmente em seus sítios eletrônicos; (...)

⁴⁸ Georges Abboud, neste ponto, ensina que “*a conquista do constitucionalismo referente à limitação de poderes, inclusive o da administração pública, além de ser consecutória da consagração de direitos fundamentais, do dever de motivar e dos princípios da moralidade e impessoalidade, é também fruto da evolução do processo civilizatório das sociedades sob a égide do constitucionalismo*”. Quanto ao ideal de “*accountability*” e democracia, esclarece o autor que “*na ideia de representação está presente a ideia de accountability (dever de prestar contas mediante critérios racionais e previamente estabelecidos)*. Ou seja, de algum modo o governante é considerado responsável pela forma como age em nome daqueles que o elegeram”. ABBoud, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. pp. 61 e 1.341. O autor defende, a nosso ver acertadamente, que o paralelo entre uma democracia forte e frágil advém do grau de implementação de mecanismos de prestação de contas, reforçando a ideia de que devemos exigir os mais diversos instrumentos de “*accountability*” no exercício dos deveres-poderes administrativos, de modo a conferir força aos imperativos constitucionais e ao compromisso democrático assumido em 1988.

⁴⁹ Cf. Art. 6º, inciso X, da Lei Geral de Proteção de Dados: “X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”

De sua leitura, podem ser apreendidas certas violações ao arquétipo normativo acima delineado, em especial diante da clara prevalência da defesa do princípio da eficiência em detrimento dos direitos dos cidadãos. Neste sentido, destacam-se, de proêmio, os objetivos do compartilhamento de dados arrolados no artigo 1º do mencionado decreto, tais como a simplificação da oferta de serviços públicos; a otimização na implementação e no monitoramento de políticas públicas, bem como no acesso ou manutenção de benefícios sociais e fiscais; o zelo na custódia dos dados, com incremento da eficiência e qualidade na atuação da administração pública federal. Ou seja, o espírito da norma aparenta realizar uma ponderação prévia entre valores, presumindo a preponderância de uma gestão pública mais eficiente.

No mais, nos termos da primeira diretriz arrolada no artigo 3º do decreto, a *"informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível"*⁵⁰. A asserção, por si só, demonstra incompatibilidade com a Lei n. 13.709/2018, que prevê o compartilhamento de dados em situações específicas. O artigo 5º, por sua vez, dispensa a celebração de convênios ou outras modalidades de parcerias entre órgãos e entidades da Administração Pública federal e o artigo 8ª estipula ao custodiante de dados compulsoriedade no fornecimento a integrantes da estrutura pública a nível federal.⁵¹

Outrossim, há a criação de três níveis de compartilhamentos de dados, "de acordo com a sua confidencialidade": amplo, restrito e específico. Basicamente, a classificação dispõe que os dados não sigilosos não estarão "sujeitos a nenhuma restrição de acesso".⁵² Ora, os níveis desconsideram toda a teoria na qual se funda a novel legislação de proteção de dados. Como visto, a proteção de dados é direito autônomo positivado na Constituição, e não se submete à dicotomia dado público e privado. Na realidade, todo dado relativo à pessoa natural, ainda que publicizado, merece algum nível de proteção, não havendo espaço, portanto, para compartilhamento amplo ou irrestrito, ou, ainda, compartilhamento restrito, porém, "simplificado" e a ser acessado por diversos órgãos e entidades.

Não se olvida o dever de atenção ao princípio constitucional da publicidade e o direito de acesso a informações governamentais, amparados pelo artigo 5º, inciso XXXIII, e artigo 37, §3º, inciso II, ambos da Constituição da República, bem como pela lógica da Lei n. 12.527/2011⁵³. Contudo, a publicização de tais informações não se confunde com os dados pessoais, ainda que estes tenham se tornado públicos. E o Decreto n. 10.046/2019, ao prever os mecanismos supramencionados, não realiza

⁵⁰ Art. 3º O compartilhamento de dados pelos órgãos e entidades de que trata o art. 1º observará as seguintes diretrizes: I - a informação do Estado será compartilhada da forma mais ampla possível, observadas as restrições legais, os requisitos de segurança da informação e comunicações e o disposto na Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

⁵¹ Art. 8º Os custodiantes de dados disponibilizarão aos órgãos e às entidades de que trata o art. 1º os dados de compartilhamento amplo e restrito hospedados em suas infraestruturas tecnológicas, por meio das plataformas de interoperabilidade, condicionado à existência de solicitação de interoperabilidade e à ciência ao gestor dos dados.

⁵² Art. 4º O compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades de que trata o art. 1º é categorizado em três níveis, de acordo com sua confidencialidade: I - compartilhamento amplo, quando se tratar de dados públicos que não estão sujeitos a nenhuma restrição de acesso, cuja divulgação deve ser pública e garantida a qualquer interessado, na forma da legislação; II - compartilhamento restrito, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a todos os órgãos e entidades de que trata o art. 1º para a execução de políticas públicas, cujo mecanismo de compartilhamento e regras sejam simplificados e estabelecidos pelo Comitê Central de Governança de Dados; e III - compartilhamento específico, quando se tratar de dados protegidos por sigilo, nos termos da legislação, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, cujo compartilhamento e regras sejam definidos pelo gestor de dados.

⁵³ Conhecida como Lei de Acesso à Informação, que *"regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências."*

qualquer distinção entre compartilhamento de dados pessoais e de informações sobre a Administração Pública, criando margem para o livre intercâmbio de dados pessoais entre variadas entidades que compõem a estrutura administrativa federal. Referida interpretação deverá ser combatida, sob pena de violação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Percebe-se que, apesar de o decreto fazer menção à Lei n. 13.709/2018, passa ao largo da necessidade de observância de princípios cruciais e fundantes da legislação, como os princípios da finalidade, adequação, necessidade, transparência e *accountability*⁵⁴. Isso porque permite o compartilhamento de dados em demasia, independentemente do respeito à execução de políticas públicas específicas e que guardem relação com o mister institucional do ente da administração federal.

Constatam-se, ainda, violações das normas de Direito Administrativo. A dispensa geral de celebração de convênios ou instrumentos similares enfraquece princípios administrativos como o da motivação, uma vez que a adoção de qualquer ação pela Administração Pública deve estar pautada em fatos e fundamentos jurídicos que a sustentem.⁵⁵ Compreende-se que a ausência de convênios e demais instrumentos congêneres somente seria justificada na hipótese em que o compartilhamento se encontre fundamentado em leis ou regulamentos que resguardecam a autodeterminação informativa, o que também não ocorre segundo a sistemática adotada pelo Decreto n. 10.046/201. A celebração de convênios e instrumentos similares ou a elaboração de normas específicas permitiria a verificação concreta de adoção por parte do Poder Público de boa procedimentalização e governança na atividade de tratamento de dados, além de observar o postulado da transparência e viabilizar a prestação de contas, o que é indispensável à atuação do Poder Público em regimes democráticos.

Além disso, o ato presidencial não prevê o dever de esclarecimento ao titular sobre o compartilhamento para finalidade diversa, ou, ainda, a necessidade de coleta apenas de dados indispensáveis e adequados para a persecução da finalidade eleita, afrontando a autodeterminação informacional, incorporada pelo ordenamento jurídico pátrio pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, cumpre ressaltar que o art. 16 do mencionado decreto instituiu o Cadastro Base do Cidadão, que consiste em uma *"base integradora e pelos componentes de interoperabilidade necessários ao intercâmbio de dados dessa base com as bases temáticas, e servirá como base de referência de informações sobre cidadãos para os órgãos e entidades do Poder Executivo federal."* Referida base de dados centralizada foi implementada com objetivo de aprimorar a execução de políticas públicas e de *"facilitar o compartilhamento de dados cadastrais do cidadão entre os órgãos da administração pública"*, além de permitir o *"cruzamento de informações das bases de dados cadastrais oficiais a partir do número de inscrição do cidadão no CPF"*.

Evidencia-se a ausência de quaisquer salvaguardas minimamente satisfatórias aos direitos dos cidadãos na regulamentação desta base unificada de dados, não sendo possível aferir seus limites de modo claro e preciso. Com efeito, sequer há informação sobre quais órgãos federais ou órgãos da Administração Pública terão acesso à base de dados unificada do cidadão.

54 Tradução livre: responsabilidade. Esse princípio foi conceituado no artigo 6º, inciso X, da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), *in verbis*: X - *responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.*

55 Cf. Lei 9784/99, art. 50 Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...). § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Da leitura do dispositivo, extrai-se novamente a preferência conferida aos princípios da eficiência e supremacia do interesse público. Entretanto, são princípios que também devem ser observados pela Administração Pública a motivação, razoabilidade, proporcionalidade, incumbindo ao Poder Público sopesar a proteção aos direitos dos administrados com os fins colimados pela sua atuação, não havendo que se falar em prevalência, *prima facie*, de um princípio em detrimento do outro.

A regulamentação federal quanto à governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública, portanto, revela pontos de flagrante incompatibilidade com a Constituição da República de 1988 e com a Lei Geral de Proteção de Dados. Denota-se que há contrariedade ao conteúdo do direito à proteção de dados, bem como que o decreto não se limita a regulamentar as leis que menciona para sua fiel execução, criando uma sistemática diversa da prevista na Lei n. 13.709/2018.

6. Conclusão

O paradigma atual determina que se contemple a integral proteção da pessoa face às evoluções tecnológicas e seus efeitos nas mais variadas esferas da vida social, a implicar mudanças na cultura jurídica. Neste aspecto, a recente incorporação da proteção de dados como direito fundamental autônomo e a edição da Lei n. 13.709/2018 instam o desenvolvimento de uma arquitetura jurídica composta de princípios e regras que assegurem a eficácia do referido direito e, em última medida, a dignidade da pessoa humana.

Como direito fundamental autônomo, a proteção de dados possui diversos pontos de conexão com outros direitos, mas com eles não se confunde. Como visto, por não se equiparar à privacidade ou ao direito ao sigilo, o direito ora sob exame abrange dados pessoais que não necessariamente exponham a intimidade do indivíduo. O olhar deve ser direcionado a outros aspectos, como o desequilíbrio nas relações jurídicas e a falta de transparência nos processos de tratamento de dados.

A coleta abusiva e o uso indiscriminado de informações pessoais prejudicam o livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, principalmente, os menos favorecidos, que acabam sendo colocados à margem do processo tecnológico utilizado na datificação das relações, seja com o setor privado, seja com o público. Há, portanto, que se preservar o ser humano de ingerências indevidas no manejo de suas informações pessoais, bem como assegurar mecanismos de “*accountability*”.

No presente artigo, buscou-se analisar um ponto específico do tratamento de dados pessoais, o qual envolve o compartilhamento de dados pessoais e a elaboração e execução de políticas públicas. Tentou-se demonstrar que, apesar de esta realidade ser indispensável para a persecução das finalidades estatais, tal atividade pode potencializar desequilíbrios na relação entre Estado e administrado.

A respeito, as experiências estrangeiras demonstram a necessidade de ponderação de interesses mediante análise de casos concretos, sendo que não devemos nos curvar a discursos que, embora sedutores, baseiam-se em premissas que não se sustentam quando alvo de um olhar mais cuidadoso. Em outras palavras, argumentações que priorizam a supremacia do interesse público sobre o privado ou eficiência administrativa, ainda que mediante sacrifício de outros direitos, não devem ser adotados *prima facie*.

No Brasil, o arquétipo veiculado pela Constituição da República de 1988 e pela Lei Geral de Proteção de Dados impõe a observância de diversos princípios e diretrizes, que devem ser interpretados de maneira harmônica, a fim de não restringir desproporcionalmente os direitos individuais. No entanto, diante do Decreto Presidencial n. 10.046/2019, verifica-se o não cumprimento destes objetivos, uma vez que possibilita o compartilhamento indiscriminado de dados entre diversos atores que compõem a administração pública federal.

Para que haja uma procedimentalização ideal, o compartilhamento deve ser motivado e pautado pelos princípios da finalidade, necessidade, adequação e transparência, respeitando-se, ademais, a autonomia informacional. Afinal, para o

bom funcionamento de uma democracia, a Administração Pública deve sempre reger suas ações na prestação de contas à sociedade (princípio de “accountability”).

7. Referências

- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- BIONI, B. R. *Proteção de dados pessoais - A função e os limites do consentimento*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020
- BIONI, B. R. (et al.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2021
- DONEDA, D. C. M. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados*. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Versão eletrônica do Kindle
- EUBANKS, V. *Automating inequality*. New York: St. Martin's Publishing Group: 2018, Versão eletrônica do Kindle
- LEONARDI, M. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012
- MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 33ª ed., rev.e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016
- MENDES, L. S. F. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. Versão eletrônica do Kindle
- PASQUALE, F. *The black box society*, Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2015. Versão eletrônica do Kindle.
- SCHWABE, J. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução: MARTINS, L. Prefácio: WOISCHNIK, J. Trad. HENNIG, B. et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005
- SOLOVE, D. “I've got nothing to hide and other misunderstandings of privacy”, *San Diego Law Review*, Vol. 44, pp. 745-772, 2007, GWU Law School Public Law Research Paper nº 289
- WARREN, S.; BRANDEIS, L. “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, v. IV, n. 5, 1890 Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em 19 set. 21

O direito internacional nas cortes brasileiras: o uso de doutrinas de não justiciabilidade pelos juízes federais do Distrito Federal

The international law in the Brazilian Courts: the use of non justiciability doctrines by the federal judges of Distrito Federal

Anderson Santos da Silva¹

Universidade de Brasília

Sumário: 1. Introdução. 2. Como evitar o julgamento de uma causa internacional. 3. A doutrina do ato de Estado. 4. A doutrina das questões políticas. 5. Uma questão de preferência. 6. Analisando as preferências jurídicas em matéria de relações exteriores. 7. O controle judicial da política externa brasileira. 8. Conclusões

Resumo: Este trabalho analisa a relação entre o direito internacional e o direito brasileiro por meio da compreensão do comportamento dos juízes federais do Distrito Federal (DF). Para se alcançar esse objetivo, foram aleatoriamente selecionadas 101 decisões judiciais proferidas por juízes federais do DF sobre direito internacional e realizadas 40 entrevistas semiestruturadas com esses magistrados. A análise dos dados coletados foi feita pelo método da análise do discurso. O marco teórico que iluminou a investigação foi o conceito de “preferências jurídicas” (Gonzalez-Ocantos). A investigação encontrou evidências de que os juízes federais do DF recorrem implicitamente a duas doutrinas de não justiciabilidade como estratégia para evitar o julgamento do mérito das disputas internacionais mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro: a do “ato de Estado” e a das “questões políticas”. A análise do discurso contido nas decisões e nas opiniões dos juízes permitiu a identificação das preferências jurídicas que explicam essa atitude de evitação do direito internacional.

Palabras clave: Direito internacional; Juízes federais do Distrito Federal; Doutrinas de não justiciabilidade; Ato de Estado; Questões políticas.

Abstract: This work analyses the relationship between the Brazilian law and the international law through the understanding of the attitude of the federal judges of Distrito Federal in the judgement of the cases under their jurisdiction. To achieve this goal, it was randomly selected 101 judicial rulings of the federal judges of Distrito Federal on international law and conducted 40 semi-structured interviews with these judges. All the collected data were examined by the using the method of analysis of discourse. The theoretical framework was the concept of “legal preferences” (González-Ocantos). The investigation found evidence of implicit use of non-justiciability techniques such as the act of State doctrine and the political question doctrine to escape from adjudicating the international claims more sensitive to Brazilian foreign affairs. The discourse analysis led to the identification of the legal preferences behind that attitude of avoidance of the international law by the research’s participants.

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Juiz Federal Substituto na Justiça Federal da 1ª Região.

Keywords: International law; Federal judges of Distrito Federal; Non justiciability doctrines; act of State; Political question.

1. Introdução

A questão da relação entre o direito internacional e o direito interno pode ser respondida tanto do ponto de vista filosófico quanto do prático. Se adotada uma perspectiva prática, o papel dos tribunais domésticos assume posição central na interação entre esses sistemas jurídicos. Nesse sentido, mais do que construir modelos teóricos que descrevam as relações entre a ordem jurídica internacional e os diversos sistemas jurídicos nacionais, importa saber como os Estados têm se posicionado internamente perante as normas jurídicas internacionais e, principalmente, como as cortes domésticas lidam com essas normas.

O principal objetivo deste trabalho é compreender a relação entre o direito brasileiro e o direito internacional por meio da compreensão do comportamento dos juízes federais do Distrito Federal (DF) no julgamento das causas de sua competência.

Os dados escolhidos para análise foram as decisões judiciais proferidas pelos juízes federais do DF e as opiniões desses magistrados sobre algumas questões relacionadas ao direito internacional. A técnica utilizada para selecionar as decisões judiciais foi a busca aleatória no banco de decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sítio eletrônico <https://portal.trf1.jus.br/pesquisadocumentos/index.jsf>, no dia 28 de setembro de 2020. Foram utilizados os seguintes filtros: Tipo Documento (em que foi selecionada a opção "todos"), Seção (foi marcada a "Seção Judiciária do Distrito Federal") e Unidade (foi selecionada a opção "todos"). Os termos incluídos na busca, um após o outro, foram "internacional", "tratado", "convenção", "nacionalidade", "refugiado", "estrangeiro", "organização internacional", "interamericana" e "imunidade". O período escolhido foi de 2012 a 2020. Esse procedimento possibilitou a seleção de 101 decisões e sentenças.

A técnica utilizada para coletar as opiniões dos participantes da pesquisa foi a realização de entrevistas semiestruturadas. Essa parte da pesquisa dependeu da autorização do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília, o que foi feito pelo Parecer Consubstanciado nº 4.552.235, de 23 de fevereiro de 2021. Todos os 60 juízes federais do DF foram convidados para participarem da pesquisa. A quantidade que respondeu, agendando dia e horário para a realização da entrevista, foi de 40 juízes. As 40 entrevistas foram realizadas no período de 1º de março a 6 de abril de 2021 e, por imposição da pandemia de Covid-19, foi utilizado um sistema de videoconferência (o aplicativo Teams). A pergunta feita aos participantes foi, no que interessa ao presente trabalho, a seguinte: na sua opinião, há questões de direito internacional que não deveriam ser julgadas por juízes?

Depois de colhidos os dados (as decisões judiciais e as opiniões dos juízes), passou-se à fase de análise. A abordagem metodológica escolhida para essa tarefa foi a da análise do discurso. Esse método trabalha com a identificação de categorias, temas e termos-chaves, de padrões de associações e de variações, e das posições das quais os atores sociais lançam os seus discursos², o que, na presente investigação, levou a resultados relevantes para a compreensão do comportamento dos participantes da pesquisa na aplicação do direito internacional.

² TONKISS, F. "Discourse analysis", in SEALE, C. (ed.). *Researching Society and Culture*. 3. ed. London: Sage, 2012, p. 405-423.

O marco teórico que iluminou a investigação foi o conceito de “preferências jurídicas” elaborado por Ezequiel González-Ocantos³ a partir da contribuição do institucionalismo sociológico a respeito do papel das instituições na construção de esquemas cognitivos⁴. Como todas as instituições, os tribunais constroem modos de julgar e interpretar, isto é, molduras cognitivas que se tornam o padrão de conduta em seu seio. Tais ideias então moldam a compreensão dos julgadores sobre a ordem jurídica, o seu papel no sistema e o horizonte de soluções possíveis para os casos.

A investigação encontrou fortes evidências de que os juízes federais do DF recorrem a doutrinas de não justiciabilidade para evitar o julgamento do mérito das disputas internacionais mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro. Essas causas são basicamente aquelas que colocam os julgadores diante de questões sobre a legalidade de atos de Estados estrangeiros ou de atos praticados pelo Poder Executivo nacional na condução da política externa. As duas doutrinas identificadas, ainda que não nomeadas pelos julgadores, foram a do ato de Estado (*act of State doctrine*) e a das questões políticas (*political question doctrine*).

Para expor os resultados da pesquisa, o artigo seguirá o caminho descrito a seguir. Primeiro, serão apresentados os achados que indicam a aplicação dessas doutrinas. Segundo, serão feitas algumas reflexões sobre a doutrina do ato de Estado. Terceiro, será explorado o estado da arte do uso da doutrina das questões políticas no direito internacional e no direito interno. Quarto, será proposto o argumento de que a adoção dessas doutrinas decorre de preferências jurídicas dos juízes. Quinto, será avaliada a consistência dessas preferências. Por fim, serão feitas algumas considerações sobre a possibilidade de controle jurisdicional da política externa no direito brasileiro.

2. Como evitar o julgamento de uma causa internacional

A maioria das causas que têm contornos internacionais não apresenta diferenças relevantes das demais demandas rotineiramente examinadas pelos juízes federais. Em relação a essas não se verificou a aplicação de doutrinas de não justiciabilidade. Observou-se, apenas, a vacilação decorrente da baixa familiaridade dos magistrados com o direito internacional.

Verificou-se, assim, que os juízes nem sempre fogem da aplicação do direito internacional em causas que envolvem, por exemplo, o reconhecimento da imunidade tributária dos funcionários das Nações Unidas prevista na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas⁵, procedimentos de cooperação jurídica internacional, como previsto na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁶, ou, ainda, o exame de compatibilidade da legislação dos servidores públicos federais com as obrigações contidas na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁷.

Contudo, quando a causa apresenta uma dimensão internacional mais profunda, colocando os juízes domésticos diante de questões que tocam a legalidade das relações entre Estados ou organizações internacionais, o cenário é diverso. No

³ GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016.

⁴ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. “As três versões do neo-institucionalismo”, *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209.

⁵ Processos n.º 29986-96.2012.4.01.3400, 53342-57.2011.4.01.3400, 59018-49.2012.4.01.3400, 26281-56.2013.4.01.3400, 46502-31.2011.4.01.3400, 49580-62.2013.4.01.3400, 32210-36.2014.4.01.3400, 37006-70.2014.4.01.3400, 85211-33.2014.4.01.3400, 8035-46.2012.4.01.3400 e 524-26.2014.4.01.3400.

⁶ Processos n.º 43552-10.2015.4.01.3400, 2008.34.00.039638-0, 43552-10.2015 e 36277-73.2016.4.01.3400.

⁷ Processos n.º 22600-15.2012.4.01.3400, 47024-53.2014, 53004-44.2015.4.01.3400 e 43543-48.2015.4.01.3400

tocante a essas causas, observou-se uma marcante autocontenção dos juízes, chegando-se, algumas vezes, à própria negativa do exame jurisdicional da questão.

Essa postura ficou bastante clara em uma série de casos em que médicos cubanos buscaram o afastamento do arranjo internacional entabulado entre o Estado brasileiro, a República de Cuba e a OPAS, relativo ao Programa Mais Médicos para o Brasil. Nesses casos, os demandantes sustentavam que o acordo criava uma situação que os colocava em uma situação desigual em relação aos médicos brasileiros e aos demais médicos estrangeiros, uma vez que a sua participação no programa dependia da intermediação do governo cubano e da OPAS, o que fazia com que parte substancial da sua remuneração ficasse com o governo cubano.

Em todas as 14 decisões relativas a essa série de casos que foram analisadas, os diversos julgadores abstiveram-se de proceder ao controle de legalidade do acordo entre o Estado brasileiro, a República de Cuba e a OPAS. Por trás dessa abstenção judicial, duas premissas foram identificadas.

A primeira é a interpretação do princípio da não intervenção (e de outros princípios afins, como o da independência e o da soberania) como óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros a respeito da legalidade dos atos de soberania de outros Estados (o ato de soberania, no caso, era a celebração do acordo por Cuba em prejuízo dos seus nacionais e a retenção de parte da remuneração dos médicos cubanos). Afirmou-se que, como a República Federativa do Brasil é regida em suas relações internacionais pelo princípio da não intervenção, não poderia o Poder Judiciário brasileiro interferir nas relações entre aquele Estado e um nacional seu. Um(a) juiz(íza) ressaltou que a interferência do Judiciário nessa questão era vedada, “pena de ofensa à soberania dos países envolvidos, especialmente Cuba”.

A segunda premissa é a de que o Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar as decisões governamentais em matéria de política externa. Essa tese foi expressa de modo bastante claro por um(a) juiz(íza):

(...) havendo entendimento entre os Governos Brasileiro e Cubano, para fins de cooperação internacional no âmbito do referido programa, é certo que o acordo firmado entre eles deve ser respeitado, sob pena de gerar riscos indevidos no campo político e diplomático, além de colocar em rota de colisão interesses manifestados por Estados no exercício de sua soberania, por intromissão indevida do Poder Judiciário, em questões afetas diretamente à competência de outro Poder da República.

Essas duas premissas – impossibilidade de exame da legalidade dos atos internos de soberanias estrangeiras e vedação ao controle judicial da política externa do Executivo – refletem os argumentos centrais de duas doutrinas muito conhecidas: a do ato de Estado (*act of State doctrine*) e a das questões políticas (*political question doctrine*), respectivamente. A presença desses argumentos nas decisões judiciais analisadas – sendo que não foi encontrada nenhuma que contivesse um posicionamento diferente – pode ser tomada como um forte indicativo da adoção implícita dessas doutrinas pela prática dos juízes brasileiros de primeiro grau.

3. A doutrina do ato de Estado

O entendimento dos juízes federais do DF no sentido de que não devem se pronunciar sobre atos de governos estrangeiros espelha, em grande medida, a doutrina do ato de Estado (*act of State doctrine*). Essa doutrina preconiza exatamente a impossibilidade de que atos praticados por um Estado soberano em seu território

sejam examinados pela Justiça de outro Estado e foi adotada, pela primeira vez, no caso *Underhill v. Hernandez*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1897⁸.

Na ocasião, discutiu-se a responsabilidade do General Hernandez (comandante de uma força revolucionária venezuelana) por danos causados a George F. Underhill, que residia, à época, na Venezuela. A Suprema Corte entendeu que os atos de Hernandez eram imputáveis ao Estado venezuelano e que tribunais não devem julgar atos praticados por outros Estados soberanos em seus próprios territórios. Nas palavras do tribunal:

*Every foreign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves*⁹.

A doutrina, no entanto, tornou-se famosa em razão do caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1964¹⁰. Na oportunidade, essa corte foi provocada a se pronunciar sobre a possibilidade de tribunais estadunidenses analisarem decisões de outros Estados – no caso, o confisco de propriedades de cidadãos norte-americanos pelo governo cubano. Concluiu-se que o caso atraía a aplicação da *act of State doctrine*, que, conforme acentuou a Suprema Corte, decorre fundamentalmente da competência dos ramos políticos do governo dos EUA para conduzir as relações exteriores.

Apesar da semelhança, essa doutrina não se confunde com a imunidade dos Estados, por dois motivos principais. Primeiro, esta – a imunidade estatal – somente é aplicável se o Estado for réu na ação, ao passo que a doutrina do ato de Estado pode incidir mesmo na ausência de qualquer ente estatal na causa, desde que esteja em questão a legalidade de um ato soberano. Segundo, o reconhecimento da imunidade de jurisdição implica a inadmissibilidade da ação, enquanto a incidência da *act of State doctrine* não impede o julgamento do mérito, apenas obsta o pronunciamento judicial sobre a validade da legislação do Estado estrangeiro¹¹.

⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos Da América. Caso *Underhill v. Hernandez*, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.

⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Underhill v. Hernandez*, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.

¹⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Sentença de 23 de março de 1964 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>.

¹¹ DOLINGER, J. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 99; MADRUGA FILHO, A. "A imunidade de jurisdição e a aplicação direta do costume internacional pelo Judiciário brasileiro" in BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. (ed.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação (estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 73. Para Antenor Pereira Madruga Filho, a única referência encontrada à doutrina do ato de Estado na jurisprudência do STF contém uma confusão com a imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. No julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, o Min. Celso de Mello afirmou que a relativização da imunidade de jurisdição no tocante aos atos de gestão permite "ao Tribunal do foro afastar a invocação da doutrina do ato de Estado (*Act of State Doctrine*)", dando a entender, equivocadamente, que a doutrina do ato de Estado é a mesma coisa que a imunidade dos Estados (Supremo Tribunal Federal do Brasil (Primeira Turma). Acórdão no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, Julgado em

4. A doutrina das questões políticas

A abstenção dos juízes federais do Distrito Federal em matéria de política externa coincide com a célebre doutrina das questões políticas. Segundo essa doutrina, questões de natureza política devem ser resolvidas exclusivamente pelos ramos políticos do governo (Executivo e Legislativo), estando completamente fora da esfera do controle do Poder Judiciário.

Não deixa de ser paradoxal que a origem comumente apontada da doutrina das questões políticas seja o mesmo precedente que fortaleceu o poder dos tribunais no controle dos atos dos demais poderes: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803¹². No caso, o *Chief Justice* John Marshall afirmou que os atos praticados pelo Presidente no exercício dos seus poderes políticos estão livres de qualquer revisão judicial¹³.

O caso *Marbury v. Madison* também tem sido apontado como a principal causa da conhecida abdicação das cortes norte-americanas em matéria de relações exteriores. Em certo momento desse julgamento, Marshall enfatizou especificamente a não justiciabilidade dos atos do departamento de relações exteriores. Para Thomas Franck, qualquer que tenha sido a intenção dessa "observação aparentemente improvisada" de Marshall, seu efeito foi iniciar uma teoria constitucional, prestigiada até os dias atuais, de que as relações externas são essencialmente diferentes das outras questões de Estado¹⁴ e, conseqüentemente, infensas ao controle jurisdicional.

A atitude de Marshall, também segundo Franck, significou a celebração de uma espécie de pacto faustiano entre os tribunais e os órgãos políticos. Nesse pacto, o Poder Judiciário expandiu o seu poder de fazer a revisão de questões internas, dando em troca para os poderes políticos a supremacia nas questões externas¹⁵. Com o tempo, a aplicação da doutrina das questões políticas aos assuntos internos foi virtualmente erradicada, ao passo que foi reforçada em questões externas¹⁶.

No Brasil, a aplicação da doutrina das questões políticas foi inaugurada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do famoso Habeas Corpus nº 300

20 de junho de 1995 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>).

¹² Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Marbury v. Madison*, Sentença de 24 de fevereiro de 1803 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.

¹³ O *leading case* sobre a matéria é o *Baker v. Carr*, de 1962, em que a Suprema Corte considerou justiciável a discussão sobre redistribuição e redistritamento. Na ocasião, o tribunal apontou seis características que indicam a presença de uma questão política: atribuição constitucional da competência a um departamento político específico; ausência de parâmetros judiciais; a impossibilidade de julgamento sem que se tome uma posição política; impossibilidade de julgamento sem que se incorra na falta do devido respeito aos demais poderes; presença de uma necessidade incomum de não se questionar uma decisão política já tomada; e o potencial de surgimentos de respostas contraditórias dos poderes públicos a uma questão (Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Baker v. Carr*, Sentença de 26 de março de 1962 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>).

¹⁴ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 3.

¹⁵ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 12-13.

¹⁶ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 19.

de 1892¹⁷. O pano de fundo foi a prisão de 46 opositores do então Presidente da República Floriano Peixoto, que se recusava a convocar eleições presidenciais após a renúncia de Deodoro da Fonseca. O STF entendeu que, mesmo em se tratando de direitos individuais, era “impossível isolar esses direitos da questão política” e não era da índole do tribunal “envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”, razão pela qual não poderia intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente.

Não muitos anos depois, em 1898, o STF já adotaria posição diversa, desenvolvendo a conhecida “doutrina brasileira do habeas corpus”, assumindo que direitos individuais não podem ficar sujeitos a medidas políticas. Desde então, embora não tenha afirmado os limites da aplicação da doutrina, o STF não tem demonstrado receio de intervir em questões políticas relevantes do cenário nacional¹⁸. Pelo contrário, o STF se tornou uma importante arena de disputa política, com efeitos políticos concretos no Brasil¹⁹.

O debate sobre a possibilidade de apreciação judicial de disputas políticas possui uma imensa relevância no direito internacional. A mais influente contribuição sobre essa discussão é a obra *The Function of Law in International Community*, de Hersch Lauterpacht²⁰. O livro, que já foi considerado o mais importante em língua inglesa sobre o direito internacional no século XX²¹, é um verdadeiro manifesto contra a distinção (então amplamente aceita) entre questões jurídicas e políticas, considerando-se estas não justiciáveis perante tribunais internacionais.

Para Lauterpacht, a doutrina das questões não justiciáveis é uma expressão da teoria da soberania²². Desse modo, a doutrina serviria apenas para conciliar, de um lado, o argumento tradicional dos Estados soberanos de que eles deveriam ser os próprios juízes de suas disputas jurídicas com outros Estados e, de outro, com a necessidade de se concluir tratados de solução de controvérsias que apresentem alguma aparência de juridicidade das obrigações²³. Alguns juristas internacionalistas e estadistas – observa Lauterpacht – mesmo conscientes da artificialidade da distinção, aceitaram-na porque seria útil ao propósito de superar a desconfiança dos governos em relação à arbitragem compulsória²⁴.

Lauterpacht identifica as quatro concepções de questões justiciáveis presentes na literatura, que são as seguintes: primeira, disputas jurídicas são aquelas que podem ser resolvidas por normas existentes e determináveis de direito internacional; segunda, controvérsias jurídicas são as de importância menor e secundária, que não

¹⁷ Supremo Tribunal Federal do Brasil (Tribunal Pleno). Acórdão no Habeas Corpus nº 300, Julgado em 30 de abril de 1892 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>.

¹⁸ LEITÃO, R. G.; SOUZA, J. P. B. “Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo”, *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*, n. 39, 2018, p. 200.

¹⁹ RÍOS-FIGUEROA, J.; TAYLOR, M. M. “Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, v. 38, 2006, p. 739-766.

²⁰ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.

²¹ KOSKENNIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*. Oxford, v. 79, 2009, p. 366.

²² LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 3. A teoria da soberania foi objeto de ataques diretos do autor em várias das suas obras (GALINDO, G. R. B. “Hersh Lauterpacht: an introduction”, *Panorama of Brazilian Law*, n. 9-10, 2018, p. 277).

²³ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 5-7.

²⁴ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 4-5.

afetam os interesses vitais dos Estados; terceira, questões jurídicas são aquelas em que a aplicação de regras de DIP existentes é suficiente para garantir um resultado que não seja incompatível com as demandas de justiça entre os Estados e com o desenvolvimento das relações internacionais; quarta, disputas jurídicas são as relativas a direitos existentes, não se confundindo com os conflitos de interesses, em que se busca uma mudança no quadro normativo vigente²⁵.

Em seguida, Lauterpacht passa a refutar detidamente cada uma dessas concepções. Primeiro, a novidade de uma disputa nunca impediu qualquer tribunal de solucioná-la recorrendo à analogia, aos princípios gerais de direito, à ponderação de interesses e a argumentos abstratos sobre as necessidades da comunidade internacional²⁶. Segundo, a prática também revela que os tribunais internacionais sempre lidaram com controvérsias importantes, e não apenas com as menores e secundárias²⁷. Terceiro, faz parte da função jurisdicional temperar regras obsoletas ou injustas por meio de referências a propósitos mais amplos do direito, à cláusula *rebus sic stantibus*, ao abuso de direitos ou à equidade²⁸. Por fim, a distinção que opõe disputas jurídicas a conflitos de interesses não serve como base para uma classificação científica das controvérsias internacionais e implica, em última análise, a própria rejeição dos mecanismos de solução judicial²⁹.

Lauterpacht também percebe a necessidade de examinar o argumento de que, mesmo nas ordens jurídicas internas, existem questões excluídas do escopo do direito, de modo que seria irrazoável ou pedante esperar que seja diferente no direito internacional³⁰. O autor analisa algumas situações e conclui que nenhuma delas está, a rigor, fora do campo do direito. Para as reflexões deste trabalho, interessa especificamente o exame da atuação do Poder Executivo nas relações exteriores. Aqui, Lauterpacht admite que as cortes de alguns países não consideram parte de sua competência se pronunciar sobre a política externa adotada pelo Executivo. Essa limitação de competência, no entanto, não significaria limitação do império do direito, mas expressão da inevitável diferenciação de funções no âmbito do Estado moderno³¹.

A tese de que o direito deve ocupar um papel central nas relações internacionais, vigorosamente defendida em *The Function of Law in International*

²⁵ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 19-20.

²⁶ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 110-135.

²⁷ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 145-153.

²⁸ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 245-347.

²⁹ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 351-377.

³⁰ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 385.

³¹ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 387-390. Lauterpacht, no entanto, entende que a função relativa à política externa não está sujeita ao controle judicial: "In the domain of foreign affairs it entrusts the competent departments of the Government with the right of exclusive decision not subject to judicial review. [...] This division of functions is particularly necessary in view of the necessity of uniformity in acts and measures affecting foreign States. Both the Government and the courts are the organs of the State, and reasons of stability and convenience in international intercourse require that a State should not address its neighbours in two voices".

Community, pode ser tida como vitoriosa³². A doutrina das questões não justiciáveis já não encontra o eco de outrora no direito internacional. Nas ordens jurídicas internas, todavia, o cenário é diferente. É verdade que se tem notado uma diminuição do espaço da doutrina das questões políticas nos tribunais domésticos, o que se deve, sobretudo, ao fortalecimento da ideia de *rule of law* (interno)³³. Contudo, a aplicação da doutrina a questões de política externa ainda persiste em diversos sistemas constitucionais, o que é visto como um reflexo da influência da doutrina da não justiciabilidade de certas controvérsias internacionais³⁴.

Essa aplicação da doutrina das questões políticas às relações exteriores pelos tribunais domésticos opera de três modos diversos, conforme Daniele Amoroso concluiu da análise comparada de decisões de tribunais dos EUA, do Reino Unido, da França e da Itália³⁵. O primeiro é como "limitação jurisdicional" ou, utilizando a terminologia processual, como uma hipótese de incompetência material. Cortes domésticas, nessas situações, invocam a doutrina das questões políticas para dizer que não têm competência para controlar atos do Estado em suas relações internacionais, seja por força do princípio da separação dos poderes (a competência para conduzir a política externa é constitucionalmente atribuída aos ramos políticos do governo), seja por impossibilidade julgar a atuação do seu Estado como sujeito de direito internacional (os tribunais não podem revisar atos internacionais do Estado porque são uma parcela dele).

O segundo modo de operação da doutrina das questões políticas nas relações exteriores é como "argumento de não justiciabilidade". Aqui as cortes nacionais entendem que têm competência para decidir a causa, mas eximem-se de fazer o controle da questão de política externa ao argumento de que o direito internacional não fornece parâmetros jurídicos adequados (não justiciabilidade normativa) ou de não serem dotadas de capacidade institucional para tanto (não justiciabilidade funcional).

O terceiro e último modo é como "forma de autocontenção prudente". A incidência da doutrina das questões políticas, nesse caso, decorreria do exercício de uma discricionariedade judicial orientada a evitar que as cortes domésticas sejam transformadas em instrumentos de lutas políticas ou que contradigam a atuação do Executivo no âmbito internacional.

O STF, ao julgar o rumoroso caso Battisti, parece ter adotado a versão da "limitação jurisdicional" da doutrina das questões políticas. Na ocasião, suscitou-se a tese de descumprimento do tratado de extradição com a Itália, e a maioria da Corte afirmou que a questão "em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal [...]". O tribunal ainda consignou o seguinte:

O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB) indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional

³² GALINDO, G. R. B. "A paz (ainda) pela jurisdição compulsória?" *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, n. 2, 2014, p. 3. KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 364.

³³ AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100. Também poderia ser acrescentado o fortalecimento da ideia de supremacia judicial como um dos fatores da erosão da doutrina das questões políticas.

³⁴ KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 363.

³⁵ AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 103.

conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país.

[...]

O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior [...] ³⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já adotou uma posição similar. Em precedente de 2010, confundindo algumas vezes os institutos do “refúgio” e do “asilo” entre si - diga-se de passagem - o tribunal entendeu ser “inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais”, controlar os motivos da Administração nos “casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores” ³⁷.

5. Uma questão de preferência

As premissas adotadas pelos juízes federais do DF para justificar a sua abstenção - impossibilidade de exame da legalidade dos atos internos de soberanias estrangeiras e vedação ao controle judicial da política externa brasileira - não decorrem diretamente de nenhuma norma jurídica. São, na verdade, interpretações jurisprudencialmente construídas de dispositivos com elevado grau de abstração, como os princípios da não intervenção, da independência, da soberania e da separação dos poderes. Tampouco se pode dizer que essa postura decorre implicitamente do sistema jurídico brasileiro, pois este, como se sabe, tem o princípio da inafastabilidade da jurisdição como um de seus pilares.

Por conseguinte, é razoável concluir que essa abdicação judicial em matéria de relações exteriores deve-se às preferências jurídicas dos julgadores. Para compreender como essas preferências afetam o comportamento judicial, é útil recorrer a alguns *insights* fornecidos pelos estudos dos pesquisadores ligados ao institucionalismo sociológico.

No final dos anos 1970, institucionalismo sociológico rompeu com a tradição que, desde Max Weber, fazia uma distinção clara entre a esfera social (dominada por estruturas burocráticas pautadas pela racionalidade e pela eficácia) e a esfera cultural. Os sociólogos dessa escola perceberam que nem todas as práticas das instituições eram criadas para lhes conferir maior racionalidade, mas algumas delas eram construídas por meio de processos muito semelhantes aos que dão origem às práticas culturais em geral. Esses sociólogos passaram então a dar um enfoque culturalista às instituições, interpretando-as não apenas como as regras, procedimentos e normas formais, mas também como “os sistemas de símbolos, os

³⁶ Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação 11243, Julgamento em 08 de junho de 2011 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>.

³⁷ Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Acórdão no Recurso especial nº 1798903/RJ, Julgamento em 25/09/2019 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>. Trechos da ementa: “Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro [...] A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado”.

esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem 'padrões de significação' que guiam a ação humana"³⁸.

Segundo essa escola sociológica, as instituições não apenas prescrevem normas sobre os papéis a serem desempenhados pelos indivíduos, mas também fornecem esquemas, categorias e modelos de compreensão que, por sua vez, moldam o comportamento dos atores sociais. Nesse sentido, os sociológicos institucionalistas sustentam que:

uma vez confrontado com uma situação, o indivíduo deve encontrar um meio de identificá-la e de reagir a ela, e que os cenários ou modelos inerentes ao mundo da instituição lhe oferecem os meios de resolver uma e outra dessas tarefas, não raro de modo relativamente simultâneo³⁹.

Trazendo esses conceitos para o Poder Judiciário, é possível afirmar que o ator judicial sofre limitações impostas pelos modos institucionalmente (culturalmente) construídos de julgar e interpretar, ou, dito de outro modo, por molduras cognitivas que se tornam, no seio da instituição, o padrão de conduta interpretativa. As ideias coletivamente construídas sobre o direito então moldam a compreensão dos julgadores sobre a ordem jurídica, o seu papel no sistema e o horizonte de soluções possíveis para os casos. Gonzalez-Ocantos chama esses esquemas cognitivos de "preferências jurídicas" (legal preferences), conceituando-as como:

(...) a defining feature of the cognitive lens through which judges and prosecutors conceptualize the disputes they are asked to adjudicate. They encompass views about what can be considered legitimate sources of law (domestic, international, customary); what are the acceptable forms of legal argumentation, templates of reasoned justification, and terms of art that may be used in court's pronouncements; what amounts to a reasonable standard of proof when adjudicating criminal or civil responsibility; and conceptions about the reach of formal judicial prerogatives⁴⁰.

Essas preferências jurídicas criam predisposições intelectuais determinantes para o resultado dos processos decisórios. As decisões judiciais resultam, assim, não apenas das normas jurídicas invocadas, mas também das doutrinas, das escolas de pensamento e dos métodos de argumentação considerados aceitáveis pelos julgadores. Mais do que os textos normativos, importa para a decisão judicial como esses textos são lidos.

Portanto, a ideia de que questões conectadas às relações internacionais não podem se sujeitar ao controle jurisdicional é uma presunção epistemológica, histórica

³⁸ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209.

³⁹ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 210.

⁴⁰ Tradução livre. No original: "(...) a defining feature of the cognitive lens through which judges and prosecutors conceptualize the disputes they are asked to adjudicate. They encompass views about what can be considered legitimate sources of law (domestic, international, customary); what are the acceptable forms of legal argumentation, templates of reasoned justification, and terms of art that may be used in court's pronouncements; what amounts to a reasonable standard of proof when adjudicating criminal or civil responsibility; and conceptions about the reach of formal judicial prerogatives" (GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 33).

e culturalmente construída, dos participantes da pesquisa. A abstenção judicial em tema de relações exteriores é, portanto, uma questão de preferência jurídica. Mas é necessário analisar se as preferências que sustentam a adoção das doutrinas de justiciabilidade nas causas mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro são consistentes. É o que será feito no próximo tópico.

6. Analisando as preferências jurídicas em matéria de relações exteriores

Como já foi visto, a utilização implícita da doutrina do ato de Estado está amparada na ideia de que o princípio da não intervenção (e outros princípios afins, como o da independência e o da soberania) constitui um óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros a respeito da legalidade dos atos de soberania de outros Estados.

Contudo, essa interpretação do princípio da não intervenção tem sido amplamente rejeitada nos diversos sistemas jurídicos do mundo. Tem-se dito, no próprio mundo anglo-saxão, onde a doutrina do ato de Estado foi primeiramente desenvolvida, que essa “não serve mais para qualquer propósito útil ou legítimo”⁴¹ e que se trata de uma “ferramenta insatisfatória no julgamento de extraterritorialidade e deve ser abandonada”⁴². Os principais problemas da doutrina são, segundo Ireland-Piper, a falta de clareza do seu conteúdo, o fundamento em teoria superada (segundo a qual somente uma soberania pode criar direitos dentro do seu território), o uso equivocado pelas cortes para evitar decidir casos difíceis e, ainda, ser uma fonte de injustiça e negação de direitos⁴³.

O fato é que a doutrina do ato de Estado vem sofrendo várias mitigações nos Estados da *commom law*. Já em 1964, como reação ao caso Sabbatino, o Congresso dos EUA aprovou a Segunda Emenda Hickenlooper (também conhecida como Emenda Sabbatino) ao *U.S. Foreign Assistance Act*, que afastou a aplicação da doutrina aos casos de expropriação de bens de estrangeiros em violação do direito internacional⁴⁴. A Emenda admitiu uma exceção nos casos em que o Executivo solicite a aplicação da doutrina do ato de Estado a fim de atender aos interesses de política externa do governo⁴⁵.

⁴¹ GARNETT, R. “Foreign States in Australian Courts”, *Melbourne University Law Review*, v. 29, n. 3, 2005, p. 715.

⁴² IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 33.

⁴³ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 23-24.

⁴⁴ Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>.

⁴⁵ Segue o trecho pertinente do *U.S. Foreign Assistance Act*: “(2) Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which claim of title or other right to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection: Provided, That this subparagraph shall not be applicable (1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the

Posteriormente, no *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised)* de 1983, do *American Law Institute*, foi proposto na seção nº 428 que “ressalvada a seção 429, os tribunais americanos abster-se-ão de examinar a validade de um ato de um Estado estrangeiro praticado na sua capacidade soberana dentro de território do Estado”. A seção nº 429, entretanto, dispõe que “a doutrina de ato de Estado não será aplicada a reivindicações relativas a propriedade específica localizada nos Estados Unidos com base na afirmação de que um Estado estrangeiro confiscou a propriedade em violação do direito internacional”⁴⁶.

A redação finalmente adotada pelo *Restatement (Third) of Foreign Relations*, em 1987, foi a de que “na ausência de determinação presidencial em sentido contrário, a doutrina do ato de Estado não será aplicada em caso envolvendo um pedido de título ou outro direito de propriedade, quando o pedido é baseado no argumento de que o Estado estrangeiro confiscou a propriedade em violação do direito internacional” (§ 444)⁴⁷.

Da mesma forma, as cortes inglesas vêm restringindo o escopo da doutrina com base em argumentos decorrentes do princípio do *rule of law*. Embora a doutrina do ato de Estado seja ainda aplicada a disputas sobre território e limites marítimos, não tem sido utilizada para afastar a apreciação de tribunais ingleses de atos que violam o direito internacional ou relativos a direitos privados⁴⁸.

Os tribunais da Austrália, embora apresentando algumas oscilações, também têm entendido que inexiste regra geral e universal que impeça as cortes domésticas de examinar a legalidade de um ato praticado por um Estado soberano dentro do seu território. A doutrina do ato de Estado é afastada especialmente quando o exame do ato de outra soberania é um pré-requisito para o pronunciamento judicial a respeito da conduta do seu Estado ou, ainda, quando está presente alegação de violação de normas peremptórias de direito internacional⁴⁹.

A doutrina do ato de Estado tem se revelado, portanto, “ultrapassada e inútil”⁵⁰, sendo a sua única utilidade servir como subterfúgio para que os tribunais se esquivem de julgar causas internacionais. Desse modo, a argumentação utilizada pelos juízes do DF no sentido de que não poderiam se pronunciar sobre possíveis violações dos direitos humanos dos nacionais cubanos pela República de Cuba, por força do princípio da não intervenção, já não se sustenta.

confiscation or other taking, or (2) in any case with respect to which the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interests of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court” (Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>).

⁴⁶ Tradução livre. No original: “§ 428 Subject to § 429, courts in the United States will refrain from examining the validity of an act of a foreign state taken in its sovereign capacity within the state’s own territory” (American Law Institute. *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised)* (Tentative Draft nº 4, 1983). Philadelphia: ALI, 1983).

⁴⁷ Tradução livre. No original: “In the absence of a Presidential determination to the contrary, the act of state doctrine will not be applied in a case involving a claim of title or other right to property, when the claim is based on the assertion that a foreign state confiscated the property in violation of international law” (American Law Institute. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States*. Philadelphia: ALI, 1987).

⁴⁸ BROWNLEE, I. *Principles of International Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50.

⁴⁹ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 24-25.

⁵⁰ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018.

O mesmo se pode dizer a respeito da doutrina das questões políticas como obstáculo ao julgamento das decisões governamentais relativas à política externa. O discurso dos juízes para justificar a sua abstenção nesse ponto pode ser dividido em duas linhas argumentativas: incompetência funcional e incapacidade institucional. A primeira diz respeito aos limites da função judicial. Os participantes argumentaram, nesse sentido, que resolver questões políticas não faz parte da competência do Poder Judiciário. Tais controvérsias, por envolverem escolhas políticas, situam-se fora do âmbito de atuação dos tribunais. O campo decisório apropriado para a solução dessas questões seria, por excelência, a própria arena política.

A segunda linha de argumentos enfatiza a ideia de que faltaria ao Poder Judiciário a capacidade institucional para solucionar essas controvérsias. Os juízes não recebem treinamento específico e nem têm acesso a todas as informações necessárias para lidar com a complexidade que caracteriza a política externa. Consequentemente, a fim de evitar desdobramentos indesejados e imprevisíveis nas relações internacionais, a postura mais apropriada nessa seara seria a autocontenção.

As ponderações feitas pelos juízes são razoáveis, mas apresentam algumas fragilidades. Primeiro, a possibilidade de controle judicial da política externa não extrapola a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, haja vista que não implica a substituição dos corpos políticos pelo Judiciário, mas a sua sujeição a critérios jurídicos. A competência dos tribunais para fazer a revisão dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, aliás, é um dos elementos centrais do próprio Estado constitucional contemporâneo. Em suma, como constatou Thomas Franck, referindo-se ao sistema constitucional norte-americano, “não há qualquer razão válida – constitucional, prudencial, técnica ou política – para tratar casos de relações exteriores diferentemente dos outros”⁵¹.

Segundo, em relação à ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário, não é possível negar que, de fato, os tribunais são dotados de menor expertise e possuem menos informações em matéria diplomática do que os demais poderes. Isso, porém, não é suficiente para eximi-los do exercício do controle judicial da política externa. Como salienta Amoroso, essas dificuldades podem ser superadas por meio de uma calibração da intensidade do controle judicial (mais intenso em áreas governadas pela proteção dos direitos humanos e menos abrangente em temas não relacionados a essas normas, por exemplo) e pelo estreitamento do diálogo interinstitucional com o Poder Executivo, como é comum ocorrer em países da tradição da *commom law*⁵².

A prova da possibilidade do exercício dessa competência é o fato de que diversos tribunais nacionais têm discutido e decidido questões de política externa⁵³, sendo a Alemanha um importante exemplo dessa postura⁵⁴. Nessa mesma direção, a Resolução do *Institut de Droit International* sobre As Atividades dos Juízes Nacionais e as Relações Internacionais do seus Estados, de 1993, propugna que:

⁵¹ Tradução livre. No original: “[...] there are no valid reasons – constitutional, prudential, technical or policy-driven – for treating foreign-relations cases differently from any others” (FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 7).

⁵² AMOROSO, D. “Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law”, *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 121-125.

⁵³ AMOROSO, D. “Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law”, *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100.

⁵⁴ KOSKENNIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 363. FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 107-125.

[n]ational courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law⁵⁵.

Ademais, esses argumentos – incompetência funcional e incapacidade institucional – nunca foram suficientes para impedir os tribunais brasileiros de se envolver em disputas políticas internas. E o protagonismo atual do Poder Judiciário brasileiro na política, muitas vezes atribuído a teorias constitucionais contemporâneas⁵⁶, encontra suas raízes no próprio início da nossa história republicana.

Como já foi mencionado, no julgamento do citado Habeas Corpus nº 300 de 1892, o STF deixou de tutelar direitos individuais a fim de evitar um confronto com o Executivo. Nesse período, “especialmente durante governos de militares”, o STF era deferente aos poderes do Executivo, sendo que a “autocontenção judicial pode ter sido estratégia para evitar maiores intervenções do Executivo no Judiciário”⁵⁷. Contudo, depois dessa fase inicial, o STF passou a demonstrar um verdadeiro “fetichismo no controle dos demais poderes”⁵⁸. Isso ficou claro a partir da construção jurisprudencial da “doutrina brasileira do habeas corpus”, que colocou o Poder Judiciário no papel de verdadeiro controlador do jogo político. Para Diogo Bacha e Silva, essa ampliação do escopo do habeas corpus mostrou que, “sob a argumentação de proteção aos direitos individuais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais poderes republicanos”⁵⁹.

Tudo indica, por conseguinte, que a doutrina das questões políticas (e suas derivações, como a insindicabilidade dos atos *interna corporis* das Casas do Congresso Nacional) é invocada não para evitar que o Poder Judiciário se imiscua na seara política, mas para conferir o suporte técnico-jurídico para que os tribunais possam escolher quais batalhas vão lutar (ou em quais das questões políticas vão interferir). Isso porque, ao se eximir de julgar uma causa com fundamento em sua natureza política, o julgador está, na prática, optando por um dos lados.

Essa constatação é convergente com os achados de estudiosos do comportamento judicial no sentido de que as preferências políticas exercem um papel fundamental nas decisões judiciais. Conforme concluiu um estudo muito conhecido sobre os votos proferidos por juízes da Suprema Corte dos EUA entre 1953 e 1988, os *justices* não são vinculados pelas doutrinas aceitas pela maioria da Corte, mas, antes, “são livres para usar as que se encaixarem melhor em suas próprias preferências”; nem são limitados pelos precedentes, pois geralmente há precedentes para ambos os lados e, ainda assim, “são livres para distingui-los ou para superá-

⁵⁵ Tradução livre. No original: “[n]ational courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law” (Institut de Droit International. The Activities of National Judges and the International Relations of Their State. 65 Annuaire de l’IDI, p. 328-444, 1993 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf).

⁵⁶ BARROSO, L. R. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006.

⁵⁷ CANTISANO, P. “A ordem subterrânea do direito liberal” in BACHA, E., et al (ed.). *130 Anos: Em busca da República*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 63.

⁵⁸ BACHA E SILVA, D. “Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetichismo do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 163-178.

⁵⁹ BACHA E SILVA, D. “Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetichismo do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 175.

los”⁶⁰. Há também, no Brasil, pesquisas que apontam para a influência das inclinações políticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos seus julgamentos, ainda que essa influência não se encaixe perfeitamente no chamado modelo atitudinal⁶¹.

Mas não há como negar que a possibilidade de controle judicial da política externa levanta diversas questões complexas. Algumas delas serão exploradas a seguir.

7. O controle judicial da política externa

A Constituição brasileira de 1988 não atribui expressamente a nenhum poder ou órgão a competência para conduzir a política externa. Essa é extraída de dispositivos que atribuem ao Poder Executivo da União, na pessoa do Presidente da República, a competência para manter relações com Estados estrangeiros e organizações internacionais (artigos 21, inciso I, e 84, inciso VII); para celebrar tratados e acordos internacionais (artigo 84, VIII); e para declarar guerra e celebrar a paz (artigos 21, inciso II, e 84, incisos XIX e XX).

O Congresso Nacional, por sua vez, tem competência para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII) e autorizar ou referendar a decisão do Presidente de declarar guerra ou celebrar a paz (artigos 49, inciso II, e 84, inciso XIX). Ao Senado Federal ainda compete aprovar, por meio de sabatina, a escolha dos chefes de missão diplomática permanente (artigo 52, inciso IV).

Como se vê, no arranjo institucional da Constituição brasileira, o Poder Executivo assume o protagonismo da política externa, notadamente nas fases de formulação e decisão⁶². Já o Poder Legislativo desempenha o papel de (co)decisor, com a competência para aprovar decisões do Poder Executivo, participando, em alguns casos, da formulação da política externa.

O exercício dessas competências pelos Poderes Executivo e Legislativo é orientada, como não poderia deixar de ser, por um elevado grau de discricionariedade. Contudo, isso não significa que inexistam parâmetros jurídicos que, de alguma forma, limitem a liberdade desses poderes. No Brasil, esses limites estão expressamente previstos no artigo 4º da Constituição, que estabelece os princípios que devem reger o Brasil em suas relações internacionais: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

A enunciação dos princípios que regem o Estado brasileiro em suas relações internacionais é uma novidade na história constitucional brasileira, cujos textos

⁶⁰ SEGAL, J. A.; COVER, A. D. “Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices”, *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, 1989, p. 562. No original: “Supreme Court justices are not bound by the legal doctrines accepted by the Court majority; they are free to use whatever doctrines fit their own preferences. Precedents are typically found on both sides of any case reaching the Supreme Court; and even if the precedents weigh heavily on one side, justices are free to distinguish or overrule them”.

⁶¹ FERREIRA, P. F. A. N.; MUELLER, B. “How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions”, *Economia*, v. 15, n. 3, 2014; HARTMANN, I. A.; HUDSON, A. “Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the ministers of Brazil’s Supremo Tribunal Federal”, *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 68, 2017, p. 43-59.

⁶² SANCHEZ, M. R. et al. “Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira”, *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, 2006, p. 131.

constitucionais sempre reservaram pouco espaço a assuntos internacionais. Nesse ponto, a Constituição de 1988 acompanhou uma forte tendência da sua época que era a constitucionalização das relações exteriores. Constituições dessa fase inspiraram-se em grande medida, e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU, de 24 de outubro de 1970⁶³. No caso brasileiro, também exerceu uma influência fundamental a Constituição portuguesa, cujo artigo 7.1 tem uma redação bem semelhante ao que veio ser o artigo 4º da Constituição brasileira.

Esses princípios não podem ser tomados como simples recomendações ao Poder Executivo, destituídos de força normativa. Pelo contrário, a doutrina já ressaltou que os princípios que regem as relações exteriores exercem três funções básicas: primeira, o estabelecimento de marcos normativos da gestão da política externa; segunda, a fixação de limites para a política externa; e, terceira, a formulação de estímulos de direcionamento da política externa⁶⁴.

E, de fato, como já vem salientando a teoria constitucional das últimas décadas, os princípios jurídicos são dotados de normatividade e exercem uma função diretiva para a determinação da conduta⁶⁵. Os princípios jurídicos são, como afirma Humberto Ávila:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁶⁶.

Logo, os princípios estabelecem um fim, um estado de coisas que deve ser buscado e, portanto, faz com que os comportamentos necessários para o atingimento desse fim passem a se tornar obrigatórios. Ou, nas palavras de Ávila, “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização”⁶⁷.

Os Poderes Executivo e Legislativo são, portanto, constitucionalmente obrigados a adotar os comportamentos necessários para a realização dos fins estabelecidos no artigo 4º. Se se afastarem, no exercício de suas competências, desses parâmetros substantivos, ficam sujeitos à revisão por aquele poder que, de acordo com a Constituição, tem competência para apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito: o Poder Judiciário. Observe-se que não se trata de atribuir aos tribunais qualquer papel na condução da política externa – e aqui reside muitos dos equívocos relativos ao tema – mas de reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional do exercício dessas competências.

Autores que se debruçam sobre o assunto costumam dar suporte a esse entendimento. Nessa direção, George Galindo afirma que, diante da constitucionalização dos princípios que regem o Brasil em suas relações externas, “abre-se a possibilidade de ampliação do controle da política externa tanto pelo

⁶³ GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93.

⁶⁴ DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁶⁵ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. GRAU, E. R. *Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

⁶⁶ ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁶⁷ ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

Legislativo como pelo Judiciário”⁶⁸. De modo semelhante, Pedro Dallari sustenta que a adoção desses princípios “viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário”⁶⁹.

O papel do Poder Judiciário na revisão da atuação dos demais poderes está bem sedimentado, tanto na teoria constitucional quanto na prática institucional dos Estados democráticos. Essa compreensão remonta ao constitucionalismo norte-americano, mais especificamente aos discursos federalistas, segundo os quais “todo acto do corpo legislativo, contrário à constituição, não pode ter validade” e que as cortes têm a função de manter a legislatura “nos limites das suas atribuições”⁷⁰. Também costuma ser apontado como marco dessa visão do Poder Judiciário o já citado caso *Marbury v. Madison*.

Isso não quer dizer que a tarefa seja fácil. É possível cogitar três desafios importantes para o exercício do controle judicial da política externa. O primeiro é a indeterminação do conteúdo do parâmetro de controle, a saber, os princípios inscritos no artigo 4º da Constituição. Se princípios jurídicos estabelecem estados ideais de coisas a serem buscados, como definir esses estados ideais? Nesse cenário, não é possível escapar da necessidade de um trabalho interpretativo para a conformação do seu conteúdo⁷¹.

O segundo desafio é o indispensável respeito ao espaço de discricionariedade dos agentes políticos. Os princípios do artigo 4º possibilitam um amplo leque de opções legítimas, que não podem ser substituídas pelas preferências dos juízes. A dificuldade é saber até onde vai a liberdade dos demais poderes dentro desse espaço de discricionariedade. Como dizem Uziel, Moraes e Riche, a interpretação desses princípios pode “variar conforme a preferência política adotada pela autoridade competente para a condução das relações internacionais, sem que isso implique necessariamente violação ao preceito constitucional”⁷². A invasão da esfera de discricionariedade dos poderes políticos possivelmente geraria uma disfuncionalidade tão grave quanto a própria omissão do Poder Judiciário no controle judicial da política externa.

Terceiro, a falta de expertise dos tribunais. A preocupação dos juízes com a sua falta de capacidade institucional para lidar com assuntos de política externa deve ser levada a sério. Mas também é verdade que, diariamente, tribunais decidem matérias que demandam conhecimentos extrajurídicos. Como já foi dito acima, esse problema pode ser mitigado por meio de uma adequada calibração da intensidade do escrutínio judicial e pelo estreitamento do diálogo interinstitucional com o Poder Executivo. Também podem ser utilizadas técnicas processuais de democratização e legitimação dos julgamentos, como a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*.

Mas o reconhecimento da competência do Poder Judiciário para fazer a revisão da política externa não implica necessariamente admitir que esse deva ter a primazia da última palavra sobre a matéria. É verdade que a atribuição ao Poder Judiciário do papel de detentor da última palavra no Estado Democrático (ou, na linguagem da filosofia política, de “soberano”), assim como as teorias que lhe dão suporte, “são

⁶⁸ GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 99.

⁶⁹ DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁷⁰ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840, v. 3, p. 158.

⁷¹ UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. “Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.

⁷² UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. “Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.

quase naturalmente aceitas como uma condição inevitável das democracias contemporâneas”⁷³.

O discurso geralmente adotado pelos tribunais (especialmente pelo STF, no caso brasileiro) reforça a compreensão de que uma democracia deve ter um Judiciário – tido como defensor técnico da Constituição e das minorias – para se opor às medidas interessadas e retrógradas dos demais poderes⁷⁴. O Judiciário, assim, deveria ter a última palavra tanto porque é um defensor dos direitos fundamentais quanto porque atua com base em racionalidade técnica e coerência metodológica. No entanto, como ressalta Juliano Zaiden Benvindo, esse discurso não encontra correspondência na realidade, pois é possível observar empiricamente que o Poder Judiciário não faz nem uma nem outra coisa, deixando claro que o pleito da última palavra esconde, em última análise, uma busca por mais poder⁷⁵.

Diante desse cenário, há maior possibilidade de ganho em uma atitude deliberativa, aberta ao diálogo interinstitucional, do que adversarial, em que cada poder busca se impor ao outro⁷⁶. A partir dessa perspectiva, o papel do Poder Judiciário no escrutínio da política externa deixa de ter uma função simplesmente restritiva da atuação dos demais poderes para servir também como estimulador de deliberações melhores, aumentando, assim, as chances de se chegar a respostas adequadas para os problemas jurídico-internacionais.

Nenhum órgão pode ser arvorar a detentor da última palavra, até porque, em uma sociedade democrática, isso é impossível. Como salientou Martii Koskeniemi, uma questão pode atrair a especialidade e a esfera de competência de diversos órgãos, de modo que o mais importante é saber que, qualquer que seja a solução dada, “a questão permanecerá controversa e vai requerer atenção para salvaguardas institucionais como representação, transparência e *accountability*”⁷⁷. A complexidade das democracias contemporâneas impõe que o diálogo seja mantido permanentemente aberto. No final das contas, sem uma interação dialógica entre os poderes é inviável se chegar a soluções satisfatórias e se aproximar da tão desejada “única voz” em matéria de relações exteriores.

8. Conclusões

A investigação conduzida na Justiça Federal do Distrito Federal permitiu identificar o recurso implícito a doutrinas de não justiciabilidade como estratégia para evitar a aplicação do direito internacional em causas que impactam as relações externas do Estado brasileiro. Assim, por um lado, nas situações em que são provocados a se manifestar sobre a legalidade de atos praticados por governos estrangeiros, os juízes utilizam uma retórica idêntica à da doutrina do ato de Estado. Por outro, quando têm que apreciar alguma conduta do Estado brasileiro nas relações externas, os julgadores recorrem à argumentação da doutrina das questões políticas.

⁷³ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 83.

⁷⁴ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81.

⁷⁵ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81.

⁷⁶ MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

⁷⁷ KOSKENIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 365.

A adoção (implícita) dessas doutrinas é explicada por duas preferências jurídicas que foram confirmadas pelas opiniões apresentadas pelos participantes da pesquisa durante as entrevistas. A primeira é a interpretação do princípio da não intervenção como óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros sobre atos de outros Estados. A segunda é a compreensão de que o Poder Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar matérias ligadas às relações exteriores.

Essas preferências jurídicas, contudo, não se sustentam. O princípio da não intervenção não impede cortes domésticas de examinar a legalidade de atos praticados por Estados estrangeiros, sobretudo quando está presente a alegação de violação de normas peremptórias de direito internacional. Da mesma forma, o discurso de que o Poder Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar demandas relacionadas à política externa não é coerente.

A possibilidade de controle judicial da política externa não significa a extrapolação da competência do Poder Judiciário, mas a sujeição dos ramos políticos do governo a critérios jurídicos, que é, aliás, um elemento central do Estado constitucional contemporâneo. O déficit de expertise dos tribunais (ou a incapacidade institucional), por sua vez, pode ser superada por técnicas talhadas para a compensação dessa deficiência. De toda sorte, os argumentos da incompetência funcional e da incapacidade institucional nunca foram suficientes para impedir os tribunais brasileiros de se envolver na arena política interna.

A Constituição brasileira de 1988 ao estabelecer os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações exteriores, estabeleceu parâmetros obrigatórios para os poderes políticos que, uma vez inobservados, abre espaço para o escrutínio judicial. Mas é importante enfatizar que a possibilidade de controle jurisdicional não significa necessariamente que o Poder Judiciário deva ter a primazia da última palavra sobre a política externa. Antes, os tribunais devem adotar uma postura aberta ao diálogo interinstitucional, exercendo um papel de estimuladores de deliberações melhores.

Referências

- ALEX, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- American Law Institute. *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised) (Tentative Draft nº 4, 1983)*. Philadelphia: ALI, 1983.
- American Law Institute. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States*. Philadelphia: ALI, 1987.
- AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100-125.
- ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-71.
- BACHA E SILVA, D. "Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes", *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 163-178.
- BARROSO, L. R. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil", *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006.
- BENVINDO, J. Z. "A "última palavra", o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro", *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81-83.
- BROWNLIE, I. *Principles of International Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50.

- CANTISANO, P. "A ordem subterrânea do direito liberal" in BACHA, E., et al (ed.). *130 Anos: Em busca da República*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 63.
- DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.
- DOLINGER, J. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 99.
- Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>.
- FERREIRA, P. F. A. N.; MUELLER, B. "How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions", *Economia*, v. 15, n. 3, 2014.
- FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 3-19; 107-125.
- GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93-99.
- GALINDO, G. R. B. "A paz (ainda) pela jurisdição compulsória?" *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, n. 2, 2014, p. 3.
- GALINDO, G. R. B. "Hersh Lauterpacht: an introduction", *Panorama of Brazilian Law*, n. 9-10, 2018, p. 277.
- GARNETT, R. "Foreign States in Australian Courts", *Melbourne University Law Review*, v. 29, n. 3, 2005, p. 715.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 33.
- GRAU, E. R. *Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.
- HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209-210.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840, v. 3, p. 158.
- HARTMANN; I. A.; HUDSON, A. "Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the ministers of Brazil's Supremo Tribunal Federal", *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 68, 2017, p. 43-59.
- Institut de Droit International. The Activities of National Judges and the International Relations of Their State. 65 Annuaire de l'IDI, p. 328-444, 1993 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf.
- IRELAND-PIPER, D. "Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine", *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 23-33.
- KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*. Oxford, v. 79, 2009, p. 363-366.
- LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 3-390.
- LEITÃO, R. G.; SOUZA, J. P. B. "Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo", *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*, n. 39, 2018, p. 200.
- MADRUGA FILHO, A. "A imunidade de jurisdição e a aplicação direta do costume internacional pelo Judiciário brasileiro" in BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. (ed.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e*

- inovação (estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 73.
- MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.
- RÍOS-FIGUEROA, J.; TAYLOR, M. M. "Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico", *Journal of Latin American Studies*, v. 38, 2006, p. 739-766.
- SANCHEZ, M. R. et al. "Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira", *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, 2006, p. 131.
- SEGAL, J. A; COVER, A. D. "Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices", *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, 1989, p. 562.
- Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Acórdão no Recurso especial nº 1798903/RJ, Julgamento em 25/09/2019 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Marbury v. Madison, Sentença de 24 de fevereiro de 1803 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos Da América. Caso Underhill v. Hernandez, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Baker v. Carr, Sentença de 26 de março de 1962 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Sentença de 23 de março de 1964 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>.
- Supremo Tribunal Federal do Brasil (Tribunal Pleno). Acórdão no Habeas Corpus nº 300, Julgado em 30 de abril de 1892 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>.
- Supremo Tribunal Federal do Brasil (Primeira Turma). Acórdão no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, Julgado em 20 de junho de 1995 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>.
- Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação 11243, Julgamento em 08 de junho de 2011 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>.

TONKISS, F. "Discourse analysis", in SEALE, C. (ed.). *Researching Society and Culture*. 3. ed. London: Sage, 2012, p. 405-423.

UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. "Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.

Análisis general y comparativa de la transparencia de los órganos consultivos municipales: Énfasis especial a la conveniente reforma del Consejo Económico y Social de la ciudad de Jaén

General analysis and comparison of the transparency of the municipal advisory bodies: Special emphasis on the convenient reform of the Economic and Social Council of the city of Jaén

Manuel Palomares Herrera¹

Universidad Internacional de la Rioja

Sumario: 1. Introducción y planteamiento. 1.1. Objetivos. 1.2. Metodología y estado de la materia. – 2. Comparativa orgánica. – 3. Revisión en transparencia de los CES andaluces. – 4. Propuestas de mejora: reforma estatutaria o reconversión en consejos sociales. – 5. Conclusiones. – Referencias bibliográficas.

Resumen: Los órganos de derecho público como los consejos consultivos municipales, tan importantes a efectos de autonomía local y de transparencia de su actividad informativa, han de estar adaptados y actualizados a la realidad socioeconómica, lo que en ciertas cuestiones quiebra en el caso concreto del Consejo Económico y Social de Jaén en términos de representatividad o renovación, lo que lo aleja de ser absolutamente equiparable a los homólogos órganos consultivos del entorno cercano en el que se encuentra inmerso el Excelentísimo Ayuntamiento de Jaén. Así, se realiza una comparativa entre los consultivos locales de las capitales andaluzas estableciendo dos grados en cuanto a cumplimientos. Finalmente, y en atención a la falta de reforma y renovación en un cuarto de siglo del órgano jiennense, inane a las actualizaciones que han venido experimentando los ordenamientos, se desarrolla la justificación y motivación socio-jurídica aparejadas a la reforma del Consejo Económico y Social de la ciudad de Jaén desde dos proposiciones como es la reforma parcial de su estatuto y reglamento o

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Jaén; Máster Universitario en Democracia, Derechos Humanos y Globalización por la Universidad Abierta de Cataluña; Acreditado ANECA Profesor Contratado Doctor; Profesor-Tutor de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en el Centro Asociado Andrés de Vandelvira; Profesor de la Universidad Europea Miguel de Cervantes; Profesor de la Universidad Internacional de la Rioja; Concejal del Ayuntamiento de Jaén; Vicepresidente del Instituto Superior de Derechos Humanos España; más de 30 obras publicadas dentro y fuera de España en el ámbito constitucional de la transparencia, acceso a la información, buen gobierno, Derecho Local, Protección Internacional de los Derechos Humanos; <https://orcid.org/0000-0003-1520-5036>. Correo electrónico: manuel_cv_mph@outlook.es.

desde la extinción del mismo para la constitución de un Consejo Local al amparo de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas para la Modernización del Gobierno Local para el seguimiento de la senda de Málaga, Córdoba o Sevilla.

Palabras clave: Transparencia, Derecho Local, Órganos consultivos, Consejo Económico y Social, Ayuntamiento de Jaén.

Abstract: Public law bodies such as the municipal consultative councils, which are so important for the purposes of local autonomy and transparency of their informative activity, must be adapted and updated to the socioeconomic reality, which in certain matters breaks down in the specific case of the Economic Council and Social of Jaén in terms of representativeness or renewal, which makes it far from being absolutely comparable to the homologous advisory bodies of the nearby environment in which the Excellency City Council of Jaén is immersed. Thus, a comparison is made between the local consultants of the Andalusian capitals, establishing two degrees in terms of compliance. Finally, and in response to the lack of reform and renewal in a quarter of a century of the Giennense body, unaware of the updates that the legal systems have been experiencing, the justification and socio-legal motivation coupled with the reform of the Economic and Social Council is developed. of the city of Jaén from two propositions such as the partial reform of its statute and regulations or from its extinction for the constitution of a Local Council under Law 57/2003, of December 16, on Measures for the Modernization of the Local Government to follow the path of Malaga, Cordoba, or Seville.

Keywords: Transparency, Local Law, Advisory Bodies, Economic and Social Council, Jaén City Council.

"Nunca dudes que un pequeño grupo de ciudadanos comprometidos puede cambiar el mundo. De hecho, es lo único que lo ha logrado".

Margaret Mead (1901-1978), madre de la antropología moderna.

1. Introducción y planteamiento

En primera instancia, hemos de lanzar un axioma irrefutable y es que los tradicionales Consejos Económicos y Sociales (en adelante CES) españoles, como entes consultivos de derecho público, constituyen desde tiempos pretéritos en nuestra administración un viso jurídico de calidad y un soporte democrático a la toma de decisiones de cualquier órgano de gobierno [municipal, provincial, de Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) y nacional] en materia socioeconómica y laboral.

Para ello, desde la revisión de índices, desde el ensayo y desde la revisión bibliográfica como metodologías, nos ponemos el objetivo de realizar un diagnóstico actual de la realidad de los CES locales con la lupa puesta especialmente en el ámbito de las capitales andaluzas y apuntando en la diana del CES local de Jaén.

Esta cualidad consultiva propia de los CES vía informes dota de un plus de consenso y de un contraste técnico y administrativo que revisa, valida, depura y legitima propuestas políticas de toda índole en los senos de las distintas cámaras de gobierno en sus distintas demarcaciones para dar la versión de realidad que pulsa en ese momento la Administración que se preste tanto a nivel presupuestario como de otras materias en donde suele ser requerida su participación².

Los CES están regulados a nivel nacional por vez primera en la Ley 21/1991, de 17 de junio, de Creación del Consejo Económico y Social - nacional³ - de la que destaca el primer inciso de su exposición de motivos donde reza que "*La Constitución Española (en adelante CE) recoge el mandato, dirigido a los poderes públicos, de promover y facilitar la participación de los ciudadanos, directamente o a través de organizaciones o asociaciones, en la vida económica y social*" que vuelve a ratificar su naturaleza consultiva y deliberante, pero también la de facilitar la participación; y a nivel autonómico, por su parte, es la Ley 5/1997, de 27 de noviembre, la que da origen al CES de Andalucía⁴ también apela a estos valores en su exposición de motivos y que ancla en el art. 9.2 CE, "*la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".

Pero los CES locales, que son los que mollarmente nos interesan, se encuentran desarrollados en el art. 131 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL) modificada por la Ley 57/2003 de medidas para la Modernización del gobierno local (en adelante LMGL), atribuyéndose ya el nuevo nombre de "Consejo Social" como órgano *docto* de participación ciudadana junto con la Comisión de Sugerencias y Reclamaciones.⁵

En una escala *supra* hemos de acudir a la Carta Magna de donde remanecen sus grandes anclajes constitucionales por aquello del art. 7 CE, dado que los CES representan una institución que alberga sindicatos y asociaciones empresariales lo que les otorga un papel de defensa social y económica junto con el art. 131.2 CE, donde se alude a que los poderes

² V.g: Planes de movilidad y transportes, cooperación interadministrativa y financiación, planeamiento urbanístico, ofertas de empleo público, etc.

³ Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) de 18 de junio de 1991.

⁴ Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (en adelante BOJA) núm. 141, de 4 de diciembre de 1997.

⁵ BOE núm. 80, de 03/04/1985 y núm. 301, de 17/12/2003. Dichos Consejos, que son considerados de necesidad, comienzan a emerger del *Encuentro de Consejos Económicos y Sociales Locales de España* (16 de diciembre de 2002). Hubo voluntad para dar respuesta a una necesidad de que hubiera un órgano, para los municipios de gran población, que ayudara a la coordinación entre los distintos CES locales de España, y que dichos órganos autonómicos tuvieran un conocimiento más ajustado de las necesidades que se daban en su territorio.

públicos, la Administración General del Estado, la administración autonómica, conjuntamente con las colaboraciones de organizaciones sindicales, profesionales, empresariales y económicas, constituyen unos Consejos especializados en elaborar proyectos de planificación de las ciudades y regiones de España.

En el caso de estudio respecto al CES de la Ciudad de Jaén, podemos afirmar que desde la creación del órgano colegiado - hace más de un cuarto de siglo (1996), y antes de la reforma de la LBRL del año 2004 donde además Jaén queda fuera del estatuto⁶ de las Grandes Ciudades⁷ - no ha experimentado reforma ni enmienda algunas, por no hablar de la falta de renovación.

Si bien pudiera parecer cuestión menor, la no renovación por ejemplo de la Presidencia del CES en dos décadas, no solo podría presuponer correspondientes lacras en democracia, actualización, renovación y dependencias de poder, sino que confronta una gran demanda social por parte del tercer sector, sindical, colegios profesionales u otros agentes sociales, económicos y laborales que pueden reivindicativamente llamar a la puerta de la inclusión para ser parte.

Hablamos, *verbi gratia*, de organizaciones sindicales como la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante CSIF)⁸, el Ilustre Colegio de Graduados Sociales, el Ilustre Colegio de Abogados, el Ilustre Colegio de Procuradores o el Colegio Profesional de Economistas, por sugerir algunos, o incluso instituciones universitarias con presencia en Jaén, de ahí la motivación de actualizar su constitución, dando a su corpus

⁶ Reforma a la LBRL que permite incorporar en los municipios de gran población— capitales de provincia mayormente con unas circunstancias poblacionales o de singularidad concretas—la figura del delegado municipal no electo o la creación de órganos como oficinas del defensor del ciudadano, al tiempo que se establece la obligación de dividir los municipios en distritos. Los ayuntamientos también podrán organizar sus plenos de manera que una persona distinta al alcalde pueda ocupar la presidencia de las sesiones, al tiempo que se crean nuevos mecanismos de participación ciudadana como el llamado consejo social.

⁷ Algo incomprensible toda vez que municipios no capitalinos como Gandía (78.704 hab.), Mijas (79.262 hab.) o Fuengirola (80.309 han.) sí lo son por superar los 75.000 habitantes (art. 121.1.d LBRL), al presentar circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales, que pertenecen al ámbito de aplicación de la ley por haberlo decidido la asamblea legislativa de la CCAA a iniciativa del respectivo Ayuntamiento), y otros que sí son capitales de provincia pero tienen menor población que Jaén (112.999 hab.), también han sido así catalogadas como Pontevedra (82.400 hab.), Ciudad Real (74.798 hab.), Mérida (57.797 hab.) y Cuenca (56.703 hab.) por la vía de la LBRL de ser capitales de provincia, capitales autonómicas o sede de las instituciones autonómicas, que pertenecen al ámbito de aplicación de la ley por haberlo decidido la asamblea legislativa de la comunidad autónoma a iniciativa del respectivo ayuntamiento.

⁸ Cuya presidencia alegó que “El CES Local es una institución en la que se debaten asuntos que afecta directamente a la ciudad de Jaén, por lo que CSIF, como primer sindicato de funcionarios en la ciudad, como agente social al que se encuentran afiliados tres mil personas solo en la ciudad de Jaén, no entendemos como CSIF no es partícipe de estas decisiones”. Disponible en: <https://www.csif.es/contenido/jaen/general/285881> (consultado el 18/12/2019).

una morfología más rotativa, pero sobre todo, que responda a la realidad representativa de los agentes de la economía y el panorama social de nuestros días.

1.1. Objetivos

Ante la ausencia de estudios recientes que analicen la actualidad de los órganos de estudio, en el presente trabajo pretendemos alcanzar como objetivo general un análisis panorámico de los consultivos locales para trasladar su posicionamiento actual tanto doctrinal como orgánico y en segunda instancia como objetivos específicos pretendemos desarrollar una comparativa con el resto de consultivos homologables así como aportar comentarios que nos doten de la perspectiva suficiente como para poder realizar unas recomendaciones de mejora o modificación en lo que se refiere a la normativa constitutiva del CES local de Jaén capital.

1.2. Metodología y estado de la materia

Para seguir un hilo conductor que una el planteamiento deductivo a las conclusiones y recomendaciones realizaremos un comentario analítico de las normas de desarrollo de los CES para, una vez realizada la exégesis, pasar a realizar un análisis comparado y de revisión doctrinal teniendo como material de estudio el marco jurídico y florilegio complementario que regula los CES, las sedes virtuales de los distintos CES y la bibliografía especializada.

En cuanto al último estudio realizado y publicado podemos afirmar que no existe actualmente ningún estudio comparativo sobre los CES por lo que este será el primer trabajo que se sitúe en el análisis de la temática propuesta más especialmente en cuanto a publicaciones académicas sobre el CES de Jaén capital.⁹

Aunque los primeros estudios del asunto se sitúan hace 20 años para analizar los 20 años anteriores en cuanto a composición y funciones del ente¹⁰ no fue hasta dos años después cuando se hacen estudios comparativos como "estudia el fundamento constitucional y estatutario de

⁹ No obstante, sí existen publicaciones periódicas de carácter periodístico encunto a comparecencias o notas de prensa de este órgano como la del pasado mayo: ANÓNIMO, 2022, El CES local subraya el "buen comportamiento" del mercado laboral en la ciudad de Jaén durante el primer cuatrimestre. *Europapress*. 12 de mayo de 2022. Disponible en: <https://www.europapress.es/andalucia/noticias-ces-local-subraya-buen-comportamiento-mercado-laboral-ciudad-jaen-primer-cuatrimestre-20220512183212.html> (recuperado el 10/06/2022).

¹⁰ BARBA RAMOS, F. J., LÓPEZ MARTÍNEZ, F. J.: *Los Consejos Económicos y Sociales Locales, Los Consejos Económicos Y Sociales Locales*, Madrid, 2004, p. 2.

los Consejos Económicos y Sociales. En la primera parte del estudio realizo un análisis comparado”¹¹.

Y, finalmente, tenemos el último trabajo sobre el asunto que fue el objeto del capítulo X de una tesis doctoral presentada por Romero-Tarín en la Universidad de Alicante y que apunta a ser el documento-testigo más reciente (2015) del que, como si de una carrera de relevos podemos partir. Y es que coincide nuestro empeño con la misión de aquella investigación de:

*“analizar las competencias y actuaciones de los Consejos Económicos y Sociales en el sistema político-administrativo español. Para ello, se analiza su pasado, su evolución y su posible actuación complementaria y colaborativa que facilite la aplicación del paradigma de la gobernanza. Esta investigación doctoral explica la relación entre los Consejos Económicos y Sociales y el modelo de la gobernanza a través de tres perspectivas que son: la planificación, el neocorporativismo y el diálogo y la concertación social. Cada uno de estos enfoques proporcionan una visión del presente y del futuro de la relación entre esta institución y el sistema político-administrativo español y en qué medida debería mejorar”.*¹²

2. Comparativa orgánica

En primer lugar, hemos de señalar que, en virtud del art. 131¹³ de la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local (en adelante LMGL), de 16 de diciembre, conocida popularmente como “*Ley de Grandes Ciudades*” y que entró en vigor en 2004, prevé la existencia de un Consejo Social de la Ciudad con similares competencias a las del Consejo Económico y Social y que en muchos casos ha substituido a este. BARBA y MARTÍNEZ, en relación con la naturaleza del ente, señalaban que:

¹¹ CONDÓN, M. A. G, “Régimen jurídico de los Consejos Económicos y Sociales: en especial, el CES de Aragón”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (29), 2006, p. 333.

¹² ROMERO-TARÍN, Adela. Los Consejos Económicos y Sociales como instrumentos de la gobernanza. 2015, p.4.

¹³ El art. 1.4 LMGL estableció la nueva redacción del art. 131 LBRL que ahora reza: “1. En los municipios señalados en este título (título X), existirá un Consejo Social de la Ciudad, integrado por representantes de las organizaciones económicas, sociales, profesionales y de vecinos más representativas. 2. Corresponderá a este Consejo, además de las funciones que determine el Pleno mediante normas orgánicas, la emisión de informes, estudios y propuestas en materia de desarrollo económico local, planificación estratégica de la ciudad y grandes proyectos urbanos”.

"En este punto, debemos aclarar y subrayar que este órgano necesario de nueva creación encuentra su precedente u homólogo más cercano en la figura del CES local que ya existe en numerosos municipios sin un concreto marco jurídico"¹⁴.

Realizando una breve comparación con el CES nacional, el Consejo de Estado, con el CES andaluz y con sus homólogos capitalinos andaluces o la de Toledo por tener un amplio espectro¹⁵, podemos lanzar dos datos, que la media de consejeros es de 33 miembros, y la moda es de 35, lo que sitúan muy por encima el número de miembros del de Jaén que, como se aprecia en la tabla es la más baja. Dicho lo cual, sí cuadra con el resto de CES lo que se refiere a la duración de la presidencia y al número de grupos en los que se agrupan los consejeros.

Analogía	Miembros (incluye Presidente)	Duración presidencia	Grupos
CES Granada	29	4	4
CES Málaga	35	4 y 6	5
CES Sevilla	42	4	3
CES Córdoba	25	4	4
CES Diputación Jaén	25	4	4
C. Social Jerez	35	4	3
C. Social C. de Toledo	33	4	Sin grupos
CES de Andalucía	37	4	3
CES España	61	4	3
Consejo Consultivo de Andalucía	21	4	3
CES Cataluña	37	4	3
C Estado	20	8	3
CES Jaén	19	4	3
Promedio	32,23076923	4,333333333	3,833333
Moda	35	4	3

Ilustración 1: Tabla comparativa con consejos homólogos de distinto ámbito territorial (Fuente: Elaboración propia).

En este plano hemos de apuntar que la primera variable que pudiere haberse tenido en cuenta habría sido la que significa la población, por lo que, a mayor población, mayor número de consejeros, y a menor

¹⁴ BARBA RAMOS, F. J., LÓPEZ MARTÍNEZ, F. J.: Los Consejos Económicos y Sociales Locales, Los Consejos Económicos Y Sociales Locales, Madrid, 2004, p. 132.

¹⁵ Y toda vez que hay una "diversidad de actuaciones locales sin un patrón común, sin un referente normativo..." BARBA y MARTÍNEZ... pág. 133.

población, menor número de consejeros como ocurre con los ediles, sin embargo, existen ciudades como Toledo que tienen similar población a Jaén y sin embargo tienen un mayor número de consejeros (33 miembros), es decir, 14 consejeros más.

En otra comparativa con los CES, hemos de señalar que en Andalucía no existen los CES de determinadas capitales de provincia como ocurre concretamente con las de las ciudades de Huelva (1995-2011)¹⁶, Cádiz (1995-2010)¹⁷ y Almería (1994-2011)¹⁸ pues durante la crisis económica que significó la Gran Recesión del año 2008 muchos los extinguieron dada la inviabilidad presupuestaria que suponían para los consistorios de los que dependían las dietas y emolumentos de los miembros que las componían, así como la partida para los recursos materiales y humanos al servicio de los mismos, capítulo I de los presupuestos.

Si a esta visión en términos de eficacia le aplicamos el prisma de su influencia durante la reciente pandemia a efectos de previsión, proposición y corrección, tendríamos respuestas similares pues en el caso concreto del CES local de Jaén, no hubo un pronunciamiento emitido en tiempo y forma hasta bien pasado un año¹⁹ desde la publicación del Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y solo para reflejar una situación preexistente y reverberada previamente si bien se puede justificar en el tiempo que requiere el análisis de datos con los medios disponibles por el órgano.

En otra escala administrativo-territorial, los CES provinciales a pesar de su propia adscripción poseen una dimensión similar a la de algunas capitales andaluzas como es el caso del CES de la ciudad de Córdoba que posee los mismos miembros consejeros que el CES adscrito a la Diputación Provincial de Jaén, es decir, veinticinco miembros agrupados en cuatro grupos y con un mandato de cuatro años.

Desde el propio Estatuto del CES de la Diputación de Jaén²⁰ advertimos un sistema que hace que la presidencia, a pesar de ser

¹⁶ Disponible en: <https://huelvaya.es/2016/04/19/iu-pide-reactivar-el-consejo-economico-y-social-de-la-ciudad-de-huelva/> (consultado el 13/01/2021).

¹⁷ Disponible en: <https://www.lavozdigital.es/cadiz/20100702/jerez/miembros-consejo-economico-social-20100702.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F> (consultado el 13/01/2021).

¹⁸ Disponible en: <https://www.ideal.es/almeria/v/20111222/almeria/desaparece-consejo-economico-social-20111222.html> (consultado el 13/01/2021).

¹⁹ Como se extrae de su informe de 9 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://www.horajaen.com/2020/11/09/el-ces-local-afirma-que-el-covid-19-ha-rebajado-al-27-los-contratos-en-jaen/> (consultado el 17/04/2021).

²⁰ Publicado el BOP nº 187 del miércoles, 26 de septiembre de 2012 disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.dipujaen.es%2Fexport%2Fsites%2Fdefault%2Fgalerias%2FgaleriaDescargas%2Fdiputacion%2Fdipujaen%2FCES%2FEstatuto_CES_Provincia_Jaxn.pdf&chunk=true (consultado el 15/10/2021).

renovable cada 4 años, tenga pocas posibilidades de perpetuarse al hilo del art. 10.2 que reza:

"...se elegirá por la Diputación Provincial de Jaén, de entre una terna propuesta por quienes integran el Consejo, previa consulta a las organizaciones y entidades representadas en el Consejo y con un respaldo mínimo de 2/3 del Consejo".

Es por ello por lo que hace que por la rotación natural de los miembros en sus respectivos colectivos haga considerablemente difíciles renovaciones patológicas de algunos miembros o incluso de la presidencia de un CES como ocurre en el caso de Jaén capital.

Deducimos esta cuestión toda vez que los representantes de dichos colectivos, por ejemplo con el caso del CES Provincial de Jaén (art. 8.1): existe renovación en la representación sindical a la luz de lo establecido en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas; las organizaciones empresariales más representativas también poseen sus STC 52/1992, de 8 de abril, respecto a la representatividad de las organizaciones empresariales junto con el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre; igual que existe renovación representativa en los miembros minoritarios (1-3) en la Universidad de Jaén, del sector agrario y de la propia Diputación.

Una hoja de ruta interesante es la marcada por el Ayuntamiento de Córdoba, donde funcionó de 1996²¹ a 2 de febrero de 2006 un CES local, sustituido por el actual Consejo Social de Córdoba,²² si bien tiene las contradicciones constitutivas de que hay menos miembros (2) de Colegios Profesionales que los que elige digitalmente el Ayuntamiento (4) por lo que empieza *ex novo* a perder algo de imparcialidad, si bien integra a distintas AAVV lo que destaca en positivo. En suma, desde la existencia del CES o Consejo Social en Córdoba se han vivido un total de cuatro presidentes distintos, *ergo*, aunque existen hilvanaciones, hay renovaciones, lo que en el caso giennense no ha llegado a ocurrir, siendo por otra parte, repetimos, ajustado a derecho al no preverse estatutariamente limitaciones.

Si finalmente, por ejemplo, nos refiriésemos al caso comparado catalán podríamos acudir al CES de Cataluña²³ que además lleva una

²¹ CES constituido el 26 de abril de 1995 en virtud del Acuerdo de Pleno del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba nº 202/95.

²² Disposición Transitoria Primera del Reglamento del Consejo Social de Córdoba de 2006: *"Una vez aprobado y en vigor este Reglamento, quedará disuelto el consejo Económico y Social de Córdoba. Seguidamente se constituirá el Consejo Social conforme a las normas contenidas en este Reglamento".*

²³ El CETSC se regula por la Ley 7/2005, del 8 de junio, del Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña (Decreto de desarrollo 43/2007, del 20 de febrero), en su artículo 3, determina que se encuentra integrado por treinta y siete miembros.

nomenclatura distinta- Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña- que además de integrar miembros del sector ocupacional también lo hacen del marítimo pesquero y de la economía social. A ello se le suma personas de reconocido prestigio en todos y cada uno de los ámbitos en que este tiene competencia. - En sus grupos volvemos a ver un flujo de renovación cuatrienal pues han cambiado los presidentes sindicales de CCOO y UGT a nivel sindical, o Fomento, Pimec y Fepime a nivel empresarial, así como los del grupo tercero agrario (UP, JARC, FNCP, CCC, *et al*).

3. Revisión de transparencia de los CES andaluces

Decía Romero-Tarín que los CES potencian la accesibilidad ciudadana contribuyendo al Estado de Bienestar²⁴, y accesibilidad en estos términos es transparencia por lo que en el presente espacio nos ocuparemos de realizar una revisión de los niveles de cumplimiento del *standard mínimo* que han fijado normas como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno²⁵ (en adelante LTBG), las normas de transparencia autonómicas, así como los planes de transparencia locales que puedan haberse implementado en ciertas entidades locales que vengan al hilo del estudio.

El propio art. 2.1. LTBG establece en sus acápites c, d y e establecen que:

"Las disposiciones de este título se aplicarán a:

[...]

c) Los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades públicas.

e) Las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo".

Pueden incardinarse los CES dentro de esta circundación, y es que es una entidad de Derecho Público de supervisión de carácter externo, es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y es una

²⁴ ROMERO-TARÍN, Adela. Los Consejos Económicos y Sociales como instrumentos de la gobernanza. 2015, p. 214.

²⁵ Boletín Oficial del Estado» núm. 295, de 10/12/2013.

actividad dependiente de una corporación municipal, por lo que ese mínimo involucra a estas entidades por lo que publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública (art. 5.1 LTBG) de acceso fácil y gratuito (art. 5.5 LTBG). Puede extraerse de indicadores²⁶, pero también de intenciones y compromisos adquiridos que han fructificado más o menos en función de los recursos públicos de cada consistorio y eso que, según Gomá y Subirats, los CES nacieron para redefinir la calidad de la gobernanza abierta tras las crisis económicas.²⁷

Hemos decidido establecer dos grados de cumplimiento en transparencia de los órganos consultivos de las capitales andaluzas de mayor a menor nivel, y luego está el intermedio caso de Jaén. El primer grado lo poseen capitales con un desarrollo y progreso económico y social y Ayuntamientos solventes con características similares. Para comenzar con la capital de la región hemos de decir que Sevilla cuenta con un moderno sitio web donde no solo cumple con aquello del art. 5.5 LTBG ("Comprensible, fácil, gratuita") sino que además facilita memorias de actividades desde el año 2012, con publicaciones desde el 2007, con las convocatorias y actas e incluso con información de la composición, funciones, estatuto y reglamento del órgano por lo que cumple meridianamente con lo previsto en la norma (art. 6.1 LTBG "incluirán un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional").²⁸ Igualmente, en el caso de Córdoba²⁹ que también posee Consejo Social cuenta con web autónoma al Ayuntamiento y con informes desde 2006, con información de composición y actualizada a 2022.

Málaga cuenta con un joven Consejo Social (2017) dotado de web propia y autónoma, aunque redirigida desde la de su Ayuntamiento, donde la transparencia queda cubierta en la publicación de todos los documentos desde su creación, así como resoluciones, vídeos de las asambleas y con la particularidad organizativa de contar con 4 mesas de trabajo especializadas en áreas.³⁰ El caso del Consejo Social de Granada es similar al anterior solo que con algo más de canas en lo que a interfaz y acceso se refiere al tener 4 años más que el anterior.

El segundo grado, que es la inexistencia de órgano a pesar de contar con recursos, lo encontramos en Cádiz o Huelva, por ejemplo, que no cuentan con CES local como se evidencia de su portal de transparencia, que, por cierto, es de los más intuitivos de la CCAA, y poseen este servicio

²⁶ El indicador por antonomasia que hoy en día registra la transparencia de los municipios en España es Dyntra, que elabora un ránking y donde se puede comprobar que coinciden los grados de transparencia que estipulamos en este estudio con su posición en dicha prelación. Disponible en: <https://www.dyntra.org/> (consultado el 28/05/2022)

²⁷ Véase GOMA, R., & SUBIRATS, J., Nuevos escenarios de integración de intereses: los consejos económicos y sociales locales. *Reis*, 24,1988. pp. 79-94.

²⁸ Disponible en: <https://www.sevilla.org/cess> (consultado el 22/03/2022).

²⁹ Disponible en: <http://consejosocialdecordoba.es/consultar-dictámenes-e-informes-tags/2006> (consultado el 10/02/2022).

³⁰ Disponible en: <https://consejosocial.malaga.eu/> (consultado el 12/03/2022).

cubierto por el CES provincial. Almería tampoco posee CES local desde 2011 por falta de uso³¹.

Y el en última instancia se encuentra la ciudad de Jaén, a caballo entre el grado uno y el grado dos que hemos diferenciado, dado que, sin recursos, posee CES local, si bien su nivel de transparencia es manifiestamente mejorable. Así, la sede web del Portal de Transparencia municipal, con una plataforma software de los años 90 como se traduce de su interfaz sólo facilita un informe de su CES local, si bien existe un desplegable (años 2018-22)³² por lo que la publicidad activa, gratuita y accesible queda de alguna forma en un intento bonómico, si bien en la misma sede existe ya un catálogo de trámites³³ donde se encuentra la posibilidad de realizar consultas de información pero donde no se encuentra nada en lo referido a composición, reglamento o estatuto, que este investigador pudo obtener al consultarlo directamente al consistorio, no sin dificultad.

Como comentario final hemos de señalar aquello de Romero-Tarín sobre que la principal problemática de los CES era que se reducía su existencia a la mera labor consultiva y una carente función decisoria³⁴ y ejecutiva, lo cual no tiene encaje legal pero sí que puede adquirir una función más práctica y deliberativa – que ya es un fundamento en sí mismo – con la muestra y publicación de dichos datos además de si implementa la recepción de consultas particulares vía portal electrónico.

4. Propuestas de mejora: reforma estatutaria o reconversión en consejos sociales

En este epígrafe, a efectos de proponer motivación a estas lides, con el ánimo de equiparar el CES giennense respecto a sus homólogos para que la actividad y naturaleza de dicho ente se enriquezca y mejore el servicio, si cabe. Por ello, para dar solución a este vetusto y desorientado órgano se hace necesario un cambio desde nuestro ordenamiento jurídico y desde el principio de autonomía local, y en esta línea existen dos soluciones: la primera es la reforma parcial de los estatutos y el reglamento del actual CES de Jaén y el segundo su

³¹ Disponible en: <https://www.ideal.es/almeria/v/20111222/almeria/desaparece-consejo-economico-social-20111222.html> (consultado el 18/05/2022).

³² Disponible en: <https://transparencia.aytojaen.es/informescs> (consultado el 12/03/2022).

³³ Disponible em: https://sede.aytojaen.es/sta/CarpetaPublic/doEvent?APP_CODE=STA&PAGE_CODE=CATALOGO&DETALLE=6269026843680369105011 (consultado el 12/03/2022).

³⁴ Decía la doctora Romero Tarín en su cuarta conclusión que “Al finalde que esta relación entre gobernanza y Consejos Económicos y Sociales locales sea más efectiva esta tesis propone como novedad dotarlos además de la tarea consultiva, de mayor capacidad decisoria. Esta posición se aparta y aplica las posturas de Ojeda Avilés (1992) y Martínez Pérez y Rojo (1993)”. En ROMERO-TARÍN, Adela. Los Consejos Económicos y Sociales como instrumentos de la gobernanza. 2015, p. 217 y 222.

extinción, declaración de Jaén como municipio de gran población para la creación *renatus* de un Consejo Social de la mano de la legislación de renovación y modernización de las Entidades Locales.

La propia LBRL establece en el art. 138 que es una alternativa a la que solo pueden acogerse municipios que cumplan unos requisitos *clausus* al que puede ajustarse el municipio de Jaén por el punto que reza que "A los municipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas" y/o la condición de municipio cuya "población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales" como más adelante repetiremos. En los dos últimos supuestos se exigirá que así lo decidan las Asambleas Legislativas autonómicas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos.³⁵

Comenzando por el primero, hemos de señalar que, en virtud de la democracia participativa y de la participación ciudadana, ambos regulados en el art. 8 de los Estatutos del CES de Jaén, encontramos una justificación que aflora en la nueva configuración socio-representativa de la ciudad jaenera, que ha cambiado en estos 20 años de existencia, para así dar cumplimiento a la línea básica D) de los propios estatutos y a lo que consagra el propio art. 1, en donde, para comenzar, sería conveniente la inclusión de aquellos sindicatos que cuenten con la mitad de sus afiliados en la capital de la provincia, como por ejemplo el sindicato CSIF. Así pues, la reforma sería eliminar donde dice:

"ARTÍCULO 8.

*El Consejo Económico y Social de la Ciudad de Jaén
está compuesto por su Presidente y dieciocho
Consejeros/as más, estos últimos agrupados de la
siguiente manera:*

*1.- Grupo Primero: integrado por seis
Consejeros/as en representación de las organizaciones
sindicales.*

³⁵ Igualmente señalar a efectividad de los actos y acuerdos municipales de acuerdo con el art. 123.1.c) LBRL que además establece que serán estos plenos los impulsores de "La aprobación y modificación de los reglamentos de naturaleza orgánica. Tendrán en todo caso naturaleza orgánica [...] La regulación del Consejo Social de la ciudad" en relación con el art. 208 Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) "Los actos de las entidades locales son inmediatamente ejecutivos".

2.- Grupo Segundo: integrado por seis Consejeros/as en representación de las organizaciones empresariales.

3.- Grupo Tercero: integrado por seis Consejeros/as correspondientes a:

- Un representante de las Asociaciones de vecinos.*
- Un representante de los consumidores y usuarios.*
- Dos representantes del sector agrario.*
- Un representante de la Universidad.*
- Un representante de la Cámara Comercio e Industria de Jaén.*

4.- Grupo de Expertos.

Los representantes de este grupo formarán parte del Consejo a nivel de asesoramiento, asistiendo a las sesiones con voz pero sin voto, estará formado con carácter permanente:

- Por un mínimo de cuatro y un máximo de seis que, serán elegidos por el Pleno del Consejo Económico y Social, a propuesta del Presidente, para lo cual será precisa la mayoría prevista en el artículo 17.3 de los presentes Estatutos”.*

Para que diga:

" ARTÍCULO 8.

El Consejo Económico y Social de la Ciudad de Jaén está compuesto por su Presidente y veinticuatro Consejeros/as más, estos últimos agrupados de la siguiente manera:

*1.- Grupo Primero: integrado por seis Consejeros/as en representación de las organizaciones **sindicales** más representativas a nivel nacional o autonómico en Andalucía, prestando especial atención a sus representantes sindicales en la ciudad.*

2.- *Grupo Segundo: integrado por seis Consejeros/as miembros propuestos por las **Organizaciones Empresariales** que gocen de capacidad representativa, con arreglo a la disposición adicional Sexta de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

3.- *Grupo Tercero: integrado por diez Consejeros/as profesionales y de participación ciudadana asociativa correspondientes a:*

- *Un representante de las Asociaciones de vecinos.*
- *Un representante de los consumidores y usuarios.*
- *Dos representantes del sector agrario.*
- *Un representante de la Universidad de Jaén y la UNED en rotación.*
- *Un representante del Ilustre Colegio de Abogados de Jaén.*
- *Un representante del Ilustre Colegio de Economistas de Jaén.*
- *Un representante del Ilustre Colegio de Procuradores*
- *Un representante del Ilustre Colegio de Graduados Sociales.*
- *Un representante del Colegio de Gestores Administrativos.*

4.- *Grupo Cuarto. Tres miembros **designados directamente** por el Excmo. Ayuntamiento de Jaén entre personas de la ciudad de reconocido prestigio y experiencia en el ámbito Económico, Social y Cultural.*

- *Un representante propuesto por la Universidad de Jaén.*

- *Un representante designado por el Excmo. Ayuntamiento, de entre los propuestos por las Organizaciones representativas de la Economía Social.*

-Un representante propuesto por la Caja de Ahorros o Cooperativa de crédito, más representativa en la ciudad.

Los representantes de este grupo formarán parte del Consejo a nivel de asesoramiento, asistiendo a las sesiones con voz pero sin voto, estará formado con carácter permanente:

- Por un mínimo de cuatro y un máximo de seis que, serán elegidos por el Pleno del Consejo Económico y Social, a propuesta del Presidente, para lo cual será precisa la mayoría prevista en el artículo 17.3 de los presentes Estatutos”.

De esta forma, se pasa de 18 a 25 miembros, lo que no supone un exceso y sí un ajuste o equiparación a las nuevas necesidades que exige el órgano. A continuación, hemos de abordar el asunto de las renovaciones patológicas de mandatos que dan origen a presidentes vitalicios, como en el caso giennense que solo puede tratarse en nuestros días desde la tradición del límite de mandatos o limitación de mandatos, que es *“una restricción legal que limita el número de mandatos que un cargo público pueda servir en un cargo electo”*³⁶.

En España, esta modalidad constitucional comienza en los inicios de la democracia, así, existe en órganos *verbi gratia* la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo³⁷ o la Presidencia del Tribunal Constitucional³⁸, pero ya es un común que se marca en presidencias autonómicas o nacionales.

En este sentido, la reforma sería en el art. 5.1 *“Duración del mandato”* del Reglamento del CES de Jaén, donde dice:

“El mandato de los miembros del Consejo Económico y Social de la Ciudad de Jaén, incluido su

³⁶ Movimiento que nace en EEUU y que propone que sienta que una limitación en el periodo de tiempo de un político puede reducir los abusos de poder y la concentración de la reelección por afianzados titulares, alienta política de participación por no políticos, y hace que el gobierno más sensible a públicos. Necesidades. Disponible en: <https://encyclopedia2.thefreedictionary.com/term+limits> (consultado el 21/01/2021).

³⁷ Desde el derogado art. 123 al nuevo art 587 de la Ley Orgánica 6/1985 de uno de julio del Poder Judicial se mantiene que: “El Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial podrá ser reelegido y nombrado, por una sola vez, para un nuevo mandato”.

³⁸ Art. 9.3 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre del Tribunal Constitucional: “El nombre del elegido se elevará al Rey para su nombramiento por un período de tres años, expirado el cual podrá ser reelegido por una sola vez”.

Presidente, será como máximo de cuatro años, renovable por períodos de igual duración, que comenzará a computarse desde el día siguiente al de su...".

Podría decir:

"El mandato de los miembros del Consejo Económico y Social de la Ciudad de Jaén, incluido su Presidente, será como máximo de cuatro años, renovable una vez por un período de igual duración, que comenzará a computarse desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de Jaén, hasta la constitución de la nueva corporación..."

En segundo lugar y a modo de facilitar alternativas, es de valorarse la previsión de que la ciudad pueda convertirse en municipio de gran población, para lo que esta reforma sería inane. Y es que la aprobación en sesión plenaria municipal del trámite inicial que active la intención local de constituir la capital giennense como municipio de gran población para beneficio de la norma que lo regula dando después extinción definitiva del órgano consultivo actual y, tras definir la ciudad de Jaén como municipio de gran población, instituir un Consejo Social amplio y de representación real.

Por ello sería una segunda opción esta en donde, al cumplir Jaén con los requisitos de los municipios de gran población, podría extinguirse intencionadamente el actual CES para dar lugar a un Consejo Social *ex novo*, útil, blindado³⁹, consensuado y adaptado a normativa actualizada a la realidad giennense para alcanzar um plus de participación ciudadana que según la propia LMGM posee una *"importancia esencial en las políticas locales"*.

Tanto por la vía anteriormente mencionada de acceso a la categoría de gran población por superar los 75.000 habitantes – al poseer actualmente el municipio aurgitano con 111.932 habitantes empadronados⁴⁰ – concurriendo especiales circunstancias históricas, sociales o culturales como por la del art 121.1 c) LBRL que es para las capitales de provincia cabría la constitución de esta particularidad para Jaén, para lo que se contaría con 6 meses.

La aislada situación de Jaén⁴¹ respecto a inversiones públicas durante los últimos años ha producido una especial situación de atención

³⁹ Porque el art. 123 LMGL considera sus regulaciones como orgánicas, y porque adquieren unas competencias superiores como indica el art. 131.2 LMGL como la planificación estratégica de grandes proyectos urbanos además de los que determine el Pleno.

⁴⁰ Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/sima/ficha.htm?mun=23050> (consultado el 28/03/2022).

⁴¹ Desconexión ferroviaria, incomunicación con Córdoba por autovía, deslocalización de empresas, descapitalización de la ciudad y absorción de servicios por la Diputación Provincial, altos índices de desempleo,

donde esta estructura es aconsejable desde los grandes aportes que reporta la participación ciudadana que los distritos, los Consejos Sociales y las Comisiones de Sugerencias y Reclamaciones significan. Como todo, es el vil metal el principal escollo de estas conversiones y es que tienen un mayor aparato administrativo que sostener comenzando por la estructura de distritos (art. 128.2 LBRL) y especialmente por la fragmentación del presupuesto municipal que habrá de haber uno para cada uno de los distritos que se determinen.

5. Conclusiones

Finalizada la investigación propuesta y una vez alcanzados los objetivos inicialmente propuestos podemos dirigirnos a extraer:

Primero. - Que durante los cursos económicos de desaceleración y crisis financiera (2008-14) los CES han sido un elemento prescindible para muchas administraciones locales, especialmente las endeudadas, por lo que algunos CES se han extinguido si no desprovisto de presupuesto como también se ha venido demostrando en el contexto de la pandemia.

Segundo. - Que el *corpus iuris* en transparencia ha alcanzado tal madurez de consolidación que gran parte de las capitales de provincia andaluzas poseen mecanismos de transparencia activa y pasiva accesibles, pero que en lo referido a sus órganos consultivos destaca su disparidad, donde se distinguen 4 capitales con consultivos absolutamente transparentes, 3 donde no existen a pesar de contar con portales municipales de calidad y luego está el caso jaenero donde sin recursos web de calidad existe un CES local pero que no transparenta nada, *ergo*, se demuestra que la estructura de los Consejos Sociales, que son los mayormente existentes, blindan esta figura y la extiende en el tiempo.

Tercero. Que el CES de Jaén se sitúa alejado de la línea común del resto de CES o Consejos Sociales locales de características y población similar de su entorno – o equiparables – a nivel municipal en cuanto a número de miembros consejeros (18 a 25) y en cuanto a la inclusión de colectivos representativos sindicales, profesionales, vecinales y sociales. Y es que la equiparación que homogeneice al CES de Jaén con el de sus homólogos es posible por dos vías: actualizando la configuración a través de la reforma parcial de los dos artículos citados del estatuto y del reglamento del propio CES local de Jaén o bien vía reconversión del CES en un Consejo Social propio de los municipios de Gran Población.

desindustrialización o la dependència del sector servicios han hecho que el mayor indicativo de descontento social sea la proliferación de partidos localistas o regionalistas como se traduce del Registro de Partidos Políticos en donde ya constan 8. Disponible en: https://sede.mir.gob.es/nfrontal/webpartido_politico.html (consultado el 25/04/2022).

Referencias bibliográficas

- ARAGÓN REYES, Manuel. Un ejemplo sobre la dimensión estructural del estado social: los consejos económicos y sociales. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1999, p. 109-122.
- BARBA RAMOS, F. J., LÓPEZ MARTÍNEZ, F. J.: *Los Consejos Económicos y Sociales Locales, Los Consejos Económicos Y Sociales Locales*, Madrid, 2004.
- BLANCO, Ángel Sánchez. Modernización del gobierno local y gobernanza europea. *Rev. Jurídica de Castilla & Leon*, 2003, vol. 1, p. 171.
- CONDÓN, M. A. G, "Régimen jurídico de los Consejos Económicos y Sociales: en especial, el CES de Aragón". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (29), 2006 pp. 333-380.
- CORREA, Jaime Montalvo. Los Consejos Económicos y Sociales u otros Órganos Similares 2005: Los Consejos Económicos y Sociales u otros Órganos Similares 2005. 2005.
- ESTRADA, V. M, "Los consejos sociales de ciudad. Anotaciones sobre su configuración funcional en la Ley 57/2003 de Modernización del Gobierno Local". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, (296-297), 2005. Pp. 387-399.
- GALÁN Y GALÁN, Alfredo. El régimen especial de los municipios de gran población. 2003.
- GENERALITAT DE CATALUNYA, Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña. Gobierno abierto (gencat.cat), 2010.
- GOMA, R., & SUBIRATS, J., Nuevos escenarios de integración de intereses: los consejos económicos y sociales locales. *Reis*, 24, 1988. pp. 79-94.
- I MARTÍNEZ, Rafael Bañón. La modernización de la Administración Pública española. Balance y perspectivas. *Política y Sociedad*, 1993, vol. 13, p. 9-20.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., Política y administración en la reforma del gobierno local: un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los municipios de gran población", 2003.
- LÓPEZ LÓPEZ, Paulo Carlos; GONZÁLEZ QUINZÁN, Serafín; MO GROBA, Diego. La transparencia en los ayuntamientos españoles: Un caso de débil institucionalización. 2021.
- MARTÍNEZ LÓPEZ F. J., Barba Ramos F.J.: los consejos económicos y sociales locales. temas laborales núm. 7, 2004, pp. 125-169.⁴²

⁴² Disponible en: [file:///C:/Users/manue/Downloads/Dialnet-LosConsejosEconomicosYSocialesLocales-1060744%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/manue/Downloads/Dialnet-LosConsejosEconomicosYSocialesLocales-1060744%20(1).pdf) (consultado el 15/1/2021).

- MENDIETA, Manuel Villoria. El largo camino hacia la transparencia en los Ayuntamientos españoles. *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, 2015, no 18, p. 1983-2001.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C.: *Los consejos económicos y sociales*, Madrid, 2010.
- PORRAS, Eloísa Carbonell. Los municipios de gran población, cinco años después. *Revista General de Derecho Administrativo*, 2009, no 20, p. 4.
- ROMERO-TARÍN, Adela. Los Consejos Económicos y Sociales como instrumentos de la gobernanza. 2015.
- RUIZ, José Luis García; DE LA CRUZ, Pablo. El Consejo Económico y Social del Estado y los Consejos Económicos y Sociales de las Comunidades Autónomas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1995, no 21, p. 85-200.
- SALAMANCA, J. A. S.: El papel de los Consejos Económicos y Sociales a nivel local. *Actualidad administrativa*, (11), 2005. pp. 1294-1302.
- SANTAMARÍA, José Vicente García; MATALLANA, Jesús Martín. La transparencia municipal en España: análisis de los factores que más influyen en el grado de transparencia. *Revista Latina de Comunicación Social*, 2017, no 72, p. 1148-1164.