

# CADERNOS

Dereito  
Atual

Número XIX | 2022

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 19– 2022

Volumen Ordinario - Diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Direito Actual  
Nº 19. Ordinário - Diciembre - 2022

EQUIPO EDITORIAL

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

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

**Secretaria adjunta:** Larissa de Castro Coelho. *Universidade de Franca. Brasil.*

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR

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

*Federal da Bahia, (Brasil), Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Márcio Luís de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil), Lucas Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, (Ecuador), Lucio Pegoraro, Università di Bologna, (Italia), Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal), Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Cristiane Elias Campos Pinto, Universidade Católica de Santos, (Brasil). Sebastián Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), Gilberto Atencio Valladares, Universidad de Salamanca, (España), J. Eduardo Amorim, Universidade do Porto, (Portugal), Celso Hiroshi Iocohama, (Universidade Paranaense, Brasil), Salvador Tomás Tomás, (Universidad de Murcia), Viviane de 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). Jose Eduardo Cardozo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil). Angelo Vighianisi 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 Stepień Zalucka (University of Rzeszów, Polonia). María Camacho Zegarra (Universidad ESAN, Perú). Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España). José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes, Chile). Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília, Brasil), Hadassah Santana (Universidade Católica de Brasília, Brasil). Letícia Mirelli Faleiro e Silva (Universidade de Itaúna, Brasil). Eduardo Leite (Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil). Ana Maria Davila Lopes (Universidade de Fortaleza, Brasil). Oscar Coronado Rincón (Universidad de Sonora, México). Erick Urbina Lovón (Universidad de Lima, Perú). Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de San Marcos, Perú). Eduardo Vera-Cruz*

**Pinto** (*Universidade de Lisboa, Portugal*). **Marco Antonio Marques da Silva** (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil*). **Diana María Molina Portillo** (*Universidad de Nariño, Colombia*). **Karlos Navarro Medal** (*Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua*). **Livia Gaigher Campello** (*Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil*). **Enrique Díaz Bravo** (*Universidad Santo Tomás, Chile*). **Alejandro González-Varas Ibáñez** (*Universidad de Zaragoza, España*). **Ignacio Ara Pinilla** (*Universidad de La Laguna*). **Joel Hernández García** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Geison López Barrantes** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*). **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*). **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*).

© Asociación Xuristas en Acción.

**Edita:** Asociación Xuristas en Acción.

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

## SUMARIO

### Artículos de investigación

El debate de la vacunación obligatoria ante la pandemia del COVID-19: sus implicaciones jurídicas

**Tomás Alonso Sandoval** 08

Brazilian's integration policies and the public budget: a study of the main intersection factors within the migration governance framework

**Sidney Guerra & Luísa Chaloub** 56

Preserving the integrity of genetic heritage in the face of new therapeutic options: bio-legal considerations on genetic editing

**Ana Meirelles, Tagore Trajano, Rafael Verdival & Caio Lage** 75

El uso (y el abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas: entre la vulneración de derechos humanos y los crímenes internacionales

**María del Ángel Iglesias Vázquez** 91

Policentricidade e Polifonia no Direito Internacional: Interpretando a responsabilidade corporativa na aplicação dos direitos humanos

**Daniel Francisco Nagao Menezes** 117

O meio ambiente como bem jurídico no Direito Penal brasileiro

**Ana Maria Lumi Kamimura Murata** 140

La Ciudadanía de la antigua URSS: ¿un antecedente de un modelo coherente de ciudadanía supranacional?

**Enrique Acosta Pumarejo** 164

Grounds for acquittal in criminal proceedings under Ukrainian legislation in conditions of national and international tendencies of amplification of legal state

**Vasyl Nor, Marta Mazur, Khrystyna Slyusarchuk** 186

Protección jurídica del derecho a la vivienda en España

**Gastón Martínez Aquino** 200

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas desde una perspectiva mundial y de la Amazonía peruana

**Héctor Miguel Manríquez Zapata** 227

In the times of judicial dialogue, which court is more engaged: the Brazilian Supreme Court or the Inter-American Court?

**Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque** 242

|                                                                                                                                                                                                                            |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Interpretação, absolvição criminal e improbidade administrativa<br><b>Jacinto Nelson de Miranda Coutinho &amp; Alice Silveira de Medeiros</b>                                                                              | 261 |
| Projeto Florença de Acesso à Justiça: uma atualização necessária frente a virada tecnológica no direito<br><b>Heres P. Silva, Paulo J. P. T. C. da Silva &amp; Wilson T. de C. Eccard</b>                                  | 275 |
| Credenciamento e regulamento: ensaio sobre natureza jurídica e atribuições de competências à luz da Constituição Federal e frente à Lei n. 14.133/2021<br><b>João Victor Tavarés Galil</b>                                 | 303 |
| A valoração das provas no Habeas Corpus (HC 164.493) e os efeitos no Processo Penal brasileiro: a decisão de suspeição pela Corte do ex-juiz Sérgio Moro<br><b>Sarah Gonçalves Ribeiro &amp; Augusto J. Siqueira Elias</b> | 318 |
| Cegueira deliberada e o Due Process of Law<br><b>Marcelo Carita Correra</b>                                                                                                                                                | 333 |
| A arrecadação fiscal como motivo de indignação: o fenômeno social “indignados” à luz das políticas públicas tributárias<br><b>Mario Di Stefano Filho &amp; Juliana Paganini</b>                                            | 364 |
| Reflexões sobre as agências de checagem de fatos e sua responsabilização civil<br><b>David Cury Neto</b><br>*                                                                                                              | 381 |

## Recensiones

|                                                                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, Banca digital y fintech. aspectos prácticos de protección de los derechos de los usuarios, Aferre, Barcelona, 2020 (118 pp). ISBN. 9788412125603<br><b>David López Jiménez</b>            | 401 |
| DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, JAIME, La contratación pública electrónica. Efectos derivados de su especialidad normativa, Wolters Kluwer, Madrid, 2022 (592 pp). ISBN. 9788470529023<br><b>Patricia Vargas Portillo</b> | 404 |
| <b>* Artículo de investigación adicional añadido <i>posteriori</i> (corrección)</b>                                                                                                                                  |     |
| A Tributação da aquisição de partes sociais no ordenamento jurídico português<br><b>Libânia Fonseca Queirós, Marco Rodrigues &amp; Patrícia Anjos Azevedo</b>                                                        | 408 |
| El sentido de las generaciones de derechos humanos<br><b>Laura Miraut Martín</b>                                                                                                                                     | 431 |

## **El debate de la vacunación obligatoria ante la pandemia del COVID-19: sus implicaciones jurídicas<sup>1</sup>**

*The debate on compulsory vaccination in the face of the COVID-19 pandemic: its legal implications*

*A Chila, tus recuerdos, amor  
y enseñanzas vivirán  
siempre en nuestros  
corazones.*

**Tomás Cristóbal Alonso Sandoval<sup>2</sup>**

*Universidad Carlos III de Madrid*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Evolución y desarrollo histórico. 3. La vacunación obligatoria contra el COVID-19 en Europa. 3.1 La vacunación contra el COVID-19 en el ordenamiento español. 3.2 La vacunación en Francia, sus implicaciones jurídicas. 3.3 Gran Bretaña y la vacuna del COVID-19, sus implicaciones ante la obligación. 3.4 Alemania y Austria, ante la vacunación. 3.5 Italia y la vacunación contra el COVID-19. 3.6 Grecia y la vacunación obligatoria para personas mayores. 3.7 El Vaticano y la obligación de la vacuna. 4. La vacunación obligatoria contra el COVID-19 en América. 4.1 Estados Unidos y la vacunación obligatoria. 4.2 El caso canadiense ante la vacunación. 4.3 México y la vacunación contra el COVID-19. 4.4 Costa Rica y la obligatoriedad de la vacunación contra el COVID-19. 4.5 Panamá ante la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19. 4.6 El caso colombiano y la vacuna contra el COVID-19. 4.7 Brasil y la vacunación contra el COVID-19. 4.8 La vacunación obligatoria en Chile. 5. La vacunación obligatoria en la Unión Europea. 6. El papel de los tribunales internacionales en Derechos Humanos y la vacunación obligatoria. 6.1 La vacunación obligatoria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 6.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la vacunación contra el COVID-19. 7. Debate sobre la constitucionalidad de las vacunas contra el COVID-19. 7.1 Objeción médica, religiosa o de conciencia ante la vacuna del COVID-19. 7.2 Conflicto de derechos ante la vacunación obligatoria del COVID-19. 7.3 Población penitenciaria vulnerable y la obligación de vacunación. 7.4 La nueva normalidad y el trabajo virtual. 7.5 Individualismo y vacunación. 7.6 La vacunación contra el COVID-19 a través de leyes especiales. 8. Conclusiones. - Bibliografía.

**Resumen:** nos encontramos ante una pandemia del COVID-19, que no solamente ha creado una nueva normalidad que ha transformado nuestra sociedad, en la forma en que nos relacionamos los unos con los otros. La imposición y la obligación de vacunarse contra el virus que ocasiona la enfermedad nos ha hecho preguntarnos si existe un derecho a no vacunarse y en qué circunstancias el Estado puede obligarnos

---

<sup>1</sup> Agradecimiento al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España, por la atención en la realización de la estancia de investigación.

<sup>2</sup> Postdoctorado en Altos Estudios Postdoctorales en Derecho para Doctores Iberoamericanos por la Università di Bologna. Postdoctorado en Derecho Público por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III. Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Máster en Derecho Constitucional Universidad Internacional Menéndez Pelayo y por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Máster propio Internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y compliance por la Universidad de Santiago de Compostela, Máster Global Rule of Law & Constitutional Democracy por la Università Degli Studi di Genova. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá.



o no a vacunarnos. Y si dicha vacunación va en contra de nuestros derechos y en qué casos constituye una violación a nuestra dignidad humana. Debemos responder estas y otras interrogantes: ¿Es ético no vacunarse contra el COVID-19? ¿La vacuna debe ser obligatoria?, ¿La autonomía del individuo está por encima de la colectividad? ¿se violan los derechos y garantías al vacunarse en forma obligada?, son solo algunas de las preguntas que trataremos de darle respuesta.

**Palabras claves:** derechos humanos, derechos fundamentales, vacuna, derecho constitucional, COVID.

**Abstract:** We faced a COVID-19 pandemic, which has not only created a new normality but transformed our society, particularly in the way we relate to each other. The imposition and the obligation to be vaccinated against the virus has made us wonder if there is a right not to be vaccinated and in what circumstances the State can force us to be vaccinated or not. And if said vaccination goes against our rights and in which cases it constitutes a violation of our human dignity. We must answer these and other questions: Is it ethical not to get vaccinated against COVID-19? Should the vaccine be mandatory? Is the autonomy of the individual above that of the community? Are rights and guarantees violated with compulsory vaccination? These are just some of the questions we will try to answer.

**Keywords:** human rights, fundamental rights, vaccine, constitutional law, COVID.

*«¡Ah!», decía luego para sí don Abbondio, de vuelta en su casa, «si la peste hiciera siempre y en todas partes las cosas de esta manera, sería un verdadero pecado hablar mal de ella: casi, casi haría falta una cada generación; y se podría conformar uno con tenerla; pero curándose, claro». Manzoni, Alessandro, Pasaje de Los novios.*

## 1. Introducción

La reciente pandemia del COVID-19 (en adelante COVID), no solo ocasionó cambios en nuestro estilo de vida, en lo social, económico, en lo jurídico y sus consecuencias se dieron a múltiples aspectos del plano personal a la seguridad de la colectividad, en la que tenemos la responsabilidad y la obligación de no contagiar o poner en peligro a ninguna persona, tanto en nuestras relaciones sociales como en nuestras relaciones laborales. Sin importar las precauciones tomadas y la llegada, en muchos casos, de una vacuna tardía, muchos de nosotros en su mayoría tenemos familiares, amistades, conocidos que perdieron la vida o se contagiaron por este virus.

Sin embargo, tenemos que reconocer que solamente en situaciones excepcionales o extraordinarias, fuera de lo común, podrían limitarse ciertos derechos, de forma muy específica, por motivos excepcionales y justificados. Estos nuevos límites tienen como finalidad ordenar y controlar, por un lado, los recursos económicos y humanos en contra de la enfermedad y, por otro, garantizar la lucha contra el virus, para que se pierden menos vidas humanas, la búsqueda de nuevas herramientas sanitarias, jurídicas, sociales para eliminar la enfermedad, es decir, únicamente podemos limitar los derechos cuando hablamos de una enfermedad que atenta contra la salud pública sin distinción de edad, clase social, lugar, educación, etc. Ante la incertidumbre de una nueva enfermedad que no se sabía de forma exacta

como se transmitía ni para quienes sería letal, es el Derecho quien garantiza la paz social y la salud pública.

Ahora bien, podemos entender la negativa de ciertas personas a no vacunarse, por diversos motivos, pero ante una situación excepcional, en que está en peligro la salud pública como bien jurídico protegido, nos preguntamos, ¿Se les puede obligar a vacunarse? ¿Qué medidas puede interponer el Estado en estos casos? ¿Se violan los derechos de las personas que deciden no vacunarse por parte del Estado? Son solo de algunas de las interrogantes que trataremos de dar respuesta en esta investigación, en la que haremos uso de jurisprudencia, tanto de tribunales internacionales, como de los nacionales, comparamos la legislación existente que regula la obligatoriedad de las vacunas, haciendo énfasis en diversos países, que nos permitan tener un panorama adecuado sobre las implicaciones que esto conlleva.

## **2. Evolución y desarrollo histórico**

Las vacunas no solo constituyen un gran adelanto del mundo médico para terminar y prevenir muchas enfermedades. Con su aparición se hizo necesaria una protección jurídica que protegiera al fabricante y a las personas en que se aplicaban. El pasado siglo, fue la gran época de las vacunas a gran escala, de repente enfermedades mortales, especialmente en niños, como la difteria, fueron poco a poco desapareciendo, ya en las décadas de los 40 y 50, enfermedades como la poliomielitis, sarampión, mataban a gran cantidad de infantes, sumado a otras enfermedades como la neumonía y la encefalitis.

Las vacunas, como muchos adelantos médicos, nacieron de la observación. Un ejemplo lo tenemos en el Reino Unido, en donde Edward Jenner, en la búsqueda de un tratamiento sanitario para la viruela (1796), observó que las trabajadoras que ordeñaban vacas, pareciera que no eran susceptibles de contagiarse de la viruela, ya que habían estado en contacto con anterioridad con la viruela bovina, que era mucho menos letal y el cuerpo responde mejor por su propia cuenta a luchar contra la enfermedad. Esto motivo que Jenner utilizara y repitiera el experimento de poner en contacto a niños con la viruela bovina con la finalidad que se inmunizaran, lo que finalmente logró. Este experimento de Jenner es considerado como la primera vacuna, para tratar una enfermedad. No fue hasta casi un siglo después, (1880) que Louis Pasteur, realizó un caso bastante parecido al anterior, en donde realizando experimentos con pollos para determinar los mecanismos de transmisión de la bacteria que produce el cólera aviar, comprobó que los pollos que estuvieron en contacto con la bacteria no se infectaron y al inocular la bacteria en los pollos restantes, desarrollaron una versión débil de la enfermedad y no murieron por ella. Repitiendo el experimento en diversas ocasiones, siempre los animales sobrevivían a la enfermedad, hasta desarrollar, lo que más tarde se conocería como, una respuesta inmune a la enfermedad. En pocas palabras, se utiliza una muestra bacteriana débil para que el cuerpo se acostumbre y supiera como combatir la enfermedad; la base de este experimento se puso en práctica para tratar otras enfermedades como el carbunco (el carbunco pulmonar, casi siempre era mortal en aquella época), sustituyendo los pollos por las ovejas, sobreviviendo estas últimas que fueron inoculadas. Estos aciertos, motivaron se tratar el virus de la rabia, para lo que primero experimentaron con conejos, pasando a los perros, infectados con la enfermedad. Cuando se dio el caso de un niño mordido por un perro rabioso, aun sin tener la vacuna probada en humanos y con miedo de las implicaciones y consecuencias legales que el caso ameritaba, decidió probar la vacuna en el niño inoculando la vacuna. Dicho tratamiento fue un éxito rotundo, recuperándose el niño y nunca desarrolló la rabia. En el caso de la tuberculosis, en 1921, se iniciaron las primeras pruebas, con la vacuna BCG o bacilo de Calmette-Guérin, a partir de la leche de una vaca infectada por la bacteria, y no fue hasta la década de 1940, cuando se dio un uso masivo de la vacuna.

La primera vacuna efectiva contra del Tifus, fue desarrollada en 1936 por Rudolf Stefan Weigl, quien fundó una de las primeras plantas de producción de

vacunas durante la II Guerra Mundial. Esta vacuna, que proviene de la creación de una cepa de piojos especial llamada *Pediculus vestimenti*, fue aplicada a la población en general, incluyendo a los judíos durante la guerra, salvando numerosas vidas. Mientras que, en el año de 1938, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), estableció por primera vez la vacuna contra la fiebre amarilla, como medicamento oficial, para la lucha y prevención de esta enfermedad. Esta vacuna tenía antecedentes en los estudios realizados durante y después de la construcción del Canal de Panamá, sin embargo, no fue hasta 1937, por Max Theiler que se pudo crear una vacuna que funcionara.

El Código de Nuremberg de 1946, nació durante los Juicios de Núremberg por las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial y estableció las pautas de lo que más tarde sería conocido como bioética, señalando los principios orientativos que regulan la experimentación médica en seres humanos. En este sentido, por primera vez se estableció, que es absolutamente esencial el consentimiento de las personas, para lo relacionado con la medicina y experimentación médica, es decir, la elección libre ejercida por personas que tienen capacidad legal para darla: "sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción; debe tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos implicados que le capaciten para hacer una decisión razonable e ilustrada". De igual manera prohíbe los experimentos en seres humanos, que ocasione un sufrimiento físico y mental innecesario, o daño y sobre todo que: "9. Durante el curso del experimento el sujeto humano debe estar en libertad de interrumpirlo si ha alcanzado un estado físico o mental en que la continuación del experimento le parezca imposible", y, por último, que el experimento sea realizado por personas calificadas en todas las etapas del experimento, desde su inicio hasta su finalización, y "6. El grado de riesgo que ha de ser tomado no debe exceder nunca el determinado por la importancia humanitaria del problema que ha de ser resuelto con el experimento". Y, por último, no puede realizarse ningún experimento cuando existan razones que puedan producir la muerte o daño que conlleve a una incapacitación de la persona que es sujeto del experimento.

En el caso de la poliomielitis, se utilizó el mismo proceso, fue desarrollada en la década de los 50, por Jona Salk y consistió en dos dosis de poliovirus inactivados o muertos (IPV); mientras que una segunda vacuna realizada por Albert Sabin fue autorizada al público en 1962. En la actualidad prácticamente se ha erradicado la enfermedad.

El Convenio de Oviedo<sup>3</sup>, es claro al establecer en su artículo 5, la importancia del consentimiento, que en este sentido nos dice que: "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento", este consentimiento es válido para las vacunas. De igual manera en el artículo 6 del mismo convenio se establece la protección para las personas que no pueden expresar su consentimiento, como los menores de edad, la autorización recae sobre sus padres o representantes, la institución que la ley establezca, sin embargo, deja clara la importancia de contar con la opinión del menor de edad, para la toma de las decisiones que le afecten, en función de su edad y madurez. Mientras que las personas que son mayores de edad, pero no tienen capacidad legal para tomar decisiones por motivos de enfermedad mental o física, ese consentimiento debe de ser dado por sus familiares, representante o institución a cargo. Por lo tanto, el consentimiento es un elemento

---

<sup>3</sup> Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina), hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997.

imprescindible cuando hablamos de vacunas, aunque esto no quiere decir que sea un elemento decisivo cuando hablamos de vacunas obligatorias.

De Montalvo Jääskeläinen, sostiene que la vacuna es un beneficio para la salud colectiva, en el sentido de que la persona vacunada desarrolla menos la enfermedad y disminuye las posibilidades de transmitir el virus, por lo tanto, no solo protege la salud de la persona que se le aplica, sino también la salud de las demás personas, aunque reconoce que su aplicación incide mínimamente en la integridad de las personas y esto es justificado ya que la persona obtiene un beneficio para su salud, que es precisamente lo que la diferencia de otras prácticas médicas, como por ejemplo los ensayos médicos, con participación forzada de las personas, en que no existe o se sabe si habrá beneficios y si constituye un daño a sus derechos e integridad<sup>4</sup>.

El Reglamento Sanitario Internacional<sup>5</sup> de la OMS, establece en su artículo 18.3, que no se puede realizar ningún examen médico, vacunación ni ninguna medida profiláctica ni sanitaria sin el consentimiento informado previo y explícito del viajero o de sus padres o tutores, y los viajeros que deban ser vacunados será informados de los posibles riesgos relacionados con la vacunación o la no vacunación de conformidad con la legislación y obligaciones internacionales del Estado Parte. Un aspecto importante que deja claro es que solamente se someterá a los viajeros a las vacunas, cuando exista un riesgo de transmisión de enfermedades de conformidad con las normas de seguridad nacionales o internacionales para reducir al mínimo el riesgo de propagación y, de igual manera, reconoce (artículo 31), que los Estado Parte, pueden exigir la vacunación, certificado de vacunación y otras medidas que considere necesarias cuando exista un riesgo para la salud pública o para aquellos viajeros que pretenden tener una residencia temporal o permanente, como condición de entrada.

De igual manera se reconoce que las vacunas (anexo 6), recomendadas por la OMS, serán de calidad adecuada y sujetas a su aprobación, esto conlleva que, a solicitud de la OMS, el Estado Parte, debe de facilitar toda la información relacionada con la idoneidad de las vacunas y como forma de legitimar a las personas que administren estas vacunas aprobadas por la OMS, recibirán un certificado internacional de vacunación, que deben estar firmado por su puño y letra, por el personal médico que supervise la administración de la vacuna. Dentro de esta crisis sanitaria, han sido varias las voces de las organizaciones internacionales en el manejo de la situación, para Chicharro: "si al gestionar un determinado riesgo, la OMS no consigue ni prevenir la propagación ni proporcionar protección frente a ella y la respuesta de salud pública no resulta la más adecuada para la gravedad de la enfermedad, podía sopesarse si la organización incurre en responsabilidad internacional, al no cumplir con las obligaciones que el incumben en virtud del Derecho Internacional"<sup>6</sup>. Con relación a las vacunas contra el COVID-19, la OMS realizó la Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias acerca del brote del coronavirus<sup>7</sup>, declaró que el brote cumple con todos los criterios para declarar una emergencia de salud pública de importancia internacional. En la hoja de ruta de la OMS<sup>8</sup>, que establece las prioridades en el uso de vacunas contra la COVID-19, como mecanismo de defensa contra la enfermedad.

---

<sup>4</sup> Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. "La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la COVID-19: análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 49, 2022, p. 330.

<sup>5</sup> Reglamento Sanitario Internacional, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 2005.

<sup>6</sup> LUQUIN BERGARECHE, R. *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, septiembre 2020, p. 576.

<sup>7</sup> Declaración sobre la segunda reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote del nuevo coronavirus (2019-nCoV).

<sup>8</sup> Hoja de ruta del SAGE de la OMS para el establecimiento de prioridades en el uso de vacunas contra la COVID-19: conjunto de criterios para optimizar el impacto mundial de las vacunas contra la COVID-19 sobre la base de los objetivos de salud pública, la equidad mundial y

El uso de las vacunas aprobadas basadas en el virus original confiere altos niveles de protección contra la enfermedad grave y la muerte para todas las variantes, incluida la variante ómicron tras administrar una dosis de refuerzo. Por lo tanto, es apropiado continuar utilizando las vacunas aprobadas como dosis de refuerzo para lograr los principales objetivos de la vacunación contra la COVID-19. Dada la incertidumbre respecto a las características genéticas y antigénicas de las futuras variantes del SARS-CoV-2, puede ser prudente perseguir, en el marco de la vacunación contra la COVID-19, un objetivo adicional consistente en una producción de anticuerpos más amplia contra las variantes.

El nivel de inmunidad protectora inicial alcanzado y el grado de disminución de la eficacia de la vacuna, y por tanto la necesidad de administrar una dosis de refuerzo, pueden diferir en función de los virus del SARS-CoV-2 circulantes en la población, especialmente las variantes preocupantes. La protección aportada por la vacunación también depende de la gravedad del resultado clínico. Si bien existe evidencia para demostrar que la eficacia de la vacuna contra las infecciones sintomáticas por el SARS-CoV-2 disminuye significativamente durante los seis meses siguientes a la vacunación, la eficacia de la vacuna contra las hospitalizaciones y la muerte solo decae modestamente durante el mismo período. Este grado de reducción varía según las variantes y puede depender además del producto o productos vacunales que se utilicen y del grupo o grupos prioritarios (p. ej., adultos mayores, personas inmunodeprimidas, personas con alto riesgo de exposición). Yáñez Coello, sostiene que la aplicación de la vacuna contra el COVID-19, no solamente pone de relieve los problemas y restricciones que por décadas se han dado en la distribución de vacunas, sino que también han creado nuevas vulneraciones de derechos humanos, sobre todo en los derechos relacionados con el acceso y protección de la salud, sino también que no todas las personas tienen o pueden aprovecharse por igual de todos los beneficios científicos que se dan a tiempo real y efectivo en beneficio de la sociedad, en este sentido Yáñez Coello continúa sosteniendo que con las vacunas no solo se logra la inmunidad colectiva, sino que al tener poco acceso a las mismas, especialmente los países con menos ingresos, incluyendo los latinoamericanos y africanos, menos vidas pueden ser salvadas, ocasionando una vulneración a los derechos fundamentales, no solo al derecho a la vida, sino también el derecho a un nivel de vida adecuado, derecho al trabajo y la vivienda, etc.<sup>9</sup>.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>10</sup> (en adelante la Carta Europea), en su artículo 35 sobre la protección de la salud, establece que todas las personas tienen el derecho a la atención y prevención sanitaria con el fin de garantizar un nivel de protección de la salud. Aunque en la actualidad, se puede decir que la normativas de la Unión Europea (en adelante UE), no exige una vacunación obligatoria, para hacerle frente al virus y la pandemia del COVID, esa facultad de vacunarse de forma obligatoria o no es una competencia de los Estados miembros que conforma la UE, sin embargo la UE, si cuenta con campañas de publicidad y de información que motivan a las personas a vacunarse con el fin de lograr una mejor protección contra el virus y sus distintas cepas y disminuir su propagación, sobre todo entre las personas más vulnerables y el personal sanitario.

Alonso Timón sostiene que se debe tener cuidado cuando estas medidas sean para diferentes personas, en el sentido que tenemos a los vacunados y los no vacunados, y que el asegurar que solamente las personas vacunadas puedan realizar determinadas actividades, no quiere decir en ningún caso que, estas personas también puedan contagiarse y contagiar a las demás, lo que conllevaría a "crear una nueva categoría de ciudadanos de segunda división que podría fomentar si se

---

nacional y los escenarios de acceso a las vacunas y cobertura vacunal, del 21 de enero de 2022.

<sup>9</sup> Cfr. YÁÑEZ COELLO, C. "Vacunación contra la COVID-19: ¿derecho o privilegio? el caso del Ecuador", *Revista IIDH*, Volumen 72, 2021, p. 196.

<sup>10</sup> Carta De Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea (2000/C 364/01).

extiende en el tiempo hasta una nueva brecha social. Adicionalmente, la aplicación práctica de estas medidas tiene una transcendencia notable desde el punto de vista de la protección de datos, pues supone ir dejando «rastros» de los datos sanitarios de un contingente importante de ciudadanos, los buenos o malos usos de esos datos. Si este tipo de restricciones de acceso a diferentes actividades sigue extendiéndose, ¿hasta dónde va a llegar?»<sup>11</sup> En este sentido Mazzucato, nos menciona que: «la crisis de la COVID-19 hace inviables las estrategias habituales. De hecho, nos brinda una oportunidad ideal para desarrollar de principio a fin un nuevo enfoque que de la innovación sanitaria basado en el interés público»<sup>12</sup>.

Adela Cortina encuentra una respuesta clara en el cosmopolitismo, en este sentido nos dice que: «reconocer esa interdependencia entre los países ha llevado una vez más, con la pandemia de la COVID-19, a comprender que ningún país lleva adelante su vida en solitario»<sup>13</sup>. En ese sentido tenemos a Žižek, que nos señala que: «no estamos hablando de ninguna utopía, no apelo a una solidaridad idealizada entre la gente. Por el contrario, la crisis actual demuestra claramente que la solidaridad y a la cooperación global tienen como finalidad la supervivencia de todos y cada uno de nosotros»<sup>14</sup>. En este sentido tenemos a Moreira que sostiene que, la pandemia nos ha dejado en claro que todas las personas dependemos, aún en este mundo tan globalizado, los uno de los otros, pero todos somos vulnerables. Aunque las consecuencias pesaran más en unos que en otros, y que, a raíz de la crisis de salud pública, pareciera resurgir el principio de soberanía, lo que para Moreira se trata de una renovada vigencia. Sin embargo, en el rol de la ciencia y la tecnológica también se ha dado una renovación, en el sentido de tomarlas como base para decidir jurídicamente lo que se tiene que hacer desde un punto de vista científico y, concluye Moreira, que se hace necesaria que la cooperación internacional prevalezca con el fin de garantizar el multilateralismo en que vivimos hoy en día<sup>15</sup>. Adela Cortina, nos brinda una respuesta clara no solo de la pandemia del Coronavirus sino las pandemias que estamos por vivir: «Pero lo que sí podemos anticipar es que estaremos mucho mejor preparados para enfrentarlas si lo hacemos desde la amistad cívica, que es preciso cultivar día a día. Desde la convicción de que estamos unidos por un vínculo que nos convierte en un «nosotros» incluyente, no en uno excluyente frente a «vosotros y ellos». Desde la indispensable solidaridad, que no se improvisa y de la que algunos están dando tan buenas muestras en esta dolorosa situación»<sup>16</sup>.

### **3. La vacunación obligatoria contra el COVID-19 en Europa**

---

<sup>11</sup> ALONSO TIMÓN, A. J. «La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021». *Revista de Administración Pública*, 216, 2021, p. 285.

<sup>12</sup> MAZZUCATO, M. *Desaprovechemos esta crisis, Lecciones de la COVID-19*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2021, p. 54.

<sup>13</sup> CORTINA, A. *Valores éticos en tiempos de pandemia, Del transhumanismo a la cordura, en cambios sociales en tiempos de pandemia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2022, p. 737.

<sup>14</sup> ŽIŽEK, S. *Pandemia la COVID-19 estremece al mundo*, Nuevos Cuadernos Anagrama, II edición, 2020, España, p. 74.

<sup>15</sup> Cfr. MOREIRA, A. C. «Soberanía estatal y cooperación internacional. reflejos del derecho internacional frente al desafío de la COVID-19». *Cuadernos de Derecho Público*, No. 8, Universidad Católica de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Público, Argentina, 2020, p. 87.

<sup>16</sup> CORTINA, A. TRIBUNA. Los desafíos del coronavirus. Las democracias funcionan mejor allí donde se refuerzan con códigos de conducta que la comunidad asume. Por eso es letal atizar la polarización e instrumentalizar la pandemia para destruir adversarios. *El País*, publicado el 16 mayo de 2020, puede ser consultado en: <https://elpais.com/hemeroteca/2020-05-15/>. Visto el día 17 de noviembre de 2020.

En estos apartados estudiaremos no solamente las leyes y los casos prácticos que se han establecido en varios países europeos para hacerle frente a la pandemia del CORONAVIRUS, sino también haremos un análisis dogmático de las diferentes posturas, así como las principales líneas jurisprudenciales establecidos por los tribunales nacionales europeos sobre la materia, exponiendo a modo comparativo sus semejanzas y diferencias en el tratamiento jurídico de la vacunación obligatoria y la enfermedad.

### **3.1 La vacunación contra el COVID-19 en el ordenamiento español**

En el caso español, la Ley Orgánica de Medidas especiales en materia de salud pública<sup>17</sup> (modificada en 2020, por la crisis del COVID), deja claro (artículo 2) que son las autoridades sanitarias las únicas competentes para establecer “las medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”. Y, en su artículo tercero se permite controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria es la encargada de realizar todas las acciones preventivas generales, incluyendo medidas oportunas para el control de los enfermos: “de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Y, de igual manera, se sigue contando con una ley antigua y aún vigente que es ley de 1944 de Sanidad Nacional<sup>18</sup>, que señala que, “podrán ordenarse, con carácter obligatorio, las vacunaciones, el empleo de medios preventivos, el reconocimiento individual, el aislamiento, la hospitalización, la vigilancia y otras medidas sanitarias de prevención y dé. tratamiento; la incautación de medicamentos y otros medios de acción sanitaria”. Esta ley de sanidad estableció las vacunaciones obligatorias para la viruela y la difteria y reconoció que “se mantiene la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”. La Ley 22/1980,<sup>19</sup> sobre vacunaciones obligatorias modificó la ley de 1944 y estableció que las vacunaciones contra la difteria, viruela, infecciones tíficas y paratíficas: “podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente, En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”.

El artículo 43 de la Constitución española de 1978, reconoce el derecho a la protección de la salud y establece que solamente a los poderes públicos les compete organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas, servicios necesarios y prestaciones: “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

---

<sup>17</sup> Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Jefatura del Estado «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 1986.

<sup>18</sup> Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional.

<sup>19</sup> Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas.

Ley 41/2002<sup>20</sup> de la autonomía del paciente, regula los derechos y obligaciones de los pacientes, profesionales y usuarios, así como también los centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados, en todo lo referente a la información, autonomía y documentación clínica. Sin embargo, la importancia de esta ley es que establece los principios básicos (artículo 2), entre estos; la dignidad humana, el respecto a la autonomía de su voluntad, intimidad, el consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad: "el consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley". De igual manera se reconoce que el paciente o usuario tiene el derecho de libre decisión, después de recibir la información correspondiente por parte de las autoridades entre las opciones disponibles, así como también la de negarse al tratamiento, pero con la excepción de los casos determinados por la ley, incluyendo por lo tanto las vacunas, ante la negativa, esta debe de constar por escrito.

Un aspecto importante que se regula en esta ley es el derecho que tienen todos los ciudadanos a conocer los problemas sanitarios de la colectividad (artículo 6), cuando lo mismo implique un riesgo real para la salud pública e individual y sobre todo que esta información se difunda de forma clara, sencilla, y lo que la ley denomina en términos verdaderos y adecuados para protección de la salud. El consentimiento informado (artículo 8), es definido como "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado", y se reconoce que el consentimiento será verbal, pero en determinados casos tiene que darse por escrito: procedimientos diagnósticos, intervención quirúrgica, terapéuticos invasores, procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes, y ese consentimiento puede incorporarse anexos y otros datos, que se estimen correspondientes, así como la información adicional y suficiente sobre el procedimiento y los riesgos esto conlleva, etc. El paciente puede revocar en cualquier momento su consentimiento por escrito.

En España, la Ley 33/2011 General de Salud Pública<sup>21</sup>, dejó claro que la participación de todas las actuaciones de salud pública siempre será voluntaria y de igual manera en su artículo 19, establece que dentro de la prevención de problemas de salud y sus determinantes, se "impulsarán otras acciones de prevención primaria, como la vacunación, que se complementarán con acciones de prevención secundaria como son los programas de detección precoz de la enfermedad". Mientras que el artículo 33 de la misma ley, consagra que se establece en España un calendario único de vacunas y "h) Establecer mecanismos de coordinación en caso de pandemias u otras crisis sanitarias, en especial para el desarrollo de acciones preventivas y de vacunación". Para Ridao: "la atribución constitucional al Estado de las bases en materia sanitaria supone la competencia del legislador estatal para establecer el régimen u ordenación fundamental de la materia, garantizando los elementos de uniformidad del sistema sanitario español y asegurando unas estructuras comunes, así como un nivel de prestaciones en todo el sistema estatal"<sup>22</sup>.

El Comité de Bioética de España, en su informe "Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario"<sup>23</sup>, reconoce que la fórmula legal que impone una vacunación obligatoria lleva consigo una incertidumbre sobre la eficacia real de la vacuna impuesta, que puede generar una reacción de la población en general de rechazo o contraria a la vacuna: "además, una decisión pública de vacunación obligatoria incide en un ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos, especialmente protegido por afectar a la integridad corporal, de

<sup>20</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

<sup>21</sup> Ley 33/2011, 4 de octubre, General de Salud Pública.

<sup>22</sup> RIDAO, J. Derecho de crisis y Estado autonómico del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2021, p. 185.

<sup>23</sup> Puede ser consultado en: [cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf](https://comitedebioetica.es/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf) (comitedebioetica.es). Visto el 1 de mayo de 2022.



manera que la norma que recogiera tal facultad habría de ser aprobada con el carácter de Ley Orgánica, naturaleza de la que carece la precitada Ley de Bases de la Sanidad Nacional". En el caso autonómico en España, el Parlamento de Galicia<sup>24</sup> sin embargo estableció la vacunación obligatoria contra el COVID, reformando la Ley 8/2008 de Salud, estableciendo que el gobierno autonómico gallego (artículo 5) puede establecer en materia de salud, entre otras medidas adicionales a las profilácticas para prevenir la enfermedad, incluida la vacunación con la finalidad de lograr una inmunización de la población. Otro artículo controvertido de la misma ley es su artículo 7, que establece que pueden adoptarse medidas preventivas en materia de salud pública, cuando se estimen urgentes, necesarias y oportunas, (con carácter temporal), con el fin de evitar la propagación del virus, vulnerando la Ley Orgánica y la Constitución, es decir tomando decisiones que le corresponden al gobierno central y que afectan derechos fundamentales, entre estos la libre circulación de las personas, la imposición de multas onerosas por no vacunarse y vulneraciones a la dignidad. Esto motivó un recurso de inconstitucionalidad por parte del gobierno central que suspendía la ley ante el Tribunal Constitucional, admitiendo el recurso y suspendiendo la ley temporalmente, de igual manera se contaba con un informe favorable por parte del Consejo de Estado, solicitado por el órgano Ejecutivo. Esto motivó un diálogo entre el gobierno central y autonómico en donde se acordó retirar el recurso y que la ley autonómica no imponga la vacunación obligatoria sino voluntaria ni tampoco multas, que iniciaban desde 1,000 euros hasta 60,000 euros por negarse a recibir la vacuna. Para Velasco Caballero: "reiteradamente dicho el Tribunal Constitucional, todos los derechos fundamentales tienen límites. Algunos los impone la propia Constitución; otros son inmanentes, resultan de una comprensión sistemática de los distintos derechos y bienes constitucionales; y otros los establece la ley"<sup>25</sup>: "las Comunidades Autónomas han comenzado la campaña de vacunación como han podido, han cambiado el orden de los grupos de vacunación, (aunque a esto también contribuye el hecho de la existencia de varias vacunas, con características diferentes, algunas con problemas concretos), ya que ni jurídica ni administrativamente esa estrategia tiene valor alguno, lo que imposibilita sancionar a quienes se han adelantado en el orden fijado"<sup>26</sup>.

El pleno del Tribunal Constitucional español ha acordado mantener la suspensión del inciso contenido en el artículo 14.3 de la Ley del País Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19, que dispone que "este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación", al considerar que puede comportar perjuicios de difícil reparación impuestos contra la voluntad del ciudadano, por cuanto la norma asocia consecuencias desfavorables a la negativa a someterse a la vacunación, pudiendo modular intensamente el principio de voluntariedad en la participación de actuaciones de salud pública.

En lo que respecta al País Vasco, tenemos la Ley 2/2021 de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19<sup>27</sup>, que en su artículo 14.3, (sobre realización de pruebas diagnósticas y vacunación), deja en claro que la denegación para la realización de las pruebas y la vacunación por la persona afectada, se realizarán únicamente por escrito y esto tendrá como consecuencia la imposibilidad de realizar su trabajo o actividad afín. Y, de igual manera, la posibilidad que se le impongan restricciones y obligaciones según la ley, incluyendo todos los casos en que la persona decide no vacunarse. Esto motivó que el Pleno del TC, suspendiera esta ley que regula la vacunación obligatoria frente al COVID-19, a solicitud de la Abogacía del Estado y por un recurso de inconstitucional presentado por el Presidente de Gobierno, al

<sup>24</sup> Boletín Oficial Do Parlamento De Galicia Xi lexislatura Número 51, 23 de novembro de 2020.

<sup>25</sup> CIERCO SEIRA, C. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. p. 93.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Los Estados de Alarma por el COVID-19, *Ratio Legis* Ediciones, Salamanca, 2021, p. 218.

<sup>27</sup> Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19.

considerar que este artículo conlleva perjuicios de difícil reparación impuestos contra la libre voluntad del ciudadano, ya que la ley asocia consecuencias calificadas por el Pleno como desfavorables a la negativa de no vacunarse, lo que conlleva ir contra el principio de voluntariedad en la participación de actuaciones de salud pública<sup>28</sup>.

Aymerich Cano sostiene que si existiera en un futuro la vacunación obligatoria en el ordenamiento español, esta obligación tendría que tener características especiales, entre ellas que la vacuna obligatoria no podría imponerse a través de la ley orgánica, aunque si una vacunación forzosa, en este sentido nos señala que, la obligatoria cuenta ya con antecedentes, como lo son las vacunas obligatorias para que los niños puedan acceder a la escolaridad o para determinadas actividades o profesiones, como son los tatuadores, y que han sido establecidas por normas reglamentarias, en el sentido de la obligación para determinados colectivos que en razón de su profesión conllevan un riesgo, ya cuentan con estipulaciones establecidas por las leyes ordinarias de empleo y riesgos laborales. Aymerich Cano sostiene que, es la vacunación forzosa la que constituye una verdadera afectación al ser humano sobre todo en los derechos inherentes a la dignidad y a la integridad corporal y que no se podría exigir que una ley orgánica la contenga. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que para Aymerich Cano la vacunación forzosa no es lo mismo que la obligatoria, siendo la primera la que más vulneraciones genera a los derechos, si es aplicada, por lo menos en el ordenamiento español<sup>29</sup>.

### **3.2 La vacunación en Francia, sus implicaciones jurídicas**

En Francia, en el Código de Salud Pública, se establecen varias vacunas obligatorias (en total 11, entre estas: difteria, tétanos; poliomielitis, hepatitis B; paperas, etc..) para todos los nacidos después del 2018. Aunque no se establecen sanciones o multas, los menores de edad no vacunados no pueden acceder al sistema educativo francés, y en el caso de la vacuna de COVID-19, se impuso la vacuna obligatoria para el personal sanitario y a las personas que trabajan con grupos vulnerables, especialmente niños y ancianos. Se establece la vacunación obligatoria en los casos de fiebre amarilla, especialmente para todas las personas de un año que vivan o permanezcan en Guayana Francesa (artículo L3111-6). En su artículo L3111-1<sup>30</sup>, deja claro que la política de vacunación es elaborada exclusivamente por el Ministerio de Salud, que no solamente establece las condiciones para la inmunización, sino también las recomendaciones necesarias y hacer público el calendario de vacunación, así como suspender la vacunación dependiendo de la situación epidemiológica y de los conocimientos médicos y científicos para toda o parte de la población. Las vacunas son obligatorias con excepción de contraindicación médica y condiciones derivadas de la edad, establecidas por medio de un decreto del Consejo de Estado, tomando en consideración un dictamen previo por parte de la autoridad sanitaria. De igual manera se establece de forma obligatoria las vacunas para los embalsamadores (artículo L3111-3) y personal de asistencia a las personas mayores, alojamientos de personas mayores, cuidadores, personal sanitario (incluyendo a los estudiantes), cualquier persona con riesgo de contaminación (artículo L3111-4), sin importar si son organismos públicos o privados debe de ser vacunada contra la hepatitis B, la difteria, el tétanos, la poliomielitis e influenza y adicional para personal de laboratorios que deben estar vacunadas contra la fiebre tifoidea. Se establece que toda vacunación que sea obligatoria debe hacerse a través de un decreto correspondiente (artículo L3111-5) y ser objeto de una declaración por parte de las autoridades sanitarias. Un aspecto interesante que recoge el mismo cuerpo legal francés es que (artículo L3111-9) se reconoce que es posible solicitar una indemnización por daños y perjuicios directamente imputables a la vacunación

<sup>28</sup> Nota Informativa No. 71/2022 el Pleno del TC mantiene la suspensión de la ley de País Vasco que regula la vacunación obligatoria frente al COVID-19.

<sup>29</sup> Cfr. AYMERICH CANO, C. "Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial", *Derecho y salud*, Volumen 31. Extraordinario/Ponencias, 2021, pp. 49 – 50.

<sup>30</sup> Modificado por la Ley No. 2017-1836 del 30 de diciembre de 2017 - art. 49 (V).

obligatoria, si la investigación respectiva así lo demuestra, esta indemnización va dirigida a las víctimas o sus familiares en caso de muerte o a sus herederos y por último se establece que todas las vacunas establecidas por decreto son gratuitas (artículo L3111-11).

### **3.3 Gran Bretaña y la vacuna del COVID-19, sus implicaciones ante la obligación**

A nivel europeo, Reino Unido fue uno de los países que estableció la vacunación obligatoria para el personal sanitario y administrativo, asistentes que trabajan en las residencias de ancianos, y si desean seguir trabajando en estos organismos deben de contar con el esquema completo de vacunación. Estas nuevas regulaciones que establecen la obligación de la vacuna se dieron a través de La Ley de Salud y Asistencia Social<sup>31</sup> que fue modificada en el 2022, por la emergencia del COVID-19, sin embargo, en la actualidad esta obligación no se considera necesaria.

La obligación de la vacunación obligatoria en las residencias de ancianos, llegó hasta los tribunales en el fallo de *Peters and Findlay v Secretary of State for Health and Social Care*<sup>32</sup>. El Tribunal Superior rechazó una demanda presentada por tres personas que alegaban que la vacunación obligatoria atentaba contra el libre ejercicio de su profesión y que se violaban sus derechos a la integridad corporal del artículo 8 del CEDH, y que la obligación establecida en la ley de salud (artículo 20), constituía una discriminación legal contraria al artículo 14 del CEDH, que afectaba concretamente a las mujeres pertenecientes a minorías étnicas, siendo irracional su aplicación. Tal como señala la sentencia, la finalidad de la ley es impedir que un trabajador en una residencia de ancianos, que no está vacunado, pueda seguir trabajando, razón por la que para los demandantes que muchos trabajadores perderán sus puestos de trabajos y se daría el cierre de residencias por falta de personal, por lo menos cuando entró en vigor la disposición inglesa el 11 de noviembre de 2021. El tribunal dictaminó que la discusión en cuestión es *ultra vires*, en el sentido de que la obligación legislativa que exige que los trabajadores de la residencia de ancianos tomen en consideración los datos sobre el COVID-19, que los afecta de forma muy concreta por su vulnerabilidad, no solo constituye una protección para ellos sino también para las personas con que se relacionan, tanto en su lugar de trabajo como fuera del mismo.

### **3.4 Alemania y Austria, ante la vacunación**

En el caso alemán, su Tribunal Constitucional declaró como constitucional la ley que obliga a los trabajadores sanitarios a vacunarse, tomando como base la importancia de proteger a las personas vulnerables, sobre todos a la que necesitan atención médica y asistencia, incluyendo los hospitales y residencias. De igual manera si el trabajador sin justificación se niega a vacunarse se le puede prohibir el ingreso a su trabajo, la sentencia BVerfG<sup>33</sup> desestimó un recurso inconstitucional sobre la ley de prevención y control de enfermedades infecciosas en personas (artículo 20a y el artículo 73 (1a) núm. 7e bis<sup>34</sup>), que establece que en determinadas empresas e instituciones (instalaciones de maternidad, diálisis, hospitales, consultorios médicos y odontológicos, asilos, centros psiquiátricos, residencias y

<sup>31</sup> The Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities) (Amendment) (Coronavirus) (No. 2) Regulations 2022-0.

<sup>32</sup> *Peters & Anor, R. (On the Application of) v The Secretary of State for Health and Social Care & Anor* [2021] EWHC 3182 (Admin) (02 November 2021).

<sup>33</sup> BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. April 2022- 1 BvR 2649/21 -, Rn. 1-281, Puede ser consultado en: [http://www.bverfg.de/e/rs20220427\\_1bvr264921.html](http://www.bverfg.de/e/rs20220427_1bvr264921.html).

<sup>34</sup> "Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 1b der Verordnung vom 16. September 2022 (BGBl. I S. 1454) geändert worden ist. Puede ser consultada en: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/BJNR104510000.html>.

cuidadores de personas ancianas o que tienen graves enfermedades, personas con discapacidad, con condiciones previas consideradas graves de salud, o deficiencias de la enfermedad), a partir del 12 de diciembre de 2021, era obligatoria la vacunación contra el COVID-19 o la presentación de un certificado médico excepción a la vacuna. Uno de los aspectos más importantes en que hace énfasis la sentencia, es que la situación de la pandemia se agravó con la aparición de una cuarta ola de contagios, que aumentó el número de personas con la enfermedad, las muertes y enfermedades graves. Y, tras la aprobación de la vacuna obligatoria establecida por la ley impugnada, los casos disminuyeron ligeramente a finales de año; sin embargo, en la quinta ola de la enfermedad, a pesar de la infección causada por una variante del virus denominado OMICRON, la enfermedad fue más leve. La ley obliga a los trabajadores a estar vacunados a partir del 15 de marzo de 2022 y acreditarlo en el establecimiento y la empresa. Los demandantes son médicos en activo, así como también un psicólogo a tiempo parcial en un hospital, enfermeras, limpiador, operador de radiografías, estudiante de medicina, oficial de bomberos, paramédicos, profesor para persona con discapacidades, terapeuta social, dentista, jefe de cocina de un hospital, acompañamiento y auxiliar para personas ciegas, algunos hasta ese momento no están vacunados y quieren seguir así, mientras que otros de los demandantes, tiene dos vacunas y no quieren una tercera. Para los demandantes, esta ley que los obliga a estar vacunados es inconstitucional, ya que les impide realizar su trabajo, sobre todo cuando se ha contradicho seguridad y eficacia de las vacunas disponibles, ni tampoco existe una protección de inmunidad relevante, violando su dignidad humana.

Sin embargo, el tribunal reconoce que las vacunas cuando son bien toleradas y altamente eficaces para prevención, se infectan con menor frecuencia y tienen menos probabilidades de transmitir la enfermedad; si se infectan, que la vacunación no siempre previene la enfermedad, especialmente en personas mayores e inmunodeprimidas, por lo tanto, como mecanismo para reducir la infección, se establece una alta tasa de vacunación a las profesiones relacionadas con pacientes más vulnerables, con el fin de que se reduzcan las personas vulnerables a contraer el virus. De igual manera, se reconoce que es una obligación por parte de la empresa, dar a conocer a las autoridades correspondientes si se sospecha que un certificado de vacunación es falso, o si se necesita verificar su autenticidad o corrección del contenido. La sentencia concluye que aportar un certificado de vacunación o de excepción a la vacunación al trabajo, antes de iniciar labores no viola los derechos a la libertad profesional y la vacunación obligatoria se justifica en la ley en el sentido de que se busca proteger a las personas más vulnerables, en el sentido que los derechos fundamentales afectados tampoco están agravados de manera irrazonable.

El caso austriaco en el primer país dentro de la UE en establecer que las vacunas contra el COVID-19<sup>35</sup>, en su artículo 2, ya define la vacunación contra el COVID-19, como una vacunación protectora que consiste en una o más vacunas, reconocidas por el gobierno central. Mientras que la vacunación es obligatoria para todas las personas mayores de edad, estableciendo que aquellas personas mayores de 18 años que se nieguen a vacunarse pueden ser castigadas con multas de 600 hasta 3.600 euros, con excepciones de las embarazadas o personas con graves problemas de salud. Y, por un período de 180 días aquellas personas que se han recuperado del COVID, esto incluye las vacunas de refuerzo, y la ley estaría en vigor hasta el 31 de enero de 2024. La aplicación de esta ley se daría a través de tres fases: la primera fase, desde la entrada en vigor de la ley el 5 de febrero hasta el 15 de marzo de 2022, todas las personas residentes tendrían que cumplir con el ciclo completo de vacunación; la segunda fase, desde el 15 de marzo hasta la primera fecha límite de vacunación (que sería fijada por ordenanza gubernamental), la no

---

<sup>35</sup> COVID-19-Impfpflichtgesetz (NR: GP XXVII IA 2173/A AB 1312 S. 139. BR: 10863 AB 10871 S. 937.). Puede ser consultado en: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA\\_2022\\_I\\_4/BGBLA\\_2022\\_I\\_4.html](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2022_I_4/BGBLA_2022_I_4.html). Visto el día 1 de octubre de 2022.

vacunación se considerará una infracción administrativa. De igual manera se establece un registro central (que nunca entro en vigor, pero si empezó a desarrollarse), y se estableció que la policía puede realizar controles y notificar a las autoridades correspondientes en los casos de incumplimiento. Mientras que, a la tercera fase, conlleva que los datos de las personas vacunadas se encuentran registradas y las multas que puede aplicar las autoridades policiales, conlleva la verificación de dichos registros de forma previa, se les recuerda nuevamente la conveniencia de la vacunación y si la persona incumple, se le impone una multa, y por último la ley crea un comité de experto que asesorará al Ministerio de Salud sobre la implementación de la vacunación obligatoria, en materia legal. Sin embargo, esta ley fue suspendida por el Ministerio de Salud, a pesar de que entró en vigor el pasado 1 de febrero. Entre las razones que motivaron esta suspensión están los problemas de poder llevarla a cabo de forma práctica, especialmente en lo relacionado a la creación de un registro de vacunados y que la evolución de la pandemia motivó que fuera necesaria la vacunación obligatoria, sobre todo que la vacunación no termina con la transmisibilidad del virus ni con las personas vacunadas ni con las no vacunadas y al estar la ley suspendida tampoco pueden cobrarse las multas para las personas no vacunadas, ni tampoco a los reincidentes en no querer vacunarse.

Aunque existen varios recursos de inconstitucionalidad en contra de la vacunación obligatoria, que toman como base que la obligación viola el derecho a la vida privada y familiar, incluyendo la integridad física y la libertad de elección médica (art. 8.2 CEDH). El Tribunal Constitucional austriaco decidió el 23 de junio de 2022<sup>36</sup> que la obligación de vacunar puede ser una injerencia grave a la integridad física y al derecho a la autodeterminación de la persona. Sin embargo, en este caso la injerencia es proporcional y necesaria con el fin de proteger la salud de las demás personas; para el tribunal la ley de vacunación obligatoria tiene como objetivo lograr una alta tasa de vacunación que permita proteger a todas las personas, incluyendo a las personas que no pueden vacunarse por razones médicas, o para quienes la efectividad de la vacuna con el tiempo se reduce, así como la de proteger el sistema sanitario y la salud pública. Sin embargo, el tribunal, reconoce que, al suspenderse la obligación de vacunarse el 12 de marzo de 2022, no puede resolver sobre la constitucionalidad de la ley al estar con su vigencia suspendida. Finalmente fue derogada el 28 de julio de 2022<sup>37</sup>.

### 3.5 Italia y la vacunación contra el COVID-19

Caso parecido lo tenemos en Italia, en la ley No.119, de 2017, que estableció que todas las vacunas son obligatorias y gratuitas para los menores de 0 a 16 años y para menores de edad extranjeros no acompañados, en caso de incumplimiento por parte de los padres, tutores, o custodios, pueden ser penados con multas que van de los 100 a 500 euros. Y, se considera como requisito para la inscripción en los centros educativos públicos y privados, estar al día con las vacunas. Los encargados de estos centros educativos tienen un plazo de 3 meses para presentar una declaración en donde conste los estudiantes vacunados, y de igual manera, esta ley crea un registro nacional de vacunas. La ley italiana No. 210, de 1992<sup>38</sup>, reguló las

---

elhekieabhbkmcefcobjdiddigjcaadp/https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGHErkenntnis\_G\_3\_7\_2022\_vom\_23.\_Juni\_2022.pdf.

<sup>36</sup> VfGH-Erkenntnis G 37/2022 vom 23. Juni 2022.

<sup>37</sup> 131. Bundesgesetz: Aufhebung des COVID-19-Impfpflichtgesetzes, der COVID-19-Impfpflichtverordnung und der Verordnung betreffend die vorübergehende Nichtanwendung des COVID-19-Impfpflichtgesetzes und der COVID-19-Impfpflichtverordnung sowie Änderung des Epidemiegesetzes 1950 (NR: GP XXVII IA 2676/A S. 168. BR: AB 11020 S. 944.) file:///C:/Users/tomas/Downloads/BGBLA\_2022\_I\_131.pdf%201.pdf.

<sup>38</sup> Legge 25 febbraio 1992 n.º 210 "Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e

indemnizaciones y compensaciones a favor de las personas perjudicadas por complicaciones y daños irreversibles producidos por las vacunas, que en su artículo 1, establece que: "toda persona que, debido a las vacunas exigidas por la ley o por orden de una autoridad sanitaria italiana, haya sufrido lesiones o enfermedades de las que resulte una alteración permanente de la integridad psicofísica, tiene derecho a una indemnización del Estado, en condiciones y en la forma que establece esta ley". Y se establece que, si debido a las vacunas previstas en esta ley, se deriva la muerte de la persona, se le asignará una indemnización en el siguiente orden: cónyuge, hijos, padres, hermanos, en los casos que la persona fallecida, sea un menor de edad, la indemnización corresponde a los padres o a quien ejerza la patria potestad, las personas interesadas en obtener la indemnización, tienen un plazo de tres años en caso de vacunación y (artículo 8) las indemnizaciones previstas por esta ley son a cargo del Ministerio de Sanidad.

Con relación a la vacuna contra el COVID-19, Italia la hizo obligatoria para todas aquellas personas que tienen 50 años en adelante y para los trabajadores de sectores como salud, militares, bomberos, policías y educación. Para los niños de 5 a 11, podían vacunarse, sin embargo, la vacuna no era obligatoria. Durante el estado de emergencia de la pandemia se exige que todos los trabajadores muestren su certificado de vacunación y si no era presentado el trabajador podía ser suspendido sin derecho a su salario, las personas que no cumplían con lo establecido y asistían a su trabajo sin la vacunación correspondiente, podía ser sancionados con multas desde 600 y 1.500 euros, mientras que para los empresarios sería de 400-1000 euros.

Una de las decisiones más polémicas en el ordenamiento italiano, lo tenemos en Florencia, con la ordenanza 7360, del 6 de julio 2022 <sup>39</sup> que anula la medida adoptada por el Colegio de Psicólogos contra uno de sus miembros en el sentido que la suspensión del ejercicio de su profesión, que conlleva el riesgo de comprometer los demás derechos individuales, como el derecho a la vida, a un medio de vida y el derecho al trabajo. En el sentido de que se determinó que el psicólogo no necesita ser vacunado para hacer su trabajo, al establecer que: las sustancias que componen la vacunación no evitan la infección ni la transmisión de la enfermedad, y que no existía una ley italiana en aquellos momentos que obligara a la vacunación y su uso puede ocasionar efectos adversos y graves. De igual manera se reconoció que la vacunación obligatoria solo puede darse cuando exista un consentimiento informado, y ese consentimiento informado no existe en el caso de las vacunas contra el COVID, ya que se desconocía en aquellos momentos los ingredientes y mecanismos de las sustancias que la componían, amparándose en el secreto industrial del fabricante. Por lo tanto, no existe el derecho a suspender a un ciudadano su derecho al trabajo, en base a una vacunación que aún tiene la categoría de experimental, sobre todo cuando aún no se ha podido establecer con claridad y responsabilidad si sería necesario tratar a las personas con 3 o más vacunas contra el COVID. Y, para hacer una vacunación obligatoria, no debe haber duda razonable, que la vacunas y las sustancias que la conforman en realidad funcionan; por lo tanto, suspendió la decisión del Colegio de Psicólogos de Florencia, pueden trabajar en cualquier modalidad, de la misma manera que las demás personas vacunadas. Esta ordenanza provisoria hace énfasis en que el artículo 32 de la Constitución Italiana (en adelante CI) prohíben la imposición de tratamientos médicos sin el consentimiento libre e informado de la persona afectada, si se impone sin su consentimiento se estaría violando su dignidad.

Una sentencia que debemos de tener en cuenta en el ordenamiento italiano por parte del Juzgado del Trabajo de Padua<sup>40</sup>, que señala que el derecho a la salud solo puede limitarse para proteger a la comunidad, que cada persona sea libre de

---

somministrazioni di emoderivati" (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.º 55 del 6 marzo 1992).

<sup>39</sup> Trib. Firenze, seconda sezione civile, ord. 7360 del 6/7/22 N.

<sup>40</sup> Trib. Padova, ordinanza 28 aprile 2022.

decidir, si se somete o no a un determinado tratamiento de salud, incluso "a costa de consecuencias letales". Para este tribunal laboral, la vacunación obligada contra el COVID, no protege la salud del trabajo sino la salud de las demás personas y el juzgador hace énfasis en que si la vacunación obligatoria de los trabajadores tiene como finalidad preservar la salud, ahí radica la "irracionalidad de la norma", en el sentido de que se considera como hecho notorio que la persona obligada a vacunarse con un ciclo completo, todavía puede contraer el virus, y por lo tanto puede contagiar e infectar a otras personas, como se desprende de los datos del Ministerio de Salud italianos citados en la sentencia.

La sentencia define la obligación de vacunarse contra el COVID, como una imposición inadecuada y desproporcionada. En el sentido de que, la vacuna no puede garantizar que el trabajador no contraiga el virus y que al acudir a su lugar de trabajo no propague la enfermedad, defiende lo que califica como certeza razonable, ya no al vacunarse contra el COVID, sino en las pruebas de detección periódicas en el lugar del trabajo (prueba por hisopos, prueba antígenos, molecular, o alguna prueba de última generación o de laboratorio), que garantice, aunque sea temporalmente, que no ha contraído el virus, nos dice la sentencia: "la garantía de que la persona vacunada no está infectada, es cero. Por otro lado, la persona que, aunque no está vacunada, se ha sometido al hisopado, puede considerarse razonablemente no infectada durante un período de tiempo limitado. En ese caso, la garantía de que no ha contraído el virus no es absoluta, pero ciertamente es superior a cero".

Girotto sostiene que es necesario destacar los valores fundamentales de todo sistema democrático de derecho (igualdad, libertad, dignidad, solidaridad, salud individual y pública), cuando hablamos de políticas de vacunación contra el COVID-19. Debemos equilibrar por necesidad los derechos individuales y colectivos, en el sentido de que se puede limitar la libertad individual, como mecanismo de protección de la salud pública. En el caso italiano, siempre que ese sacrificio sea proporcionado, en el sentido de que se tutela la salud como derecho fundamental de la persona, pero al mismo tiempo como interés colectivo, por lo tanto, la obligación de vacunarse puede ser legítima, con excepción de las personas con problemas médicos. En este sentido Girotto, añade que, debido a la gravedad de los riesgos ocasionados por la pandemia a escala global, se hace necesario limitar determinados derechos con el fin de garantizar otros. Esto también conlleva la necesidad de la solidaridad internacional, no solo para crear y distribuir las vacunas, sino también para evitar los monopolios y su uso a unos pocos Estados o identidades, o evitar que la vacuna pase a convertirse en un producto comercial por condiciones de extrema urgencia<sup>41</sup>.

### 3.6 Grecia y la vacunación obligatoria para personas mayores

En el caso griego, la vacunación contra el COVID-19 es obligatoria para las personas mayores de 60 años y pueden imponerse sanciones, desde multas de 50 a 100 euros, los fondos provenientes de estas multas pasaran a los hospitales públicos. De igual manera, la vacuna es obligatoria para el personal sanitario de los hospitales públicos y privados, así como los trabajadores de los asilos, administrativos, personal que labora en los municipios, centros de recuperación y rehabilitación, así como también a los trabajadores de los hogares con necesidades especiales, Centros de Bienestar Social, casas de acogida, personal de apoyo, personal que atiende y asiste a personas con discapacidades, etc. En su capítulo III, sobre disposiciones de emergencia para abordar el Coronavirus, de la ley No. 4820/2021<sup>42</sup>, en su artículo

---

<sup>41</sup> Cfr. GIROTTI, S. "Vacunación: entre la autonomía y la solidaridad. El equilibrio de principios desde una perspectiva bioética global frente a la pandemia del COVID-19", *Medicina y Ética*, Vol. 33, Núm. 3, 2022, p. 853.

<sup>42</sup> Νόμος 4820/2021 - ΦΕΚ 130/Α/23-7-2021 (Κωδικοποιημένος) Νόμος 4820/2021 - Οργανικός Νόμος του Ελεγκτικού Συνεδρίου και άλλες ρυθμίσεις. Puede ser consultado en

205, deja claro que es obligatoria presentar una constancia de vacunación contra la enfermedad, para todos los empleados públicos y privados, los empleados y organismos en donde se prestan servicios. Mientras que en su artículo 206, tiene por título "vacunación obligatoria", establece que, por protección de la salud pública, la vacuna puede ser obligatoria contra el COVID-19. De igual manera las categorías y las profesiones que están obligadas a vacunarse pueden modificarse o ampliarse por decisión conjunta de los ministros de Salud, Trabajo y Asuntos Sociales, Interior, Gobernanza Digital y el ministro correspondiente según sea el caso, así como el tiempo de aplicación de la vacuna, grupos de priorización, seguimiento y la forma de comprobar el cumplimiento de la obligación de vacunarse.

### **3.7 El Vaticano y la obligación de aplicar la vacuna contra el COVID-19**

En el caso de la Ciudad del Vaticano, todos los trabajadores y residentes están obligados a vacunarse contra el COVID-19. Esto puede incluir sanciones como el despido, suspensión de sueldo, de aquellos funcionarios que se niegan a vacunarse sin tener una excusa médica para ello. De igual manera, se exige para poder acceder a los museos, villas, jardines, residencias, palacios, etc., estar vacunados. Las personas vacunadas deben contar con un "certificado sanitario reforzado", en donde quede constancia que se le ha aplicado el esquema completo de vacunación, esto incluye no solo a los trabajadores institucionales, sino también a todo el personal médico, trabajadores del Ayuntamiento, seguridad, protección civil, etc., o todas las personas que por el ejercicio de sus funciones tienen contacto físico con funcionarios del Vaticano.

Uno de los aspectos más controvertidos sobre la aplicación de las vacunas COVID-19, es en el caso de que, si fueron elaboradas haciendo uso, durante su proceso de creación y producción, de células provenientes de tejidos de abortos (por ejemplo, la vacuna de la rubéola). Los católicos podían oponerse a su uso, justificando una excepción religiosa. Sobre estos tenemos como antecedente: "Reflexiones morales acerca de las vacunas preparadas a partir de células procedentes de fetos humanos abortados"<sup>43</sup>, que considera que es moralmente aceptable el utilizar estas vacunas cuando no exista otra alternativa científica. En este sentido se reconocen varias conclusiones de la respuesta que da el escrito, entre estas; que las personas pueden oponerse por todos los medios de comunicación que consideren necesarios a las vacunas, que "aunque no tienen alternativas moralmente aceptables, ejerciendo presión para que se elaboren vacunas alternativas que no estén conectadas con el aborto, y solicitando un riguroso control legal a los productores de la industria farmacéutica. Existe una grave responsabilidad de utilizar vacunas alternativas y de hacer objeción de conciencia con respecto a quienes tienen problemas morales". Mientras que en el caso de que no existan alternativas, como las vacunas contra el COVID-19, el texto es muy claro: "las vacunas sin alternativa, debe reafirmarse la necesidad de impugnar para que se preparen otras, así como la licitud de utilizar las primeras entretanto en la medida en que sea necesario para evitar un riesgo grave". Otra cuestión importante que señala el documento es entender la licitud del uso de estas vacunas, como la comercialización, producción y uso, debe de entenderse desde como una cooperación material pasiva y activa, en donde la vacuna está moralmente justificada, por la necesidad de velar por el bien de niños y personas, por una razón *extrema ratio* de necesidad. En la "Instrucción *Dignitas Personæ* sobre algunas cuestiones de Bioética"<sup>44</sup>, sobre la utilización de "material biológico humano de origen ilícito", (artículo 34), pone a consideración que dentro de toda investigación científica, que tiene como fin la producción de vacunas

---

(idioma original griego): <https://www.e-nomothesia.gr/kat-dikasteria-dikaaiosune/nomos-4820-2021-phkek-130a-23-7-2021.html>. Visto el 12 de octubre de 2022.

<sup>43</sup> "Reflexiones morales acerca de las vacunas preparadas a partir de células procedentes de fetos humanos abortados" (5 junio 2005).

<sup>44</sup> Congregación Para La Doctrina De La Fe. Instrucción *Dignitas Personæ* sobre algunas cuestiones de Bioética.



y otros tratamientos, en ocasiones pueden utilizarse líneas celulares que provienen de intervenciones ilícitas, que se atenta contra la dignidad, la vida e integridad del ser humano, y por lo tanto no solo se trata de problemas éticos sino de la cooperación al mal, en el sentido de la valoración moral del aborto. Se debe extender a las recientes y diferentes formas de intervención sobre los humanos, a pesar de que se tenga un fin legítimo, dichas intervenciones conllevan su destrucción. Mientras en su artículo 35, nos señala que: "Así, por ejemplo, el peligro para la salud de los niños podría autorizar a sus padres a utilizar una vacuna elaborada con líneas celulares de origen ilícito, quedando en pie el deber de expresar su desacuerdo al respecto y de pedir que los sistemas sanitarios pongan a disposición otros tipos de vacunas".

En este mismo sentido tenemos, "Nota sobre la moralidad del uso de algunas vacunas contra la COVID-19"<sup>45</sup>, que toma como base para considerar moralmente lícito el uso de las vacunas contra el COVID-19, es lo referente al grado de cooperación al mal (cooperación material pasiva) por el aborto, por las células que forman parte de la vacuna. Es decir, el deber moral de evitar esa cooperación no es vinculante, cuando exista un peligro grave de propagación de una enfermedad incontenible por cualquier otra vía: "3... debe considerarse que, en este caso, pueden utilizarse todas las vacunas reconocidas como clínicamente seguras y eficaces con conciencia cierta que el recurso a tales vacunas no significa una cooperación formal con el aborto del que se obtuvieron las células con las que las vacunas han sido producidas". Un aspecto interesante que resalta la instrucción es que el uso lícito de las vacunas del COVID-19, no conlleva una aprobación moral del uso de células procedente de fetos abortados, y se insta a las empresas farmacéuticas, como a las instituciones sanitarias del Estado, a que ofrezcan éticamente a la población vacunas aceptables, que "4..."no creen problemas de conciencia, ni al personal sanitario ni a los propios vacunados". Y sobre todo que, la aplicación de las vacunas del COVID-19 debe de ser voluntaria, se basa en el bien común, el deber de proteger la salud. Pero, aquellas personas que rechazan su aplicación por una decisión propia que emana de su propia conciencia, por estar producidas por líneas celulares provenientes de fetos abortados, están obligados a tomar todas las medidas necesarias, incluyendo un comportamiento adecuado, medios profilácticos y demás con el objeto de que no se convierta en "5... vehículos de transmisión del agente infeccioso. En particular, deben evitar cualquier riesgo para la salud de quienes no pueden ser vacunados por razones médicas o de otro tipo y que son los más vulnerables".

#### **4. La vacunación obligatoria contra el COVID-19 en América**

En este apartado analizaremos las principales líneas jurisprudenciales en varios países de América, que han regulado la vacunación obligatoria contra el COVID-19, y las condiciones que han permitido su imposición. Al mismo tiempo, exponer los principales argumentos tanto a favor y en contra, en lo que respecta su implementación como mecanismo de defensa contra la enfermedad. Lo cierto es que algunos autores comparten la opinión que las instituciones, por lo menos democráticas, en el ámbito latinoamericano, pudieron hacerle frente a la pandemia. En este sentido, "en una valoración de conjunto cabría afirmar que no ha habido quiebres institucionales, colapsos de sistemas democráticos o regresiones o retrocesos cualitativos, de signo autoritario, como consecuencia del ejercicio de poderes de emergencia durante el combate contra la pandemia"<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Nota sobre la moralidad del uso de algunas vacunas contra la Covid-19, 21 diciembre 2020, <https://www.osservatoreromano.va/es/news/2020-12/nota-sobre-la-moralidad-del-uso-de-algunas-vacunas-contra-la-cov.html>.

<sup>46</sup> VON BOGDANDY, De A. CASAL, J. M. MORALES ANTONIAZZI, M. La resistencia del Estado democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19 un enfoque desde el *ius commune*, CIDEP (14 enero 2021), Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Caracas, 2021, p. 117.

#### **4.1 Estados Unidos y la vacunación obligatoria**

En el caso de Estados Unidos, las leyes estatales exigen como requisito de vacunación a los niños que tiene edad escolar, en las escuelas (privadas y públicas, incluyendo guarderías) y, de igual manera, se exige para trabajadores sanitarios, (son obligatorias las vacunas contra la influenza, sarampión, paperas, rubéola, Hepatitis B, varicela, tos ferina, enfermedad neumocócica, etc.). En el caso estadounidense, la primera ley que regula el uso de las vacunas la tenemos en "*The Biologics Control Act* de 1902<sup>47</sup>, que constituye la primera ley que regula la fabricación de las vacunas y las condiciones de higiene, control, inspecciones, supervisión de los laboratorios farmacéuticos a nivel federal, esta ley fue producto de numerosas muertes causadas por la contaminación de las vacunas contra la difteria y viruela, contaminadas con tétanos.

En el caso *Jacobson vs. Massachusetts* de 1905, confirmó la autoridad y competencia que tienen los Estados para hacer cumplir las leyes de vacunación obligatoria (incluyendo la revacunación). En este caso en específico Massachusetts, su Junta de Salud es la autoridad médica correspondiente para hacer cumplir con el programa de vacunas obligatorias y gratuitas para todas las personas mayores de 21 años. Estas vacunas obligatorias responden a la necesidad de asegurar la salud pública de la comunidad, de igual manera se contempla que, se puede hacer excepciones a favor de los niños, siempre y cuando se presente un certificado firmado por un médico registrado, en que se señale que no puede ser sujeto de vacunación.

Si alguna persona por alguna razón no justificada se negaba eran castigados con una multa (5 dólares en aquella época). Con el tiempo se dio un brote de viruela y un pastor y su hijo argumentaron que esas vacunas ocasionaron problemas graves de salud cuando les fueron aplicadas en forma obligatoria en su país de origen (Suecia) y se negaron a una nueva aplicación, y se les condenó al pago de la multa. A pesar de que la Junta de Salud y Seguridad Públicas de Massachusetts, estableció que la viruela ha prevalecido en cierta medida en la ciudad y continuaba aumentando, es necesario, para el rápido exterminio de la enfermedad, que todas las personas se vacunen y revacunen. En este caso, la primera denuncia fue presentada ante la Junta de Salud y el solicitante fue procesado ante los tribunales inferiores en Massachusetts (juicio por jurado en donde lo encontraron culpable), declarándose siempre inocente ante las acusaciones, sosteniendo que se atentaba en contra de la 14ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, haciendo especial referencia a que el Estado no puede hacer cumplir ninguna ley que "limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos, ni privará a ninguna persona de la vida, la libertad, o los bienes sin el debido proceso legal, ni negar a ninguna persona dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes".

Este caso llegó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos (en adelante TSE), en donde el solicitante sostenía que dicha multa o encarcelamiento (hasta el día que el culpable pagara la multa) por no vacunarse, era un atentado contra su libertad y que la ley que obliga a vacunarse no solo era opresiva sino también arbitraria e irrazonable. Y, si una persona tenía razones para oponerse a la obligación de vacunarse, la misma no podía aplicarse, en este caso el TSE, determinó que dicha multa no violaba la Decimocuarta Enmienda, en el sentido de que reconoce que es deber del Estado conservar la seguridad de sus miembros. Sin embargo, los derechos de los ciudadanos pueden limitarse cuando existen grandes peligros, siempre bajo una regulación razonable que justifique estas restricciones. Confirmado el veredicto de culpabilidad de los tribunales anteriores, esta sentencia dice que: "si bien este tribunal debe proteger con firmeza todos los derechos relativos a la vida, la libertad o la propiedad garantizados al individuo por la ley suprema de la tierra, es de última importancia que no invada el dominio de la autoridad local, excepto cuando sea claramente necesario hacerlo para hacer cumplir esa ley. La seguridad y la salud de

---

<sup>47</sup> The Biologics Control Act of July 1, 1902.

la gente de Massachusetts son, en primera instancia, para que esa comunidad la proteja y se proteja. Son asuntos que normalmente no conciernen al gobierno nacional”.

La ley National Childhood Vaccine Injury de 1986<sup>48</sup>, estableció una tabla de compensaciones por daños específicos producidos por vacunas y señala los factores que deben tenerse en cuenta para determinar la correspondiente indemnización. Como mecanismo alternativo a un proceso judicial ocasiona que se concluya cualquiera solicitud de indemnización, limitando la cifra de indemnización a un máximo a 250,000 dólares. Otro aspecto importante de la ley, es que establece que “ningún fabricante de vacunas será responsable en una acción civil por los daños derivados de una lesión o muerte relacionada con la vacuna: (1) como resultado de efectos secundarios inevitables; o (2) únicamente debido a que el fabricante no proporcionó advertencias directas. Establece que un fabricante puede ser considerado responsable cuando: (1) dicho fabricante haya participado en la retención fraudulenta o intencional de información; o (2) dicho fabricante no ejerció el debido cuidado”. Por lo tanto, entendemos que la finalidad de esta ley es proteger la responsabilidad financiera de las empresas y farmacéuticas que fabrican vacunas, ante reclamaciones por muertes o lesiones que puedan resultar de las mismas y, al mismo tiempo, garantizar que estas empresas puedan vender sus productos ante posibles represalias de su modelo de negocio y crear una alternativa fuera de la vía judicial tradicional ante estas reclamaciones.

Otro caso importante en materia de vacunas lo tenemos en *Jacobson en Zucht v. King* (1922)<sup>49</sup>, en donde el TSE, declaró constitucional que las autoridades educativas de Texas, podía excluir a los estudiantes no vacunados de asistir a las escuelas públicas y privadas y se estableció que: “3. Las ordenanzas municipales que hacen de la vacunación una condición para la asistencia a escuelas públicas o privadas y otorgan una amplia discreción a las autoridades de salud para determinar cuándo y bajo qué circunstancias se aplicará el requisito son consistentes con la Decimocuarta Enmienda y, en vista de decisiones anteriores, una contención contraria no presenta una cuestión constitucional sustancial”. Por lo tanto, desde aquellos años, se establece que es una competencia que tienen los Estados imponer como requisito de acceso a la educación de los niños estén vacunados para que puedan asistir.

En décadas posteriores tenemos la sentencia *Prince v. Massachusetts*<sup>50</sup>, sobre el alcance y tratamiento que se tiene en la patria potestad con relación a los hijos, en el sentido que el TSE, estableció que el gobierno tiene la autoridad de regular y proteger todos las acciones y tratamientos que se dan entre los padres e hijos, que en dicha relación la patria potestad no es absoluta y puede limitarse en casos en que se atente contra el bienestar e interés superior del menor. Esta sentencia, en que una mujer testigo de Jehová fue condenada por violar las leyes de trabajo infantil, concretamente por llevar a su hija a predicar, distribuir y repartir folletos o libros sobre su religión en las calles a cambio de donaciones voluntarias que no son permitidas para aquellos niños menores de 12 años ni a niñas menores de 18 años, reconociendo que la autoridad del Estado sobre las actividades de los niños es mucho más amplia que en las actividades de los adultos y reconoce el derecho a practicar libremente una religión no conlleva “el derecho a exponer a la comunidad o al niño a enfermedades transmisibles o a este último a la mala salud o a la muerte”. A finales del siglo pasado tenemos el caso *Vernonia School District 47J v. Acton*, sobre las pruebas de drogas a los estudiantes deportistas, que representaban a la escuela en competencias deportivas, la política que implementó la escuela para luchar contra las drogas fue la realización y detección aleatoria de análisis de orina de los estudiantes deportistas. El demandante y sus padres se negaron a firmar su consentimiento para

---

<sup>48</sup> H.R.5546 National Childhood Vaccine Injury Act of 1986.

<sup>49</sup> *Zucht v. King*, 260 U.S. 174 (1922).

<sup>50</sup> *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944).

que se le realizara la prueba de drogas y no se le permitió participar en actividades deportivas. En este caso TSE, determino que la política contra las drogas era válida en la escuela pública, no constituye una violación a la Cuarta Enmienda, por lo que estableció que los estudiantes y menores de edad tienen diferencias con los adultos en lo que respecta al alcance de su derecho a la privacidad, especialmente en materia de salud, incluyendo las vacunas y exámenes de salud y que la prueba de orina, tampoco era una prueba invasiva ni abusiva físicamente

En el caso *Bruesewitz v. Wyeth*<sup>51</sup>, constituye un importante antecedente en materia de responsabilidad en la fabricación de las vacunas. En este caso los padres de una menor de edad interpusieron una solicitud de indemnización, debido al daño ocasionado por la vacuna contra la difteria, tétanos y tos ferina, que produjo una discapacidad en su hija, fabricada por un laboratorio privado. El tribunal correspondiente negó el reclamo, lo que motivó que presentaran una demanda ante un tribunal estatal, sosteniendo el diseño defectuoso y negligente de la vacuna. Sin embargo, el tribunal desestimo los argumentos sosteniendo que la ley de 1988, a pesar de que garantiza que un fabricante de vacunas será responsable por lesión, daño o muerte, siempre y cuando se demuestre que son efectos secundarios inevitables. En ese caso, la vacuna se encontraba debidamente preparada y que sobre todo contaba con las instrucciones y advertencias adecuadas.

Uno de los primeros casos que discutieron sobre la obligación de vacunarse contra el COVID-19, en los Estados Unidos lo tenemos en *Ryan Klaassen, et al. v. Trustees of Indiana University*. En este caso, un grupo de estudiantes de la Universidad de Indiana (8 estudiantes), trataron de impedir que los estudiantes, personal y profesores tuvieran la vacunación completa en contra del COVID-19. Antes de reiniciar las clases, con excepciones por motivos médicos o religiosos, esta obligación iba acompañada del uso obligatorio de mascarilla y la realización de pruebas de COVID-19 (dos veces a la semana). En este caso, el tribunal señaló que la solicitud de vacunación obligatoria iba dirigida a personas adultas, que se reconocían excepciones y los estudiantes de igual manera podían retirarse o cambiar de Universidad, reconociendo que la condición de vacunarse es exclusivamente de la Universidad de Indiana, por lo tanto los estudiantes que no están de acuerdo pueden irse a otra Universidad, la sentencia dice que: "cada universidad puede decidir qué es necesario para mantener seguros a otros estudiantes en un entorno congregado. Los exámenes de salud y las vacunas contra otras enfermedades (sarampión, paperas, rubéola, difteria, tétanos, tos ferina, varicela, meningitis, influenza y más) son requisitos comunes de la educación superior. La vacunación protege no solo a las personas vacunadas sino también a quienes entran en contacto con ellas, y en una universidad el contacto cercano es inevitable".

Este caso guarda estrecha relación con la demanda presentada en Nueva York, por parte de maestros, asistentes y empleados de las escuelas públicas que se negaron a la obligación de estar vacunados contra el COVID-19 para regresar a sus puestos de trabajo, si se negaban eran catalogados como empleados sin sueldo. Este caso conocido como *Maniscalco v. N.Y.C. Dep't of Educ*<sup>52</sup>, sostenía que los demandantes que se les negaba al derecho a ejercer su profesión y a perder no solo sus trabajos, sino sus derechos derivados de la antigüedad, sin embargo, se denegaron sus alegatos, sobre todo teniendo en cuenta que, en Nueva York, si se tienen excepciones para aquellas personas que no pueden vacunarse.

Con relación a la vacuna de COVID-19, en el caso *Doe v. Mills*<sup>53</sup> con fecha del 7 de julio de 2022, que desafió la obligación de vacunación de Maine para los trabajadores y sanitarios de los servicios de la salud por motivos de exención religiosa. En este caso se estableció que no quedaba acreditada una amenaza de daño irreparable, por lo tanto, se negó la solicitud, de poder oponerse, siendo personal médico a la vacunación obligatoria por motivos religiosos, pero se reconoció

---

<sup>52</sup> *Maniscalco v. N.Y.C. Dep't of Educ.*, No. 21-2343 (2d Cir. Oct. 15, 2021).

<sup>53</sup> *Doe v. Mills*, No. 22-1435 (1st Cir. 2022).

que podían mantenerse los demandantes como anónimos durante todo el proceso. Un aspecto interesante es que, la vacuna contra el COVID-19 fue ordenada de forma obligatoria por los jueces en los casos de libertad condicional. Aunque se reconoce que los jueces tienen un grado de discrecionalidad para establecer las reglas de dicha vacunación obligatoria, algunos jueces exigen que se vacunen como requisito para obtener una libertad condicional. Por ejemplo, jueces de Ohio, por lo menos dentro de los 60 días si quiere optar por la libertad condicional y la constancia de vacunación debe ser mostrada en la oficina de libertad condicional correspondiente. Si la persona no está vacuna puede ordenarse su ingreso nuevamente al centro carcelario, estas decisiones no han estado alejadas de la controversia en el sentido que se le ordena alguien que haga algo que tiene que ver exclusivamente con su autonomía corporal y que esa discrecionalidad que tienen los jueces de ordenar o no una libertad condicional no es una discrecionalidad ilimitada, todo lo contrario, aunque ninguno de las personas sujetas a libertad condicional, hasta ese momento, objetaron por motivos religiosos o médicos la obligación de tener al día la vacuna. Otros Estados han puesto en práctica la obligación de la vacuna para privados de libertad o para aquellas personas puedan optar una libertad condicional o vigilada, entre estos Georgia, Massachusetts, pero sigue sin ser una práctica generalizada para todo el país<sup>54</sup>. Con relación a las vacunas para los trabajadores sanitarios públicos, ésta es obligatoria con excepción de los que no puedan vacunarse por motivos religiosos o médicos, con fecha de vacunación antes del pasado 4 de enero de 2022<sup>55</sup>.

Sin embargo, la vacunación obligatoria para aquellas empresas que tienen más de 1,000 trabajadores (Orden Ejecutiva 14042)<sup>56</sup> y que trabajan con el gobierno federal de los Estados Unidos, deberían de vacunarse, pero se emitió una orden judicial preliminar que bloquea su implementación por el Tribunal de Distrito Sur de Georgia para todos los Estados Unidos, en esta sentencia Georgia v. Biden<sup>57</sup>. En este caso fueron varios demandantes (Georgia, Alabama, Kansas, Carolina del Sur, Utah y Virginia Occidental), sus gobernadores y agencias estatales. Solicitaron que el Decreto 14042, que exige que los contratistas y subcontratistas que realicen trabajos en determinados contratos federales tengan la vacunación completa contra el COVID-19, con el fin de disminuir la ausencia de los trabajadores, reducir los costos laborales y mejorar la eficiencia. En este caso, se concedió en parte el recurso presentado, en el sentido que quedo reconocido que, el Presidente excedió su autoridad al ordenar esta vacunación y sobre todo que los requisitos y el proceso de vacunación, en aquellos momentos se realizaba lentamente, que podría ocasionar un daño irreparable e incluso irrecuperable en el cumplimiento de dichos contrato. Por lo tanto, dicha orden judicial pone en peligro la viabilidad financiera de los contratos. Este caso guarda relación estrecha con la sentencia de Kentucky v. Biden<sup>58</sup> en donde se alegó que muchos trabajadores preferían renunciar que cumplir con el mandando de vacunación obligatoria para los contratistas y evitar ser identificados como personas no vacunadas y se perderían muchos contratos federales, sobre todo en materias como seguridad pública con el Departamento de Seguridad Nacional (aguaciles). Mientras que los Estados pueden perder millones de dólares en contratos entre el gobierno federal y las agencias estatales, incluyendo a las universidades, se trata de una intromisión federal a la soberanía estatal y catalogó esta intromisión como arbitraria y caprichosa. En este caso el TSE, reconoció que los Estados, tienen intereses que son soberanos y cuasi-soberanos, que pueden válidamente ejercer ante los Estados Unidos cuando una determinada regulación federal pretende aplicarse en

<sup>54</sup> Puede ser consultado en: <https://nypost.com/2021/08/09/judge-orders-covid-vaccine-as-condition-of-mans-probation/>. Visto el día 28 de julio de 2022.

<sup>55</sup> COVID-19 Health Care Personnel Vaccination General Rule. <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/executive-order-14042-ensuring-adequate-covid-safety-protocols-for-federal-contractors>. Visto el día 1 de octubre de 2022.

<sup>56</sup> Executive Order 14042—Ensuring Adequate COVID Safety Protocols for Federal Contractors.

<sup>57</sup> Georgia v. Biden, S.D. Ga., No. 21-cv-00163.

<sup>58</sup> Kentucky v. Biden, 23 F.4th 585.

vez de la ley Estatal, para inmiscuirse en aéreas que son de control estatal (como son la seguridad de los ciudadanos y la supervisión de la salud), nos dice la sentencia: "Primero, han demostrado que cada uno de los Estados sigue su propia política de vacunación contraria, y que el mandato del contratista amenaza con anular esas políticas". Quedó dicha la sentencia que el gobierno federal no realizó una demostración fuerte para justificar la obligación de las vacunas, y que el presidente no tiene autoridad para ordenar la imposición de la vacunación a los contratistas, en este sentido, la sentencia nos menciona que: "Es probable que los Estados tengan un interés cuasi soberano en defender sus economías de las supuestas ramificaciones negativas del mandato del contratista. Y, debido a que el mandato del contratista implica estos intereses soberanos y cuasi-soberanos, es probable que los Estados tengan capacidad para impugnarlo".

Los trabajadores de los servicios médicos (médicos, enfermeras, auxiliares, etc.) en New York, solicitaron en varias ocasiones, que se eliminara el requisito de vacuna contra el COVID-19, sobre la base en que ese Estado, solamente regula la excepción por motivos de salud, y no ofrece una exención por motivos religiosos. El tribunal rechazó la excepción religiosa a la orden de vacunación obligatoria de Nueva York para trabajadores de la salud. En este caso *Dr. A v. Hochul*<sup>59</sup>, los argumentos de los demandantes tienen como base que las vacunas disponibles en aquellos momentos en los Estados Unidos fueron hechas por la utilización de células fetales, por lo que obligaba a los trabajadores de la salud a renunciar a sus puestos de trabajo por su fe, perder los recursos económicos y sin beneficios sociales del desempleo. Uno de los aspectos que hacen énfasis los demandantes, son las declaraciones de médicos católicos que han seguido atendiendo que han seguido atendiendo pacientes y partos, sin aceptar ponerse la vacuna. De igual manera hace énfasis que no son solicitantes antivacunas en general, en el sentido que no se oponen a todas las vacunas, sino en concreto las vacunas disponibles del COVID-19, que han sido creadas haciendo uso de líneas de células fetales derivadas del aborto y que no se puede cuestionar su sinceridad de sus creencias religiosas. En la sentencia se deja en claro que la finalidad del Estado es el interés apremiante de lograr la inmunidad colectiva contra ciertas enfermedades, en el voto disidente de la sentencia nos dice que: "nuestra Nación no enfrente una guerra mundial sino una pandemia. Sin embargo, al igual que las guerras, la pandemia a menudo producen nuevas reglas sociales exigente destinadas a proteger los intereses colectivos, y esas reglas pueden generar miedo e ira contra las personas". El caso regresó a los tribunales inferiores, y fue denegado el 30 de junio de este año. Se hizo énfasis en el caso de Maine (que ya comentamos) en donde lo niega por las mismas razones.

#### **4.2 El caso canadiense ante la vacunación**

En Canadá, tenemos la Ley de Consentimiento de Atención Médica de 1996<sup>60</sup>, que en su artículo 10, deja en claro que ningún tratamiento médico puede ser impuesto sin el consentimiento del paciente y que la persona tiene la capacidad tanto física como mental de recibir dicho tratamiento, mientras que los requisitos para que ese consentimiento sea válido los tenemos en su artículo 11, que establece que el consentimiento debe estar relacionado con el tratamiento, ser informado, darse voluntariamente, no debe obtenerse mediante fraude, se le informar al paciente antes del consentimiento respecto al tratamiento que va a recibir, responder a sus preguntas, haciendo énfasis en la naturaleza, beneficios, efectos secundarios, alternativas y consecuencias de no recibirlo. El consentimiento debe de ser expreso o implícito, que se aplica a las vacunas. Con relación a la vacuna del COVID-19, se promulgó en Ontario, una ley especial por enfermedades infecciosas<sup>61</sup> durante el

---

<sup>59</sup> *Dr. A v. Hochul*, 21A145 (U.S. Dec. 13, 2021).

<sup>60</sup> Health Care Consent Act, 1996, SO 1996, c 2, Sch A.

<sup>61</sup> O. Reg. 228/20: infectious disease emergency leave under Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41.

“período COVID-19”, y estableció que a efectos de enfermedades infecciosas, será el por un nuevo coronavirus, incluido el síndrome respiratorio agudo severo (SARS), el síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS) y el coronavirus (COVID-19). Se estableció una disminución de horas de trabajo temporalmente o salarios reducidos por razones relacionadas con la enfermedad infecciosa designada durante el período COVID-19. La ley COVID-19 Emergency Response Act<sup>62</sup>, definió el coronavirus como un evento de salud pública de preocupación nacional, que tiene elementos que constituyen un riesgo para la salud pública y requería una respuesta nacional o internacional coordinada para prevenir o controlar su propagación o protegerse de ella.

De igual manera en la ley Immunization of School Pupils Act<sup>63</sup> en Ontario, estableció que todos los niños y adolescentes menos de 18 años, estaban obligados a recibir las vacunas para poder asistir a las escuelas y centros educativos, tanto públicos como privados, a menos que se cuente con exención válida médica, religiosa o de conciencia, para las siguientes enfermedades: Sarampión, Tétanos, Difteria, Varicela, etc. Sin embargo, en el caso de la vacuna contra el COVID-19 no fue catalogada como obligatoria, para asistir a la escuela<sup>64</sup>. Si un padre se niega a cumplir con las vacunas obligatorias, puede ser culpable de un delito y en el caso de resultar culpable debe de pagar una multa de 1.000 dólares. En el caso de Quebec a través de la ley Bill 105<sup>65</sup>, se prohíben las protestas contra las vacunas cerca de los hospitales, clínicas, centros educativos incluyendo las guarderías y los centros de educación para adultos, las protestas deben ser, por lo menos, a 50 metros del recinto en donde se vacuna o se brindan servicios de detección del virus, y las multas pueden ir de \$ 1,000 a \$ 6,000; si se amenaza o intimida a una persona que trata de llegar o dejar el lugar en donde se vacuna, pueden imponer una multa de \$2,000 a \$12,000 y, de igual manera, se trató de aplicar un proyecto de ley que impusiera mayores impuestos a las personas que no querían vacunarse<sup>66</sup>.

En el caso Paragon Protection Ltd. and UFCW<sup>67</sup>, hablamos de miles de guardias de seguridad que fueron contratados para realizar labores de vigilancia en distintos lugares, para distintas empresas, de estas empresas la mayoría de ellas requerían que los guardias de seguridad estuvieran con su vacunación completa contra el COVID-19. Esto motivó que la compañía exigiera a todos sus empleados que tenían que vacunarse para seguir realizando sus trabajos, en conjunto con una declaración escrita sobre el estado de su vacunación. Esto motivo que el sindicato se opusiera a estas medidas, entre varios argumentos alegaron que era una medida realizada de forma unilateral por parte de la empresa, sin el consentimiento del sindicato. Y, esta medida tenía que ser notificada y podía ser incompatible con el convenio colectivo de los trabajadores, en donde se establece que un empleado asignado a una empresa que exija la vacunación aceptará dicha vacunación cuando así lo exija la ley o de lo contrario el trabajador sería reasignado. Este caso se decidió por arbitraje y se determinó que la vacunación obligatoria por parte de la empresa cumplía con lo que establece la ley, en lo que respecta a la vacunación obligatoria será válida siempre que se establezcan protecciones para las personas que no pueden vacunarse por razones médicas. Y se reconoce que aplicarse una vacuna es una decisión personal, es una obligación de la compañía proporcionar un lugar de trabajo seguro para su

---

<sup>62</sup> COVID-19 Emergency Response Act, SC 2020, c 5.

<sup>63</sup> Immunization of School Pupils Act, R.S.O. 1990, c. I.1.

<sup>64</sup> Puede ser consultado en: <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/covid-19-ontario-october-28-1.6228325>. Visto el día 1 de marzo de 2022.

<sup>65</sup> Bill 105 (2021, chapter 26) An Act to establish a perimeter around certain places in order to regulate demonstrations in relation to the COVID-19 pandemic.

<sup>66</sup> Puede ser consultado en: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-59960689>. Visto el día 5 de febrero de 2022.

<sup>67</sup> United Food And Commercial Workers Union, Canada Local 333 and Paragon Protection Ltd., Local 333.

personal. El Árbitro concluyó que la política de vacunación nacional no infringía el convenio colectivo y desestimó la reclamación.

Este caso, es bastante parecido *Electrical Safety Authority v. Power Workers' Union*<sup>68</sup>, antes de la crisis sanitaria producto del COVID-19, la mayoría de las empresas tenían como política que las vacunas fueran voluntarias, pero con la llegada del virus tenían que someterse, por lo menos, dos veces a la semana a pruebas de COVID-19 para los empleados que realizan labores de campo. Mientras que, los empleados que realizaban labores de oficina, por lo menos debían realizarse pruebas de detección de COVID-19 48 horas antes de presentarse a alguna reunión u oficina de la empresa. Esta decisión se dio antes de que existiera alguna política por parte de la empresa en que todos sus empleados tenían que estar vacunados.

Contrario a la decisión favorable del caso pasado, la decisión fue desfavorable para la empresa, aunque se dio de igual manera por arbitraje y se determinó que los empleados que trabajan desde casa no constituyen un riesgo significativo de transmisión de virus a sus compañeros de trabajo, incluso si no estaban vacunados. Y que los empleados no serán sancionados ni despedidos por no haberse vacunado, por lo que, la empresa puede dar la opción de realizar las pruebas de COVID-19 a aquellos trabajadores que no han sido vacunados. De igual manera se reconoce que si en un futuro, la seguridad y operaciones de la empresa se vieran comprometidas, ocasionando que dichos problemas no puedan ser resueltos por pruebas de COVID-19 y vacunas, la empresa es libre de otorgar una licencia administrativa sin goce de sueldo si no están completamente vacunados sus trabajadores, la decisión de este caso nos dice que: "la tensión en nuestro sistema de salud ha sido inmensa y nuestro sistema de atención a largo plazo ha sufrido mucho, exponiendo fallas en estos sistemas que deben abordarse. Sin embargo, corresponde a los gobiernos elegidos democráticamente abordar los problemas generales de salud pública, no los empleadores. En este punto no hay mandato del gobierno de que todos los empleados de la ESA deben vacunarse".

#### **4.3 México y la vacunación contra el COVID-19**

En México, la Ley General de Salud Pública, en su artículo 61.3, establece que es prioridad la protección materno infantil incluyendo las diferentes etapas del embarazo y post-parto, esto incluye: "acciones para controlar las enfermedades prevenibles por vacunación", mientras que en su artículo 139 del mismo cuerpo legal, establece que las vacunas, pueden ser utilizadas cuando se requiera para la prevención y control de enfermedades, mientras que el artículo 144, establece que las vacunas pueden ser obligatorias: "la vacunación contra enfermedades transmisibles, prevenibles por ese medio de inmunización, que estime necesaria la Secretaría de Salud, será obligatoria en los términos que fije dicha dependencia y de acuerdo con lo previsto en la presente Ley". Lo que abre la posibilidad que la vacuna contra el COVID-19, pudiera ser obligatoria, pero en el caso mexicano el gobierno descartó esta imposición para luchar contra el virus, sosteniendo que la vacunación debe de ser voluntaria. De igual manera se reconoce que (artículo 157 Bis 1), que toda persona residente en el territorio nacional tiene el derecho a recibir la vacuna de manera gratuita y universal por parte de las autoridades estatales, independientemente del régimen de seguridad o protección sociales que la persona tenga y le corresponde a la Secretaría de Salud (artículo 157 Bis 4), realizar todos los procedimientos y establecer los criterios, "para lograr el control, la eliminación o la erradicación de enfermedades prevenibles por vacunación". De igual manera el ordenamiento mexicano puede considerar la vacunación, aislamiento y la cuarentena, en conjunto con la observación personal como medidas de seguridad sanitaria (artículo 404), cuando lo estime necesario los caso (artículo 408), que se declare epidemia grave o peligro de dicha enfermedad pueda llegar al territorio mexicano.

---

<sup>68</sup> *Electrical Safety Authority v Power Workers Union* (Stout) 2021 (ON LA) ("ESA v PWU") GRIEVANCE: ESA-P-24 RE: COVID-19 Vaccination Policy.



Ante el riesgo de emergencia, aparición de nuevas enfermedades, un desastre natural, o alguna enfermedad que se consideraba controlada o eliminada, o cuando algún convenio internacional así lo exija, pueden las autoridades competentes ordenar la vacunación de personas como una medida de seguridad y esta vacunación será obligatoria para todas las personas en el territorio mexicano. De igual manera se cuenta con la NOM-036-SSA2-2002, que regula la aplicación de las vacunas y las instituciones, tanto el sector público y privado que pueden aplicarlas a la población en general. Así como las organizaciones encargadas de la información, se establece que (artículo 5.1.3) las vacunas pueden aplicadas únicamente por personal capacitado, y los beneficiarios se les debe de entregar un comprobante específico o cartilla correspondiente, con los datos de los responsables de su aplicación.

En el caso mexicano la vacunación contra el COVID-19, se ha dado de forma voluntaria para todas aquellas personas mayores de 18 años que acudan a los centros certificados, a través de un "Plan Nacional de Vacunación" a nivel nacional.

#### **4.4 Costa Rica y la obligatoriedad de la vacunación contra el Covid-19**

Uno de los primeros países centroamericanos que estableció la vacuna obligatoria del COVID-19, es el caso de Costa Rica, en un principio para todos los funcionarios del Ministerio de Salud, Cruz Roja y la Caja Costarricense de Seguro Social. Además, señalo la posibilidad que las empresas privadas puedan exigir a sus trabajadores el ciclo completo de vacunación, dentro de sus disposiciones internas, esto fue establecido por la Comisión Nacional de Vacunación y Epidemiología que aprobó la obligatoriedad de la vacuna contra COVID-19.

Costa Rica tiene una de las primeras sentencias que se han dado a nivel latinoamericano sobre la obligación de vacunarse y si se vulnera el principio de autonomía de la voluntad, en la Sentencia No. 11648, que consideró que: "no considera esta Sala que lleven razón los consultantes, al decir que al establecerse la obligatoriedad de las vacunas sea lesivo del derecho de autonomía de la voluntad. La salud como medio y como fin para la realización personal y social del hombre constituye un derecho humano y social cuyo reconocimiento está fuera de discusión. Es uno de los derechos del hombre que emana de su dignidad como ser humano. De este derecho surge tanto para el individuo y la comunidad organizada, como para el propio estado, una responsabilidad respecto a la salud. En instrumentos internacionales y en declaraciones constitucionales de derechos sociales se incluye el derecho a la salud, a cuyo reconocimiento debe aunarse la imposición del deber de cuidar la salud propia y la ajena". Y con relación al derecho a la intimidad, en materia de vacunación estableció que "el derecho a la intimidad que consagra el artículo 24 constitucional, no es absoluto e ilimitado; debe entenderse que el interés colectivo exige que ese derecho no afecte la salud de la población, lo que determina una verdadera limitación a ese derecho, en aras de valores superiores y generales que también son de origen constitucional".

El Código Civil Costarricense, en su artículo 46 deja claro que toda persona puede negarse a ser sometida a cualquier examen o tratamiento médico, con excepción de las vacunas obligatorias. Sin embargo, fue a través del Decreto Ejecutivo 43249-S que se estableció la vacunación obligatoria para todos los trabajadores públicos y dispone que las empresas pueden exigirles a sus empleados, siendo responsabilidad para el empleado de las medidas correspondientes, según lo que establece la ley en el caso de los trabajadores que no quieran vacunarse contra el COVID-19. El decreto señala que las autoridades son las encargadas de tomar las medidas preventivas necesarias, con el fin de evitar daños graves o irreparables a la salud pública, ya que esta enfermedad ha provocado la suma más elevada de fallecimientos en el país. Se reformó el reglamento a la Ley Nacional de Vacunación, que en su artículo 2, quedó establecido la vacunación obligatoria contra el COVID-19, para el sector público y privado: "con excepción de aquellos funcionarios que, por

contraindicación médica debidamente declarada, no les sea posible recibir la vacuna contra el COVID-19” por la situación de alerta sanitaria declarada.

Esto motivó que la vacuna contra el COVID-19 formara parte del esquema oficial de vacunación, como vacuna obligatoria y, en el caso de los menores de edad, en un principio podía ser recibida por los adolescentes mayores de 15 años, sin necesidad de ser acompañados por un adulto, pero queda a valoración de la institución correspondiente la valorar cada caso en particular. Sin embargo, este decreto fue derogado por el Decreto No. 43543-S, en el sentido que no se obligara a los empleados públicos a vacunarse contra el COVID-19. Su artículo 1 establece que, tanto en las instituciones públicas como privadas, no se puede despedir a ninguna persona que no cuente con la vacuna, sin embargo, la vacuna sigue apareciendo en el plan de vacunación de Costa Rica como parte de las vacunas obligatorias.

#### **4.5 Panamá ante la obligatoriedad de la vacuna contra el COVID-19**

La Ley No. 68 del 20 de noviembre de 2003 regula los derechos y obligaciones de los pacientes en materia de información y decisión libre e informada en Panamá, deja claro que los usuarios de los servicios de salud públicos y privados, tienen derecho a recibir la información, pero “se respetará la voluntad de una persona de no ser informada” la información debe darse por escrito y (artículo 16), cualquiera intervención de la salud, requiere que las personas afectadas hayan dado su consentimiento libre.

En una nota No 3001-DMS-OAL fechada el 7 de diciembre de 2020 por parte del Ministerio de Salud, con el título: “La necesidad de un instrumento jurídico para respaldar la obligatoriedad de vacunación contra la COVID-19 adicional a la Ley No 48 de 5 de diciembre de 2007”. En este caso la consulta dirigida a la Procuraduría de la Administración<sup>69</sup> tomaba en consideración que si la salud de la población está en riesgo se podría: “ordenar las acciones de inmunización extraordinarias que sean necesarios, las cuales serán obligatorias para todos los residentes en la República”, sin que fuera necesario algún instrumento jurídico adicional, que estableciera la vacunación obligatoria. Entre las conclusiones que realiza la Procuraduría panameña, reconoce es obligatorio el consentimiento previo, libre e informado de las personas, para realizarse o aplicarse cualquiera intervención médica, preventiva, terapéutica y diagnóstica, incluyendo toda la información que esto conlleva y la persona es libre de retirar su consentimiento, que las vacunas es un derecho que tienen las personas para su protección contra las enfermedades y en el caso concreto del COVID-19, si el Ministerio de Salud, considera que existe un riesgo a la salud pública, puede: “ordenar las acciones de inmunización extraordinarias que sean necesarias, las cuales serán obligatorias para todos los residentes en la República. Sin embargo, las acciones que tomen el Ministerio o el Ministro de Salud con respecto a los procesos de inmunización o vacunación, deben realizarse con absoluto respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, especialmente el derecho a la vida y la integridad personal; y, deben ser proporcionales y congruentes con los riesgos para la salud pública”.

#### **4.6 El caso colombiano y la vacuna contra el COVID-19**

En Colombia se presentó un proyecto de ley que establecía que la vacunación contra el COVID-19 sería obligatoria para todos los colombianos o extranjeros mayores de 16 años, que residieran dentro del territorio. Y, hasta que la OMS declarara superada la pandemia del COVID-19 presentar el carné de vacunación, como mecanismo de acreditación de cumplimiento de la obligación de vacunarse. Sin embargo, establece que cuando exista una excusa médica para casos particulares en

---

<sup>69</sup> C-224-21. República de Panamá. Procuraduría de la Administración. Ref: La necesidad de un instrumento jurídico para respaldar la obligatoriedad de vacunación contra la COVID-19 adicional a la Ley No 48 de 5 de diciembre de 2007.

que no puedan vacunarse, las personas serán eximidas de su cumplimiento y se deja a decisión del gobierno determinar las directrices en que se vacunaran a los menores de edad. Este proyecto de ley tiene como fin que el interés general debe prevalecer sobre el interés personal, sin embargo, aún no ha sido discutido. González Álvarez, Escobar-Ospino, Wilches-Visbal, sostienen que, en el caso colombiano ante una vacunación obligatoria, en el caso de personas adultas pueden tomar la decisión de ser vacunados o no, mientras que, los menores de edad y personas con necesidades especiales, pueden recibir las vacunas siempre y cuando tengan el visto bueno previamente de sus tutores o padres. Sin embargo, en los casos que las personas responsables se niegan a vacunar a sus hijos, es necesario asumir las consecuencias legales ante las autoridades correspondientes. Los autores mencionados sostienen que, en el caso del COVID-19, el Estado debe promover la vacunación a través de acciones positivas y no punitivas, con el fin de evitar cualquier discriminación en el caso de los menores de edad, como, invitar a la vacunación con campañas y modelos de imitación social, instalaciones o puestos de vacunación y a través del convencimiento, dando información clara y oportuna a los padres y a los menores de edad, tanto en instituciones públicas y privadas<sup>70</sup>.

Sin embargo, fue la Ley 2064 de 2020 que estableció como estrategia de interés nacional la inmunización de la población colombiana a través de la vacuna contra el COVID-19. En su artículo 5 establece la responsabilidad de que los fabricantes de vacunas contra el COVID-19, suministrada por el Estado, sólo podrán ser responsable "por acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, o por el incumplimiento de sus obligaciones de buenas prácticas de manufactura o de cualquier otra obligación que le haya sido impuesta en el proceso de aprobación". Lo interesante de esta ley es que deja en claro que en materia de vacunas contra el COVID-19, mientras se mantenga un régimen de emergencia, pasado este período deben aplicarse solo las reglas de responsabilidad ordinarias. De igual manera el artículo 7 establece que el Gobierno Nacional, puede contratar una póliza con cobertura global que le permita cubrir las posibles condenadas que puedan darse por reacciones adversas a las vacunas contra el COVID-19, que fueron aplicadas por el Estado Colombiano. Esto no exime a los fabricantes de las vacunas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual por "acciones u omisiones dolosas o gravemente culposas, o por el incumplimiento de sus obligaciones de buenas prácticas de manufactura o de cualquier otra obligación que le haya sido impuesta en el proceso de aprobación". Se establece la gratuidad de las vacunas (artículo 9) a los beneficiarios y deja claros (artículo 11) los procesos de inmunización contra la COVID-19, con la finalidad de tener confianza y diálogo en torno a la vacunación, se debe realizar por parte del Estado.

En Colombia, Camargo Rubio sostiene que desde el principio de la pandemia del COVID-19, no había la información pertinente ni suficiente para tomar decisiones y circuló información falsa e incorrecta sobre la enfermedad, especialmente sobre el origen del virus y el tratamiento, esta desinformación o información falsa Camargo Rubio la define como, "infodemia", por la rapidez de su propagación, no solo entre las personas, sino también en los medios comunicación. Estas desinformaciones no solo ponen en riesgo a las personas, sino también crea incertidumbre e inseguridad sobre la eficacia de las vacunas. Camargo Rubio, sostiene que a pesar de que el derecho de acceso a la información en Colombia está protegido y reconocido, también es una realidad que el exceso de información transmitido por diversos medios no solo

---

<sup>70</sup> Cfr. GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, W. R. ESCOBAR-OSPINO, D. L. WILCHES-VISBAL, J. H, "Consideraciones éticas y legales sobre la vacunación obligatoria contra la COVID-19 en niños durante el retorno a clases", *Duazary*, Vol. 19, No. 1, 2022, pp. 1 – 3.

tiene consecuencias en el estado de ánimo de las personas, sino también afecta la esperanza de una pronta solución de la enfermedad<sup>71</sup>.

#### **4.7 Brasil y la vacunación contra el COVID-19**

En Brasil, el Pleno del Tribunal Supremo (en adelante TSB), declaró constitucional la vacunación obligatoria contra el COVID, incluyendo la imposición de sanciones por las autoridades y permitió que los municipios sean los encargados de realizar la campaña pública en contra del virus, cumpliendo con lo establecido en la Ley 13.979/2020<sup>72</sup>, que en su artículo 3, deja en claro que debido a la emergencia de salud pública, las autoridades correspondientes pueden obligar no solo a la vacunación y otras medidas profilácticas, sino también a otros tratamientos médicos. Sin embargo, reconoce el derecho que tienen todas las personas afectas de ser informadas sobre su estado de salud, en lo que respecta a recibir estos tratamientos y vacunas de forma gratuita. En este caso el TSB, resolvió en una sola sentencia<sup>73</sup> de las Acciones de Inconstitucionalidad 6586 y 6587 y el Recurso Extraordinario 1267879, en el que se establece el derecho a negarse a la inmunización por convicciones filosóficas o religiosas.

La sentencia brasileña hace énfasis en que la obligatoriedad de la vacunación necesita del consentimiento de la persona, "ni siquiera es posible que los agentes estatales puedan inocular agentes inmunizantes por la fuerza o amenazar a cualquier persona, ni violar los domicilios de los brasileños, siendo absolutamente cualquier temor en este sentido es infundado. por compulsión se entiende que, dados los fines que se persiguen, en beneficio de todos, desde una alta tasa de vacunación hasta la inmunización población, el Estado puede adoptar medidas razonables y proporcionales para alentar u obligar a la inmunización, y dificultar la inercia, como restringir el acceso a ciertos lugares, impedimento para la realización de determinadas actividades, la suspensión de beneficios conferidos por el Estado, la prohibición de conductas que poner en peligro a otras personas o la imposición de sanciones pecuniarias".

Dentro de las sanciones que pueden aplicarse a las personas que se niegan a vacunarse, el impedimento a la libre circulación, no se puede asistir a determinados lugares, multas, no se puede matricular a los niños en la escuela. Sin embargo, no se puede hacer uso de la fuerza a ninguna persona para que se vacune. La sentencia señala que la libertad no debe de ser entendida como soberanía absoluta del ser humano contra todo, individualista, sino que defiende el respeto a la vida, a la salud de las demás personas, es necesario establecer límites.

#### **4.8 La vacunación obligatoria en Chile**

En Chile, su Código Sanitario, en su artículo 32, deja claro que su Servicio Nacional de Salud, es la única institución que tendrá a su cargo la vacunación de los habitantes contra las enfermedades transmisibles y es, "El Presidente de la República, a propuesta del Director de Salud, podrá declarar obligatoria la vacunación de la población contra las enfermedades transmisibles para los cuales existan procedimientos eficaces de inmunización"<sup>74</sup>. De igual manera, puede declarar obligatoria la vacunación y el Servicio Nacional puede establecer medidas necesarias,

---

<sup>71</sup> Cfr. CAMARGO RUBIO, R. D. "Bioética Social, Deberes del Estado Derecho y deberes civiles en la vacunación COVID-19", *Revista Latinoamericana de Bioética*, Editorial Neogranadina, Volumen 22, No. 1, Colombia, 2022, p. 76.

<sup>72</sup> Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Visto el 1 de enero de 2021, puede ser consultada en: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Leis%20e%20decretos%20%20legisla%C3%A7%C3%A3o/LEI\\_N%C2%BA\\_13.979\\_DE\\_6\\_DE\\_FEVEREIRO\\_DE\\_2020.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/Leis%20e%20decretos%20%20legisla%C3%A7%C3%A3o/LEI_N%C2%BA_13.979_DE_6_DE_FEVEREIRO_DE_2020.pdf).

<sup>73</sup> Puede ser consultada en: [downloadPeca.asp](https://downloadpeca.stf.jus.br) (stf.jus.br). Visto el día 15 de febrero 2021.

<sup>74</sup> Código Sanitario D.F.L. Nº 725/67. Publicado en el Diario Oficial de 31.01.68.

siempre en interés de la salud pública, para que las autoridades controlen el cumplimiento de la obligación de vacunarse contra las enfermedades transmisibles. Sin embargo, reconoce la vacunación es obligatoria, incluyendo la revacunación (artículo 33), pueden existir excepciones establecidas por el Servicio Nacional de Salud, siempre y cuando las personas que así lo soliciten cuenten con un certificado médico que lo justifique.

## 5. La vacunación obligatoria en la Unión Europea

A nivel europeo, el Consejo de Europa y del Parlamento Europeo, tenemos el Reglamento (UE) 2020/1043<sup>75</sup>, que reconoció la necesidad de fabricar las vacunas contra el COVID. Una vez que estuviera lista se estableció que no era necesario realizar, previamente, una evaluación del riesgo medioambiental y en su artículo 12 dejó en claro que “algunas de las vacunas que se están desarrollando actualmente están basadas en virus atenuados o en vectores vivos que pueden entrar en la definición de un OMG”.

En otro Reglamento (UE) 2022/123<sup>76</sup> expone la preocupación por el desabastecimiento de medicamentos (que incluye las vacunas) durante la pandemia: “caso específico de la pandemia de COVID-19, la escasez de tratamientos para la enfermedad se debió a diversas causas, que van desde dificultades de producción en terceros países hasta dificultades logísticas o de producción dentro de la Unión, donde la escasez de vacunas se debió a una capacidad de fabricación inadecuada”. Una respuesta para que no vuelva a suceder fue la creación del Grupo de Trabajo sobre Emergencias (artículo 28) que tiene como finalidad una evaluación permanente y oportuna de los nuevos medicamentos y de los datos emergentes (incluidas las vacunas), especialmente durante las emergencias de salud pública, ofreciendo asesoramiento sobre los protocolos de ensayo clínico eficaces.

Mientras que, con la Resolución 2337 (2020)<sup>77</sup> dejó claro que cuando se declara un estado de emergencia, ocasiona un efecto perjudicial al sistema de frenos y contrapesos del Estado de Derecho, advirtiendo que esta situación puede constituir un riesgo de abuso de poder por los gobiernos y limitar y restringir los derechos humanos y silenciar a la oposición. Por lo tanto, cuando se declara un estado de emergencia como respuesta a la pandemia, debe tener una duración limitada, no exceder la duración de la situación de emergencia que dio su origen, en su artículo 16.8 establece que se debe garantizar que las vacunas sean accesibles y asequibles para todos, empezando con la aplicación en las personas con mayor riesgo, y, por último, establece que es necesario adoptar un enfoque europeo, de modo que cada uno de los 830 millones de ciudadanos europeos puedan beneficiarse de la vacuna.

En su Resolución 2361 (2021)<sup>78</sup>, en su artículo 7.3.1, garantiza que se le informe a los ciudadanos que la vacunación contra el COVID no es obligatoria y que ninguna persona puede ser sometida a presiones sociales, políticas o cualquier otra para vacunarse, nadie puede ser discriminado (artículo 7.3.2) por no haber sido vacunado (sin importar la razón). De igual manera, se deben tomar medidas eficaces con la desinformación con respecto a las vacunas contra la COVID-19. Con relación a la vacunación contra el COVID-19 para los niños, la misma resolución en su artículo 7.4.1 hace énfasis en que se tiene que “garantizar un equilibrio entre el rápido

---

<sup>75</sup> Reglamento (UE) 2020/1043 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2020 relativo a la realización de ensayos clínicos y al suministro de medicamentos para uso humano que contengan organismos modificados genéticamente o estén compuestos por estos organismos, destinados a tratar o prevenir la enfermedad coronavírica (COVID-19).

<sup>76</sup> Reglamento (UE) 2022/123 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 2022 relativo al papel reforzado de la Agencia Europea de Medicamentos en la preparación y gestión de crisis con respecto a los medicamentos y los productos sanitarios.

<sup>77</sup> Resolution 2337 (2020). Democracies facing the Covid-19 pandemic.

<sup>78</sup> Covid-19 vaccines: ethical, legal and practical considerations Resolution 2361 (2021).

desarrollo de la vacunación para los niños y abordar debidamente los problemas de seguridad y eficacia y garantizar la completa seguridad y eficacia de todas las vacunas puestas a disposición de los niños, con especial atención al interés superior del niño, de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño". Estas garantías incluyen, ensayos de alta calidad, velar que se tenga en cuenta los deseos de los niños tomando en cuenta su grado de madurez y edad, garantizar el seguimiento de la seguridad y los efectos, así como la distribución transparente sobre la seguridad y efectos secundarios, regulando las redes sociales para evitar la propagación de información errónea. En el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJEU), en un caso presentado por un ciudadano francés que fue diagnosticado de esclerosis múltiple<sup>79</sup> en el 2000, a pesar de tener la vacuna contra la hepatitis B en años anteriores. En el 2006, demandó al fabricante de la vacuna para obtener una indemnización, ya que no podía ejercer ningún trabajo.

El tribunal de primera instancia francés dejó en claro que, el demandante no había demostrado que existiera una relación entre la vacuna y la enfermedad y su pretensión fue denegada. Sin embargo, el tribunal de apelaciones dejó claro que, si existía una relación de causalidad entre la vacuna y la aparición de la enfermedad, pero no la existencia de un defecto de la vacuna, por lo que desestimó la demanda. Un aspecto importante que señala el tribunal de apelaciones, es que no existe un consenso científico sobre la existencia de una relación de causalidad entre la vacuna contra la hepatitis B y la aparición posterior de la esclerosis múltiple, y que las autoridades sanitarias internacionales y nacionales, han descartado la existencia entre el riesgo de sufrir una enfermedad periférica por la vacuna. Y, por último, diversos estudios médicos desconocen el origen o las causas de la esclerosis múltiple, pero reconoce la probabilidad que el proceso de la enfermedad puede comenzar varios meses o años antes y la mayoría de las personas (entre el 92 al 95 %) no tienen antecedentes familiares de la enfermedad. El Tribunal de Apelación de París determinó que los criterios de proximidad temporal entre la aplicación de la vacuna y los primeros síntomas de la enfermedad, así como la inexistencia de los antecedentes, no pueden constituir ni de forma conjunta ni separada, "presunciones sólidas, concretas y concordantes que permitieran concluir que existía una relación de causalidad entre la vacuna y la enfermedad en cuestión".

En un posterior recurso de casación, el Tribunal de Casación ordeno suspender el procedimiento, pregunto al TJEU, si era estrictamente necesario en el ámbito de la responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos por daños causados por las vacunas que fabrican, si se tiene que probar científicamente la existencia del vínculo entre la vacuna y la enfermedad, a pesar de haberse constatado que la investigación médica no establece una relación entre la vacunación y la aparición de la enfermedad. En este caso, el solicitante hace énfasis que tenía buena salud antes de ponerse la vacuna y no tenía antecedentes familiares ni personales de esclerosis múltiple. La decisión del Tribunal de Casación francés estableció que el artículo 4 de la Directiva 85/374<sup>80</sup> debe aplicarse en el sentido de que "se opone a un régimen probatorio basado en presunciones según el cual, cuando la investigación médica no ha demostrado ni refutado la existencia de una relación entre la administración de una vacuna y la aparición de la enfermedad que padece el perjudicado, la existencia de una relación de causalidad entre el defecto que se atribuye a una vacuna y el daño sufrido por el perjudicado se considera en todo caso probada si concurren ciertos indicios fácticos predeterminados de causalidad". De Lorenzo Aparicio señala que los fabricantes de las vacunas contra el COVID-19, en la UE, tienen el carácter de reservado y, aunque existen disposiciones que regulan la responsabilidad e indemnización que pueden producirse por la fabricación de estas vacunas, las empresas farmacéuticas pueden demostrar la eficacia y seguridad de sus productos.

<sup>79</sup> Sentencia TJUE (Sala Segunda). Asunto C-621/15 (N. W y otros/Sanofi Pasteur MSD y otros) de 21 de junio de 2017, (ECLI:EU:C:2017:484).

<sup>80</sup> Directiva del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. (85/374/CEE).

En general estas empresas abogan por excepciones de responsabilidad civil por sus productos, esto se ha dado de forma tradicional en Estados Unidos, para casos de pandemia o de emergencia sanitaria, como ha sido la crisis del COVID-19, en donde se exime de la responsabilidad a los fabricantes por estar bajo estas circunstancias<sup>81</sup>. Mota Donate menciona que, el peaje que el orden mundial tendrá que pagar por aplicar una vacuna que no cumpla con la calidad, seguridad y eficacia necesaria, ocasionará consecuencias en el marco comunitario, concretamente en lo que se refiere a la responsabilidad por los daños causados por los efectos negativos de la vacuna contra el COVID-19. Esta vacunación ha sido mundial y como tal el paciente consumidor necesita contar con las garantías ante los posibles daños que se puedan dar y saber cuáles de esos daños se pueden reclamar, bajo qué criterios y en qué momento<sup>82</sup>.

## **6. El papel de los tribunales internacionales en Derechos Humanos y la vacunación obligatoria**

Analizaremos las diferentes posturas jurisprudenciales en materia de vacunación contra el COVID, de los principales tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

### **6.1 La vacunación obligatoria en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante CADH), establece una serie de derechos que son aplicados dentro de las medidas sanitarias en el tratamiento de enfermedades. Por ejemplo, en su artículo 5, establece que toda persona tiene derecho a que se le respete su integridad (psíquica, física y moral); en su artículo 7, consagra que, "toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales"; en el artículo 11, queda establecido que, "toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad". El artículo 13 establece que, "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión", esto conlleva a tener libertad de "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras". Sobre el Derecho del Niño, en su artículo 19, deja en claro que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere", por su familia, la sociedad y el Estado.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) y su Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante REDESCA), señalaron en la Resolución 01/21, "Las vacunas contra el COVID-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos"<sup>83</sup>. El objetivo de la resolución es que los Estados reconozcan el alcance de sus obligaciones y responsabilidades internacionales, en lo que respecta a las decisiones sobre vacunación, con el fin de cumplir con la protección a los derechos humanos (haciendo énfasis en el derecho a la salud y a la vida). Y, para lograr estos objetivos, la resolución brinda una serie de recomendaciones tomando como base la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación, el consentimiento informado, el acceso a la información, la transparencia, solidaridad y cooperación internacional. La resolución enfatiza el derecho al consentimiento previo, libre e informado, especialmente con la vacuna del COVID-19; se establece que el Estado

<sup>81</sup> Cfr. DE LORENZO APARICIO, M. O. "Responsabilidad por efectos adversos de las vacunas contra la COVID-19", *New Medical Economics*, Derecho Sanitario, 2021, p. 7.

<sup>82</sup> Cfr. MOTA DONATE, G. "Los posibles efectos adversos de la vacuna contra la COVID-19: ¿excepción al régimen general de responsabilidad por daños del productor?", *Derecho y Salud*, Vol. 31 (Extraordinario), p. 130.

<sup>83</sup> Resolución No. 1/2021. Las Vacunas contra el Covid-19 en el marco de las obligaciones interamericanas de derechos humanos (Adoptada por la CIDH el 6 de abril de 2021) y publicada el 7 de abril con ocasión del Día Mundial de la Salud.

debe suministrar toda la información, a través de sus prestadores de servicios médicos, sobre las vacunas contra el COVID-19, "sin tecnicismos, fidedigna, culturalmente apropiada, y que tome en cuenta las particularidades y necesidades específicas de la persona".

En lo referente a las situaciones en que, por condiciones de salud o capacidad jurídica, no permitan la vacunación será necesario contar con el consentimiento por parte de sus familiares o representantes legales para el suministro de las vacunas contra el COVID. Sin embargo, dicha excepción solo cabe cuando se encuentre en "inminente riesgo la vida y le resulte imposible a la persona, adoptar una decisión en relación con su salud. La urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que el suministro de las vacunas es necesario ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento. Respecto de las personas con discapacidad, se debe asegurar el consentimiento informado mediante sistemas de apoyo en la toma de decisiones".

## **6.2 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la vacunación contra el COVID-19**

En la sentencia *Case of Vavříčka And Others V. The Czech Republic*<sup>84</sup>, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante Tribunal de Estrasburgo o TEDH), se unieron varias demandas de ciudadanos checos, que solicitaban que el TEDH, reconociera como vulnerado el artículo 8 del CEDH, respecto a que toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, domicilio y correspondencia. Y el Estado no podrá intervenir en estos aspectos, a menos que la ley, con anterioridad, lo establezca. Esta injerencia solo puede ser permitida por motivos de seguridad nacional, seguridad pública y por el bienestar económico del país, la protección moral o de la salud y las libertades de las demás personas, etc. En este sentido el deber legal de vacunación establecido por el Estado hacia sus hijos establece y constituye una violación a su vida privada.

El Estado checo estableció en su Ley de Protección de la Salud Pública (Ley No. 258/2000), que todos los residentes permanentes y los extranjeros autorizados a residir en el país a largo plazo, deben aplicarse "vacunas de rutina", para los menores de quince años, son sus padres los responsables del cumplimiento de este deber de vacunación. En su artículo 50 establece que, en todos los establecimientos prescolares solo pueden aceptar a niños que hayan recibido las vacunas respectivas o que cuenten con un certificado de haber adquirido la inmunidad por otros medios o no poder vacunarse por motivos de salud. La ley también establece que los costos de vacunación están cubiertos por la seguridad social, de forma gratuita, especialmente las vacunas que tienen como finalidad la inmunización periódica. Se establece que las personas que no cumplan con estos pueden ser sentenciadas, por cometer un delito menor, con multas de hasta 10.000 coronas checas (CZK) (equivalente a casi 400 euros (EUR)). Sin embargo, se reconocen otros derechos, como al pago de una indemnización por el daño causado, cuando la vacuna obligatoria ocasione daño a la salud. Hasta el 31 de diciembre de 2013 se podía reclamar una indemnización al profesional sanitario. Sin embargo, conforme a la nueva ley, que entró en vigor el 8 de abril de 2020, el Estado puede ser considerado responsable por el daño ocasionado por la vacuna, por lo que, se incluye una compensación por tales motivos y tendrá derecho a un tratamiento médico cubierto por la seguridad social.

Uno de los denunciantes sostuvo que el deber de vacunación de sus hijos y de su persona atenta contra su conciencia y libertad religiosa y de su familia, por lo que, el Tribunal Constitucional Checo dictaminó que, a pesar de que la autoridad administrativa correspondiente debe contar con todos los aspectos

---

<sup>84</sup> *Case Of Vavříčka and Others V. The Czech Republic* (Applications nos. 47621/13 and 5 others).



relevantes, para el TC, el único argumento válido es si las vacunas constituyen un riesgo para la salud de los niños. Solo sería en este caso válido vacunarlos, pero desestimó el caso, "Sin embargo, no había presentado ningún argumento concreto sobre su religión y el grado de interferencia potencial causada por la vacunación. Por lo tanto, el interés en proteger la salud pública superó el derecho del solicitante a manifestar su religión o sus creencias". Los argumentos de los demás demandantes se basan en la obligatoriedad de vacunar a los niños para que asistan a la escuela, pero era excesivo como requisito de ingreso, porque violaba los derechos básicos del demandante o la validez de su certificado de no vacunación, (debemos de tomar en cuenta que el ordenamiento checo reconoce como obligatorias las vacunas de rubéola, sarampión, paperas, difteria, tétanos, tos ferina, Haemophilus, influenza de tipo B, poliomiелitis, hepatitis B, etc.).

Todos estos argumentos fueron rechazados en los tribunales nacionales, sobre esto la sentencia nos menciona que: "61. Tener un plan de vacunación individual no entraba en ninguno de los motivos de discriminación previstos en la ley. Contrariamente a lo que sugiere la demandante, la no admisión a la escuela infantil no constituía una sanción. En cuanto a la proporcionalidad, la demandante no se había referido a ninguna circunstancia excepcional que prevaleciera sobre el interés de la protección de la salud pública". La sentencia es clara, es una obligación de los Estados, por el interés superior de los niños como grupo vulnerable, o puede vulnerar su desarrollo y salud. Con respecto a la vacunación, se reconoce que el objeto de la inmunización es que todos los niños estén protegidos contra enfermedades graves y las de las ventajas que se tienen al tener un calendario de vacunación en sus primeros años de vida, es que en el caso de aquellos niños que por diversas razones no pueden vacunarse, los mismos, indirectamente estarían protegidos contra enfermedades contagiosas. Siempre que se mantenga un nivel de cobertura alto de vacunación, que produzca inmunidad colectiva. Sin embargo, la sentencia señala que en los casos en que "se adopte la opinión de que una política de vacunación voluntaria no es suficiente para lograr y mantener la inmunidad colectiva, o que la inmunidad colectiva no es pertinente debido a la naturaleza de la enfermedad (por ejemplo, el tétanos), las autoridades nacionales pueden razonablemente introducir una política de vacunación obligatoria. para lograr un nivel adecuado de protección frente a enfermedades graves". Para el tribunal, el Estado pone el interés superior de los niños como primordial, y la obligación de las vacunas para el ingreso a la escuela, lo que es correcto, ya que la sanción administrativa impuesta a los padres de los niños no vacunados tiene como finalidad la protección de la salud pública.

## **7. Debate sobre la constitucionalidad de las vacunas contra el COVID-19**

En este apartado estudiaremos los principales argumentos y principios establecidos por los diferentes tribunales consultados en materia de vacunación contra el COVID-19, haciendo énfasis en los medidas y requisitos necesarios para la imposición de una vacuna y en qué circunstancias o condiciones se puede imponer o no.

### **7.1 Objeción médica, religiosa o de conciencia ante la vacuna del COVID-19**

A diferencia de lo que sucede por las excepciones de salud, la mayoría de la jurisprudencia consultada en el caso del COVID-19, rechaza las objeciones de pensamiento o religiosas, como excusa para no vacunarse. Por un lado, tenemos que partir de que la objeción de conciencia tradicionalmente es entendida como, la negativa de cumplir con las leyes, órdenes o actos que emanan del Estado por motivos religiosos, éticos o morales. En el caso del personal sanitario que se ha negado a vacunarse para seguir ejerciendo a su trabajo, queda claro que, para los tribunales consultados, es que, por el ejercicio de su trabajo, al atender pacientes es necesaria la vacunación para garantizar su salud y la de sus pacientes. Por lo tanto,

en las profesiones sanitarias y demás personal que asiste y traba en servicios sanitarios o relacionados con los mismos, no se permite alegar objeciones, más allá de la objeción médica para no vacunarse.

Debemos reconocer que la objeción de conciencia, que proviene de las convicciones del ser humano de oponerse a realizar determinados actos, puede tener su justificación en los principales tratados de derechos humanos. Por un lado, CADH en su artículo 12, sobre libertad de conciencia y de religión, deja claro que es un derecho que tiene toda persona, tanto en público como privado, nadie puede ser objeto de medidas restrictivas “que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”, sin embargo en el artículo 12.3, se reconoce que esta libertad está sujeta a las limitaciones que establezca la ley, con el fin de proteger, no solamente la salud, sino también la moral, la seguridad y los derechos de las demás personas. Otro instrumento internacional que regula esta materia lo tenemos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>85</sup>, que establece en su artículo 18.2 que, “nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección”, y, las limitaciones de la libertad de manifestar su religión o creencias, únicamente pueden darse a través de la ley para proteger derechos y libertades, el orden público, la moral y la salud de las personas.

Aunque la objeción de conciencia más conocida en el servicio militar, lo cierto es que cada vez son más comunes las objeciones por motivos médicos, por problemas de salud, es decir, que puede constituir un mecanismo de protección de la libertad del médico y del paciente, con la finalidad de evitar consecuencias o represalias de éste al no poder aplicar la vacuna al paciente. Sin embargo, esta última, no ha sido reconocida por los tribunales comentados en el caso de la vacunación obligatoria del COVID-19, pero en situaciones en que no existe una emergencia sanitaria, si se han dado casos de personas que declaran ser objetores de conciencia en materia religiosa sobre una determinada vacuna, en específico, cuando se demuestra científicamente que en su proceso de elaboración se utilizaron células humanas provenientes de fetos abortados

Delgado Peña reconoce que la pandemia del COVID-19, conllevó consecuencias que exigían una respuesta rápida ante la enfermedad y los organismos, empresas e instituciones internacionales referentes en la protección de la salud pública, se han esforzado en la creación y producción de la vacuna como tratamiento para la enfermedad o, por lo menos, que se pueda controlar la enfermedad. Pero, reconoce que tal como sucede en otros campos de nuevas tecnologías y en la medicina, son evaluados con un claro desconocimiento de sus consecuencias futuras y, es en este punto que se produce un conflicto de su protección, que solo puede ser a primera vista solucionado por la oportuna intervención de la ética médica y la bioética. En lo que respeta al cumplimiento de valores y principios, como son la autonomía, la no maleficencia y la beneficencia, entre muchos otros<sup>86</sup>. Algunos autores como López Daza, sostiene que a pesar de que algunos sectores de la población aboguen por la obligatoriedad de la aplicación de la vacuna contra el COVID-19, por motivos de protección a la salud pública y, sobre todo, por el derecho colectivo, encima de los derechos individuales. Esto sería claramente contrario desde una perspectiva constitucional, en el sentido que esta obligación atenta contra el derecho al libre desarrollo de la persona y, de igual manera, vulnera el derecho a la autonomía personal, en el sentido que toda persona decide según la libertad de su propia conciencia ponerse cualquier vacuna, tratamiento o procedimiento médico. Es por este motivo que se firma un consentimiento informado antes de realizar cualquier procedimiento médico, después

---

<sup>85</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>86</sup> Cfr. DELGADO PEÑA, M. P. “Vacunación COVID-19 e implicancias en el derecho de las personas en Argentina”, *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Vol. 9 Núm. 2, UCES - Editorial de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina, 2021, p. 412.

que la persona o el paciente sabe con claridad y entiende cuales son los beneficios, riesgos y alternativas. Para López Daza es imposible que un Estado que se diga respetuoso de los derechos humanos, obligue a cualquier persona a vacunarse, aunque se oponga por motivos personales, religiosos o por objeción de conciencia<sup>87</sup>.

## 7.2 Conflicto de derechos ante la vacunación obligatoria del COVID-19

Obligar a vacunarse contra el COVID-19 es un debate que aún no termina. Aunque en muchos países se puede decir que la emergencia sanitaria, en que nos encontramos desde hace dos años, con la llegada de las vacunas es una situación controlada, pero jurídicamente hablando nos encontramos con tribunales, sobre todo a nivel constitucional y de derechos humanos, que están atendiendo los casos sobre vulneraciones a los derechos, tanto en estado de alarma, excepción o emergencia, como cuando las medidas restrictivas fueron levantadas. Y, entre las medidas está la vacunación obligatoria para asistir a las instituciones educativas, al trabajo, lugares de entretenimiento público y asistencia masiva, que vuelven a poner en la opinión pública si es válido obligar a una persona a vacunarse. Lo cierto es que esta emergencia sanitaria no solo produjo una competencia entre países por tener mayores recursos y material en contra de la enfermedad, sino también normas que obligaban, en un principio, a vacunarse a personas con edad avanzada o que por su profesión se encontraran en peligro de contagio o transmisión de la enfermedad. Se debe reconocer que los tiempos de aprobación y regulación de las vacunas contra el COVID-19, han sido mucho más rápidos que en las vacunas convencionales, resultado de la situación en la que nos encontrábamos; esto aunado a la desinformación o falsa información, que motivó que muchas personas tuvieran miedo a las vacunas, mientras otras adujeron que por motivos religiosos no podían aceptar estas vacunaciones masivas, ya sea porque en el proceso de elaboración se utilizaron células humanas provenientes de fetos o simplemente porque su religión prohibía introducir químicos al ser humano. Mientras que otras personas alegaban que las vacunas obligatorias atentaban contra su libre consentimiento de decidir sobre su propio cuerpo y, por último, aquellas personas que, por efectos secundarios de las vacunas se ponía en peligro su vida.

A nivel jurídico la pregunta es siempre la misma, ¿pueden limitarse los derechos de las personas no vacunadas? Aunque la mayoría de la jurisprudencia que hemos podido consultar, nos señala que, por motivos de emergencia y pandemia, es posible, tomar esta decisión, haciendo uso de lo que se conoce como la finalidad de la norma, es decir, si la misma tiene un fin legítimo y razonable, que, en este caso, es la protección de la salud pública y que no existen más medios para lograr este fin, se pueden dar limitaciones a los demás derechos de las personas no vacunadas, con el fin de proteger a los demás miembros de la sociedad.

Este ejercicio de derechos, de unos derechos contra todos, conlleva un ejercicio de ponderación y proporcionalidad, en el sentido que, si es más importante la autonomía de las personas y su estilo de vida, la autodeterminación, dignidad humana, que la salud de las demás personas. La mayoría de las sentencias y doctrina consultadas señalan que esta situación es válida cuando se protege la salud de las demás personas, en situaciones excepcionales, en las que no exista ninguna otra solución científica y práctica que actúe de forma oportuna, razonable y rápida ante los avances de la enfermedad, es decir que la vacunación obligatoria puede aplicarse por tiempo y lugar determinando, siempre que no exista otro tratamiento menos lesivo durante una situación o circunstancias excepcionales. Sin embargo, siempre se debe de contar con el consentimiento informado de las personas, a las cuales se le debe o debería de aplicar la vacuna.

---

<sup>87</sup> Cfr. LÓPEZ DAZA, G. A. "¿Obligatoriedad de la vacuna contra el virus del COVID-19?", *Revista Jurídica Piélagus*, 20(1), Colombia, 2021.

Por lo tanto, estamos hablando no solamente de obligaciones, sino también de valores, en el sentido que la solidaridad entre las personas prevalece cuando hablamos de conflicto de derechos y de colisión de bienes jurídicos protegidos. En el sentido que la solución jurídica es elegir que la vacunación obligatoria solo puede aplicarse cuando es proporcional y necesaria, ante la inexistencia de alternativas médicas que atenten en menor medida contra la autonomía de los demás. La ley que así lo permita, es una ley que limita derechos que no son absolutos, por el bien común, pero esto conlleva que estas leyes tengan un proceso legislativo y ante los tribunales, que garanticen su legalidad, es por esto que una parte de la doctrina consultada señala que no es un conflicto de derechos o qué derecho es más importante que otro, sino un problema científico o de idoneidad, en donde el ejercicio de la libertad individual no lucha, sino que convive con el interés social de proteger la salud pública. Orrantia Cavazos sostiene que el principal problema que tenemos con la vacuna contra el COVID-19, es que, en toda vacunación es necesaria una campaña y promoción de la salud que le acompañe, sobre todo cuando hablamos de un rechazo de grupos o sectores de la población, y a raíz de la pandemia es una preocupación global, en el sentido que es necesario identificar cuáles son los determinantes sociales que perjudican la vacunación. Sin embargo, reconoce que ante la falta de vacunación completa, esto puede incluir estrategias como la de establecer la legalización de la vacunación forzada, restricción de determinados servicios y del acceso a lugares públicos, entre otras medidas, dependen de las circunstancias para lograr la eficacia a corto plazo y controlar la cadena de contagios, mientras que a mediano y a largo plazo, esto puede generar la aceptación, pero también el rechazo de las campañas de vacunación futura para esta o cualquiera enfermedad. Si se estableciera una vacunación obligatoria, conllevaría tomar en cuenta todas las afectaciones, sobre todo con respecto a los derechos humanos, especialmente a poblaciones o grupos que por sí solos ya se encuentran en situaciones de vulnerabilidad social<sup>88</sup>. Cortina, sostiene que una de las posibles respuestas para luchar a esta pandemia, a las que están por venir y los problemas que aparecer a partir de la globalización y la interconexión entre nosotros, es la de ir creando un ciudadano cosmopolita, para hacer frente a los retos globales que tendremos que hacerle frente, es decir que se hace necesario dar respuestas cosmopolitas a problemas globales, entre estos no solo está la pandemia, esto incluye el cambio climático, los derechos de la población mundial que es pobre, la inteligencia artificial, y la necesidad de una ética empresarial y económica, de desarrollo, las normas digitales y la robótica, la ecoética y por ultimo las normas de ciberseguridad, son solo varios objetivos como sociedad globalizada estaremos obligados hacerle frente, tal como señala Cortina, no se trata de hablar de utopía sino más bien de ir poco a poco crear ideas y criterios que permitan una crítica valida de la situación actual, creando herramientas necesarias para los problemas que estamos viviendo y vamos necesariamente a vivir más adelante<sup>89</sup>. Cortina, señala que la solidaridad debe de entenderse y aplicarse como valor moral es universal no es grupal, es decir que debemos de empezar a caminar hacia una solidaridad universal, que estaría en confrontación con el individualismo cerrado, los nepotismos y los comunitarismos excluyentes. Esto conlleva a educar en una ciudadanía que no solamente sea local sino universal y poco a poco destruir aquellos nacionalismos y localismos, para dar paso que todos somos personas y vivimos en una sola humanidad<sup>90</sup>, sobre esto Cortina, nos agrega la importancia de la humanidad, cuando nos señala que: "si cualquier ser humano se reconoce como tal precisamente a través del reconocimiento de los demás seres humanos como carne de su carne y hueso de sus huesos; ¿no

---

<sup>88</sup> Cfr. ORRANTIA CAVAZOS, J. R. "COVID-19 y Justicia social: un enfoque sindémico de la resistencia a la vacunación", *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, 2022, p. 44.

<sup>89</sup> Cfr. CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, PAIDÓS Estado y Sociedad, España, 2021, p. 167.

<sup>90</sup> Cfr. CORTINA, A. *Ciudadanos del Mundo, Hacia una teoría de la ciudadanía*. Alianza Editorial, pp. 244 – 245.

resulta imposible poner vallas al campo? ¿No resulta imposible poner límites a la comunidad?<sup>91</sup>.

Martín Fargas y Franch Saguer nos señalan que uno de los principales problemas, cuando analizamos la vacuna contra el COVID-19, es la falta de información para poder ejercer adecuada y debidamente el derecho de elección del tratamiento, que tiene que ir acompañado de la información médica y de salud adecuadas, que permitan al paciente dar su consentimiento. Por lo tanto, una vez que la persona firma el consentimiento, los derechos no se pueden ejercer por separado, por un lado el derecho a la información y por otro el derecho a dar su consentimiento o negarlo, tal como lo explican Martín Fargas y Franch Saguer, la falta de información es lo que limita el derecho a decidir, si se aplica o no un determinado tratamiento médico y en el contexto de pandemia, tendríamos que ver el valor del consentimiento como garantía de decisión libre e informada, de forma oportuna y clara, antes de recibir la vacuna, según lo que establece la ley de forma real<sup>92</sup>.

Sin duda, la duda sobre la aplicación de las vacunas constituye un fenómeno basado en la desinformación no científica, que ha ocasionado grandes costos, no solamente económicos sino sociales. Insanguine Mingarro y Castellanos Claramunt sostienen que es un problema con consecuencias jurídicas, que se hubieran podido evitar, en el sentido que muchos países con altas tasas de vacunación, no se les ha aplicado ninguna medida coercitiva o que obligue a las personas a vacunarse y en muchos casos estas medidas cuando son estrictas y obligatorias ejercen un efecto totalmente contrario, porque las personas se niegan a vacunarse. Por lo tanto, se debe de hacer énfasis un deber cívico y no una obligación en campañas contra la falsa información. Tal como señala los autores, se necesita una protección jurídica especial que garantice el proceso de inmunización, ante la difusión de noticias falsas a través de una pedagogía clara, comunicativa y fácil de entender por la población en general, pero esto se debe de dar a tiempo y de forma oportuna para poder luchar contra la desinformación<sup>93</sup>. La importancia de la vacuna, como único mecanismo para hacerle frente a la pandemia, de forma oportuna, radica en no solo tener una vacuna de calidad sino también que funcionara lo antes posible, en palabras de unos de los creadores de una de las vacunas contra el COVID-19, nos menciona en su momento que; “acabar con la pandemia y vacunar al mundo entero es un cometido descomunal pero factible. Nosotros seguimos centrados a cien por cien en desarrollar vacunas de alta calidad, seguras y eficaces para pacientes de todo el mundo lo antes posible y en poner fin a esta pandemia mortífera”<sup>94</sup>.

### 7.3 Población penitenciaria vulnerable y la obligación de vacunación

Uno de los aspectos que se pueden rescatar dentro de esta crisis sanitaria del Coronavirus, es la falta de protocolos de actuación dentro de las cárceles públicas, especialmente en el área latinoamericana. Por un lado, puso de manifiesto la falta de estructuras, insumos y equipos de hospitalización, personal médico adecuado para atender las 24 horas del día a los reclusos, no solo en situaciones de emergencia, sino en situaciones cotidianas. De igual manera, debemos de recordar que la negativa

<sup>91</sup> CORTINA, A. Alianza y Contrato. Política, ética y religión. Colección Estructuras y Procesos. Serie Ciencias Sociales Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 124.

<sup>92</sup> Cfr. MARTÍN FARGAS, P. FRANCH SAGUER, M. “Consentimiento informado y COVID-19: análisis jurídico”, *Derecho y Salud*, Ponencias, Volumen 31, Extraordinario, Barcelona, 2021, p. 43.

<sup>93</sup> Cfr. INSANGUINE MINGARRO, F. A. CASTELLANOS CLARAMUNT, J. “COVID-19, “fake news” y vacunación: la necesidad de inmunizar a la sociedad de la duda vacunal”, *Cuadernos de Bioética*, 32(104), 2021, p. 71.

<sup>94</sup> BOURLA, A. Elegimos ir a la Luna, Crónica desde dentro de cómo se hizo posible lo imposible, Editorial Península, 2022, p. 160.

de no querer vacunarse por razones médicas puede ser válida, sin embargo, la negativa a vacunarse por razones de conciencia en un entorno penitenciario, que en muchos casos existe sobrepoblación penitenciaria, constituye un riesgo elevado para todos los reclusos. Aunque partimos que existe una relación especial de sujeción entre el Estado y los reclusos, que conlleva a que el Estado debe de garantizar las condiciones necesarias, para la protección y conservación de la salud de la población carcelaria. Se pueden dar casos excepcionales en que el prisionero decida no vacunarse, podría ser apartado y separado, inclusive en casos de celdas de aislamiento, lo que puede producir no solo vulneración de los derechos humanos, sino violaciones y sufrimientos que van más allá de la imposición de la pena privativa de libertad.

Por lo tanto, hace falta reglamentar y legalizar los protocolos de actuación dentro de las cárceles, que determinen primero, cuáles son los pasos a seguir cuando se reconozca legalmente una epidemia o situación de emergencia sanitaria que requiera la vacunación obligatoria y segundo, se requiere establecer qué hacer ante los reclusos que no quieren vacunarse y viven en un régimen penitenciario de que les impida separarse de la población vacunada. Se necesita el consentimiento libre e informado por escrito de todo prisionero para ser vacunado, sin excepción. Pero, una manera de influir en esta decisión por parte de los tribunales, como lo han hecho en el mundo jurídico anglosajón, norteamericano, es que la persona pueda obtener ciertos beneficios penitenciarios o sea un requisito impuesto por el juez para que pueda obtener una posible libertad condicional, o pueda recibir visitas de sus familiares siempre y cuando los mismos tengan sus vacunas y el prisionero también, en una situación declarada de emergencia sanitaria. Y, una vez que la situación de emergencia deja de ser con todos sus efectos legales vigentes, el exigir la vacunación como requisito para salir de la cárcel, no debiera de ser obligatorio, aunque se debe ofrecer al recluso el cuadro completo de vacunación antes, durante y después del cumplimiento de su condena. Un aspecto que es necesario con el fin de garantizar la legalidad de estas decisiones, es que sea el Juez que ordene y aconseje al privado de libertad de los beneficios a nivel jurídico si decide vacunarse, mientras que los beneficios a nivel de salud, deben de ser explicados por el personal sanitario especializado en privados de libertad y manejo de epidemias en ambiente cerrados, incluyendo bases militares, hospitales aislados, cuarteles policiales, etc.

Estos argumentos dentro de los centros penitenciarios y la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar la salud de los reclusos, recuerdan otras situaciones que se han presentado en el caso de las huelgas de hambre. A nivel español es bastante conocida la huelga de hambre realizada con la banda terrorista GRAPO, en donde el TCE en su sentencia 120/1990<sup>95</sup> legalizó la posibilidad de alimentar forzosamente a los reclusos, la sentencia nos dice que: "Una vez establecido que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho, sino simplemente manifestación de libertad genérica, es oportuno señalar la relevancia jurídica que tiene la finalidad que persigue el acto de libertad de oponerse a la asistencia médica, puesto que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y, en tal sentido, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta, en cuyo caso podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad, y cosa bien distinta es la decisión de quienes, hallándose en el seno de una relación especial penitenciaria, arriesgan su vida con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el ordenamiento jurídico; pues, en este caso, la negativa a recibir asistencia médica sitúa al Estado, en forma arbitraria, ante el injusto de modificar una decisión, que es legítima mientras no sea judicialmente anulada, o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su custodia y cuya vida está legalmente obligado a preservar y proteger".

---

<sup>95</sup> STC 120/1990, 27 de junio de 1990.

González-Hernández establece que ante los argumentos en contra de las vacunas contra el COVID-19, en el sentido que si se cuentan con tratamientos médicos, porqué se debe obligar a las personas a vacunarse, teniendo en cuenta que no se existen las garantías y seguridad de la vacuna, ni tampoco se sabe si en un futuro tengamos consecuencias negativas sobre su aplicación. En este sentido debemos tener en cuenta que, a pesar que por el hecho de estar viviendo una pandemia en donde se necesitaban medidas rápidas y urgentes, debemos tener en cuenta que la Agencia Europea del Medicamento aprobó las vacunas contra el virus en fase de urgencia, esto conlleva no solo una reducción de los plazos administrativos, sino también el tiempo de realización de los estudios clínicos sobre las consecuencias o efectos negativos dentro de los 24 meses, pero esto último aún no se había producido a razón que aún no ha pasado ese plazo<sup>96</sup>.

#### 7.4 La nueva normalidad y el trabajo virtual

Uno de los aspectos consultados, especialmente en el ordenamiento italiano, es que a muchos profesionales se les exige tener la vacuna para acudir a su trabajo. En el caso italiano, los tribunales en un principio y durante la pandemia, han señalado que en los casos en que una persona realice su trabajo a distancia, sin contacto físico con ninguna otra persona, no es necesario que esté vacunada, desde un punto de vista administrativo o laboral, no se le puede exigir que la persona esté vacunada para ejercer su trabajo, como el caso de psicólogos que realizaban sus terapias a través de cualquier dispositivo electrónico o internet.

Sin embargo, en casos como miembros del ejército o fuerzas policiales, médicos, enfermeras, personal sanitario, personal de limpieza, asistentes, administrativos en hospitales, personal que supe de equipo y material sanitario, desde un principio se ha reconocido la constitucionalidad de estas medidas, por lo menos durante el tiempo que se ha declarado la emergencia sanitaria o en otros Estados, la declaración de excepción por motivos sanitarios. Un aspecto del trabajo virtual, durante la pandemia de COVID-19, es que se hace necesario tener una legislación cónsona con los tiempos actuales, en donde el teletrabajo, llega para quedarse y se hace necesario no solo una regulación laboral sino también una regulación que garantice no solo la desconexión laboral sino también atender los problemas relacionados con el aislamiento. García Camarero, sobre este punto nos aclara que: "la aparición de la pandemia mundial de la COVID-19 coincidió con un profundo despliegue del neoliberalismo global, es decir mundial, que consistía fundamentalmente en una acelerada tendencia a privatizarlo todo, a un crecimiento oligárquico cortoplacista de gran rentabilidad para una élite a costa de aumento la precariedad laboral, la esquilmación de recursos y el desmantelamiento de todo lo público, como la enseñanza o la sanidad pública universal"<sup>97</sup>. Adela Cortina, es muy clara cuando nos dice que la diferencia entre las pandemias del pasado y la que vivimos en estos tiempos, también va con una nueva sociedad más interconectada que nunca, sobre esto nos menciona que: "en principio, el coronavirus ha puesto de nuevo sobre el tapete la fragilidad y la vulnerabilidad de las personas y de los países, la constatación de que no somos autosuficientes, sino interdependientes, en el nivel local y en el global. Por eso, los países deberían celebrar el "Día de la Interdependencia"<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E. COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vavricka y otros c. República checa: un falso dilema, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Estudios Doctrinales, Vol. 25, Núm. 2, julio-diciembre, 2021, p. 400.

<sup>97</sup> GARCÍA CAMARERO, J. La COVID-19 y el multicolapso del neoliberalismo global, *Los Libros de la Catarata*, Madrid, 2021, p. 22.

<sup>98</sup> CORTINA, A. IDEAS. Tras la covid-19, celebremos el Día de la Interdependencia. En la lucha por la supervivencia prosperan quienes apuestan por el apoyo mutuo, escribe la filósofa Adela

### **7.5 Individualismo y vacunación**

Otro de los aspectos que la jurisprudencia internacional ha reconocido por un lado es que las vacunas que se tiene por el momento contra el COVID-19, no dejan de transmitir la enfermedad, pero los afectados tienen mayor cantidad de posibilidad de sobrellevar la enfermedad sin complicaciones y consecuencias médicas que pongan en riesgo su vida. Y, de igual manera, se reconoce que al tener mayor cantidad de personas vacunadas también se protege a la minoría de personas que no quieren o no pueden vacunarse, y puede mantenerse un ingreso hospitalario que no sature los recursos sanitarios disponibles. Lo cierto es que existen, por un lado, campañas de desinformación bastante fuertes desde principios de la pandemia que justificaban posiciones negacionistas, no solo de los componentes de las vacunas, sino también si constituía un negocio de las farmacéuticas vender vacunas que aún no funcionan completamente o no se encuentran listas para su uso y, si las mismas, tienen factores adversos que ponen en peligro a las personas. Lo cierto es que científicamente se ha demostrado que las vacunas contra el COVID-19, no solo ha salvado a las personas, sino también constituyen una de las principales vías de defensa contra la enfermedad en una situación de emergencia. Ante este panorama, tenemos que elegir entre el interés individual y el interés colectivo, y este debate ético tiene una base objetiva, si mi autonomía de mi cuerpo está por encima del bien jurídicamente protegido que es la salud pública de todas las demás personas, la respuesta jurídica que hemos encontrado en la mayoría de los tribunales a nivel internacional, es que el interés colectivo en materia de salud en una situación excepcional de emergencia sanitaria como la que hemos vivido, está por encima del interés individual, pero esto solo puede darse mientras dure esta situación o condicionales de emergencia. Para Gates, sobre este tema en que es una verdad innegable que: “tenemos la suerte de que los científicos consiguieran crear las vacunas contra la COVID-19 en tan poco tiempo: de lo contrario y, considerando la lentitud con que avanzó el desarrollo de tratamientos eficaces durante los dos primeros años de la pandemia, la tasa de mortalidad para esta enfermedad habría sido mucho más alta”.

No solo hablamos de una crisis de solidaridad y de la confianza institucional sino también, de la falta de acceso a las vacunas entre los países, ha creado una mayor desigualdad social, en donde se deja a un lado el sentido del bien común, la empatía y ayuda mutua. No solo es una crisis sanitaria que tiene repercusiones en lo legal, sino también una crisis de valores, en donde prima la persona sobre el conjunto de la sociedad. Para la jurisprudencia internacional, en su mayoría por lo menos a nivel de derechos humanos y constitucional, la disputa entre la autonomía individual y el bien colectivo no debe resolverse en todos los casos en favor de una individualidad libertaria, en donde la negativa de las personas a vacunarse pone en peligro real la seguridad y la salud de todos los demás, especialmente las personas que por motivos laborales está en constante peligro de contraer la enfermedad. En los casos en donde esto ha entrado en disputada jurídica, se ha señalado que la vacunación contra el COVID-19 es una política de Estado no una política empresarial, con la finalidad de lograr un alto nivel de inmunización que permita proteger la salud pública. Aunque se reconoce que no se puede obligar a nadie ni muchos menos forzosamente a vacunar contra el COVID-19 sin su consentimiento, también existe una responsabilidad social de cooperar, aunque la vacuna sea decisión opcional y esto conlleva también una política estatal de información contra la desinformación y el miedo de aquellas personas que, más allá de motivos médicos deciden por su propia conciencia no vacunarse, el Estado puede tomar ciertas medidas durante la situación de emergencia sanitaria, que puede restringir sus derechos a la vida laboral,

---

Cortina. Es posible responder a esta crisis desde la construcción de un 'nosotros' incluyente. El País, publicado el 23 marzo de 2021, puede ser consultado en: <https://elpais.com/ideas/2021-03-23/tras-la-covid-19-celebremos-el-dia-de-la-interdependencia.html>. Visto el día 12 de septiembre de 2022.



circulación de personas y hasta su vida personal, al no poder participar en actividades en donde pueda contagiar a los demás. A pesar de los grandes adelantos que vivimos, en un mundo cada vez más interconectado a través de la tecnología, también vivimos en un mundo en donde cada vez más necesitamos de los unos con los otros, si queremos seguir viviendo. En este sentido tenemos a Morente Parra, que nos indica: "y si el mundo no tiene fronteras para un virus tampoco debería tenerlas para su vacuna o un posible tratamiento médico de la enfermedad"<sup>99</sup>.

La jurisprudencia es clara en este sentido, la vacuna contra el COVID-19 no es infalible, pero garantiza que cualquiera persona que tenga o se contagie del virus, pueda o tenga mayores posibilidades de sobrevivir la enfermedad y las complicaciones que esto conlleva, por lo tanto, mientras dure la situación de emergencia se pueden imponer ciertas limitaciones que restrinjan la circulación de las personas, especialmente las no vacunadas. Y se reconoce que, por lo menos en una sociedad democrática, solo pueden vacunarse, aunque se viva una situación excepcional, las personas que den su libre consentimiento y las consecuencias que se les impongan por no hacerlo, no puede ser en ningún caso equivalente a la pena de prisión, sino más bien multas y limitaciones a su circulación y vida laboral, mientras dura la situación de emergencia sanitaria. Sobre esto Pont Vidal sostiene que, "es evidente que nada volverá a ser como antes. Se ha publicado predicciones que comprenden desde los esbozos apocalípticos hasta propuestas realistas. Entre estas últimas se incluye la operación internacional para la reconstrucción económica de las ciudades e inversiones en nuevas áreas de conocimiento"<sup>100</sup>. Bellver Capella sostiene que el papel del Derecho en la pandemia es principal, en el sentido que por un lado hablamos de limitaciones de derechos y de la asignación de recursos escasos para combatir el virus, por lo tanto, su importancia también está vinculado a un futuro inmediato. Este papel del Derecho ante los problemas que presenta la pandemia, ha dado respuestas distintas, desde la concepción que se tiene del ser humano, en este sentido Bellver Capella sostiene que el Derecho tiene la finalidad de proteger a las personas ante la vulnerabilidad en que se encuentra dando respuestas racionales ante las circunstancias excepcionales en que estamos viviendo mientras que "cuando, por el contrario, ha primado el mayor interés del mayor número sus respuestas han sido lamentables o completamente repudiables"<sup>101</sup>.

González-Melado y Di Pietro sobre el dilema entre la vacunación obligatoria y la vacunación voluntaria, sostienen que, el primer paso una vez que se obtiene una vacuna y puede producirse de forma masiva, una vez vacunados los grupos de riesgo, es decidir la posibilidad que la vacuna, en este caso del COVID-19, sea voluntaria u obligatoria. Esta última, no solo es éticamente controvertida por afectar derechos individuales, incluido el derecho a la autodeterminación de la persona, en lo que respecta a su propia salud. Pero, para los autores, si el gobierno exige la vacunación para determinadas profesiones, es el mismo gobierno que debe estar obligado a aceptar las responsabilidades y pagar por los daños o perjuicios que estas vacunas ocasionen, por posibles efectos graves por su aplicación. Pero reconocen que en la mayoría de los casos la invitación o recomendación a vacunarse ante enfermedades graves, no producen buenos resultados para lograr la inmunización.

En el caso que se obligue a personas a vacunarse González-Melado y Di Pietro sostienen que es un problema ético que debe de ser respondido en base a dos modelos, el primer modelo es de una ética normativa, que parte de la obligatoriedad legal de vacunación mientras que el segundo es de una ética de las virtudes, que

---

<sup>99</sup> MORENTE PARRA, V. *Ética de la investigación clínica durante la pandemia por la COVID-19, en la humanidad puesta a prueba Bioética y COVID-19*, Cátedra de Bioética 34, Universidad Pontificia de Comillas, 2020, Madrid, p. 236.

<sup>100</sup> PONT VIDAL, J. *Sociedades contingentes COVID-19: un nuevo agente de cambio social*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021, p. 194.

<sup>101</sup> BELLVER CAPELLA, V. "COVID, vulnerabilidad y derecho", *OTROSÍ. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Colegio 30 Aniversario, Corte de Arbitraje, 7ª Época, Madrid, p. 59.

tiene como base que al individuo como centro de todo a la hora de tomar las decisiones que le competen sobre su salud, pero teniendo en cuenta el bien común de la sociedad, para González-Melado y Di Pietro, es necesario tomar una respuesta intermedia entre estos dos modelos, en el sentido que desde una ética normativa se pase a una ética de las virtudes, que tenga como consecuencia una nueva ética de responsabilidad, en que el individuo en determinados casos excepcionales, como es la pandemia del COVID-19, decida de forma individual sobre sus estilos y formas de vida, pero tomando en cuenta el mundo globalizado en que nos encontramos y sobre todo su complejidad<sup>102</sup>. Cierco Seira sostiene que en realidad cuando hablamos de una vacunación obligatoria contra el COVID-19, no debería ser incompatible con los derechos de las personas, en el sentido que, si se exige el certificado de vacunación para diversos ámbitos sociales o laborales, estamos estableciendo ciertos límites a esa obligatoriedad. En el sentido que, no hablamos de una obligatoriedad directa establecida por la ley a vacunarse, sino de una obligatoriedad indirecta, que tiene como base el desarrollo y ejercicio de nuestra vida cotidiana, en el sentido que la vacuna es necesaria para poder seguir viviendo con los demás. Para Cierco Seira en realidad más que de una obligatoriedad legal, debemos abogar por una obligatoriedad social, que tiene como fin proteger la sociedad de la enfermedad, lo que define como una decisión que cada persona, influida por la convicción social, que está por encima de la obligatoriedad que es impuesta por la ley<sup>103</sup>.

### **7.6 La vacunación contra el COVID-19 a través de leyes especiales**

La crisis del Coronavirus creó un nuevo precedente global, que no solo tiene consecuencias a nivel sanitario, sino también sociales, económicas y jurídicas. Aunque los diferentes Estados consultados, han luchado en algunos casos de diferente manera contra el COVID-19, lo cierto es que la gran mayoría, hasta el momento, han hecho uso de distintas vacunas para hacer frente a la pandemia. Jurídicamente ha sido dar respuestas a través de leyes orgánicas, especiales o a través de decretos de urgencia y necesidad. Esto conlleva no solo la aprobación de los distintos Congresos de las medidas adoptadas por el Ejecutivo, sino también conlleva que estas medidas que restringen derechos tengan un límite, no solo de tiempo sino también de ubicación, que determinen su vigencia, durante el tiempo que existan las circunstancias especiales que motivaron su creación, incluyendo la imposición o no de la vacuna contra el COVID-19.

Por un lado, estas medidas conllevan no solo, por un lado, un ejercicio de constitucionalidad por parte de los tribunales establecidos para ello, sino también que la imposición de medidas excepcionales utilizadas, solo en casos de emergencia sanitaria, conlleva un reforzamiento del poder ejecutivo, que motive que ante la situación de necesidad que se vive, no se puede hacer uso de los trámites ordinarios previstos en las leyes ordinarias, para hacerle frente a una urgencia de vida o de muerte, ante el peligro de la salud pública contra el virus. Algunos países, definieron este estado de urgencia a través de decretos ejecutivos (Estado de sitio, decreto de urgencia, derecho de necesidad, decreto de emergencia sanitaria, etc.) ante una situación que no solo pone en peligro la vida de las personas sino también, estas circunstancias hacen que pueda existir una perturbación al orden público, y el ejercicio de las distintas funciones y poderes del Estado, así como también el libre ejercicio de los derechos, garantías y libertades contenidas en el texto constitucional. En el caso español por ejemplo no fue necesario la imposición de un decreto especial, sino que se impuso un estado de alarma aplicado en los casos de emergencias, crisis, sanitarias y epidemias. Sin embargo, sin tomar en cuenta el

---

<sup>102</sup> Cfr. GONZÁLEZ-MELADO, F. J. DI PIETRO, M. L. "La vacuna frente a la COVID-19 y la confianza institucional", *Enfermedades infecciosas y Microbiología clínica*, Volumen 39, Tema 10, Barcelona, 2021, p. 512.

<sup>103</sup> Cfr. CIERCO SEIRA, C. "La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encaje en un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19". *Vacunas*, Volumen 22, Tema 2, 2021, pp. 83 – 84.

nombre con que se han impuesto diferentes medidas con el fin de controlar y defender a los miembros de la sociedad en contra del Corona virus, incluyendo la utilización de las vacunas, esto conlleva por un lado a imposiciones de leyes especiales que son utilizadas en casos de extrema necesidad y urgencia, que deben de ser ordenadas por el órgano ejecutivo, pero aprobadas por el órgano legislativo como un mecanismo de equilibrio, y que tienen que pasar por el aval constitucional de los tribunales correspondientes que garanticen esta imposición. Por ejemplo, cualquier ley que exija la vacunación contra el COVID-19, sin el consentimiento de las personas para su colocación, a pesar de que estemos en un estado de emergencia sanitaria, es inconstitucional, así como otras medidas que se puedan imponer por la fuerza para tal efecto.

Caramelo, siguiendo esta línea y dando como ejemplo el caso de Argentina, nos explica que la emergencia internacional, motivó que se establezcan cláusulas de no indemnización y de prórroga de jurisdicción a las empresas farmacéuticas que producen las vacunas contra el virus del COVID-19, y eso nació a requisito de las mismas empresas, pero al hacer esto abre las puertas que las personas afectadas por las vacunas no puedan ejercer un derecho de resarcimiento, lo que ha motivado que muchos países adopten la vacunación únicamente de forma voluntaria, descartando la obligatoriedad y es la voluntariedad que exige que debe de proporcionarse toda la información, no solo del contenido de la vacuna, sino más bien de los posibles efectos y riesgos que pueden derivarse de su aplicación, y dado la responsabilidad del Estado en su aplicación también conlleva ser objeto de esa responsabilidad en conjunto con la empresa farmacéutica<sup>104</sup>.

Miranda Gonçalves, de forma clara nos explica que es evidente las vulneraciones y violaciones a la dignidad humana durante la pandemia del COVID-19, y esas violaciones no se fueron dando de manera puntual sino más bien fueron violaciones reiteradas y en incontables ocasiones, en el sentido que, si la dignidad humana es inherente a todas las personas y se encuentra consagrada como un derecho humano, durante la pandemia se han adoptaron diferentes medidas que atentaron contra la misma. No solo se dieron situaciones en donde se oculto información de diversa índole, sobre todo en el número de contagiados, ingresos hospitalarios, defunciones personas hospitalizadas y en cuidados intensivos, la falta de recursos, y la mala disposición, distribución y aplicación de las vacunas, etc., son situaciones que tal como sostiene Miranda Gonçalves, no solo se atenda contra la dignidad sino también se vulnera otros derechos humanos, entre estos el derecho a la salud así como el derecho a la vida, en el sentido que se tiene que partir que toda persona es igual a la otra, que no se puede prescindir de ninguna y menos por tomar como criterio diferenciador de la edad, el sexo, la condición médica y hasta la nacionalidad etc., para decir quien es imprescindible, aunque nos encontremos ante una situación de emergencia y falta de recursos<sup>105</sup>. Esta pandemia nos trajo diversos problemas, sobre todo en la falta de seguridad y confianza en las instituciones y organismos estatales que tienen como finalidad la de velar por el derecho y la protección de la salud, siendo uno de los aspecto que debemos de tener en cuenta con todo lo referente a los tratamientos, vacunas, y atención médica en general es el derecho a la seguridad en el sector de la salud, en el sentido que debe de entenderse tal como lo define Shevchuk, Matyukhina, Dudnikov y otros como: el conjunto de normas jurídicas relacionadas con la voluntad de recibir los servicios médicos y protección frente a intrusiones por parte de los sujetos que intervienen y forman parte de las relaciones médicos legales, tomando en consideración que la

<sup>104</sup> Cfr. CAMELO, G. "Responsabilidad civil por daños a las personas humanas derivados de la vacunación contra el COVID-19", *Pensar en Derecho*, a. 10, no. 18, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, Argentina, 2021, pp. 33 - 34.

<sup>105</sup> Cfr. MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Revista Justiça do Direito*, Volumen 34, Número 2, 2020, pp. 168 - 169.

salud es un derecho en que siempre es responsable el Estado, y esto conlleva la creación de un marco legal apropiado y actualidad para su implementación. Es decir que se trata de crear las condiciones mínimas de seguridad necesarias para la implementación de este derecho y de las obligaciones que se requieren al recibir los distintos tratamientos y servicios médicos, es por esto que hoy en día, se habla no tan solo del derecho a la salud sino también el derecho humano a la seguridad en la salud, como un derecho que se suma a la lista de los derechos fundamentales<sup>106</sup>.

## **8. Conclusiones**

1. Siempre es necesario el consentimiento de las personas para la imposición de cualquiera vacuna, y este consentimiento no puede ser omitido, en ningún caso y en ninguna circunstancia, aún ante una situación de emergencia sanitaria en donde se encuentra en peligro la salud pública.
2. La vacunación puede ser obligatoria en los casos en que es necesaria por la profesión o labor que ejercen determinadas personas. Sin embargo, estas obligaciones de vacunarse, deben establecerse a través de leyes especiales, con una vigencia de tiempo determinada.
3. La objeción médica es hasta el momento el único recurso que la mayoría de los tribunales han permitido para que una persona, se le permita no ser vacunada,
4. La objeción de conciencia o religiosa, ante una situación de emergencia sanitaria del COVID-19, la mayoría de los tribunales consultados no la han aceptado como excusa para no vacunarse por lo menos durante el tiempo que dure la pandemia.
5. La población debe contar con toda la información respectiva a la vacunación contra el COVID-19, en lo que respecta a sus beneficios y contra indicaciones, y esa información debe ser fácilmente disponible por los canales oficiales y ser explicada en un lenguaje que pueda ser entendido de forma sencilla por la población en general.
6. Con las personas ancianas y vulnerables, se hace necesario tener un trato más digno y humano en cuando a la colocación de la vacuna contra el COVID-19.
7. Es necesario que diferentes instituciones públicas y empresas privadas cuenten con protocolos de actuación ante una situación de pandemia.
8. Se debe contar con fuertes campañas de los beneficios y contras de la vacunación en contra de la desinformación, especialmente dirigida a la población más vulnerable por estas enfermedades.
9. Es necesario que las leyes dictadas en situaciones de emergencia pasen por el Tribunal Constitucional correspondiente, y sean resueltos de forma oportuna y razonable los diferentes recursos, antes, durante y después de la declaración de emergencia.
10. En casos de determinadas profesiones en que no se mantiene contacto físico sino virtual con las demás personas, la doctrina en su mayoría considera que la vacuna no debe de ser obligatoria para estos casos, ni se puede restringir el ejercicio de su labor o profesión.

---

<sup>106</sup> Cfr. SHEVCHUK, O., MATYUKHINA, N., BABAIEVA, O., DUDNIKOV, A., & VOLIANSKA, O. "The human right to security in implementing the concept of the" right to health protection". *Juridical Tribune/Tribuna Juridica*, Volumen 11, Número 3, 2021, pp. 546 – 547.

## Bibliografía

ALONSO TIMÓN, A. J. "La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021". *Revista de Administración Pública*, 216.

AYMERICH CANO, C. "Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial", *Derecho y salud*, Volumen 31. Extraordinario/Ponencias, 2021.

BELLVER CAPELLA, V. "COVID, vulnerabilidad y derecho", *OTROSÍ. Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, Colegio 30 Aniversario, Corte de Arbitraje, 7ª Época, Madrid.

BOURLA, A. *Elegimos ir a la Luna*, Crónica desde dentro de cómo se hizo posible lo imposible, Editorial Península, 2022.

CAMARGO RUBIO, R. D. "Bioética Social, Deberes del Estado Derecho y deberes civiles en la vacunación COVID-19", *Revista Latinoamericana de Bioética*, Editorial Neogranadina, Volumen 22, No. 1, Colombia, 2022.

CARAMELO, G. "Responsabilidad civil por daños a las personas humanas derivados de la vacunación contra el COVID-19", *Pensar en Derecho*, a. 10, no. 18, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Departamento de Publicaciones, Argentina, 2021.

CIERCO SEIRA, C. "La vacuna-condición o el pasaporte de vacunación y su eventual encaje en un marco general de vacunación recomendada contra la COVID-19". *Vacunas*, Volumen 22, Tema 2, 2021.

CIERCO SEIRA, C. RAMÓN FERNÁNDEZ, T. FERNÁNDEZ TORRES, J. R. *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CORTINA, A. *Ética cosmopolita. Una apuesta por la cordura en tiempos de pandemia*, PAIDÓS Estado y Sociedad, España, 2021.

CORTINA, A. *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Ciencias Sociales Editorial Trotta, Madrid, 2001.

CORTINA, A. TRIBUNA. Los desafíos del coronavirus. Las democracias funcionan mejor allí donde se refuerzan con códigos de conducta que la comunidad asume. Por eso es letal atizar la polarización e instrumentalizar la pandemia para destruir adversarios. *El País*, publicado el 16 mayo de 2020, puede ser consultado en: <https://elpais.com/hemeroteca/2020-05-15/>. Visto el día 17 de noviembre de 2020.

CORTINA, A. IDEAS. Tras la covid-19, celebremos el Día de la Interdependencia. En la lucha por la supervivencia prosperan quienes apuestan por el apoyo mutuo, escribe la filósofa Adela Cortina. Es posible responder a esta crisis desde la construcción de un 'nosotros' incluyente. *El País*, publicado el 23 marzo de 2021, puede ser consultado en: <https://elpais.com/ideas/2021-03-23/tras-la-covid-19-celebremos-el-dia-de-la-interdependencia.html>. Visto el día 12 de septiembre de 2022.

CORTINA, A. *Valores éticos en tiempos de pandemia, Del transhumanismo a la cordura, en cambios sociales en tiempos de pandemia*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2022.

DELGADO PEÑA, M. P. "Vacunación COVID-19 e implicancias en el derecho de las personas en Argentina", *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*. Vol. 9 Núm. 2, UCES - Editorial de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina, 2021.

DE LORENZO APARICIO, M. O. "Responsabilidad por efectos adversos de las vacunas contra la COVID-19", *New Medical Economics*, Derecho Sanitario, 2021.

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. "La vacunación obligatoria en el contexto de la pandemia de la COVID-19: análisis desde la teoría constitucional de la limitación de los derechos fundamentales", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 49, 2022.

FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Los Estados de Alarma por el COVID-19, PROBLEMAS JURÍDICO-ADMINISTRATIVOS, *Ratio Legis* Ediciones, Salamanca, 2021.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R. COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA CAMARERO, J. La COVID-19 y el multicolapso del neoliberalismo global, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021.

GIROTTO, S. "Vacunación: entre la autonomía y la solidaridad. El equilibrio de principios desde una perspectiva bioética global frente a la pandemia del COVID-19", *Medicina y Ética*, Vol. 33, Núm. 3, 2022.

GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, W. R. ESCOBAR-OSPINO, D. L. WILCHES-VISBAL, J. H, "Consideraciones éticas y legales sobre la vacunación obligatoria contra la COVID-19 en niños durante el retorno a clases", *Duazary*, Vol. 19, No. 1, 2022.

GONZÁLEZ-HERNÁNDEZ, E. COVID-19, vacunación obligatoria y derechos fundamentales al hilo de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Vavricka y otros c. República checa: un falso dilema, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Estudios Doctrinales, Vol. 25, Núm. 2, julio-diciembre, 2021.

GONZÁLEZ-MELADO, F. J. DI PIETRO, M. L. "La vacuna frente a la COVID-19 y la confianza institucional", *Enfermedades infecciosas y Microbiología clínica*, Volumen 39, Tema 10, Barcelona, 2021.

INSANGUINE MINGARRO, F. A. CASTELLANOS CLARAMUNT, J. "COVID-19, "fake news" y vacunación: la necesidad de inmunizar a la sociedad de la duda vacunal", *Cuadernos de Bioética*, 32(104), 2021.

LÓPEZ DAZA, G. A., "¿Obligatoriedad de la vacuna contra el virus del COVID-19?", *Revista Jurídica Piélagus*, 20(1), Colombia, 2021.

LUQUIN BERGARECHE, R. COVID-19: *Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, septiembre 2020.

MARTÍN FARGAS, P. FRANCH SAGUER, M. "Consentimiento informado y COVID-19: análisis jurídico", *Derecho y Salud*, Ponencias, Volumen 31, Extraordinario, Barcelona, 2021.

MAZZUCATO, M. *Desaprovechemos esta crisis. Lecciones de la COVID-19*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2021.

MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Revista Justiça do Direito*, Volumen 34, Número 2, 2020.

MOREIRA, A. C. "Soberanía estatal y cooperación internacional. reflejos del derecho internacional frente al desafío de la COVID-19". *Cuadernos de Derecho Público*, No. 8, Universidad Católica de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Instituto de Derecho Público, Argentina, 2020.

MORENTE PARRA, V. Ética de la investigación clínica durante la pandemia por la COVID-19, en la humanidad puesta a prueba Bioética y COVID-19, Catedra de Bioética 34, Universidad Pontifica de Comillas, 2020, Madrid.

MOTA DONATE, G. "Los posibles efectos adversos de la vacuna contra la COVID-19: ¿excepción al régimen general de responsabilidad por daños del productor?", *Derecho y Salud*, Vol. 31 (Extraordinario).

ORRANTIA CAVAZOS, J. R. "COVID-19 y Justicia social: un enfoque sindémico de la resistencia a la vacunación", *Revista de Bioética y Derecho Perspectivas Bioéticas*, 2022.

PONT VIDAL, J. *Sociedades contingentes COVID-19: un nuevo agente de cambio social*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021.

RIDAO, J. Derecho de crisis y Estado autonómico del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2021.

SHEVCHUK, O., MATYUKHINA, N., BABAIEVA, O., DUDNIKOV, A., & VOLIANSKA, O. "The human right to security in implementing the concept of the"

right to health protection". *Juridical Tribune/Tribuna Juridica*, Volumen 11, Número 3, 2021.

VON BOGDANDY, De A. CASAL, J. M. MORALES ANTONIAZZI, M. La resistencia del Estado democrático de Derecho en América Latina frente a la pandemia de COVID-19 un enfoque desde el *ius commune*, CIDEP (14 enero 2021), Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Caracas, 2021.

YÁNEZ COELLO, C. "Vacunación contra la COVID-19: ¿derecho o privilegio? el caso del Ecuador", *Revista IIDH*, Volumen 72, 2021.

ŽIŽE, S. Pandemia la COVID-19 estremece al mundo, Nuevos Cuadernos Anagrama, II edición, 2020, España.

## **Brazilian's integration policies and the public budget: a study of the main intersection factors within the migration governance framework**

*Políticas integratórias brasileiras e orçamento público: um estudo dos principais fatores de interseção no contexto da governança migratória*

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

**Luísa Chaloub**<sup>2</sup>

*Universidade Federal do Rio de Janeiro*

**Summary:** 1. Introduction. 2. Migration governance framework and context. 3. Integration Policies. 4. Relationship between the integration policies and the public Budget. 5. Conclusion. 6. Bibliography.

**Abstract:** The main focus of this paper is to analyse Brazilian's integration policies and their relationship with the public budget within the migration governance framework, making a brief study of the main intersection factors. Other than that, it also tries to understand, throughout a historical and contextual reconstruction, the main political and economic reasons that shaped the models of governance and the consequent decision to design and implement the integration policies. In this scenario, the contextualist-historical method is adopted, as it is the most suitable and reliable for understanding and better assessing the topic, in order to anticipate the epistemological issues that could arise from this work. Besides that, an interdisciplinary comparative analysis is also necessary. The approach that is not concerned with mobilizing legal theory or the cultural context of its objects is not capable of producing nothing but theoretical constructions allegedly scientific and, at worst, wrong conclusions. This paper outlines an unprecedented and necessary strategy for addressing this subject in order to fill the existing literature gap in the field, both in terms of topic and methodology. Through an interdisciplinary approach, this paper intends to build valuable and applicable considerations regarding the topic.

**Keywords:** Human Rights; Refugee Law; Integration Policies; Public Budget; Migration Governance.

**Resumo:** O principal foco deste artigo é analisar as políticas de integração brasileiras e sua relação com o orçamento público no âmbito da governança migratória, fazendo um breve estudo dos principais fatores de interseção. Para além disso, procura

---

<sup>1</sup> Post-Doctorate from the Center for Social Studies (CES) - University of Coimbra; Visiting Researcher at Stetson University Law School. Post-Doctorate in Culture by the Advanced Program of Contemporary Culture - Federal University of Rio de Janeiro (PACC/UFRJ); Post-Doctorate in Law - Mackenzie Presbyterian University (SP). Doctor and Master of Laws (UGF). Doctoral student in International Relations (UCC). Full Professor at the National Law School - Federal University of Rio de Janeiro (FND/UFRJ) and at the University of Grande Rio (UNIGRANRIO).

<sup>2</sup> Master in International Law from Charles University (CUNI) - International Law in Central European Countries Program. Member of the European Law Student Association - ELSA (Prague). Researcher at LEPADIA (UFRJ) and at NEPEDI (UERJ).



também compreender, por meio de uma reconstrução histórica e contextual, as principais razões políticas e econômicas que moldaram os modelos de governança e a consequente decisão de conceber e implementar políticas de integração. Nesse cenário, adota-se o método histórico-contextual, por ser o mais adequado e confiável para a compreensão e melhor avaliação do tema, a fim de antecipar as questões epistemológicas que possam surgir deste trabalho. Além disso, também é necessária uma análise comparativa interdisciplinar. A abordagem que não se preocupa em mobilizar a teoria jurídica ou o contexto cultural de seus objetos não é capaz de produzir nada além de construções teóricas pretensamente científicas e, na pior das hipóteses, conclusões equivocadas. Este artigo esboça uma estratégia inédita e necessária para abordar esse assunto a fim de preencher a lacuna existente na literatura na área, tanto em termos de tema quanto de metodologia. Por meio de uma abordagem interdisciplinar, este artigo pretende construir considerações valiosas e aplicáveis sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Direitos dos Refugiados; Políticas de Integração; Orçamento Público; Governança Migratória.

## 1. Introduction

The migration phenomenon is not new<sup>3</sup>. Human migration may be an age-old activity present in almost every society globally, yet this is the era of heightened interest in the subject, making it one of the trending topics nowadays<sup>4</sup>. The discussions about international migration at the global level are also not recent<sup>5</sup>, and it gains even more prominence with the 2030 Agenda for Sustainable Development recognizing migration as a cross-cutting issue<sup>6</sup> and a powerful driver of sustainable development for migrants and their communities<sup>7</sup>.

The growing interest in migration has led to various attempts to assess and compare countries' migration policies and governance, including immigration, emigration, and integration<sup>8</sup>, to demystify the complexity and diversity of human mobility and resettlement. The exam of the shifts in scale, direction, demography, and frequency can illuminate how migration is evolving while pointing to long-term trends shaped by historical and recent events, looking for medium and long-lasting

<sup>3</sup> See the studies produced by GUERRA, S.; EMERIQUE, L. *Minority rights and vulnerable groups*. Ijuí: Unijuí, 2008.

<sup>4</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLIDOU, A. (eds.), 2021. *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, p. 14. Available at: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>. Access in: 12/05/2022.

<sup>5</sup> UNITED NATIONS. A/RES/73/195 - *the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)* - Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018, p. 1. Available at: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Access in: 12/05/2022

<sup>6</sup> UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Data and the Sustainable Development Goals (SDGs)*. Available at: <https://www.migrationdataportal.org/sdgs?node=0>. Access in 09/05/2022.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS. A/RES/70/1 - *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. The central reference to migration is made in Target 10.7 to facilitate orderly, safe, regular and responsible migration and mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies. Available at: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Access in: 12/05/2022.

<sup>8</sup> UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Policies and Governance*. Last updated on 29 September 2021. Available at: <https://www.migrationdataportal.org/ar/themes/migrationspolitik-und-regierungsfuehrung>. Access in 09/05/2022.

solutions, and informing effective policies, programs, and operational responses on the ground<sup>9</sup>.

Migration is not uniform across the world, but, in fact, it is shaped by geographic, economic, gender, cultural<sup>10</sup> and other factors, which results in distinct migration patterns, such as migration "corridors" developed over many years<sup>11</sup>. Besides that, the experiences of refugees are heavily mediated by race and ethnicity, and refer to the geopolitics of refuge as a Global Refugee Regime "*unwittingly falls into the trap of missing the centrality of racialization as an embedded system of oppression*"<sup>12</sup>.

This heterogeneity in the migration paths makes upholding fundamental rights and supporting migrants who are most in need an even more significant challenge. The situation is worsened by the fact that "*the term itself remains one of the most misused in today's debates and news coverage, with a large quantity of misinformation about migration and migrants*"<sup>13</sup>.

In parallel to that, it is essential to note that a critical aspect of managing migration is the "*successful integration of immigrants and their descendants, and at the same time, immigration policy can contribute to the success of integration policy*"<sup>14</sup>. Nonetheless, there is a sense that some of the core values underpinning a well-functioning of global governance system can become key resources supporting the migrants' rights protection process and their integration into the local community<sup>15</sup>, and the proper model of governance can help alleviate the burden to the public budget those policies might impose.

Thus, the main focus of this paper is to make an analysis of the integration policies and their relationship with the public budget, proposing a study of the main intersection factors within the migration governance framework. Through an interdisciplinary approach, this paper intends to build valuable and applicable considerations regarding the topic taking into account the specialized bibliography and the most relevant documents on the subject.

## **2. Migration governance framework and context**

The growing salience of migration as a critical issue in governance at the international, regional, national, and sub-national levels and the increased focus on migration governance, despite the challenges of a geopolitically charged competition, made some progress in the last years towards achieving the Sustainable Development Goals<sup>16</sup>, as well as on the specific issues of migration and displacement via the two Global Compacts for migration and on refugees<sup>17</sup>.

<sup>9</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* p. 14.

<sup>10</sup> KOLDINSKÁ, K. *ILO Pioneering on Domestic Workers – Migrant Women Issues*. Hungarian Journal of Legal Studies 59, No 4, pp. 420–431 (2018) DOI: 10.1556/2052.2018.59.4.6. P. 420.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>12</sup> TENDAYI ACHIUME; E. *Part I International Refugee Law— Reflections on the Scholarly Field*, Ch.2 Race, Refugees, and International Law. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. The Oxford Handbook of International Refugee Law. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>14</sup> EUROPEAN UNION. Council of the European Union. *Press release, 2618th Council Meeting Justice and Home Affairs*. Council conclusions. Brussels, 19 November 2004. P. 15. Available at: [https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu\\_en](https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu_en). Access in: 10/05/2022

<sup>15</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* p. 22.

<sup>16</sup> UNITED NATIONS. OIM. *The Sustainable Development Goals Report 2021*. New York. Available at <https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021.pdf>. Access in: 12/05/2022.

<sup>17</sup> UNITED NATIONS. A/RES/73/151. 17 December 2018. *Op. Cit.*

At the regional level, in South America, despite having "uneven" policy responses, has some of the most progressive and liberal migration and refugee legislation in the world<sup>18</sup>, based on the Cartagena Declaration on Refugees<sup>19</sup> signed in 1984 responded to the "*persistent economic crisis, poverty, and insecurity that had arisen in Central America, as well as the longer-term experience with forcibly displaced persons and the adoption of political asylum as a response*"<sup>20</sup>. Compared with the EU, South American countries "*on average, are more progressive regarding the scope of protection and the socio-economic integration of asylum seekers and refugees*", and it is essential to highlight that "*Argentina, Brazil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, and Mexico surpass EU protection standards*"<sup>21</sup>.

A series of declarations supplemented the Cartagena Declaration as the San Jose Declaration on Refugees and Displaced Persons (1994)<sup>22</sup>, the Mexico Plan of Action (2004)<sup>23</sup>, the Brasilia Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas (2010)<sup>24</sup>, and the Brazil Declaration (2014)<sup>25</sup>. Today, more than 15 Latin American states have transposed the broad refugee definition provided in the Cartagena Declaration into their national legislation.

In this scenario, the significant contributions of NGOs and academia once again cannot be disregarded. For example, to monitor and assess the results of the migration policies was created the platform "MigraCidades: Improving Local Migration Governance in Brazil", as a result of a partnership between the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS) and the International Organization for Migration (IOM), with the support of the National School of Public Administration. This platform aims to train local actors, boost migratory dialogue, certify government engagement in improving migratory governance and give visibility to good practices identified in Brazilian regions and municipalities<sup>26</sup>. Besides that, one can also highlight the crucial contributions of Caritas of the Diocese, Jesuit Service to Migrants and Refugees, and Migration and Human Rights Institute, among others.

Therefore, as could be seen by the several examples above, one cannot deny the effort of the subjects of international law to currently framing their actions in normative discourses. Nevertheless, this initiative is not always successful. Even

<sup>18</sup> CARRERA, S; INELI, M; LINA, C; BRUMAT, V. CEPS Policy Insights No 2022-09. *The EU Grants Temporary Protection for People Fleeing War in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy*. 2022. Available at: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/eu-grants-temporary-protection-for-people-fleeing-war-in-ukraine/>. Access in: 12/05/2022. P. 38.

<sup>19</sup> Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama. Regional Refugee Instruments & Related, *Cartagena Declaration on Refugees*. 22 November 1984. Available at: [https://www.oas.org/dil/1984\\_cartagena\\_declaration\\_on\\_refugees.pdf](https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf). Access in: 13/05/2022.

<sup>20</sup> CARRERA, S; INELI, M; LINA, C; BRUMAT, V. 2022. *Op. Cit.* P. 42.

<sup>21</sup> FREIER, F.L.; GAUCI, J.P. Refugee Rights Across Regions: A Comparative Overview of Legislative Good Practices in Latin America and the EU', *Refugee Survey Quarterly*, 39(3), 2020. P. 321-362. In: CARRERA, S; INELI, M; LINA, C; BRUMAT, V. *Op. Cit.* P. 54.

<sup>22</sup> Regional Refugee Instruments, San José *Declaration on Refugees and Displaced Persons*, 7 December 1994. Available at: <https://www.refworld.org/docid/4a54bc3fd.html>. Access in: 13/05/2022.

<sup>23</sup> Regional Refugee Instruments & Related, Mexico *Declaration and Plan of Action to Strengthen International Protection of Refugees in Latin America*, 16 November 2004. Available at: <https://www.unhcr.org/455443b30.pdf>. Access in: 13/05/2022.

<sup>24</sup> UNITED NATIONS. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Brasilia Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas*, 11 November 2010. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/basic/4cdd3fac6/brasilia-declaration-protection-refugees-stateless-persons-americas-brasilia.html>. Access in: 13/05/2022.

<sup>25</sup> Regional Refugee Instruments & Related, *Brazil Declaration and Plan of Action*, 3 December 2014 Available at: <https://www.unhcr.org/brazil-declaration.html>. Access in: 13/05/2022.

<sup>26</sup> UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *A plataforma migracidades*. The Platform migracidades. Available at: <https://www.ufrgs.br/migracidades/>. Access in: 09/05/2022.

though all condemn war and its consequences, some wars seem to gain greater importance in policy and, therefore, a more forceful legal response.

For example, much has been said about the "selective solidarity" regarding the Ukrainian war. The EU is rightly welcoming Ukrainians. Yet, the non-entry policies toward non-European asylum seekers such as Syrians in 2015 and, more recently, in 2021, the very small number of asylum seekers at the Polish-Belarusian border<sup>27</sup> *"cannot be overlooked. Despite all the good that the EU is doing at this time, this differential treatment is already attracting critical comments"*<sup>28</sup>. There are some explanatory factors, such as the regional dimensions, which reflect shared geography and history and perhaps there is also some force in considering this as a crisis in Europe about Europe, as it makes Europeans feel it. One can also mention the scale and suddenness of it, which is unprecedented in post-war European history. But, in fact, the comparisons do indicate that there are other nationalistic forces to be reckoned with<sup>29</sup>. There have also been some *"reports of exclusion and discrimination against non-Europeans which, in the case of the Polish authorities, have been denied"*<sup>30</sup>.

Thus, many times the fulfilment of the Refugee Convention by law is challenged and relativized by political and economic realities all over the world. Generally, human rights receive contours of universality, but the framing of conduct to a human right recognized in an international document as a global compact clearly depends on certain political and economic choices quite evident. The selective efficiency of legal rules is not only directed at international law but at all rights. The difference is that, in schematics of local subordination, political and economic choices of a jurisdictional body, for example, identify themselves as sociologically justifiable choices, while those made in the international environment are framed basically and purely in power relations. The states, therefore, adhere to the protection of the human being, contribute to the construction of discourse on the universality of these rights, and, when confronted with the need to act definitively to promote the materialized in the norm, are reluctant. Political and economic needs create the right, and the same policy later resists the efficiency of the established normative body<sup>31</sup>.

In the migration governance framework today, the states also interact with other subjects. The international organizations act in a way that is often equated with the subjects *par excellence* and even manage to create international forums capable of producing - or, depending on the dynamics of applicable power, imposing - governance. Governance practices, often linked to absolutely non-state actors, can materialize through the so-called "soft law". But the relevance of the State was not overcome by the admission of other actors as subjects of law in the global normative framework, and the political and economic dynamics often imposed on sovereign

<sup>27</sup> Government of Poland. Poland in Nigeria. News. *Important notice: crossing Ukrainian-Polish border*. Available at: <https://www.gov.pl/web/nigeria-en/important-notice-crossing-ukrainian-polish-border>. Access in: 13/05/2022.

<sup>28</sup> FAIOLA, A.; NOACK, R.; ADAM, K. *Suddenly welcoming, Europe opens the door to refugees fleeing Ukraine*. The Washington Post. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/02/28/ukraine-refugees-europe/>. Access in: 13/05/2022.

<sup>29</sup> KOO, J. *Protecting Ukrainians fleeing to the EU ... but for how long?* European Law Blog. News and Comments on EU Law. 10 March of 2022. Available at: <https://europeanlawblog.eu/2022/03/10/protecting-ukrainians-fleeing-to-the-eu-but-for-how-long/> Access in: 13/05/2022.

<sup>30</sup> HANKIR, H.; RABAH, H. *Arab refugees see double standards in Europe's embrace of Ukrainians*. Reuters. Available at: <https://www.reuters.com/world/arab-refugees-see-double-standards-europes-embrace-ukrainians-2022-03-02/>. Access in: 13/05/2022.

<sup>31</sup> CARVALHO DE VASCONCELOS, R.; CAMPOS DUTRA, D. *Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias*, Comparative Law and Politics: Some Reflections Needed. Brazilian Journal of International Law 17, no. 1 (April 2020): 42-56. P. 43. Original in Brazilian Portuguese. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6241> Access in: 07/07/2022. P. 47.

subjects can, under these parameters, tarnish neutrality and consensus intended by international regulations<sup>32</sup>.

While migration governance refers to a broader group of people, encompassing migrants who do not qualify as refugees, reflecting adherence to international standards and fulfilment of migrants' rights<sup>33</sup>, the scope of this paper will be to analyse mainly the impact on the integration policies regarding the selected group of the refugees. Even though migration is usually mixed, "*including refugees fleeing persecution and conflict, victims of trafficking and people seeking better lives and opportunities*"<sup>34</sup>, considering refugees are a vulnerable group<sup>35</sup>, the hypothesis is that those impacts would be more substantial on them and, therefore, currently a more urgent study<sup>36</sup>.

In specific thematic contexts, such as the refugees' rights, the political and economic elements gain discursive contours. The effectiveness of human rights finds an obstacle in the difficulties of coercion of the international system that requires the adherence of the subjects of international law for its improvement. Adhesion that, under certain circumstances, integrates political and economic processes of a narrative constructed and that is not said, therefore, necessarily through endogenous movements of persuasion<sup>37</sup>.

It is also important to highlight that even more than two years later, the world is still "*in many ways grappling with a significant global upheaval caused by the severe pandemic and consequent economic crisis that has tested even the most resilient systems, countries, communities, and people*"<sup>38</sup>. As migration and displacement occur within broader dynamic long-term social, security, political and economic contexts, it is vital to recognize that the pandemic had impacts on the migration and integration policies worldwide in several aspects.

At the beginning of 2020, Covid-19, a new coronavirus, emerged and spread across the world in a series of waves; that was classified as a pandemic by the World Health Organization and "*affected countries on all continents, leading to the death of hundreds of thousands of people and impacting the lives of almost every person on the planet*"<sup>39</sup>. Although the COVID-19 pandemic is a health crisis, it is also an

---

<sup>32</sup> *Ibid.* P. 48

<sup>33</sup> UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Governance Framework*. Available at: [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/about-iom/migof\\_brochure\\_a4\\_en.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/about-iom/migof_brochure_a4_en.pdf). Access in 09/05/2022.

<sup>34</sup> MIXED MIGRATION CENTRE. The Mixed Migration Centre . *What is mixed migration?* Available at: <https://mixedmigration.org/about/>. Access in: 20/05/2022

<sup>35</sup> UNITED NATIONS. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). Vulnerability Screening Tool. *Identifying and addressing vulnerability: a tool for asylum and migration systems*. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>. Access in: 20/05/2022.

<sup>36</sup> GAMMELTOFT-HANSEN, T.; FEITH TAN, N. *Access to Protection and International Responsibility-Sharing*, Ch.27 Extraterritorial Migration Control and Deterrence. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* P. 21

<sup>39</sup> WHO. World Health Organization. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID19* on 11 March 2020. Available at: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020#:~:text=WHO%20has%20been%20assessing%20this,to%20use%20lightly%20or%20carelessly>. Access in: 07/07/2022.



economic crisis, leading economies into recession with a 5.2 percent decline globally for 2020, the deepest recession since the end of the Second World War<sup>40</sup>.

The virus' rapid spread across borders was initially accompanied by the idea that it was a "democratic virus", which for Slavoj Žižek, "*does not distinguish between poor and rich or between a statesman and ordinary people*"<sup>41</sup>. Thus, according to the Slovenian philosopher, such democracy stemming from the virus would lead us to construct a more supportive world, in which differences would be overcome in favor of unity to find a solution to the end of the pandemic. Unfortunately, this idea was not reflected in practice, especially regarding the refugees' rights. As stated by Ranger and Slack, a contagious disease, an epidemic, "*has no meaning in itself, it is only a microorganism that gains significance by the way it interferes in people's lives, the reactions it provokes, the cultural expression and the political values it acquires*"<sup>42</sup>. The pandemic renewed the appeal of nationalist politics and anti-refugee sentiment, which globally endangers the integrity of the international protection regime and deepens refugees' vulnerabilities and the social gap between them and the local community.

As a first consequence, one can state the tension that has emerged between refugees and the policies implemented to stop the movement because of the pandemic, even though the existing human rights law provides for the right to leave any country and return to one's own country<sup>43</sup>. This right to leave one's own country does not come with a corresponding right to enter another country, and the decision to let is made at the state level. Based on the principle of *non-refoulement*<sup>44</sup>, this should not apply to refugees. Nevertheless, during the pandemic, countries even excluded asylum seekers from entry at land borders and pushed them back into countries of transit, which increased irregular migration and provided favorable ground to migrant trafficking and smuggling<sup>45</sup>.

Secondly, some refugees tried to escape from the virus itself, as well as economic hardship, given that "*the lack of social protection for many would mean that not returning to their home countries would risk starvation and homelessness*"<sup>46</sup>. This is an excellent example of how the pandemic created such despair that some refugees decided to return home to the countries they had fled in the first place.

Thirdly, refugees' vulnerability increased, especially because they were not supported by measures to protect vulnerable populations in the context of ongoing humanitarian displacement. The restrictions limited their integration into the local community and, consequently, their access to essential public goods, including health care<sup>47</sup>. Refugees were "*often excluded from public benefits, including health insurance or unemployment insurance, and were especially excluded from health services or feared approaching hospitals or health institutions for fear of being detained or deported*"<sup>48</sup>. Lots of them have lost their jobs and are homeless or forced

<sup>40</sup> IBDR+IDA. World Bank. Migration and Development Brief 34: *Resilience: COVID-19 Crisis Through a Migration Lens*. KNOMAD, World Bank, Washington, D.C. 2020. Available at [www.knomad.org/publication/migrationand-development-brief-34](http://www.knomad.org/publication/migrationand-development-brief-34). Access in: 07/07/2022.

<sup>41</sup> ŽIZEK, S. *El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo Kill Bill...* In P. Amadeo (Org), *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias* (p. 21-28). Buenos Aires: Aspo Editorial. 2020. P. 22.

<sup>42</sup> GOULART, A. *Revisitando a espanhola: A gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro*. História, Ciências, Saúde - Manguinhos, 12(1), 101-142. 2021. P. 120.

<sup>43</sup> UN General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights* (UNGA, 1948).

<sup>44</sup> UN General Assembly. *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>. Access in: 07/07/2022.

<sup>45</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* P. 22.

<sup>46</sup> *Ibid*, P. 24.

<sup>47</sup> BERGMANN, M. *International Migration, Evolving Trends from Early Twentieth Century to Present*. Cambridge University Press, Cambridge. 2020. Available at [www.cambridge.org/core/books/international-migration/60893845597CB52B99F9C3ECC72199ED](http://www.cambridge.org/core/books/international-migration/60893845597CB52B99F9C3ECC72199ED). Access in: 07/07/2022.

<sup>48</sup> *Ibid*, P. 24.

to live in overcrowded conditions. In parallel, COVID-19 outbreaks were detected in refugee reception centers and in some countries, *"people were asked to leave due to public health concerns related to higher risks of transmission within facilities"*<sup>49</sup>.

Additionally, xenophobia and especially anti-Asian racism rose worldwide, with *"some mass media, public figures, and political groups erroneously linking migrants and refugees to the spread of the virus"*<sup>50</sup>. Thus, hate and discrimination against them in many countries globally were exacerbated due to misinformation and fears associated with the COVID-19 pandemic.

Lastly, all of these issues negatively affected the mental health of migrants worldwide. Being in *"irregular situations, lacking social support networks from family and friends, and not understanding the language of the destination country are factors that worsen their vulnerability, making their emotional situation extremely precarious"*<sup>51</sup>.

Hence, the pandemic improved the growth of autocratic tendencies that restrict diversity in populations and fuel anti-refugee sentiment, deliberately undermining and obscuring the refugees' rights and making the environment for post-pandemic migration and refugee protection recovery more challenging<sup>52</sup>. Besides that, the pandemic revealed and exacerbated pre-existing socioeconomic inequalities, including those of refugees, deepening the vulnerability of this group as labour markets contracted and job opportunities tightened significantly<sup>53</sup>, generating a new economic crisis that affected all levels of public policies as the integration policies as well. Thus, no community has been left untouched by the pandemic, but *"the likelihood of having been directly affected by the pandemic and the consequent economic crisis is especially high for the refugees"*.

### 3. Integration Policies

The integration of migrants might be defined as *"the degree to which migrants have the knowledge and capacity to build a successful, fulfilling life in the host society"*<sup>54</sup>. While *"knowledge entails aspects such as fluency in the national language and ability to navigate the host country's labour market and social institutions, the capacity refers to the mental, social, and economic resources migrants have to invest in their futures"*<sup>55</sup>. There are multi-dimensional capacities and knowledge of migrants to settle in their new environment, but there are six which are considered to be the most important of them: psychological, linguistic, social, economic, political and navigational<sup>56</sup>.

The refugee protection logic is one of progressive accrual of rights over time. Because refugees cannot return to their countries of origin, they must be given a chance to start a new life and become integrated into a new community. While this "assimilative path" is generally accepted, absorption capacity becomes a severe issue when refugees arrive in large numbers. Suddenly, the basic standards appear

<sup>49</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* 23

<sup>50</sup> *Ibid.* P. 27

<sup>51</sup> BECKSTEIN, H. *Evaluación de la Evidencia: Cambio Climático y Migración en el Perú*. Potsdam Institute for Climate Impact Research. IOM, Geneva. 2020. Available at [https://peru.iom.int/sites/peru/files/Documentos/UMMC\\_MIGRACION\\_CC\\_PERU\\_GLOBAL.pdf](https://peru.iom.int/sites/peru/files/Documentos/UMMC_MIGRACION_CC_PERU_GLOBAL.pdf). Access in: 07/07/2022.

<sup>52</sup> MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLLIDOU, A. (eds.), 2021, *Op. Cit.* P. 25

<sup>53</sup> *Ibid.*, P. 27.

<sup>54</sup> UNITED NATIONS. IOM. *Integration of Venezuelan and Haitian Beneficiaries of IOM Cash-Based Intervention Programming in Brazil Key Findings from the Application of the IOM / IPL Migrant Integration Index Study Brief*. 2022. Available at: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1496/files/documents/study-brief-integration-of-venezuelan-and-haitian.pdf>. Access in: 29/08/2022.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*

extremely expansive and generous. The idea of "*more refugees, less asylum*" is increasingly presented as an inescapable equation<sup>57</sup>. Scholars in the field need to be wary of developments in domestic law and practice which reinforce this slant.

Even though a wave of solidarity has been glimpsed in the last months due to the Ukrainian war, the renewed appeal of nationalist politics and anti-refugee sentiment globally endangers the integrity of the international protection regime and international law at large. Therefore, further investigation is required of these dynamics that will dismantle the most fundamental principles of international refugee law if unchecked.

In Latin America, 18 of the 20 states are parties to both the Refugee Convention and its Protocol. Although the global refugee regime is virtually the same for all States that are parties to the Refugee Convention and its Protocol, the refugee definitions that are to be found in domestic legislation vary considerably. This results from a decades-long and uncoordinated process whereby the States have broadened the definition of a "refugee"<sup>58</sup>.

The protection of political asylees and refugees also draws on the regional human rights regime, the two most relevant instruments being the 1948 American Declaration of the Rights and Duties of Man and the 1969 American Convention on Human Rights. However, the Cartagena Declaration assumed an important role and had an unprecedented impact in Latin America, both on policy, legal developments, and the conduct of protection policy advocacy<sup>59</sup>.

In addition to the global and regional instruments, protection for asylees is generally found within national constitutions, while the legal framework for protecting political asylees and refugees in Latin America is usually found in domestic legislation<sup>60</sup>. The Mercosur Residence Agreement (MRA) provides two-year residence permits (by Argentina, Brazil, and Uruguay), while Colombia adopted a 10-year residence permit<sup>61</sup> in February 2021.

In the case of large-scale Venezuelan displacement, "*Brazil is the only South American country that has applied the Cartagena definition to significant numbers of Venezuelan nationals*"<sup>62</sup> and has a really broad definition in the Refugee Statute, which consists in one of the main reasons for its choice as a case study. Nonetheless, probably the best reason for studying Brazilian integration and migration governance initiatives is the "*Operação Acolhida*" or Operation Welcome<sup>63</sup>, created in March 2018, which is the Brazilian government's response to the large migratory flow from Venezuela due to the political, economic and social crisis. It is based on three pillars: border ordering, sheltering, and interiorization. The Interiorisation Process of Operation Welcome is the Federal Government's primary strategy to reduce the pressure on public services in the State of Roraima caused by the exponential increase in the migratory flow resulting from the humanitarian crisis in Venezuela and to promote socio-economic integration in Brazilian society. Consequently, it increases tolerance and raises public awareness, which are key initiatives for

<sup>57</sup> DURIEUX, J-F. *The Scope of Refugee Protection*. Ch.37 Temporary Protection and Temporary Refuge. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.

<sup>58</sup> FISCHER, J. *Regional Refugee Regimes: Latin America*. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022. P. 18.

<sup>59</sup> FISCHER, J., 2022. *Op. Cit.* P. 25.

<sup>60</sup> FISCHER, J., 2022. *Op. Cit.* P. 30.

<sup>61</sup> CARRERA, S; INELI, M; LINA, C; BRUMAT, V. 2022. *Op. Cit.* P. 40.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> BRAZIL. Casa Civil. Governo Federal. "Sobre a operação acolhida". About Operation Welcome. Available at: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/acolhida/sobre-a-operacao-acolhida-2>. Access in: 13/05/2022.



achieving the ultimate goal of safeguarding individual freedoms and empowering migrants and civil society as a whole<sup>64</sup>.

It is essential to highlight that the third phase of this operation is already the most important one. Interiorisation is divided into four modalities, which are (I) institutional, (II) family reunification, (III) social gathering, and (IV) signalled job vacancy. The UNHCR supports all modalities and acts at all stages, be it before departure, during the trip, or even at the final destination. Specifically, in the institutional modality, which includes the departure of Venezuelan people from shelters in Roraima to reception and integration centers in other cities of destination, UNHCR works with non-governmental organizations and civil society entities to promote adequate reception and integration in the places of reception, promoting their peaceful coexistence with the host communities and local development<sup>65</sup>.

The Response for Venezuelans (R4V) platform<sup>66</sup> brings together 13 UN agencies and 37 civil society organizations. Its functions, among others, are elaborating a harmonized annual response plan to assist refugees and migrants and the actions of local governments. Interiorization is a priority for "Plataforma R4V Brasil". One of the work fronts is the sector dedicated exclusively to discussing this strategy, how to support the Federal Government in its implementation and how to train the receiving states and municipalities to facilitate the process of integration of these people in the places of destination. In addition, cross-cutting discussions on the topic take place in other sectors, such as Shelter, Education, Protection, Health, WASH (Water, Sanitation, and Hygiene), and Nutrition<sup>67</sup>.

Another good example would be the above mentioned platform "MigraCidades: Improving Local Migration Governance in Brazil", the result of a partnership between the International Organization for Migration (IOM) and the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), with the support of the National School of Public Administration, which aims to train local actors, boost migratory dialogue, certify government engagement in improving migratory governance and give visibility to good practices identified in Brazilian states and municipalities.

Unlike the huge contingent of refugees that occupy the political debate in Europe, Latin America has a body of historical minorities highly damaged by years of exploitation and genocide. The situation in South America, where its minorities are concerned, has a different gravity. It is a historical exclusion - economic and political - of a huge contingent of individuals who, for the most diverse reasons, had precisely their ethnicity as the basis for the withdrawal of their citizenship. When entering a social limbo, Latin American ethnic minorities, notably indigenous and black quilombolas, suffered a series of abuses of their most fundamental rights and the exercise of their autonomy as a high assimilationist and excluding cultural pattern is established. Thus, reducing the autonomy of these peoples. In short: they have become invisible. The seriousness of the situation necessarily requires more incisive responses for a possible rebalancing<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> UNITED NATIONS. ACNUR/UNHCR. *Temas específicos: interiorização*. Specific topics: interiorization. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/interiorizacao/>. Access in: 13/05/2022.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> BRAZIL. *Plataforma Regional de Coordenação Interagencial R4V (Response for Venezuelans)*. Available at: <https://www.r4v.info/pt/brazil>. Access in: 07/07/2022.

<sup>67</sup> UNITED NATIONS. ACNUR/UNHCR. *Conheça a estratégia que já transformou a vida de 50 mil refugiados e migrantes venezuelanos no Brasil*. Discover the strategy that has already transformed the lives of 50,000 Venezuelan refugees and migrants in Brazil. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/2021/04/20/conheca-a-estrategia-que-ja-transformou-a-vida-de-50-mil-refugiados-e-migrantes-venezuelanos-no-brasil/>. Access in: 13/05/2022.

<sup>68</sup> CAMPOS DUTRA, D. *Multiculturalismo e Direito no País das Minorias Invisíveis: Fundamentos e Proposições para uma Nova Leitura da Identidade Constitucional Brasileira*. Multiculturalism and Law in the Country of Invisible Minorities: Foundations and Propositions for a New Reading of Brazilian Constitutional Identity. *Revista do Direito*, (53), 67-91. 2017. Original in Brazilian

In the Brazilian context, although Brazilian legislation is suitable for international standards, the society's treatment of immigrants brings worries<sup>69</sup>. The illusory image of a country made up of people from different continents and marked by the celebration of diversity is deconstructed daily<sup>70</sup>. The reception and integration as an immigrant are particularly dramatic for Venezuelans. When the individual arrives on Brazilian soil, in addition to dealing with culture shock and language difficulties, seeking protection for himself and a job that guarantees his livelihood and security in the future. However, this path can be hampered by prejudice, xenophobia, and lack of information<sup>71</sup>. In this context, it is necessary to implement the notion of "integration" among the Brazilian population since the society that receives the migrants is not a homogeneous body of citizens and how the dissemination of knowledge can contribute to ending xenophobic episodes.

Thus, even though integration policies have been developing recently in the Brazilian context, there is still a sort of challenges that need to be faced. Among them, the economic factor is one of the most relevant. Thus, in the next topic, we are going to work on the main intersection points between the integration policies and the public budget.

#### **4. Integration policies and the public budget.**

The question of budgetary nature and the realization of fundamental rights, at the state legal level, passes, in a certain way, through the constitutional model adopted by a given state<sup>72</sup>. The Brazilian constitution establishes the democratic state of law. It was based on citizenship, and in the principle of human dignity, its text was primarily concerned with the affirmation and guarantee of rights. The issue of migration does not appear directly in the constitutional text, but there was an equalization between Brazilians and foreigners in the exercise and guarantee of most fundamental rights.

Article 5 of the Federal Constitution deals with fundamental rights and, in its *caput*, mentions foreigners as follows: "*all are equal before the law, without distinction of any nature, guaranteeing Brazilians and foreigners residing in the country the inviolability of the right to life, liberty, equality, security and property*"<sup>73</sup>. It is important to note that even though the provision refers to foreign that has a residence in Brazil, the Supreme Court has already positioned many times in the sense that the foreigner, even those without residence in the country, is entitled to

---

Portuguese. Available at: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.10477>. Access in: 07/07/2022. P. 85.

<sup>69</sup> UEBEL, R.; BRÍGIDO, E.; RIBEIRO, V. *Evolução da governança migratória no Brasil: desafios teóricos, mudanças normativas e ecos sociais de sentimentos xenofóbicos*. Ideias, Campinas, SP, v.11, 1-30, 2020. P. 4

<sup>70</sup> Carta Capital. News: "*Sai do meu país!": agressão a refugiado expõe a xenofobia no Brasil*. 2019. Available at: <https://www.cartacapital.com.br/politica/saia-do-meu-pais-agressao-a-refugiado-no-rio-expoe-a-xenofobia-no-brasil>. Access in: 06/09/2022.

<sup>71</sup> AGUIAR, R. *O governo de Jair Bolsonaro e o impacto sobre refugiados no Brasil*. Publicado em outubro 27, 2020. PUCMINAS. Conjuntura. 2021. Available at: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2020/10/27/o-governo-de-jair-bolsonaro-e-o-impacto-sobre-refugiados-no-brasil/>. Access in: 12/08/2022.

<sup>72</sup> GUERRA, S.; CARNEIRO, C. *Direitos Sociais x orçamento público: possibilidades e limites*. GOVERNAT. BOLETIM DO ORÇAMENTO E FINANÇAS, v. 181, 2020. P. 423-433.

<sup>73</sup> BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Access in: 08/07/2022.

all applicable fundamental rights guaranteed by the constitution as a replacement for the penalty<sup>74</sup>, due process of law<sup>75</sup> and gratuitousness of justice<sup>76</sup>.

Furthermore, it makes no sense to argue that Article 5 limits equal rights to resident and documented immigrants since it mentions that "*all are equal before the law, without distinction of any kind*" before restricting guarantees of rights "*to Brazilians and foreigners residing in the country*". In that case, the interpretation "*pro homine*" and consonant with the defence of human rights, enshrined in the same Article 5, must understand the concept of residence broadly, in the sense of abode, and not the legal limitation of those immigrants who obtained a residence permit under the terms of the legislation<sup>77</sup>. After all, regardless of their migratory status, every immigrant has the inviolable right to life, liberty, equality, security and property, as the Constitution recommends.

Indeed, as to the list of Fundamental Rights provided in the Brazilian Constitution of the Republic of 1988 that could be extended to the refugees, the economic and social issue is the most interesting, since Brazil has experienced severe economic crises, which even today compromises, to some extent, the governability of the country<sup>78</sup>. One cannot forget that the years preceding the 1988 Constitution, more precisely from 1984 to 1987, were difficult years for the country's economy, namely: the increase in foreign debt, the so-called "galloping" inflation, devaluation of the currency, and, consequently, the recession and the increase in social inequality<sup>79</sup>.

For Fabio Oliveira<sup>80</sup>, the 1988 Constitution, before initiating the Brazilian directive constitutionalism, innovates in the model of directiveism that it undertakes and is the most programmatic of all Brazilian Constitutions. However, it is not the most nationalistic of all the charters Brazil has ever had, nor is it the one that most advocates state intervention in the economy<sup>81</sup>.

Under the programmatic prism of a Constitution, three elements deserve to be highlighted: the existential minimum, the reserve of the possible and the prohibition of retrogression. This is because the issues involving social rights, which, as a rule, demand a positive action from the State, produce ramifications in relation to the public budget, hence the assertion that these rights demand public spending<sup>82</sup>.

It is worth pointing out, from the outset, that the state must intervene on behalf of the weakest, including the migrants<sup>83</sup>, and that the budgetary issue cannot be viewed in an absolute manner. The primacy of the principle of human dignity<sup>84</sup>, which must be protected and promoted by public authorities and society, must bear

<sup>74</sup> BRAZIL. Supreme Court. *Habeas Corpus* 94.477, Gilmar Mendes, 2012. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2611959>. Access in: 08/07/2022.

<sup>75</sup> BRAZIL. Supreme Court. *Habeas Corpus* 94.016, Celso de Mello, 2009. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Access in: 08/07/2022.

<sup>76</sup> BRAZIL. Supreme Court. *Recurso Especial* 1.018.911, Luiz Fux, 2021. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5115280https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Access in: 08/07/2022.

<sup>77</sup> CLARO, C. *Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: Avanços e Expectativas*. From the Foreigner Statute to the Migration Law: Advances and Expectations. 2020. Available at: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI\\_n26\\_Estatuto.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI_n26_Estatuto.pdf). Access in: 06/07/2022.

<sup>78</sup> GUERRA, S. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 111.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> OLIVEIRA, F. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 213.

<sup>81</sup> Sidney Guerra. *Op. Cit.* P. 42

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 108.

<sup>84</sup> Sidney Guerra. *Op. Cit.* P. 42

in mind the normative force of the Constitution<sup>85</sup> and the fact that all rights cost money<sup>86</sup>.

In this sense, "The cost of rights" was the main theme of the research developed by Stephen Holmes and Cass Sustein, in the United States of America. In that work, the authors demonstrate that all rights, regardless of their classification, necessarily imply an economic cost. Even the so-called first-dimension rights, entitled as negative rights (state abstention), also require public power resources for their preservation, such as, for example, spending on public security in order to preserve freedom<sup>87</sup>. This, in itself, would already be a preponderant factor for the theoretical support of the public entities, of the so alleged limitation of financial resources<sup>88</sup> for the State to justify the non-compliance with fundamental rights.

The essential function of social rights and the expansion of its scope to migrants and refugees is to provide material equality by narrowing existing inequalities, and therefore, they have the same fundamentality as other rights. In the Brazilian case of "Operação Acolhida", for example, overall, the interiorization shows concrete improvements in people's lives, particularly in terms of income, occupation and local integration. For example, the data point to some positive results among the beneficiaries of the Internalization Strategy compared to people sheltered in Roraima regarding unemployment. While the unemployment rate of the internalized population is 17.8%, the sheltered people face almost double - 30.8%. Another good example relates to the education of children under 18. While 67.6% of children and young people living in the interior are enrolled in school, only 41.3% were attending schools as sheltered children. Thus, the interiorized children have more than 50% more access to a school than children that remains in the shelter<sup>89</sup>.

Besides that, internalized Venezuelans are potentially earning higher wages than the sheltered. The average income of Venezuelans benefiting from the Internalization Strategy is R\$ 1,325<sup>90</sup>, a little above the minimum wage in Brazil and about half of the average income of the Brazilian population. But Venezuelans who remain sheltered in Roraima receive an average income of R\$ 595<sup>91</sup>, less than the minimum wage in Brazil and almost three times less than the average income of the resident population in Roraima<sup>92</sup>.

Recent data also reveal the great potential for expanding the Strategy for Internalization with the sheltered population in Roraima, since 76.2% of sheltered people are interested in leaving the state, and 59.3% have already registered to participate in the Strategy and be relocated of Roraima<sup>93</sup>.

---

<sup>85</sup> CARNEIRO, C. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá. 2018. P. 106.

<sup>86</sup> HOLMES, S.; SUSTEIN, R. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York – London: Norton & Company. 2012. Pag. 15-48.

<sup>87</sup> Sidney Guerra. *Op. Cit.* P. 44.

<sup>88</sup> CARNEIRO, C. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2019. P. 82.

<sup>89</sup> UNITED NATIONS. UNHCR. *Limites e desafios à integração local de refugiadas, refugiados e pessoas migrantes da Venezuela interiorizadas durante a pandemia de Covid-19*. Limits and challenges to the local integration of refugees, refugees and migrants from Venezuela internalized during the Covid-19 Pandemic. 2021. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/Sumario-Executivo-Limites-e-desafios-a-integracao-local-de-refugiadas-refugiados-e-pessoas-migrantes-da-Venezuela-interiorizadas-durante-a-pandemia-de-Covid-19-dez.2021.pdf>. Access in: 21/07/2022.

<sup>90</sup> According to the Brazilian Central Bank Official Website currency exchange (<https://www.bcb.gov.br/conversao>), the exact amount in American Dollars of this wage would be USD242,00 at 21/07/2022.

<sup>91</sup> According to the Brazilian Central Bank Official Website currency exchange (<https://www.bcb.gov.br/conversao>), the exact amount in American Dollars of this wage would be USD108,67 at 21/07/2022.

<sup>92</sup> United Nations. UNHCR. *Op. Cit.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

Despite so many positive data, the interiorization strategy of "*Operação Acolhida*" also faces challenging scenarios. As the integration of refugees into the local Community is strongly remarked by the advantages and disadvantages that place offers, many of the biggest Brazilian social problems also end up affecting refugees. For example, sexism and racism are extremely present.

Both internalized and sheltered women are more likely than men to be unemployed or underemployed. Women, especially black women, also earn a lower average income than men when employed<sup>94</sup>. Recently, these gender dimensions are being taken into account when formulating policies aimed at the Venezuelan population and during policy dialogues on protecting women's rights<sup>95</sup> and other potentially marginalized groups such as the LGBTQIA+ population.

In addition, it is essential to note that Venezuelans who joined the Interiorization Strategy have higher educational levels, are more proficient in Portuguese and are more likely to be men than the population that remains in the shelter. These results may point to some selectivity of the target population that is benefited by the strategy<sup>96</sup>, which should also be taken into consideration when elaborating integration policies, especially those directed toward the education and training of those people.

Nonetheless, "*Operação Acolhida*" and the strategy of interiorization were fundamental to finding more sustainable solutions for the Brazilian affected areas (mainly Roraima and Manaus) and mainly for the Venezuelan refugees and migrants, as including local integration and insertion in the labour market across the country, even if still not meeting the ideal standards. This pillar has given rise to new dynamics of spatialization of Venezuelans through Brazil, bringing as a consequence one of the greatest legacies of "*Operação Acolhida*": the expansion of reception regions for these people made the entire country have contact with the topic of protection of refugees and began to develop private and public integration policies. Consequently, it increases tolerance and raises public awareness, which are key initiatives for achieving the ultimate goal of safeguarding individual freedoms and empowering migrants and civil society as a whole.

All things considered, in order to achieve the positive effects of the integration policies, the fulfilment of the promises of modernity requires an active posture from the state in designing and implementing integration policies and, for this, the financial issue could be invoked once again. Hence, the question is whether the unrestrained allegation of the reserve of the possible would put into question the "discretion" in the application of public resources and whether this argument could be used for the ineffectiveness of social rights.

On the one hand, it is important to avoid the legal ineffectiveness of various constitutional provisions on social rights, that is, the materiality of the principle of human dignity should not be confused with the existential minimum and, therefore, the existential minimum should not be reduced to the right to subsist. On the other hand, in face of the broad catalog of social rights, one cannot disregard the budgetary issues and the public deficit created by the economic crises. After all, to a certain extent, Holmes and Sustain are right, in the sense that all rights, regardless of the classification that is attributed to them, necessarily imply some economic cost<sup>97</sup>.

Bearing in mind the importance of integration and social rights, it is possible to verify the vulnerability of attributing a purely economic-budgetary bias to discuss the effectiveness of them. However, there is no way to ignore the budget argument, because although it is not an absolute conception that the relationship is direct, it is

---

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> See, for example: UNITED NATIONS. UNHCR. *Empoderando refugiadas*. Empowering refugees. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/empoderando-refugiadas/>. Access in: 21/07/2022.

<sup>96</sup> United Nations. UNHCR. *Op. Cit.*

<sup>97</sup> Sidney Guerra. *Op. Cit.*

a fact that without public revenue it is impossible to make expenditures. This, therefore, is the great challenge of any good governance, including migration governance. The idea is to optimize the resources in favour of certain rights with the proper use of the budget allocation and the public choice regarding which portfolio should be prioritized<sup>98</sup>. Taking this into account allows the state to design and implement much more precise integration policies and deal with the challenges related to them in a realistic way. Thus, the refugees' rights should not be challenged and relativized by political and economic realities all over the world<sup>99</sup>.

## 5. Conclusion

In recent years, countries have been struggling to cope with refugee crises and their consequences on the internal community. As seen before, these migratory flows already cause truculence even among nationals and lead to the proliferation of xenophobic popular manifestations against immigrants, often based on the consequentialist and utilitarian economic bias, either by fear of insufficient resources or by the increase in unemployment that ends up triggering an upsurge of the population in relation to the reception of foreigners.

With the intensification of social displacements, expulsions, war and precariousness of human life, controlling the movement of transnational migrants, refugees and asylum seekers has become a priority for public agendas of multilateral agencies and national governments. Many times, these actors adhere to the protection of the human being, contribute to the construction of discourse on the universality of these rights, and, when confronted with the need to act definitively to promote the materialized in the norm, are reluctant. Political and economic needs create the right, and the same factors later resist the efficiency of the established normative body.

The vanguard of the Brazilian law for the protection of refugees, the Refugee Statute (Law No. 9,474 of 1997), which in 2022 celebrates 25 years of its enactment, consolidated itself in practices and advances, such as the fundamental expansion of CONARE and its installation in locations besides Brasília, such as Rio de Janeiro, São Paulo and Campinas, seeking to benefit all refugees in a country of continental dimensions. At the same time, the Brazilian initiative, "*Operação Acolhida*", for sure has many positive impacts.

The evidence shown in this thesis points to the need to plan medium and long-term public policies that support the integration process and continued socioeconomic inclusion of the Venezuelan population in Brazil. The data corroborate the importance of emphasizing an integration policy based on territorial dispersion. The analysis leaves no doubt that gender, race and ethnicity lead to structural inequalities experienced by Venezuelans before, during and after the relocation process, and specific policies must address these differences.

However, little is known about the living conditions of these beneficiaries in the post-internalization period, and new research is necessary to fill this gap, investigating the results observed for the beneficiaries in terms of integration to the labour market, generation of income and vulnerabilities linked to socioeconomic conditions, access to social rights and social protection services, in particular education and health, with special emphasis on the specific vulnerabilities of women and children.

To ensure a favourable environment for refugee integration, it is necessary for a multisectoral response focusing on protection, reception and shelter, material assistance and the longest part of this process, integration. For this purpose, it is essential that the local policies are organised to provide information on rights and available services, identify vulnerabilities and refer to relevant services, and monitor

---

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> *Ibid.*



and reinforce reception and integration conditions while ensuring basic needs are met.

This scenario requires a legal and factual effort to compose diverse objectives, whose simultaneous fulfilment is problematic and paradoxical, because even if one right could be fully guaranteed, it could, at least hypothetically, conflict with the satisfaction of others. In this case, weighing them would be a complex task, to say the least. This is because the question of the effectiveness of social rights associated with the fulfilment of the principle of the reserve of the possible, given the situations of scarcity faced by the state, should not be taken absolutely or as a dogma of the globalized economy, but also cannot be disregarded since it directly involves principles of public administration and good governance. Thus, the proposal of a reflection on this issue is apparently paradoxical.

However, we suggest the formal implementation of a hybrid model, which combines the optimization of resources by using the maximum possible, within the constitutional budget rules, to promote the effectiveness of the mentioned rights. This means that, while the scarcity of resources is identified, good governance suggests the optimization of existing resources by establishing priorities for their use according to the fundamental right involved. It is a matter, therefore, of facing the problem of scarcity as a limiting element and not as an absolute inability to satisfy multiple objectives under restrictions. After all, even though all rights cost money, fundamental rights in the light of the new constitutional conception should be mutually compatible and complementary.

## 6. Bibliography

- AGUIAR, R. *O governo de Jair Bolsonaro e o impacto sobre refugiados no Brasil*. Publicado em outubro 27, 2020. PUCMINAS. Conjuntura. 2021. Available at: <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2020/10/27/o-governo-de-jair-bolsonaro-e-o-impacto-sobre-refugiados-no-brasil/>. Access in: 12/08/2022.
- BECKSTEIN, H. *Evaluación de la Evidencia: Cambio Climático y Migración en el Perú*. Potsdam Institute for Climate Impact Research. IOM, Geneva. 2020. Available at [https://peru.iom.int/sites/peru/files/Documentos/UMMC\\_MIGRACION\\_CC\\_PERU\\_GLOBAL.pdf](https://peru.iom.int/sites/peru/files/Documentos/UMMC_MIGRACION_CC_PERU_GLOBAL.pdf). Access in: 07/07/2022.
- BERGMANN, M. *International Migration, Evolving Trends from Early Twentieth Century to Present*. Cambridge University Press, Cambridge. 2020. Available at [www.cambridge.org/core/books/international-migration/60893845597CB52B99F9C3ECC72199ED](http://www.cambridge.org/core/books/international-migration/60893845597CB52B99F9C3ECC72199ED). Access in: 07/07/2022.
- BRAZIL. Casa Civil. Governo Federal. "Sobre a operação acolhida". About Operation Welcome. Available at: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/acolhida/sobre-a-operacao-acolhida-2>. Access in: 13/05/2022.
- BRAZIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Access in: 08/07/2022.
- BRAZIL. *Plataforma Regional de Coordenação Interagencial R4V (Response for Venezuelans)*. Available at: <https://www.r4v.info/pt/brazil>. Access in: 07/07/2022.
- BRAZIL. Supreme Court. *Habeas Corpus 94.016*, Celso de Mello, 2009. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Access in: 08/07/2022.
- BRAZIL. Supreme Court. *Habeas Corpus 94.477*, Gilmar Mendes, 2012. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2611959>. Access in: 08/07/2022.
- BRAZIL. Supreme Court. *Recurso Especial 1.018.911*, Luiz Fux, 2021. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5115280https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2601323>. Access in: 08/07/2022.
- CAMPOS DUTRA, D. *Multiculturalismo e Direito no País das Minorias Invisíveis: Fundamentos e Proposições para uma Nova Leitura da Identidade Constitucional Brasileira*. Multiculturalism and Law in the Country of Invisible Minorities: Foundations and Propositions for a New Reading of Brazilian Constitutional Identity. *Revista do Direito*, (53), 67-91. 2017. Original in

- Brazilian Portuguese. Available at: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i53.10477>. Access in: 07/07/2022. P. 85.
- CARNEIRO, C. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva. 2019.
- CARNEIRO, C. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá. 2018.
- CARRERA, S.; INELI, M.; LINA, C.; BRUMAT, V. CEPS Policy Insights No 2022-09. *The EU Grants Temporary Protection for People Fleeing War in Ukraine. Time to rethink unequal solidarity in EU asylum policy*. 2022. Available at: <https://www.ceps.eu/ceps-publications/eu-grants-temporary-protection-for-people-fleeing-war-in-ukraine/>. Access in: 12/05/2022.
- Carta Capital. News: "Sai do meu país!": agressão a refugiado expõe a xenofobia no Brasil. 2019. Available at: <https://www.cartacapital.com.br/politica/sai-do-meu-pais-agressao-a-refugiado-no-rio-expoe-a-xenofobia-no-brasil>. Access in: 06/09/2022.
- CARVALHO DE VASCONCELOS, R.; CAMPOS DUTRA, D. *Direito Comparado e Política: Reflexões Necessárias*, Comparative Law and Politics: Some Reflections Needed. Brazilian Journal of International Law 17, no. 1 (April 2020): 42-56. P. 43. Original in Brazilian Portuguese. Available at: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6241> Access in: 07/07/2022.
- CLARO, C. *Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: Avanços e Expectativas*. From the Foreigner Statute to the Migration Law: Advances and Expectations. 2020. Available at: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI\\_n26\\_Estatuto.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI_n26_Estatuto.pdf). Access in: 06/07/2022.
- Colloquium on the International Protection of Refugees in Central America, Mexico and Panama. Regional Refugee Instruments & Related, *Cartagena Declaration on Refugees*. 22 November 1984. Available at: [https://www.oas.org/dil/1984\\_cartagena\\_declaration\\_on\\_refugees.pdf](https://www.oas.org/dil/1984_cartagena_declaration_on_refugees.pdf). Access in: 13/05/2022.
- DURIEUX, J-F. *The Scope of Refugee Protection*. Ch.37 Temporary Protection and Temporary Refuge. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. The Oxford Handbook of International Refugee Law. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.
- EUROPEAN UNION. Council of the European Union. *Press release, 2618th Council Meeting Justice and Home Affairs*. Council conclusions. Brussels, 19 November 2004. P. 15. Available at: [https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu\\_en](https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/common-basic-principles-immigrant-integration-policy-eu_en). Access in: 10/05/2022
- FAIOLA, A.; NOACK, R.; ADAM, K. *Suddenly welcoming, Europe opens the door to refugees fleeing Ukraine*. The Washington Post. Available at: <https://www.washingtonpost.com/world/2022/02/28/ukraine-refugees-europe/>. Access in: 13/05/2022.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.
- FISCHEL, J. *Regional Refugee Regimes: Latin America*. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. The Oxford Handbook of International Refugee Law. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022. P. 18.
- FREIER, F.L.; GAUCI, J.P. Refugee Rights Across Regions: A Comparative Overview of Legislative Good Practices in Latin America and the EU', *Refugee Survey Quarterly*, 39(3), 2020. P. 321–362.
- GAMMELTOFT-HANSEN, T.; FEITH TAN, N. *Access to Protection and International Responsibility-Sharing*, Ch.27 Extraterritorial Migration Control and Deterrence. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. The Oxford Handbook of International Refugee Law. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.
- GOULART, A. *Revisitando a espanhola: A gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro*. História, Ciências, Saúde - Manguinhos, 12(1), 101-142. 2021. P. 120.
- Government of Poland. Poland in Nigeria. News. *Important notice: crossing Ukrainian-Polish border*. Available at: <https://www.gov.pl/web/nigeria-en/important-notice-crossing-ukrainian-polish-border>. Access in: 13/05/2022.
- GUERRA, S. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



- GUERRA, S.; CARNEIRO, C. *Direitos Sociais x orçamento público: possibilidades e limites*. GOVERNET. BOLETIM DO ORÇAMENTO E FINANÇAS, v. 181, 2020. P. 423-433.
- GUERRA, S.; EMERIQUE, L. *Minority rights and vulnerable groups*. Ijuí: Unijuí, 2008.
- HANKIR, H.; RABAH, H. *Arab refugees see double standards in Europe's embrace of Ukrainians*. Reuters. Available at: <https://www.reuters.com/world/arab-refugees-see-double-standards-europes-embrace-ukrainians-2022-03-02/>. Access in: 13/05/2022.
- HOLMES, S.; SUSTEIN, R. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York – London: Norton & Company. 2012. Pag. 15-48.
- IBDR+IDA. World Bank. Migration and Development Brief 34: *Resilience: COVID-19 Crisis Through a Migration Lens*. KNOMAD, World Bank, Washington, D.C. 2020. Available at [www.knomad.org/publication/migrationand-development-brief-34](http://www.knomad.org/publication/migrationand-development-brief-34). Access in: 07/07/2022.
- KOLDINSKÁ, K. *ILO Pioneering on Domestic Workers – Migrant Women Issues*. Hungarian Journal of Legal Studies 59, No 4, pp. 420–431 (2018) DOI: 10.1556/2052.2018.59.4.6. P. 420.
- KOO, J. *Protecting Ukrainians fleeing to the EU ... but for how long?* European Law Blog. News and Comments on EU Law. 10 March of 2022. Available at: <https://europeanlawblog.eu/2022/03/10/protecting-ukrainians-fleeing-to-the-eu-but-for-how-long/> Access in: 13/05/2022.
- MCAULIFFE, M.; TRIANDAFYLIDOU, A. (eds.), 2021. *World Migration Report 2022*. International Organization for Migration (IOM), Geneva, p. 14. Available at: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>. Access in: 12/05/2022.
- MIXED MIGRATION CENTRE. The Mixed Migration Centre . *What is mixed migration?* Available at: <https://mixedmigration.org/about/>. Access in: 20/05/2022
- OLIVEIRA, F. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 213.
- Regional Refugee Instruments & Related, *Brazil Declaration and Plan of Action*, 3 December 2014 Available at: <https://www.unhcr.org/brazil-declaration.html>. Access in: 13/05/2022.
- Regional Refugee Instruments & Related, *Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen International Protection of Refugees in Latin America*, 16 November 2004. Available at: <https://www.unhcr.org/455443b30.pdf>. Access in: 13/05/2022.
- Regional Refugee Instruments, *San José Declaration on Refugees and Displaced Persons*, 7 December 1994. Available at: <https://www.refworld.org/docid/4a54bc3fd.html>. Access in: 13/05/2022.
- TENDAYI ACHIUME; E. *Part I International Refugee Law— Reflections on the Scholarly Field*, Ch.2 Race, Refugees, and International Law. In: Cathryn Costello, Michelle Foster, Jane McAdam. *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. 3 June of 2021. Available in: Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>). (c) Oxford University Press, 2022. Access in: 20 May 2022.
- UEBEL, R.; BRÍGIDO, E.; RIBEIRO, V. *Evolução da governança migratória no Brasil: desafios teóricos, mudanças normativas e ecos sociais de sentimentos xenofóbicos*. Ideias, Campinas, SP, v.11, 1-30 , 2020.
- UFRGS. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *A plataforma migracidades*. The Platform migracidades. Available at: <https://www.ufrgs.br/migracidades/>. Access in: 09/05/2022.
- UN General Assembly. *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, vol. 189, p. 137. Available at: <https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html>. Access in: 07/07/2022.
- UN General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights* (UNGA, 1948).
- UNITED NATIONS. A/RES/70/1 - *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. The central reference to migration is made in Target 10.7 to facilitate orderly, safe, regular and responsible migration and mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies. Available at: <https://sdgs.un.org/2030agenda>. Access in: 12/05/2022.
- UNITED NATIONS. A/RES/73/195 - *the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (GCM) - Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018, p. 1. Available at: [https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711\\_final\\_draft\\_0.pdf](https://refugeesmigrants.un.org/sites/default/files/180711_final_draft_0.pdf). Access in: 12/05/2022
- UNITED NATIONS. ACNUR/UNHCR. *Conheça a estratégia que já transformou a vida de 50 mil refugiados e migrantes venezuelanos no Brasil*. Discover the strategy that has already

- transformed the lives of 50,000 Venezuelan refugees and migrants in Brazil. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/2021/04/20/conheca-a-estrategia-que-ja-transformou-a-vida-de-50-mil-refugiados-e-migrantes-venezuelanos-no-brasil/>. Access in: 13/05/2022.
- UNITED NATIONS. ACNUR/UNHCR. *Temas específicos: interiorização*. Specific topics: interiorization. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/temas-especificos/interiorizacao/>. Access in: 13/05/2022.
- UNITED NATIONS. IOM. *Integration of Venezuelan and Haitian Beneficiaries of IOM Cash-Based Intervention Programming in Brazil Key Findings from the Application of the IOM / IPL Migrant Integration Index Study Brief*. 2022. Available at: <https://brazil.iom.int/sites/g/files/tmzbd1496/files/documents/study-brief-integration-of-venezuelan-and-haitian.pdf>. Access in: 29/08/2022.
- UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Data and the Sustainable Development Goals (SDGs)*. Available at: <https://www.migrationdataportal.org/sdgs?node=0>. Access in 09/05/2022.
- UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Policies and Governance*. Last updated on 29 September 2021. Available at: <https://www.migrationdataportal.org/ar/themes/migrationspolitik-und-regierungsfuehrung>. Access in 09/05/2022.
- UNITED NATIONS. IOM's Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC). Global Migration Data Portal. *Migration Governance Framework*. Available at: [https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/about-iom/migof\\_brochure\\_a4\\_en.pdf](https://www.iom.int/sites/g/files/tmzbd1486/files/about-iom/migof_brochure_a4_en.pdf). Access in 09/05/2022.
- UNITED NATIONS. OIM. *The Sustainable Development Goals Report 2021*. New York. Available at <https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2021.pdf>. Access in: 12/05/2022.
- UNITED NATIONS. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Brasilia Declaration on the Protection of Refugees and Stateless Persons in the Americas*, 11 November 2010. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/basic/4cdd3fac6/brasilia-declaration-protection-refugees-stateless-persons-americas-brasilia.html>. Access in: 13/05/2022.
- UNITED NATIONS. UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *Vulnerability Screening Tool. Identifying and addressing vulnerability: a tool for asylum and migration systems*. Available at: <https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>. Access in: 20/05/2022.
- UNITED NATIONS. UNHCR. *Empoderando refugiadas*. Empowering refugees. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/empoderando-refugiadas/>. Access in: 21/07/2022.
- UNITED NATIONS. UNHCR. *Limites e desafios à integração local de refugiadas, refugiados e pessoas migrantes da Venezuela interiorizadas durante a pandemia de Covid-19*. Limits and challenges to the local integration of refugees, refugees and migrants from Venezuela internalized during the Covid-19 Pandemic. 2021. Available at: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/12/Sumario-Executivo-Limites-e-desafios-a-integracao-local-de-refugiadas-refugiados-e-pessoas-migrantes-da-Venezuela-interiorizadas-durante-a-pandemia-de-Covid-19-dez.2021.pdf>. Access in: 21/07/2022.
- WHO. World Health Organization. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID19* on 11 March 2020. Available at: <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020#:~:text=WHO%20has%20been%20assessing%20this,to%20use%20lightly%20or%20carelessly>. Access in: 07/07/2022.
- ZIZEK, S. *El coronavirus es un golpe al capitalismo a lo Kill Bill...* In P. Amadeo (Org), *Sopa de Wuhan: pensamiento contemporaneo en tiempos de pandemias* (p. 21-28). Buenos Aires: Aspo Editorial. 2020. P. 22.

## **Preserving the integrity of genetic heritage in the face of new therapeutic options: bio-legal considerations on genetic editing**

*A preservação da integridade do patrimônio genético diante de novas opções terapêuticas: considerações biojurídicas sobre a edição genética*

**Ana Thereza Meirelles<sup>1</sup>**

*Universidade Católica do Salvador*

**Tagore Trajano<sup>2</sup>**

*Universidade Católica do Salvador*

**Rafael Verdival<sup>3</sup>**

*Universidade Federal da Bahia*

**Caio Lage<sup>4</sup>**

*Universidade Católica do Salvador*

**Summary:** 1. Introduction. 2. From curative medicine to predictive medicine: advances, ethical challenges, and new perspectives. 3. Gene editing practice and ecosophy. 4. The necessary preservation of human and environmental genetic heritage. 5. Conclusion. References.

**Abstract:** Article aimed at analyzing the biojuridical limits appropriate to the use of gene editing as a therapeutic protocol, without this practice violating the necessary preservation of the integrity of the human and environmental genetic heritage. From this perspective, we sought to assess the challenges in guaranteeing genetic integrity and diversity. The methodological path followed was the analytic-discursive,

---

<sup>1</sup> Pós-Doutora em Medicina pela UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela UFBA. Professora da UNEB, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador (PPGD/UCSAL) e da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Coordenadora da Pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito. Líder do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB/UCSAL). E-mail: anatherezameirelles@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9623-6103>.

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Direito pela Pace Law School. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Coordenador e Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Salvador (PPGD/UCSAL). Membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direitos dos Animais, Meio Ambiente e Pós-humanismo – NIPEDA. Advogado. E-mail: tagoretrajano@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0028-486X>.

<sup>3</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Pós-Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Membro da diretoria da Sociedade Brasileira de Bioética – Regional Bahia (SBB/BA). Integrante do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB). Professor de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). E-mail: rafaelverdival@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8393-5618>.

<sup>4</sup> Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especializando em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Membro da diretoria da Sociedade Brasileira de Bioética – Regional Bahia (SBB/BA). Integrante do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB). Pesquisador FAPESB. E-mail: caiolagemartins@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7230-2599>.

identifying fundamental connections related to the problem and interpreting the bioethical and biojuridical concepts in favor of the conclusion regarding the proposed problem. This is a bibliographic review, based on books, chapters in collective works and articles published in leading journals in the area. The use of new therapeutic options such as gene editing emerges in the current scenario as a tool of unknown proportions. Its means must always be used with clear ethical and legal limits to avoid the degradation of the genetic heritage. Add reflections about the new biotechnological paradigms in the era of the new genetics and the necessary legislative update so that there is a better protective standard.

**Keywords:** Genetic Editing; Diversity; Environment; Integrity; Genetic Heritage.

**Resumo:** Artigo destinado a analisar os limites biojurídicos adequados à utilização da edição genética como protocolo terapêutico, sem que esta prática viole a necessária preservação da integridade do patrimônio genético humano e ambiental. Nessa perspectiva, buscou-se avaliar os desafios na garantia da integridade e diversidade genética. O caminho metodológico percorrido foi o analítico-discursivo, identificando conexões fundamentais relacionadas à problemática e interpretando os conceitos bioéticos e biojurídicos em prol da conclusão quanto ao problema proposto. Trata-se de revisão bibliográfica, pautada em livros, capítulos em obras coletivas e artigos publicados em periódicos de referência na área. O emprego de novas opções terapêuticas como a edição genética desponta no cenário atual como uma ferramenta de proporções ainda desconhecidas. Os seus meios devem ser utilizados sempre com limites éticos e jurídicos claros para evitar a degradação do patrimônio genético. Agregar reflexões acerca dos novos paradigmas biotecnológicos na era da nova genética e a necessária atualização legislativa para que haja um melhor standard protetivo.

**Palavras-chave:** Edição Genética; Diversidade; Meio Ambiente; Integridade; Patrimônio Genético.

## 1. Introduction

The history of civilizations shows that technological advances bring about important changes in several scenarios, such as the social, legal, and economic ones. The expression of contemporary biotechnology has been generating a true landmark after large-scale advances, which reverberate impacts on human life, as well as on social relations. From the effervescence of the bioethical and legal aspects arising from genetics and, consequently, the development of new therapeutic and diagnostic methods in the health sciences, the influence of technologies and the growth of their use in medical relations became easy to perceive.

From this perspective, it is observed that genetic editing has been providing new contours in these relations, applying the use of systems by virtue of the provision of a specialized service. This technique has made possible new maneuvers in the design of therapeutic procedures, which has been changing the current scenario and leading to a new delineation in the models of modern medicine.

The destination of the therapeutic process and its objectives have gained a new form over the decades, no longer aimed only at curing the disease presented by the patient, but also to receive a new understanding about the concept of health. In this sense, medical assistance has shifted in search of ensuring the provision of an increasingly individualized care, considering the history, environment and particularities of each subject, with the aim of preventing future genetic diseases through predictive information.

In this sense, the present work seeks to analyze the appropriate legal limits for the use of genetic editing as a therapeutic protocol, without violating the necessary preservation of the integrity of genetic heritage. In this vein, the impacts of the practice of genetic editing as a therapeutic protocol in balance with the

environment were pondered, going through the main advances in the approach to this technique, from curative medicine to the use of new prediction techniques.

The research has a bibliographic and qualitative nature, having in view to seek, from specialized theoretical reference, the answer to the proposed problem, having as methodological path the deductive approach.

## **2. From curative medicine to predictive medicine: advances, ethical challenges, and new perspectives**

The process of evolution of medical practice shows new contours as to the destination and application of the approaches up to the contemporary models. Primarily, curative medicine, also known as assistance medicine, started the promotion of medical interventions aiming at the recovery of the patient's health. Thus, curative medicine was built based on health care from the onset of a pathological condition, with the aim of fully restoring health or, if not possible, to achieve an improvement that would allow greater comfort, aiming for the best possible result<sup>5</sup>.

In a broad way, the essence of the medical activity is linked until today to the ideal of curative medicine, because, since the beginning, the physician performs the treatment of diseases already installed in their organisms, reason why the doctrine and the dominant jurisprudence understand that the contractual obligation of the physician, in these cases, configures an obligation of means, and not of result<sup>6</sup>.

The preventive bias of medicine seeks the creation of conditions that maximize the quality of health of individuals and is translated through the understanding of three systematized strands for the control of determining factors: education, prevention and protection<sup>7</sup>. This tripod is based on the use of appropriate communication so that the health measures adopted protect collective health.

Thus, both approaches, when considered as alternatives for treatment, are seen as opposing poles, imposing health efforts to find the most appropriate option. The two forms of treatment are complementary, since both approaches, the curative and the preventive, are vital to the adequate conformation of the human being's health. For example, the treatment of diseases such as hypertension involves curative medicine, but, due to the need for health management, because it is a risk factor for other diseases, such as cerebral vascular disease or even hypercholesterolemia, it is necessary to act preventively, through therapeutic planning<sup>8</sup>.

Today, concepts such as precision medicine, individualized medicine or personalized medicine are relevant to medicine, and it is important to highlight

---

<sup>5</sup> SEPÚLVEDA, DP. "La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa". 2014. Tese (Doutorado em Direito) Departamento de Derecho Privado, Universidade Carlos III de Madrid – Getafe. Orientadora: María José Santos Morón. Disponível em: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario\\_parra\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf) Acesso em: 12 abr. 2021, p. 71-72.

<sup>6</sup> SEPÚLVEDA, DP. "La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa". 2014. Tese (Doutorado em Direito) Departamento de Derecho Privado, Universidade Carlos III de Madrid – Getafe. Orientadora: María José Santos Morón. Disponível em: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario\\_parra\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf) Acesso em: 12 abr. 2021, p. 71-72.

<sup>7</sup> HESPANHOL, AP; COUTO, L; MARTINS, C. "A medicina preventiva". *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, v. 24, n. 1, p. 49-64, jan. 2008. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10462/10198>. Acesso em: 29 abr. 2021, p. 50.

<sup>8</sup> LIFSHITZ, A. "La medicina curativa y la medicina preventiva: alcances y limitaciones". *Medicina Interna de México*, vol. 30, nº1, jan/fev, 2014. Disponível em: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=48339> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 64.

them<sup>9</sup>. Based on the use of biomarkers, this approach enables the identification of particular genetic aspects, thus indicating the presence of oncological, genetic or even infectious diseases. The use of these biomarkers has been used to indicate therapeutic procedures, as well as the appropriate follow-up for each pathology. Faced with the three terminologies presented, the terminology "precision medicine" is the most used nowadays, because it takes into consideration other spheres, such as the environment to which the subject is inserted and their respective lifestyle<sup>10</sup>.

The use of individual information about the patient, such as comorbidities, habits, lifestyle and family history, was already a reality in medical practice. Added to the concept of precision medicine was the knowledge of Genetics, which allows the correlation between the patient's genetic information, the possibility of disease onset and the best alternatives for their treatment<sup>11</sup>.

The core of precision medicine lies in the search for the improvement of diagnosis and respective medical treatment. For the purpose of this approach, we seek the use of clinical data and scientific information to build strategies that enable an individualized and more assertive therapeutic process. In this perspective, specific tools are used in the integration and analysis of large amounts of clinical data for diagnosis, care and management<sup>12</sup>.

Oncology was the area in which precision medicine has shown the greatest development to date, consolidating the use of genetic tests as markers to identify therapeutic agents in cases of neoplasia in different tissues. The milestone in the use of these markers was the detection of HER-2 through the use of immunohistochemistry. Another advance in sequencing techniques came with the creation of next-generation genetic tests, making it possible to find more assertive drugs for neoplasms. João Pinho<sup>13</sup>, highlights that "new tests detect not only specific point mutations in different genes, such as large deletions and insertions, and even other more recently described types of mutations are being addressed - and are very important, especially for the immunotherapy of neoplasms."

It should be noted that the possibility of identifying and knowing "genetic alterations in hereditary conditions is associated with the development of personalized prophylactic and therapeutic alternatives, that is, aimed at the personal context of each patient, contributing to the prevention of cancer or the choice of a more precise and effective treatment"<sup>14</sup>. As examples of cancers arising from genetic predisposition known are "breast cancer, related to mutations in genes BRCA1 and BRCA2, and colon cancer, related to Lynch syndrome and familial adenomatous polyposis"<sup>15</sup>.

---

<sup>9</sup> LIFSHITZ, A. "La medicina curativa y la medicina preventiva: alcances y limitaciones". *Medicina Interna de México*, vol. 30, nº1, jan/fev, 2014. Disponível em: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=48339> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 64-65.

<sup>10</sup> PINHO, JRR. "Precision Medicine". *Einstein (São Paulo)*. 2017, v. 15, n. 1, p. 8-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-45082017ED4016> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 8-10.

<sup>11</sup> MEIRELLES, AT; GUINDALINI, R. "Oncogenética e dimensão preditiva do direito à saúde: A relevância da informação genética na prevenção e tratamento do câncer". In: MEIRELLES, Ana Thereza et al (Coords.). *Direito e Medicina: Interseções Científicas. Genética e Biotecnologia*. V.I. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 157.

<sup>12</sup> HAENDEL, M; CHUTE, C; ROBINSON, P. "Classification, Ontology, and Precision Medicine". *The New England Journal of Medicine*, 2018, p. 1452-1462. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMra1615014> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 1453-1454.

<sup>13</sup> PINHO, JRR. "Precision Medicine". *Einstein (São Paulo)*. 2017, v. 15, n. 1, p. 8-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-45082017ED4016> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 8-10.

<sup>14</sup> MEIRELLES, AT; GUINDALINI, R. "Oncogenética e dimensão preditiva do direito à saúde: A relevância da informação genética na prevenção e tratamento do câncer". In: MEIRELLES, Ana Thereza et al (Coords.). *Direito e Medicina: Interseções Científicas. Genética e Biotecnologia*. V.I. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 159.

<sup>15</sup> MEIRELLES, AT; GUINDALINI, R. "Oncogenética e dimensão preditiva do direito à saúde: A relevância da informação genética na prevenção e tratamento do câncer". In:

Thus, by evaluating each specific case, including genetic specificities, valuable information enables accurate decisions, valid only for the patient in question. Genomic medicine has contributed to the development of a predictive practice that promises to bear fruit. Based on the use of genetic tests, this branch allows the knowledge of genetic predispositions of the human being through high efficiency techniques. The result of these tests has generated a new horizon for medical practice that was not possible before: the construction of a medicine that unites the personalization of procedures with access to predictive information in a participatory manner<sup>16</sup>.

Unlike preventive medicine, where the development of healthy habits aims to reduce the possibility of the individual developing a disease, predictive medicine is intended to identify genetic predispositions of the patient and/or his family members to achieve an early diagnosis. This aspect has been gaining prominence from health technologies, of which artificial intelligence stands out. Therefore, the predictive approach has been presenting several benefits, which emerge interconnected to clinical and legal divergences.

Through genetic testing, predictive medicine indicates the predisposition of an individual or group of people to develop a certain disease. Therefore, its practice guarantees the patient an identification prior to the manifestation of the disease, enabling new forms of treatment, thus aiming at prevention and remedy. The effectiveness of this prognosis arising from testing at the phenotypic level depends on "the degree of interaction of the gene researched with the disease itself and the surrounding environment"<sup>17</sup>.

When there is a diagnosis of cancer at an earlier age than usual or there are several cases of the same neoplasm in close relatives, the hypothesis of predisposition to cancer can be raised, and people should be referred to genetic counseling and testing. If a germline mutation is identified, this person and his or her family will benefit significantly from personalized screening protocols and behaviors aimed at cancer prevention<sup>18</sup>.

Obtaining consent for testing is also a challenge in this relationship<sup>19</sup>. Nevertheless, patients point to fear of discrimination by insurers and employers when genetic information is accessed in health care planning. Marlene Braz<sup>20</sup> points out that informed consent gains even more importance in the perspective of predictive medicine, when considering the possible social risk, and it is up to the patient, in an autonomous condition, to weigh the pros and cons from the concrete case.

It is well known that the access to information of genetic nature unveils a series of ethical and legal issues related to the interpretation and use, within social relations in general, of this type of knowledge. One must take into account its purpose, which must be exclusively therapeutic, in favor of promoting the health of its holder and family. In this panorama, the sensitive data nature of the information and its consequent confidentiality must also be safeguarded, aiming at the

---

MEIRELLES, Ana Thereza *et al* (Coords.). *Direito e Medicina: Interseções Científicas. Genética e Biotecnologia*. V.I. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p. 159.

<sup>16</sup> PENA, SDJ. "Medicina genômica personalizada aqui e agora". *Revista Médica de Minas Gerais*, vol.20.3, 2010; p. 329-334. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/365> Acesso em: 12 abr. 2021, p. 332-333.

<sup>17</sup> ASTONI JÚNIOR, I; IANOTTI, GC. "Ética e medicina preditiva". *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, 2010, v. 10, suppl 2, p. 377-382. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1519-38292010000600016> Acesso em: 12 abr 2021, p. 378.

<sup>18</sup> DANCEY, J. E. *et al*. "The Genetic Basis for Cancer Treatment Decisions". *Cell*, 148, 2012, p. 409-420.

<sup>19</sup> EMALDI-CIRIÓN, A. "Biotecnologia e medicina individualizada: panorama ético-jurídico". In: CASABONA, CMR; DE SÁ, MFF (Orgs.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte, Editora Mandamentos, 2007, p. 200-201.

<sup>20</sup> BRAZ, M. "Conhecimento das informações genéticas: benefícios e riscos individuais". In: EMERICK, MC; MONTENEGRO, KBM; DEGRAVE, W. *Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde*, 2007, p.185.

preservation of the fundamental right to privacy, here, related to the individualized dimension of genetics.

### 3. Gene editing practice and ecosophy

Genetic data is information related to an individual's genome. Through this type of knowledge, it becomes possible to identify predispositions for the development of genetic pathologies. The analysis of this information, in turn, exposes particularities about the genomic composition of the subject. Thus, the legal protection of genetic data must be in line with the rights of personality and with the effectiveness of the fundamental right to genetic intimacy.

The development of knowledge in Genetics affects several areas of people's lives. In this context, it is essential to bring Félix Guattari's thought about what he called "ecosophy". This is the articulation between the conceptions of natural, social and subjective environment, considered three ecologies that interact with each other with their knowledge of their ecological registers<sup>21</sup>.

The concept of ecosophy considers, precisely, the way individuals interact, among themselves, with society, and with the physical environment in which they are inserted. Although the idea of ecosophy is often associated with physical aspects of the ecosystems existing in the world<sup>22</sup>, one should pay attention to the fact that environmental issues can be broad, going beyond the fauna and flora bias and also reaching issues related to genetic manipulations.

Guattari's thought is developed from the consonance between environmental and social issues and subjectivation processes, applying this integration - the three ecologies - to the way human life is understood in a society marked by rapid technological changes<sup>23</sup>.

Access to the genetic heritage of living beings, an environmental issue that finds reflection in ecosophy, is an important and sensitive theme. The data from someone's genome is very personal and can bring risks to the freedom and identity of the individual. The delicacy intrinsic to the theme is glimpsed in its relationship with human dignity. Genetic data enable the elaboration of a very precise profile of the subject, adding physical characteristics, existing diseases and potential pathologies<sup>24</sup>.

With the success of the Human Genome Project, possibilities such as locating potentially disease-causing genes and sequencing fragments of DNA molecules of medical importance have been unveiled<sup>25</sup>. With this, searching for therapeutic alternatives for diseases, previously conceived as incurable, has become a possible reality. This identification occurs through genetic testing, bringing to the subject the opportunity to anticipate in up to decades the onset of a certain disease<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> GUATTARI, F. *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt; Revisão da tradução Suely Rolnik. 21ª edição. Campinas, São Paulo: Papirus, 2012.

<sup>22</sup> RIVAROLI, APS; ALBERNAZ, RM. "O cuidado de si e as três ecologias: problematizando uma formação". *Revista Internacional de Formação de Professores*, v. 3, n. 4, p. 192-208, out/dez 2018. Disponível em: <https://periodicos.itp.ifsp.edu.br/index.php/RIFP/article/download/887/1027>. Acesso em 22 mar. 2022, p. 198-199.

<sup>23</sup> GUATTARI, F. *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt; Revisão da tradução Suely Rolnik. 21ª edição. Campinas, São Paulo: Papirus, 2012.

<sup>24</sup> GALLARDO, MV. "Riesgo genético y discriminación". *Revista Derecho y Genoma Humano*, n. 33, p. 127-167, 2010. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3433175> Acesso em: 19 jan. 2021, p. 131-132.

<sup>25</sup> ROMEO CASABONA, CM. "Genética e Direito". In: ROMEO CASABONA, CM. *Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002, p. 25.

<sup>26</sup> MEIRELLES, AT. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014, p. 100.



Access to genetic information, without any kind of intervention, has flagrant legal implications. However, with the possibility of using techniques such as genetic editing, the need to build an adequate protection of genetic heritage is enhanced.

Gene editing, especially after the advent of the CRISPR-Cas9 system, has made genomic modification much cheaper and more efficient<sup>27</sup>. For a long time, the available techniques demanded voluminous expenses and high labor time. However, with CRISPR-Cas9, the results have become more effective, being achieved with low investment and in just a few weeks<sup>28</sup>.

The emergence of new technologies implies the recognition of new rights. It is up to the Law, in its private and public perspectives, to regulate, establish limits of use and enable the application of modern technologies, dialoguing with other areas of knowledge in order to achieve adequate protection.

Genetic engineering practices, in which genetic editing is included, are proven forms of intervention in the environment. Such practices, identified in the light of anthropocentric environmental ethics, cause effects on the environment, since they culminate in the transformation of genetic heritage. For this reason, it is essential to think and establish legal limits for these interventions<sup>29</sup>.

Intervening in the genetic heritage of living beings requires compliance with human dignity. Even if the use of genetic editing has a therapeutic purpose, it is necessary to think about the quality of life and its substantial benefit. The effectiveness of the fundamental right, it is worth emphasizing, must occur in consonance with the ecological protection of the genetic heritage.

Thinking about genetic information refers to the composition of genetic identity. The genome of an individual manifests elements characterized by unrepeatability. Although the human species has a common genetic base, the genomic particularities of each individual make them unique<sup>30</sup>.

The individual genetic constitution is part of the formation of the identity of the person who, interacting in a society formed by similar members, but individualized in their genome, and therefore unique, holds the fundamental right to have their heritage and genetic identity protected<sup>31</sup>.

Accessing personal data implies visualizing subjective aspects of the individual. It identifies, from private information, consumption patterns, habits, aspirations<sup>32</sup>. Therefore, nowadays, holding information is a manifestation of power. Information has value.

Beyond the therapeutic bias, the practice of gene editing also reverberates in themes related to transgenesis. There is a tendency that biotechnology occupies more and more space in people's lives, comparing such impacts to the economic, social, and scientific effects generated by information technologies<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> MARFANY, G. "Interrogantes y retos actuales de la edición genética". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 47, p. 17-31, nov. 2019. Disponível em <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28551>. Acesso em 28 jul. 2022, p. 20-22.

<sup>28</sup> LACADENA, JR. "Edición genómica: ciencia y ética". *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7665>. Acesso em 28 jul. 2022, p. 3.

<sup>29</sup> TRAJANO, T; VERDIVAL, R. "Engenharia genética como instrumento de intervenção humana no meio ambiente à luz do antropocentrismo". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 7, n.5, p. 2225-2252, 2021. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021\\_05\\_2225\\_2252.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_2225_2252.pdf).

<sup>30</sup> BARACHO, JFA. "Identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito". In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. nº 32, 2000, p. 88-92.

<sup>31</sup> SPAREMBERGER, RF; THIESEN, AB. "O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 33-65, 2010.

<sup>32</sup> BIONI, BR. *Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>33</sup> EPIFANIO, LES. "Segurança dos alimentos transgênicos e proteção constitucional dos direitos dos consumidores". In: CASABONA, CMR; SÁ, MFF (Orgs.). *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 450.

Interventions in the genetic heritage of plant varieties, for example, harmonize financial and environmental savings. Some modifications aim to optimize or suppress the use of pest control chemicals, thus reducing environmental impacts. Genetic engineering techniques can contribute to making plants more tolerant to the effects of chemicals, while promoting crop resistance to pests themselves<sup>34</sup>.

When biotechnology is used in plants, animals, or microorganisms, genetically editing them, it is necessary to raise questions about the regulation pertaining to these genetically modified organisms. In this case, it is necessary to establish whether organisms considered to be transgenic should be under the same regulation as those understood as genetically modified<sup>35</sup>.

Returning to the human perspective, according to the doctrine of Ana Paula Myszcuk and Jussara Meirelles<sup>36</sup>, the genome is the greatest asset of the person and of humanity. With this, the individual becomes an autonomous source of biocapital, adding value and generating wealth.

The possibility of intervention in the genetic heritage, from laboratory procedures, highlights ethical and legal problems arising from the possibility of selective choices (therapeutic or not) interfering with the integrity of this genetic heritage, an objective of constitutional protection and fundamental legal good assigned, including, to future generations<sup>37</sup>.

In Brazil, there are researches aimed at the composition of databases fed with genetic information of the population, as is the case of the database created by researchers at the Center for Human Genome and Stem Cell Studies - CEGH-CEL - of the Institute of Biosciences at USP. The initiative gathered the DNA sequencing of 1,171 elderly people from the city of São Paulo, with an average age of 71 years old and unrelated. The survey identified more than 76 million genetic variations, 2 million of which were unpublished<sup>38</sup>.

Based on this type of collection, Ana Myszcuk and Jussara Meirelles question how surveys of this nature can contribute positively to improving the quality of life of the population without anyone appropriating the ownership of the human genome<sup>39</sup>.

One has, therefore, when thinking about the legal protection of genetic heritage, the recognition of this legal asset as a manifestation of fundamental rights, and its legal protection should occur from the effectiveness of fundamental rights in the light of ecosophy.

---

<sup>34</sup> EPIFANIO, LES. "Avanços biotecnológicos e meio ambiente: implicações ética e jurídicas da Biossegurança". In: CASABONA, CMR; QUEIROZ, JF (Orgs.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 382.

<sup>35</sup> MARFANY, G. "Interrogantes y retos actuales de la edición genética". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 47, p. 17-31, nov. 2019. Disponível em <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28551>. Acesso em 28 jul. 2022, p. 21.

<sup>36</sup> MYSCZUK, AP. MEIRELLES, J. "Genoma humano, desenvolvimento científico e século XXI: construções de bases interpretativas biojurídicas iluminadas pela obra de Carlos María Romeo Casabona". *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, 2020, p. 202-223. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/24705/17464>. Acesso em 21 mar. 2022, p. 207.

<sup>37</sup> MEIRELLES, AT; TRAJANO, T. "A informação genética diagnóstica em procriação sob o argumento do direito à saúde e a preservação da naturalidade do patrimônio genético em face do pressuposto da alteridade". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n.4, p. 101-128, 2018. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_0101\\_0128.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_0101_0128.pdf), p. 116.

<sup>38</sup> BEZERRA, M. "Pesquisa da USP cria maior banco de dados genéticos da população brasileira". *UOL*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/09/23/genoma-brasileiros-criam-maior-banco-de-dados-genericos-da-america-latina.htm>. Acesso em 17.abr.2021.

<sup>39</sup> MYSCZUK, AP. MEIRELLES, J. "Biotechnology, human genome and common heritage of humanity: a look from the protection of biodiversity in Brazil". In: FREIRE DE SÁ, MFF; et. al (coord.). *Direito e Medicina: interseções científicas*. Genética e Biotecnologia. Volume I. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021, p. 361.

The incidence of the practice of therapeutic gene editing brings, beyond the medical aspect, issues that touch both the modification of the human genome and its social impacts, since the right to health is a social right.

Helen Nissenbaum<sup>40</sup>, a professor at Cornell Tech, Cornell University, argues that the greatest concern of people whose genetic data is processed is not simply the level of restriction on the use of this information, but the inappropriate use of this knowledge.

In order, then, to establish appropriate limits and guidelines for the practice of gene editing as a therapeutic protocol, making it compatible with the necessary guarantee of protection for genetic heritage, it is necessary to understand how practices intervening in the genome of living beings, including human beings, impact the environment, understood from its three registers that interact and influence each other.

#### **4. The necessary preservation of human and environmental genetic heritage**

Human genetic heritage is a legal good that has an intrinsic relationship with issues such as consent and intimacy, which differentiates it from other legal goods<sup>41</sup>. It is a fundamental right, simultaneously, in the dignity of the person and the ecologically balanced environment. For this reason, it is not sufficient that such right be conceived, merely, as a diffuse interest, but that it be, in truth, effected as an unfolding of a fundamental right<sup>42</sup>.

Genetic editing allows altering the DNA of a living being, inserting, removing, or modifying characteristics. With CRISPR-Cas9, the current editing technology, genomic interventions are more precise and cheaper, which allows thinking about a wider use in the coming years.

Since the 20th century, there have been increasing biotechnological and genomic advances, which may even affect future generations. In the face of the horizons that are opening up, a bioethical-legal debate arises about the limits of the use of genetic editing in relation to the integrity and preservation of genetic heritage. This is an issue directly related to the protection of human dignity<sup>43</sup>.

From the point of view of Bioethics, traditionally, one thinks of the two branches that emerged simultaneously between the 1960s and 1970s: Global Bioethics, by Potter<sup>44</sup>; and Medical Bioethics of the Georgetown model, forming conceptions grounded in issues of human health and environmental protection<sup>45</sup>. Environment and health are fundamental elements of the study of Genetics, which is

---

<sup>40</sup> NISSENBAUM, H. *Privacy in Context. Technology, policy and the Integrity of Social Life*. Stanford University, 2010. Disponível em: [www.jstor.org](http://www.jstor.org). Acesso em: 09 abr. 2021, p. 2.

<sup>41</sup> NAVES, B; GOIATÁ, S. "Direitos Humanos, patrimônio genético e dados genéticos humanos: crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso". *Revista Bioética y Derecho*, n. 40, p. 63-81, 2017. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19163/21617>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 70.

<sup>42</sup> NAVES, B; GOIATÁ, S. "Direitos Humanos, patrimônio genético e dados genéticos humanos: crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso". *Revista Bioética y Derecho*, n. 40, p. 63-81, 2017. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19163/21617>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 79.

<sup>43</sup> NAVES, B; GOIATÁ, S. "Direitos Humanos, patrimônio genético e dados genéticos humanos: crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso". *Revista Bioética y Derecho*, n. 40, p. 63-81, 2017. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19163/21617>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 69.

<sup>44</sup> POTTER, VR. *Bioética: ponte para o futuro*. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

<sup>45</sup> FERRER, JJ; ÁLVAREZ, JC. *Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 63.

why it is necessary to conceive of the impacts of gene editing from both an environmental and health perspective.

The current state of gene editing is a considerable biomedical advance. However, because it is a cheaper and more accessible practice, its contours have raised questions about the protection of genetic heritage. This greater ease of access has made it possible for interested parties outside of laboratories to perform the protocol without any kind of supervision. Besides the fears arising from biohackers, some studies point to the possibility of permanent damage from unexpected results. Thus, it is essential to understand the importance of the concepts of integrity and vulnerability for the delineation of legal protection.

The reception of the concept of integrity, at the individual level, for microbioethics, touches on the concept of vulnerability. The meaning of the word evokes the idea of maintaining the state of completeness of the asset to be protected. Just like vulnerability, integrity appears in national and international texts in the quest to protect individuals against biotechnological advances. The Declaration of Helsinki raised the concept in question, from a biomedical perspective to the level of law<sup>46</sup>.

The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (UDHR), in its article 8, proclaims the need for protection of human vulnerabilities to the advancement of technologies applied to medical practices, and that individuals should have their individual integrity protected and respected<sup>47</sup>. In an evaluation based on macrobioethics, it is observed that this protection of integrity and diversity can not only be extended to the environment, as the Federal Constitution of 1988, originally brings this content in its art. 225.

It is worth mentioning that concepts such as Ecogenetics and Epigenetics show the influence that certain environments have on phenotypic manifestations. Studies show that genetic predispositions and mutations can be materialized when the subject meets specific environmental agents. The relationship between health and environment positions people as members of nature, rejecting anthropocentric optics by which the human species is seen as an external observer<sup>48</sup>.

As taught by Naves, Fernandes, and Nascimento, the term "ecogenetics" expresses the "influence of environmental factors on the triggering of diseases linked to specific gene alterations, affecting the health of individuals"<sup>49</sup>. In other words, it is the study of the multiple variables existing in the interaction between genotype and phenotype, seeking to understand how the environment influences genetic manifestations.

Considering that health and environment interact, setting limits to gene editing means finding balance. Recent studies point to the possibility of using the

---

<sup>46</sup> DE MORAIS, TCA; MONTEIRO, PS. "Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética". *Revista Bioética*, vol. 25, n. 2, p. 311-319. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252191>. Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>47</sup> UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Trata das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais. Cátedra UNESCO de Bioética da UnB. 2005. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf). Acesso em: 12 abr. 2022.

<sup>48</sup> REIS, E; NAVES, B. "Epigenetics and environmental bioethics". *Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 61-80, mai./ago. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/863>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 66;

<sup>49</sup> NAVES, B; FERNANDES, F; NASCIMENTO, S. "Genética e meio ambiente: decorrências éticas e jurídicas da ecogenética". *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 1, p. 13-36, mar./jun. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/135337>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 16.

technique to treat serious diseases, such as AIDS<sup>50</sup> and leukemia<sup>51</sup>. On the other hand, many bioethicists point out that non-therapeutic applications may trigger neoeugenic practices<sup>52</sup>. The creation of legal control mechanisms depends on bioethical analyses about what is morally acceptable when thinking about interventions in the genetic heritage of humanity.

The ecological approach to genetics takes into account the different ways in which individuals respond to the influence of their environment. A person may have a gene that makes them more susceptible to developing a certain pathology, but this does not mean that the disease will manifest itself, because exposure to the environment can increase or decrease the chances of incidence. This makes the environment a decisive factor for the emergence of a disease<sup>53</sup>.

In the context of Ecogenetics, subjects can undergo genetic mutations when exposed to chemical agents, potent drugs, or radiation exposure. However, family and social environment, intrauterine environment, smoking, alcoholism and stress are also considered influencing factors. The effects, in turn, depend both on the genetic susceptibility of the individual, as well as variables such as time and intensity of exposure to the environmental element<sup>54</sup>.

A 2015 study identified signs of post-traumatic stress in children who were not exposed to the trauma situation as their parents. It was the first demonstration of epigenetic changes in both trauma-exposed parents and non-exposed children, drawing attention to intergenerational effects resulting from environmental influence<sup>55</sup>.

The mentioned research sheds light on the possibility of trauma in humans being transmitted to the next generation by epigenetic changes. According to Reis and Naves, this would corroborate the idea that the environment can affect the human genome in an intergenerational manner. The environment, although it does not transform DNA itself, can collaborate to the transmission of genetic markers responsible for the manifestation of gene characteristics<sup>56</sup>.

The possibility of interference of environmental conditions in the genome and human health makes the need for care with certain at-risk populations even more flagrant. This care, in turn, should be extended to future generations, in a sustainable development perspective that links environmental quality and health risk control<sup>57</sup> (NASCIMENTO, 2018).

---

<sup>50</sup> URNOV, F *et al.* "Genome editing with engineered zinc finger nucleases". *Nature Reviews Genetics*, 11, p. 636-646, set. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/nrg2842> Acesso em 28 jul. 2022.

<sup>51</sup> LI, H *et al.* "Applications of genome editing technology in the targeted therapy of human diseases: mechanisms, advances and prospects". *Signal Transduction and Targeted Therapy*, v. 5, n. 1, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41392-019-0089-y> Acesso em 28 jul. 2022.

<sup>52</sup> HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>53</sup> RAMOS, AVGFF. *Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 42.

<sup>54</sup> OMENN, G; ARNO, M; SHARP, R. "Genetics and environment in human health". In: POST, Stepehn G. (Ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. v. 2. 3ª ed. p. 966-970. New York: Mcmillan Reference USA, 2004.

<sup>55</sup> YEHUDA, R *et al.* "Holocaust exposure induced intergenerational effects on FKBP5 methylation". *Biological Psychiatry*, v. 80, p. 372-380, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.biopsych.2015.08.005>. Acesso em 25 jul. 2022.

<sup>56</sup> REIS, E; NAVES, B. "Epigenetics and environmental bioethics". *Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 61-80, mai./ago. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/863>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 78.

<sup>57</sup> NASCIMENTO, S. "Sustentabilidade e memória epigenética: o controle da qualidade ambiental para preservação das características genéticas das gerações futuras". In: CARMO, V; CHAVES, V; ROCHA, JC (org.). *Direito e Sustentabilidade I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em:

It should be noted that the ecogenetic approach to health can assist the establishment of limits to gene editing. Genome and environment interact and influence the calculation of risks and probabilities of pathology manifestation. Thus, this form of knowledge contributes to thinking more effective ways of predictive diagnosis and genomic screening. Consequently, once these variables are identified, the therapeutic application of techniques such as CRISPR-Cas9 becomes more efficient.

At the current moment, the scientific community has been based on some bioethical criteria regarding the use of gene editing in human beings. One of them is the therapeutic purpose, especially when it comes to the treatment of serious diseases. As Lacadena highlights, this technique should be used to treat pathologies that do not have less dangerous therapeutic alternatives for the patient, in a beneficence analysis<sup>58</sup>.

In addition, the modification of the human genome should be restricted to somatic cells, that is, those in which the changes are not hereditarily transmitted to offspring. According to Josep Santaló, gene editing in somatic cells tends to be more ethically acceptable, because, it welcomes the autonomy of the individual, besides not being so different from other forms of experimental treatment<sup>59</sup>.

Applying tools such as CRISPR-Cas9, considering the influence of the environment on genomic manifestations, shows to be an appropriate conduct to harmonize ecogenetic knowledge. Environment and health are concepts that should be investigated and applied in consonance, to promote the guarantee of human dignity, the ecologically balanced environment and the protection of genetic heritage.

Since the environment influences the manifestation of genomic characteristics, legal protection must be on two fronts: to enable the development of therapeutic tools capable of treating serious diseases, and to guarantee environmental aspects that beneficially influence phenotypic manifestations, based on the idea of preservation of genetic heritage and ecological protection.

## 5. Conclusion

The clinical approach regarding therapeutic processes has gained new contours over the decades, migrating from a merely curative perspective to receive a new practice, more precise, individualized, and influenced by new technologies. The challenge is to harmonize the application of predictive medicine with the preservation of fundamental legal goods related to genetic data.

Thus, the use of genetic editing, in the practice of predictive medicine, generates a new paradigm for the areas of Health and Law, with the rise of implications regarding access to human DNA and transformations in nature. Perspectives connected to incurable diseases and therapeutic protocols, as well as the very relationship of the human being with fauna and flora gain repercussions under the veil of the technologies in question, thus requiring greater attention in the protection of fundamental rights, as well as attention in the conduct of the guidelines and recommendations that involve them.

These new interactions, between human beings, the environment, and their fellow creatures, consolidate a scenario in front of Ecosophy. The ecosophical line can generate benefits, as an instrument of reflection of these new paradigms, outlining a

---

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/38nlxj46/k777vM9314NX5825.pdf>. Acesso em 25 jul. 2022, p. 24.

<sup>58</sup> LACADENA, JR. "Edición genómica: ciencia y ética". *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7665>. Acesso em 28 jul. 2022, p. 9.

<sup>59</sup> SANTALÓ, J. "La mejora genética humana en los tiempos del CRISPR/Cas9". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 47, p. 33-41, nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1344/rbd2019.0.28376> Acesso em 28 jul. 2022.

path so that biotechnological advances do not necessarily imply in the deterioration of the environment and of the human genetic patrimony itself.

It is thus up to Bioethics and Law to promote parallel monitoring of this new scenario, where a new relationship between the subject, the other, and the environment is established, contemplating normative updates, whether ordinary or deontological, capable of receiving the necessary changes to protect life and the environment.

## References

- ASTONI JÚNIOR, I; IANOTTI, GC. "Ética e medicina preditiva". *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, 2010, v. 10, suppl 2, p. 377-382. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1519-38292010000600016> Acesso em: 12 abr 2021.
- BARACHO, JFA. "Identidade genética do ser humano: Bioconstituição: Bioética e Direito". In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. nº 32, 2000, p. 88-92.
- BEZERRA, M. "Pesquisa da USP cria maior banco de dados genéticos da população brasileira". *UOL*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/09/23/genoma-brasileiros-criam-maior-banco-de-dados-genericos-daamerica-latina.htm>. Acesso em 17.abr.2021.
- BIONI, BR. *Proteção de dados pessoais. A função e os limites do consentimento*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRAZ, M. "Conhecimento das informações genéticas: benefícios e riscos individuais". In: EMERICK, MC; MONTENEGRO, KBM; DEGRAVE, W. *Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde*, 2007, p.183-188.
- DANCEY, J. E.*et al.* "The Genetic Basis for Cancer Treatment Decisions". *Cell*, 148, 2012, p. 409-420.
- DE MORAIS, TCA; MONTEIRO, PS. "Conceitos de vulnerabilidade humana e integridade individual para a bioética". *Revista Bioética*, vol. 25, n. 2, p. 311-319. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1983-80422017252191>. Acesso em: 20 jun. 2022.
- DIMA, AS. "El impacto del Proyecto Genoma Humano y la discriminación genética: aspectos éticos, sociales y jurídicos". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 48, 2020. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/27366>. Acesso em 28 jul. 2022.
- EMALDI CIRIÓN, A. *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*. Bilbao-Granada: Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA-Diputación y Editorial Comares, 2001.
- EMALDI-CIRIÓN, A. "Biotecnologia e medicina individualizada: panorama ético-jurídico". In: CASABONA, CMR; DE SÁ, MFF (Orgs.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte, Editora Mandamentos, 2007. p.197-212.
- EPIFANIO, LES. "Avanços biotecnológicos e meio ambiente: implicações ética e jurídicas da Biossegurança". In: CASABONA, CMR; QUEIROZ, JF (Orgs.). *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- EPIFANIO, LES. "Segurança dos alimentos transgênicos e proteção constitucional dos direitos dos consumidores". In: CASABONA, CMR; SÁ, MFF (Orgs.). *Desafios Jurídicos da Biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.
- FERRER, JJ; ÁLVAREZ, JC. *Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- GALLARDO, MV. "Riesgo genético y discriminación". *Revista Derecho y Genoma Humano*, n. 33, p. 127-167, 2010. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3433175> Acesso em: 19 jan. 2021.

- GUATTARI, F. *As três ecologias*. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt; Revisão da tradução Suely Rolnik. 21ª edição. Campinas, São Paulo: Papirus, 2012.
- HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HAENDEL, M; CHUTE, C; ROBINSON, P. "Classification, Ontology, and Precision Medicine". *The New England Journal of Medicine*, 2018, p. 1452-1462. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMra1615014> Acesso em: 12 abr. 2021.
- HESPANHOL, AP; COUTO, L; MARTINS, C. "A medicina preventiva". *Revista Portuguesa de Medicina Geral e Familiar*, v. 24, n. 1, p. 49-64, jan. 2008. Disponível em: <https://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/view/10462/10198>. Acesso em: 29 abr. 2021.
- LACADENA, JR. "Edición genómica: ciencia y ética". *Revista Iberoamericana de Bioética*, n. 3, p. 1-16, 2017. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/7665>. Acesso em 28 jul. 2022.
- LI, H *et al.* "Applications of genome editing technology in the targeted therapy of human diseases: mechanisms, advances and prospects". *Signal Transduction and Targeted Therapy*, v. 5, n. 1, jan. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41392-019-0089-y> Acesso em 28 jul. 2022.
- LIFSHTZ, A. "La medicina curativa y la medicina preventiva: alcances y limitaciones". *Medicina Interna de México*, vol. 30, nº1, jan/fev, 2014. Disponível em: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=48339> Acesso em: 12 abr. 2021.
- MARFANY, G. "Interrogantes y retos actuales de la edición genética". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 47, p. 17-31, nov. 2019. Disponível em <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/28551>. Acesso em 28 jul. 2022.
- MEIRELLES, AT. *Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.
- MEIRELLES, AT; GUINDALINI, R. "Oncogenética e dimensão preditiva do direito à saúde: A relevância da informação genética na prevenção e tratamento do câncer". In:
- MEIRELLES, Ana Thereza *et al* (Coords.). *Direito e Medicina: Interseções Científicas. Genética e Biotecnologia*. V.I. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.
- MEIRELLES, AT; TRAJANO, T. "A informação genética diagnóstica em procriação sob o argumento do direito à saúde e a preservação da naturalidade do patrimônio genético em face do pressuposto da alteridade". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 4, n.4, p. 101-128, 2018. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018\\_04\\_0101\\_0128.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/4/2018_04_0101_0128.pdf).
- MYSZCZUK, AP. MEIRELLES, J. "Biotecnologia, genoma humano e patrimônio comum da humanidade: um olhar a partir da proteção da biodiversidade brasileira". In: FREIRE DE SÁ, MFF; *et. al* (coord.). *Direito e Medicina: interseções científicas. Genética e Biotecnologia*. Volume I. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2021.
- MYSZCZUK, AP. MEIRELLES, J. "Genoma humano, desenvolvimento científico e século XXI: construções de bases interpretativas biojurídicas iluminadas pela obra de Carlos María Romeo Casabona". *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 23, n. 46, 2020, p. 202-223. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/24705/17464>. Acesso em 21 mar. 2022.
- NASCIMENTO, S. "Sustentabilidade e memória epigenética: o controle da qualidade ambiental para preservação das características genéticas das gerações futuras". In: CARMO, V; CHAVES, V; ROCHA, JC (org.). *Direito e Sustentabilidade I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018. Disponível em:



- <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/38nlxj46/k777vM9314NX5825.pdf>. Acesso em 25 jul. 2022.
- NAVES, B; GOIATÁ, S. "Direitos Humanos, patrimônio genético e dados genéticos humanos: crítica à doutrina dos dados genéticos como interesse difuso". *Revista Bioética y Derecho*, n. 40, p. 63-81, 2017. Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/19163/21617>. Acesso em 25 jul. 2022.
- NAVES, B; FERNANDES, F; NASCIMENTO, S. "Genética e meio ambiente: decorrências éticas e jurídicas da ecogenética". *Revista de Direito Sanitário*, v. 18, n. 1, p. 13-36, mar./jun. 2017. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/135337>. Acesso em 25 jul. 2022.
- NISSENBAUM, H. *Privacy in Context. Technology, policy and the Integrity of Social Life*. Stanford University, 2010. Disponível em: [www.jstor.org](http://www.jstor.org). Acesso em: 09 abr. 2021.
- OMENN, G; ARNO, M; SHARP, R. "Genetics and environment in human health". In: POST, Stephen G. (Ed.). *Encyclopedia of Bioethics*. v. 2. 3ª ed. p. 966-970. New York: Mcmillan Reference USA, 2004.
- PENA, SDJ. "Medicina genômica personalizada aqui e agora". *Revista Médica de Minas Gerais*, vol.20.3, 2010; p. 329-334. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/365> Acesso em: 12 abr. 2021.
- PINHO, JRR. "Precision Medicine". *Einstein (São Paulo)*. 2017, v. 15, n. 1, p. 8-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-45082017ED4016> Acesso em: 12 abr. 2021.
- POTTER, VR. *Bioética: ponte para o futuro*. São Paulo: Edições Loyola, 2016.
- RAMOS, AVGF. *Vida humana: da manipulação genética à neoeugenia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- REIS, E; NAVES, B. "Epigenetics and environmental bioethics". *Veredas do Direito*, v. 13, n. 26, p. 61-80, mai./ago. 2016. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/863>. Acesso em 25 jul. 2022.
- RIVAROLI, APS; ALBERNAZ, RM. "O cuidado de si e as três ecologias: problematizando uma formação". *Revista Internacional de Formação de Professores*, v. 3, n. 4, p. 192-208, out/dez 2018. Disponível em: <https://periodicos.itp.ifsp.edu.br/index.php/RIFP/article/download/887/1027>. Acesso em 22 mar. 2022.
- ROMEO CASABONA, CM. "Genética e Direito". In: ROMEO CASABONA, CM. *Biotecnologia, Direito e Bioética: perspectivas em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e Puc Minas, 2002.
- SÁ, MFF; NAVES, B. *Bioética e Biodireito*. 5. ed. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2021.
- SANTALO, J. "La mejora genética humana en los tiempos del CRISPR/Cas9". *Revista de Bioética y Derecho*, n. 47, p. 33-41, nov. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1344/rbd2019.0.28376> Acesso em 28 jul. 2022.
- SEPÚLVEDA, DP. "La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa". 2014. Tese (Doutorado em Direito) Departamento de Derecho Privado, Universidade Carlos III de Madrid – Getafe. Orientadora: María José Santos Morón. Disponível em: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario\\_parra\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf) Acesso em: 12 abr. 2021.
- SPAREMBERGER, RF; THIESEN, AB. "O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da Bioconstituição". *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 33-65, 2010.
- TRAJANO, T; VERDIVAL, R. "Engenharia genética como instrumento de intervenção humana no meio ambiente à luz do antropocentrismo". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 7, n.5, p. 2225-2252, 2021. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021\\_05\\_2225\\_2252.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/5/2021_05_2225_2252.pdf).

- UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Trata das questões éticas relacionadas à medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais. Cátedra UNESCO de Bioética da UnB. 2005. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao\\_univ\\_bioetica\\_dir\\_hum.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_univ_bioetica_dir_hum.pdf) Acesso em: 12 abr. 2022.
- URNOV, F *et al.* "Genome editing with engineered zinc finger nucleases". *Nature Reviews Genetics*, 11, p. 636-646, set. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/nrg2842> Acesso em 28 jul. 2022.
- YEHUDA, R *et al.* "Holocaust exposure induced intergenerational effects on FKBP5 methylation". *Biological Psychiatry*, v. 80, p. 372-380, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.biopsych.2015.08.005>. Acesso em 25 jul. 2022.

## **El uso (y el abuso) de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas por razones económicas: entre la vulneración de derechos humanos y los crímenes internacionales**

*The use (and abuse) of indigenous peoples' ancestral lands for economic reasons: between human rights violations and international crimes*

**Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. María del Ángel Iglesias Vázquez<sup>1</sup>**  
*UNIR, Universidad Internacional de La Rioja*

**Sumario:** 1. Aproximación. 2. El acaparamiento de tierras por razones económicas como vulneración de derechos humanos. 3. Crímenes internacionales. Los pueblos indígenas ante la justicia penal internacional. 4. Perspectiva interna: el sistema de Roma. 5. Perspectiva externa: los pueblos indígenas. 6. Ideas finales. 7. Bibliografía.

**Resumen.** La expresión "graves violaciones de derechos humanos" aparece frecuentemente conectada con la de "crímenes internacionales" tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Los pueblos y comunidades indígenas han sido y son sujetos de acciones llevadas a cabo en instancias internacionales y tribunales de protección de derechos humanos, pero en el ámbito de la Corte Penal Internacional, sin embargo, hasta la fecha, y pese a que no han faltado acciones, no se ha emitido respuesta respecto a la posibilidad de que los acaparamientos de tierra por razones económicas constituyan crímenes de lesa humanidad tal y como han sido calificados en los escritos enviados en base al artículo 15 del Estatuto de Roma. El objetivo de este trabajo no es tanto el analizar si constituyen un determinado crimen sino el por qué transcurridos ocho años no existe respuesta alguna. Esto es, si se dan o no los requisitos necesarios para que la Corte actúe, lo que planteamos desde la perspectiva de la Corte como de las comunidades indígenas. Así, más allá de que pueda calificarse como tal, ¿se dan los criterios marcados por la política de la Corte en cuanto a la selección y priorización de casos?

**Palabras clave:** Acaparamiento de tierras, Corte Penal Internacional, Crimen de Lesa Humanidad, Pueblos indígenas.

**Abstract:** The expression "serious human rights violations" is frequently used in connection with "international crimes" in both doctrine and jurisprudence. Indigenous peoples and communities have been, and are, victims of actions brought before international bodies and courts for the protection of human rights, but in the International Criminal Court, however, to date, and despite the fact that there has been no lack of actions, no response has been issued regarding the possibility of land grabbing for economic reasons constituting crimes against humanity as they have been qualified in the communications sent on the basis of Article 15 of the Rome Statute. The objective of this paper is not so much to analyze whether they constitute a crime as to analyze why after eight years there has been no response. That is,

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Internacional Público, Unión Europea y Derechos Humanos en UNIR, Universidad Internacional de La Rioja, IP del Grupo de Investigación "Relevancia del estatus y la condición de indígena: causas y consecuencias", RECI.

whether the necessary requirements for the Court to act have been met, which we consider from the perspective of both the Court and the indigenous communities. Thus, beyond the fact that it can be qualified as such, are the criteria set by the Court's policy regarding the selection and prioritization of cases in place?

**Key words:** Land grabbing, International Criminal Court, Crime against Humanity, Indigenous Peoples.

## 1. Aproximación

La expresión “graves violaciones de derechos humanos” aparece frecuentemente conectada con la de “crímenes internacionales” tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Una misma acción puede ser calificada de vulneración de derechos humanos (DDHH) o de crimen. Este vínculo no tiene una fácil delimitación en la práctica por más que existan textos de protección de aquellos y de prevención y sanción de estos y que, para su garantía, se hayan conformado tribunales de derechos humanos y cortes penales internacionales con un campo competencial bien delimitado. Al presuponer, aquí, en principio, la gravedad, un estadio en la vulneración parece necesario el ponderar cuándo se alcanza un determinado grado que permitiera una u otra calificación, amén del cumplimiento de los requisitos necesarios considerados en el Estatuto de Roma (ER).

En el marco de los procesos internacionales nos encontramos con situaciones en que los primeros reconocen una considerable transgresión y no hallan competencia para sancionar como examinan (lo que tampoco conlleva el que los segundos reconozcan aquella como crimen).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha encontrado en este escenario en varios asuntos como en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*, de 2006<sup>2</sup> o en *Gelman vs Uruguay*, de 2011<sup>3</sup> relativos a leyes de amnistía que eluden la comisión de crímenes o en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*<sup>4</sup> y la tortura. En el caso de *Masacres del Río Negro* la Corte IDH sostuvo que:

“el Tribunal ha tomado en cuenta que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y dimensionar las consecuencias jurídicas respectivas, sin que ello implique, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna”.

En este doble ámbito o perspectiva de los DDHH y de los crímenes internacionales pretendemos tratar la cuestión de las consecuencias que las actividades económicas llevadas a cabo por empresas públicas o privadas tienen sobre tierras ancestrales de los pueblos y comunidades indígenas que acaparan<sup>5</sup> sin tener en cuenta el deber de consulta y consentimiento previo, libre e informado

---

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154

<sup>3</sup> Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.

<sup>4</sup> Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), op. cit., párr. 165.

<sup>5</sup> Utilizamos el término “acaparamiento” siguiendo la definición propuesta por Hannah Twomey (2014) quien, ante las diferentes concepciones de esta categoría, alejándose del elemento extensión física o geográfica del escenario en que se produce, lo define como *the transfer of use rights or control over land, traditionally used by communities, to foreign investors for commercial purposes –frequently within the agricultural sector. They are often facilitated through partnerships with powerful domestic actors and justified by the investments they stimulate*. Este acto implica desplazamiento, por imposibilidad de subsistencia, en el mismo de sus tierras. TOWMEY, H. Displacement and dispossession through land grabbing in Mozambique. The limits of international and national legal instruments. Working Papers, n. 101. Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development University of Oxford. July 2014.

proclamado por el derecho internacional con el consiguiente disturbio en el goce de aquellas, cuando no el desplazamiento (forzado) de las mismas y la vulneración de otros derechos humanos: vulnerado el derecho a las tierras, con ese uso y abuso, otros derechos van viéndose afectados suerte de dominó.

Desde luego, habría que resaltar que la cuestión del desplazamiento de las tierras ancestrales se puede producir por otras causas como las derivadas de conflictos políticos o étnico-religiosos internos, dándose situaciones en que ambas quedan combinadas<sup>6</sup>. En estas líneas nos centramos únicamente en las causas económicas.

“As the majority of indigenous land is not formally recognized, governments, businesses and criminal groups are frequently able to seize large swathes of territory with impunity” sostiene MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL<sup>7</sup>, a lo que añadimos que, aún en los casos en que existe un reconocimiento formal, se siguen acometiendo acciones económicas en contra de los derechos de los pueblos indígenas (PPII) reconocidos por el derecho internacional.

La explotación de los recursos naturales de sus tierras, bien por parte de empresas nacionales o internacionales con el consentimiento de los gobiernos es una cuestión que afecta a la persona, individual o colectivamente considerada y que se encuentra también estrechamente relacionada con la destrucción del medio ambiente, lo que veremos, más adelante y en la extensión que este trabajo nos permite.

En estas líneas se abordan, en una primera parte, el tratamiento de la afectación de las tierras de los PPII (acaparamiento y desplazamiento), por actividades de empresas públicas o privadas en el sistema internacional de los derechos humanos, a efectos de comprobar el grado de éxito de las reclamaciones en este nivel para centrarnos seguidamente en el efectuado en el ámbito de los sistemas regionales en el que, como hemos dejado ya apuntado, se ha puesto de manifiesto el difícil límite entre vulneraciones de derechos humanos y comisión de crímenes, lo que nos llevará a tratar el estadio de estas vulneraciones en la Corte Penal Internacional (CPI) a través de las Comunicaciones remitidas a la Fiscalía con la calificación jurídica dada en los diferentes escritos, presunta, al no haber sentencia concreta sobre la cuestión y a plantear las dificultades con la que tropiezan, especialmente, las comunidades indígenas ante la justicia penal internacional, para finalizar con unas ideas finales a modo de conclusión.

Partimos de la idea descrita: graves vulneraciones de derechos humanos pueden constituir crímenes internacionales; siendo complejo deslindar el límite y teniendo ambos aspectos diferentes mecanismos de garantía o protección, comprobaremos que la cuestión del uso y abuso de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas parece tener mejor acomodo en el primero de los campos, a nivel regional especialmente, no resultando tenerlo, al menos por el momento, en el segundo de los crímenes internacionales, lo que entendemos que puede derivar tanto de razones internas del sistema de Roma<sup>8</sup> como del propio posicionamiento de las comunidades indígenas respecto a la justicia internacional.

## **2. El acaparamiento de tierras por razones económicas como vulneración de derechos humanos**

### **2.1. Naciones Unidas**

Señala el documento del CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS de 21 de abril

<sup>6</sup>Así, el cambio climático, mencionado en el Informe de Minority Rights Group International. “No escape from discrimination: minorities, indigenous peoples and the crisis of displacement”. Report. Minority Rights Group International 2017, p. 4. [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MRG\\_Displacement\\_Report\\_Dec17.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MRG_Displacement_Report_Dec17.pdf)

<sup>7</sup> Minority Rights Group International, cit., p. 4.

<sup>8</sup> Por “sistema de Roma” entenderemos el del Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional.

de 2021 (A/HRC/47/37):

“Las repercusiones que tienen sobre la tierra y la vivienda las actividades empresariales y de desarrollo, como los proyectos de inversión a gran escala en tierras, infraestructura, minería y renovación urbana, han dado lugar a desplazamientos y desposesiones equivalentes a desalojos forzosos. Las medidas de conservación también han generado desplazamientos y desalojos forzosos en numerosos países y han afectado especialmente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas” (par. 23).

Por más que encontremos documentos y textos internacionales aplicables a la cuestión del uso y abuso de las tierras de las comunidades indígenas por actividades económicas, los mecanismos de garantía de Naciones Unidas no parecen ser la mejor vía para castigar la vulneración de derechos humanos que nos ocupa.

El Consejo de Derechos Humanos, interpretando los derechos contenidos en los Pactos de 1966, en particular el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>9</sup>, ha tenido oportunidad de declarar la vulneración en varias ocasiones. Sin embargo, una evaluación general nos demuestra un resultado negativo. El grado de reconocimiento de los derechos colectivos conforme al artículo 27 es defraudante, no resultando extraño el que se recomiende que se acuda preferentemente a instancias regionales en vez de al CDH, idea que señala MACKAY<sup>10</sup> quien añade que no parece que el CDH haya puesto en marcha la posibilidad de realizar visitas *in loco* a fin de comprobar, de obtener la visión exacta del alcance de las afectaciones provocadas por intereses económicos ajenos en sus tierras.

Así, señalamos respuesta positiva en el asunto *Ominayak (Lubicon Lake Band)* de 26 marzo de 1990<sup>11</sup>, pero no en los casos *Länsman (Ilmari) et al.* de 26 de octubre de 1994<sup>12</sup>, asunto *Länsman (Jouni) et al. y otros contra Finlandia*, de 30 de octubre 1996<sup>13</sup>, asunto *Kitok vs Suecia*, de 27 de julio de 1988<sup>14</sup>, caso *O. Sara et al. Vs Finland*, de 23 de marzo de 1994<sup>15</sup>, caso *Hopu and Bessert v. Francia*, de 29 de diciembre, 1997<sup>16</sup>, *Länsman (Jouni) et al. (2)* de 17 de marzo de 2005<sup>17</sup> o en el *Äärelä and Näkkäljärvi* de 24 de octubre de 2001<sup>18</sup>.

Ello no obsta a que este organismo siga recibiendo solicitudes, como las presentadas en el transcurso de este año 2022: Brasil BRA 4/2022 de 12 abril 2022, Paraguay PRY 1/2022 de 23 marzo 2022, Tanzania TZA 3/2021 de 9 febrero 2022, UNESCO OTH 262/2021 International Union for the Conservation of Nature (IUCN) OTH 263/2021 International Council on Monuments and Sites (ICOMOS) OTH 264/2021, Sweden SWE 2/2022 de 3 febrero 2022<sup>19</sup>, United States of America USA

<sup>9</sup> Dice el artículo 27 el PIDCP: “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.”.

<sup>10</sup> MacKay, Fergus “Guía sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”. Diciembre 2001. Forest Peoples Programme, p. 42.

<sup>11</sup> CCPR/C/38/D/167/1984. Violación del artículo 27. Otorgó arrendamientos a corporaciones privadas para explotar petróleo, gas, madera y otros recursos en las tierras y territorios de los lubicon. También dio permiso para la construcción de una planta maderera para procesar la madera en bruto.

<sup>12</sup> CCPR/C/52/D/511/1992. No hay violación del artículo 27 del PIDCP.

<sup>13</sup> CCPR/C/58/D/671/1995. No hay violación del artículo 27 del PIDCP.

<sup>14</sup> CCPR/C/33/D/197/1985. No hay violación del artículo 27 del PIDCP.

<sup>15</sup> CCPR/C/50/D/431/1990.

<sup>16</sup> CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1. No entra a la valoración ante la reserva de Francia al artículo 27.

<sup>17</sup> CCPR/C/83/D/1023/2001. No hay violación.

<sup>18</sup> CCPR/C/73/D/779/1997. En este asunto, el CDH se muestra incapaz de determinar si había ocurrido una violación del Artículo 27 sobre la base de la información habida.

<sup>19</sup> En esta podemos leer “*British company Beowulf Mining and their fully-owned Swedish subsidiary Jokkmokk Iron Mines AB. Concerns have been raised over the failure to consult and*

3/2022 de 1 febrero 2022, o, finalmente la Comunicación Brazil BRA 15/2021 de 19 enero 2022. El resultado está por ver y, entre tanto, las vulneraciones persisten.

Una de las razones de esta pobre acogida por parte de estas instancias internacionales puede ser la de la forma en que las distintas comunicaciones han sido presentadas. A diferencia de las elevadas ante órganos regionales de protección de los DDHH, no ponen de relieve, de forma suficiente, el significado que la tierra tiene para las CCII, cuestión que encontramos de gran importancia y que recuerda al panorama que hallamos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos presentados por los samis, cuestión que ponen de relieve KOIVUROVA<sup>20</sup>, OTIS y LAURENT<sup>21</sup> o IGLESIAS<sup>22</sup>.

Si bien nos hemos referido al Pacto de 1966 (PIDECP), en general, cabe utilizar los mecanismos del sistema de Naciones Unidas cuando los derechos vulnerados también están garantizados en otros instrumentos de derechos humanos, como casos de discriminación, tortura, desaparición, genocidio, afectación de los derechos de las mujeres, las niñas y niños.

Nos cabría aún poner sobre la mesa del debate el hecho de que siendo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989, el gran texto de carácter vinculante e internacional que contiene disposiciones fundamentales como el deber de consulta<sup>23</sup> y que en general debe ser implementado en los ordenamientos internos de los países que firmen y ratifiquen el texto, el por qué este apenas ha sido invocado más allá del nivel regional, en instancias internacionales. Ante su incumplimiento cabe presentar comunicaciones, reclamaciones o quejas ante los órganos de control de la OIT. Cabe abrir la vía del artículo 24 de la constitución de la OIT, pero no podemos obviar que los procedimientos de control no tienen, estrictamente, un carácter jurisdiccional<sup>24</sup> y en los Estados que han ratificado el Convenio es poco efectivo el empleo de esta instancia. Así, del recurso al sistema OIT tampoco podemos extraer que se muestre una vía idónea para las comunidades indígenas.

En definitiva, a modo de breve conclusión adelantada, las instancias internacionales de protección de los derechos humanos no ofrecen un panorama positivo en cuanto a la atención al problema del uso (y abuso) de sus tierras por actividades económicas. Las razones derivarían tanto por parte de los organismos que no parecen interpretar la vulneración de los DDHH de una forma global, teniendo en cuenta ese *corpus iuris* internacional, como por parte de las comunidades que no

---

*seek the free, prior and informed consent of the indigenous community, the impact on their traditional cultural practices and the lack of sufficient documentation and recognition of environmental risks and irreversible damage to the nearby heritage-listed site, Laponia".*

<sup>20</sup> KOIVUROVA, TIMO (2011). "Jurisprudence of the European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: Retrospect and Prospects". *International Journal on Minority and Group Rights*, 18(1):1-37. doi: <https://doi.org/10.1163/157181111X550969>

<sup>21</sup> OTIS, GHISLAIN y AURÉLIE LAURENT (2013). "Indigenous land claims in Europe: The European Court of Human Rights and the decolonization of property". *Arctic Review on Law and Politics*, 4(2). Recuperado de <https://arcticreview.no/index.php/arctic/article/view/472>.

<sup>22</sup> IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. "Lights and shadows in the jurisprudence: invoking the spiritual dimension of the land of the Indigenous Peoples". *CUHSO*. JULIO 2020 • ISSN 2452-610X • PÁGS.186-202. DOI 10.7770/2452-610X.2020.CUHSO.01.A11.pp. 192 y 198.

<sup>23</sup> "The responsibility to ensure that consultations are carried out in compliance with the provisions of the Convention rests with the government, even when it does not conduct the processes itself" (HANDBOOK: For ILO Tripartite Constituents. Understanding the C.169, 2013, p. 14). Convention No. 169 in its Article 16, paragraph 2 provides for "free and informed consent" of indigenous and tribal peoples where relocation of these peoples from lands which they occupy is considered necessary as an exceptional measure.

<sup>24</sup> REPRESENTATION (article 24) - DENMARK - C169 - 2001 National Confederation of Trade Unions of Greenland (Sulinermik Inuussutissarsiat Kattuffiat-SIK). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507219,en](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507219,en)

han argumentado suficientemente la importancia que el elemento tierra tiene en sus vidas, en esa cosmovisión o manera de ver e interpretar el mundo que tienen.

## 2.2. Las cortes regionales

En el más concreto ámbito regional, en interpretación y aplicación de los derechos contenidos en las Convenciones Interamericana de Derechos Humanos y en la Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, los asuntos resueltos por la Corte IDH o la CAfDHP nos ilustran, a diferencia del anteriormente comentado, suficiente -y positivamente- esta cuestión<sup>25</sup>.

En el sistema regional africano, en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) con el asunto *Ogoni*<sup>26</sup> y el *Endorois*<sup>27</sup> y en la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con el asunto *Ogiek*<sup>28</sup> hallamos buen ejemplo de ello.

En el asunto de la Comisión, el caso de los *Endorois*, los demandantes fueron desalojados de sus tierras debido al establecimiento de reservas<sup>29</sup>, pronunciándose la CADHP en favor de esta comunidad por vulneración de los artículos 1, 8 (libertad de conciencia, profesión y religión), 14 (derecho a la propiedad de sus tierras) 17 (derecho a la educación) 21 (derecho a la riqueza y sus recursos naturales) y 22 (derecho a desarrollo económico, social y cultural) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En el asunto *Ogiek*, expulsados del Mau Forest, existió un forzoso desplazamiento de tierras ordenado por el Estado de Kenia quien fundamentó la decisión en las disposiciones contenidas en la sección 4 de la *Government Land Act*, la *Forest Act* de 1957 y la *Wildlife (Conservation and Management) (Act* de 1977) que permite que, en zonas como esta que es reserva hidrográfica o en las declaradas parques nacionales por ejemplo, el gobierno no tiene obligación de consultar (como así hizo respecto de los *Ogiek*) en relación con los planes de desarrollo de aquéllas. En este caso, histórico por cuanto la CAfDHP ha determinado reparaciones recientemente en favor de una comunidad indígena por primera vez, declaró violación de los artículos 1, 2, 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana, esto es, los mismos que en el caso de la CADHP.

Ciertamente, no se han planteado un gran volumen de asuntos, pero hay que tener en cuenta la juventud de esta Corte y la positiva acogida a los planteamientos efectuados por las comunidades indígenas. Por supuesto y en última instancia, son los Estados quienes han de cumplir los dictados de la Corte que, añadamos, ha determinado recientemente las reparaciones en el asunto *Ogiek*.

Tanto en el ámbito africano como en el americano que mencionamos ahora, encontramos hechos semejantes, el acaparamiento (retención o apropiación) de tierras ancestrales por parte de los gobiernos o de empresas públicas o privadas consentidas por los gobiernos, para actividades económicas, produciendo privación y desplazamiento de comunidades indígenas que las han habitado desde antiguo. Se observa, también, en ambos un progresivo acercamiento a las cuestiones medioambientales desde el mencionado uso y abuso de las tierras ancestrales.

---

<sup>25</sup> Existen, como hemos apuntado antes, asuntos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no se han pronunciado de igual forma, si bien ello, teniendo en cuenta las pretensiones originales de los demandantes.

<sup>26</sup> Se declararon violados los artículos 2,4, 14, 16, 18, 21 y 24 de la Carta Africana.

<sup>27</sup> AFRICAN COMMISSION OF HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. 276/03: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*. [https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46\\_276\\_03\\_eng.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46_276_03_eng.pdf).

<sup>28</sup> AFRICAN COURT OF HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Application 006/2012, *African Commission of Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* (sentencia de 26 de mayo de 2017).

<sup>29</sup> "They claim that prior to the dispossession of Endorois land through the creation of the Lake Hannington Game Reserve in 1973, and a subsequent re-gazetting of the Lake Bogoria Game Reserve in 1978 by the Government of Kenya" (párr. 3).



En el ámbito americano, desde el asunto *Awas Tigni* pasando por el *Sawhoyamaxa* de 2006, por el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay* de 2006, el *caso Xákmok Kásek. Vs. Paraguay* de 2010, el del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* de 2012<sup>30</sup>, *Caso de los Pueblos Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y sus integrantes vs. Panamá*, de 2014 hasta el más reciente de *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina* de 2020<sup>31</sup>, la Corte IDH ha entendido la existencia de la vulneración de DDHH cuando ciertas actividades económicas llevadas a cabo por empresas, sin tener en cuenta su titularidad, con connivencia del Estado, han traído como consecuencia la afectación del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales.

Afectado este, y en efecto dominó como hemos señalado, otros derechos colectivos o individuales quedan vulnerados, como el derecho a practicar sus culturas, la libertad de creencias, o el derecho a la vida o más allá el derecho a un medio ambiente sano.

En abril de 2016, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicó el informe "Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo"<sup>32</sup> recordado en el posterior documento "Informe Empresas y Derechos Humanos: estándares interamericanos" de la Relatoría REDESCA en 2019<sup>33</sup>, recogido a su vez en el más reciente "Compendio sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales. Estándares Interamericanos" (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 465 31 diciembre 2021) en el que la CIDH y la REDESCA han indicado:

(...) los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales (...) en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas. (párr. 47, p. 101).

Y es que la vulneración del derecho a sus tierras parece ir reforzándose con la invocación del elemento medioambiental; un daño de doble vertiente producido a las CCII y al medio.

A lo anterior debemos añadir la atención que en tiempos más recientes ha venido prestándose a la cuestión "empresas y derechos humanos" tanto en este ámbito regional como en el ámbito internacional, aunque debe señalarse la lentitud en lo que se refiere a la conformación de un cuerpo normativo de carácter vinculante e internacional<sup>34</sup>. En el *Third Revised Draft, Legally Binding Instrument To Regulate*,

<sup>30</sup> CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142, párr. 161; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrs. 194 a 217. Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en [http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador\\_FondoReparacion.es.htm](http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador_FondoReparacion.es.htm).

<sup>31</sup> En este asunto La Comisión sostuvo que, además de la falta de titulación, violó el derecho a la propiedad la omisión estatal de "emprender acciones efectivas de control de la deforestación del territorio indígena", así como que el Estado llevara a cabo "obras públicas" y otorgara "concesiones para la exploración de hidrocarburos" sin cumplir requisitos de realizar estudios previos de "impacto social y ambiental" y "consultas previas, libres e informadas".

<sup>32</sup> CIDH, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/1531 diciembre 2015.

<sup>33</sup> OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019.

<sup>34</sup> El tercer borrador del tratado vinculante se publicó en agosto de 2021, y se enmarca en el proceso iniciado en 2014 con la adopción de la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos. OEIGWG CHAIRMANSHIP THIRD REVISED DRAFT 17.08.2021 LEGALLY BINDING INSTRUMENT TO REGULATE, IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW, THE ACTIVITIES OF

*In International Human Rights Law, The Activities Of Transnational Corporations And Other Business Enterprises* encontramos la conexión a la que aludíamos al principio en el punto 8.8.:

"Subject to their legal principles, States Parties shall ensure that their domestic law provides for the criminal or functionally equivalent liability of legal persons for human rights abuses that amount to criminal offenses under international human rights law binding on the State Party or customary international law, or their domestic law."

En fin, en esta vertiente de las vulneraciones de los derechos humanos producidas por actividades económicas, si bien hemos comprobado que las instancias internacionales no se muestran como el mejor recurso, sí están suficientemente consideradas a nivel regional en una interpretación mucho más amplia y ágil que las cortes han realizado respecto del *corpus iuris* internacional de derechos humanos.

Podríamos pensar que la razón estriba en las disposiciones contenidas en los textos regionales, pero existe un elemento que creemos se torna más importante de lo que en principio pudiera parecer, la cercanía que las Cortes mencionadas mantienen con los afectados y el cómo se han dirigido los demandantes ante estas instancias. Sin perjuicio de que después desarrollemos más profundamente esta idea, podemos afirmar que esta lejanía de las instancias internacionales no sólo se aplica a los órganos convencionales y extra convencionales internacionales de protección de derechos humanos sino, según se alega, a la Corte Penal Internacional.

Afirma SEIBERT-FOHR que el castigo penal se considera cada vez más como un elemento necesario para la protección de los derechos humanos<sup>35</sup> y esto nos conduce a la siguiente parte de este trabajo en la que hallamos un diferente escenario.

### **3. Crímenes internacionales. Los pueblos indígenas ante la justicia penal internacional**

When the white man first seen us, when they first said, "Well, there's something wrong with these people here. They don't have no religion. They have no judicial system. We have to do something for these people." I guess that must have been what they thought because they totally screwed up what we already had

(....)

The same thing with our judicial system. We had that judicial system and the white people, when they came here, they didn't see that. They said, "These guys have nothing. We have to introduce all these different things to them so they can be one of us." That's exactly the problem that we have.

Chief Philip Michel<sup>36</sup>

---

TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND OTHER BUSINESS ENTERPRISES. Punto 8.8. Con sujeción a sus procedimientos legales, los Estados Parte se asegurarán de que su derecho interno prevea la responsabilidad penal o funcionalmente equivalente de las personas jurídicas por los abusos de los derechos humanos que constituyan delitos penales con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos vinculante para el Estado Parte o al derecho internacional consuetudinario, o a su derecho interno.

<sup>35</sup> SEIBERT-FOHR Anja. *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford University Press, 2009, p. 189.

<sup>36</sup> CANADA, GOV. Aboriginal Justice Implementation Commission. *The Justice System and Aboriginal People. The Aboriginal Justice Implementation Commission*, Winnipeg, Canada, 2001.  
[http://www.ajic.mb.ca/reports/final\\_toc.html](http://www.ajic.mb.ca/reports/final_toc.html)  
<http://www.ajic.mb.ca/volumel/chapter2.html>

Señala COALITION FOR THE ICC que “Although crimes against indigenous groups have yet to see the ICC courtroom, the case has been made that ICC crimes definitions cover a lot of ground where indigenous peoples may be concerned”<sup>37</sup>.

Y, en efecto, una búsqueda de los asuntos tratados por la CPI nos lleva a una primera básica conclusión: la de que desde que entrara en vigor el Estatuto de Roma hasta el presente no existe sentencia alguna sobre la cuestión del desplazamiento de tierras de comunidades indígenas por acaparamiento derivado de razones económicas. Sí existen asuntos en los que CCII quedan afectadas, pero al tener su origen en causas distintas a las que tratamos ahora, como las derivadas de razones étnicas (posibles genocidios) o de conflictos armados (crímenes de guerra<sup>38</sup>) o combinados, no serán objeto de estudio. Habría que añadir que el acaparamiento de tierras, en sí, no aparece como categoría en el artículo 7 del Estatuto de Roma, por lo que se hace conveniente analizar los actores, actos y afectados por los efectos de estas acciones, donde hallamos base para su (posible) tratamiento como crimen de lesa humanidad en la forma que ha sido expuesto en las Comunicaciones remitidas a la CPI y que ahora detallaremos.

Así, comprobamos que los asuntos que tratan este tema específico se reducen a los sucesos acaecidos y que están aconteciendo en Camboya (*land grabbing*<sup>39</sup>) y Brasil. No obstante, conviene recordar el *asunto Chevron* en el que la CPI no entrara a conocer debido a las limitaciones temporales marcadas en el Estatuto, pero donde se produjeron afirmaciones que pueden aplicarse a los que ahora comentamos<sup>40</sup>.

### **3.1. Camboya (*land grabbing*)**

En este escenario, un grupo de víctimas camboyanas (*Filing Victims*) encargaron al abogado Richard J. Rogers perteneciente a *GLOBAL DILIGENCE LLP*, presentar una Comunicación apoyada por la Federación Internacional para los Derechos Humanos ante la CPI por hechos ocurridos en Camboya desde 2012. En el escrito presentado (para 8) se dice: “el acaparamiento de tierras y la deforestación asociada han afectado desproporcionadamente a la población indígena minoritaria. De las 190.000 minorías estimadas, más de la mitad ya han sido expulsadas por la fuerza de las tierras comunales y ancestrales. Debido a su particular dependencia y

<sup>37</sup> COALITION FOR THE ICC. ONLINE. <https://www.coalitionfortheicc.org/global-challenges-icc-protecting-indigenous-peoples>.

<sup>38</sup> En este ámbito debe destacarse el trabajo de la *International Law Commission Protection of the environment in relation to armed conflicts*, A/CN.4/L.968 de 20 de mayo de 2022).

<sup>39</sup> Utilizamos la expresión de F. Bensouda en su *Policy Paper* de 2016 y a fin de distinguirlo del expediente “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros” ICC-01/13-98.

<sup>40</sup> La primera vez que se planteó ante la Corte un asunto relacionado con estas actividades, fue el caso *Chevron*. Se presentó con fecha 25 de noviembre de 2014 una Comunicación en base al artículo 15 del Estatuto de Roma. Con fecha 16 de marzo de 2015, la OTP envió su respuesta (OTP2014/036752): la fiscalía alegó que “Based on the information currently available, some of the allegations described in the Lago Agrio Plaintiffs’ communication do not appear to fall within the Court’s temporal jurisdiction, and other allegations do not appear to fall within the Court’s subject-matter jurisdiction.” “The Prosecutor has therefore determined that there is not a basis at this time to proceed with further analysis of the above-mentioned communication. In light of your related communication, this letter thus serves to notify you of this decision, which has also been notified to the Lago Agrio Plaintiffs. The information you have submitted will be maintained in our archives, as the decision not to proceed may be reconsidered in light of new facts or information.” En definitiva, más allá de la cuestión *rationae temporis*, no halló elementos suficientes para la calificación de los hechos acaecidos como crimen internacional competencia de la Corte. El asunto se planteó primero en los EEUU donde *Chevron* alegó falta de competencia de los tribunales americanos. Después se planteó en Ecuador donde se condenó a la empresa a pagar 9,5 millones de dólares reparando los daños causados a CCII (Siekopai, Sionas, Cofanes, Waorani, Tetetes y Sansahuari) de la Amazonía Norte del país (Orellana y Sucumbíos) y al ecosistema. El Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya anuló la sentencia por la que en sede doméstica<sup>40</sup>, en Ecuador, se había condenado.

apego cultural a la tierra, el acaparamiento de tierras ha devastado su sustento y amenazado su identidad étnica”.

La calificación del presunto crimen otorgada a los hechos por parte del escrito de Rogers conecta con la idea que expresamos al inicio del presente trabajo: las vulneraciones de derechos humanos en estos actos de *land grabbing* en Camboya constituyen, por su gravedad y alcance, crímenes de lesa humanidad. Pero la Corte, has to clarify what exactly constitutes a crime against humanity, sostiene al respecto de esta cuestión, FRANZISKA MARIA OEHM<sup>41</sup>. ZAMORA CABOT et al., sostienen que “para lograr que el Tribunal Penal Internacional interviniera en los casos relacionados con los acaparamientos de tierras y recursos, se tendría que modificar ... el Estatuto del Tribunal ... *rationae materiae*, incluyendo, entre otros asuntos, el crimen de ecocidio y el de acaparamiento de tierras”. Ciertamente, la destrucción del medio ambiente sólo se halla encuadrada en el crimen de guerra y por otra parte sabemos que el crimen medioambiental y el terrorismo quedaron apartados de los crímenes de que conocería la Corte <sup>42</sup>. Aquí, estaríamos ante la destrucción del medio a través de prácticas de uso (y abuso) de tierras ancestrales por razones económicas que afectan directa y gravemente a la vida por lo que un análisis de lo que estas producen y el cómo, conducen a los actos descritos en el artículo 7 del ER.

Los argumentos de *Global Diligence*, a efectos de calificar los hechos como crimen del artículo 7 del ER son el de *forcible transfer* (para 13), *Murder, illegal imprisonment, other inhumane acts* (para 14) *Persecution* (para 15) cumpliéndose el requisito de ser un ataque generalizado y sistemático (paras. 18 y ss.) contra víctimas civiles (comunidades indígenas). Por otra parte, entiende que se dan los elementos necesarios en cuanto a su admisibilidad por la Corte. El principio de complementariedad estaría cumplido toda vez que, según el comunicante, los tribunales camboyanos están manipulados y son corruptos (para 26) y concurre un nivel de gravedad suficiente e interés de la justicia (paras 27 y 28) poniendo de relieve las graves consecuencias derivadas de la inacción, como la posible muerte de cientos de miles camboyanos.

Posteriormente, Global Diligence reforzó la Comunicación mediante una *supplementary communication* de julio de 2015 en la cual se hacía énfasis en el impacto desproporcionado sobre las mujeres.

Un año más tarde, en 2016, refiriéndose a la publicación del *Policy Paper* de F. Bensouda, al que luego nos referiremos, Richard Rogers según se recogía en *The Guardian* por JOHN VIDAL y OWEN BOWCOTT, afirmaba: “It will not make land-grabbing *per se* a crime, but mass forcible evictions that results from land-grabbing may end up being tried as a crime against humanity<sup>43</sup>”. Cuatro años más tarde, la Comunicación seguía sin respuesta aun cuando en el *Report on Preliminary Examination Activities 2020* (14 diciembre 2020) leemos en el párr. 35 “The Office is also finalising its response to senders of communications with respect to ... Cambodia (land grabbing).”.

Después de ciertas afirmaciones de la fiscal efectuadas en el marco abajo señalado, el 16 de marzo de 2021 se enviaba carta (letter) a la OTP en los siguientes términos:

“En su discurso del 17 de febrero de 2021 ante el Instituto de Asuntos Internacionales y Europeos, confirmó que su Oficina tomará pronto una decisión sobre la situación pendiente de acaparamiento de tierras en

<sup>41</sup> OEHM, F. M. (2015). “Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law”. *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 48(4), 469–490. p. 490. <http://www.jstor.org/stable/26160058>.

<sup>42</sup> *Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held from 1 to 12 December 1997*, U.N. Doc. A/AC.249/1997/L.9/Rev. 1 (1997)

<sup>43</sup> “No hará que el acaparamiento de tierras *per se* sea un delito, pero los desalojos forzados masivos que resultan del acaparamiento de tierras pueden terminar siendo juzgados como un crimen contra la humanidad”.

Camboya, a la que ya se refirió en su informe de diciembre de 2020 sobre los exámenes preliminares actividades. La situación de Camboya ofrece una oportunidad única para que la CPI se comprometa con la mayor amenaza a la que se enfrenta la humanidad: la emergencia climática y medioambiental. El acaparamiento de tierras no sólo consiste en los desalojos forzosos y violentos de los residentes, ... En muchos países del mundo, el acaparamiento de tierras es el precursor de la explotación ilegal de recursos, la persecución de los pueblos indígenas y la destrucción del medio ambiente. Frenar el acaparamiento ilegal de tierras ayudará a proteger el medio ambiente y a combatir el cambio climático."

Pero el 16 de junio de 2021, Fatou Bensouda ponía fin a su mandato y en el documento *Preliminary examinations at the ICC: An analysis of prosecutor Bensouda's legacy* de septiembre de 2021, constatamos que no hay mención alguna a la cuestión camboyana. En posterior epígrafe volveremos sobre esta cuestión a efectos de establecer posibles causas que nos lleven a la respuesta del por qué no ha habido respuesta.

### 3.2. Brasil

El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Situación de derechos humanos en Brasil*<sup>44</sup> expresa gran preocupación por el proceso de revisión de las políticas indigenistas y ambientales del país, que ha posibilitado la ocupación ilegal de tierras ancestrales, ha fomentado actos de violencia contra líderes y comunidades indígenas y ha autorizado la destrucción ambiental de sus territorios.

En Brasil, la deforestación, había aumentado, en noviembre de 2021 "hasta alcanzar un área similar a la de Montenegro y superior a la de países como Catar, Jamaica y Kosovo"<sup>45</sup> amenazando seriamente las tierras de las comunidades indígenas, como así señalan, ad. ex. Lucas Ferrante y Philip M. Fearnside<sup>46</sup>. Conviene apuntar que esta cuestión de la afectación del medio se encuentra en varias comunicaciones ante la CPI en las que se alega junto a la de crímenes de lesa humanidad.

En noviembre de 2019, el *Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos* (CADHU)<sup>47</sup> remitió Comunicación, nota informativa, siguiendo lo dispuesto en el artículo 15 del ER solicitando un examen preliminar por "incitación al genocidio y

<sup>44</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Situación de derechos humanos en Brasil. 2021. P. 30.

<sup>45</sup> INFOBAE. "La deforestación en la Amazonía brasileña aumentó un 22%: es un récord en los últimos 15 años" <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2021/11/18/la-deforestacion-en-la-amazonia-brasilena-aumento-un-22-es-un-record-en-los-ultimos-15-anos/>.

<sup>46</sup> FERRANTE, L., y FEARNSIDE, P. "Brazil threatens Indigenous lands". 1 May 2020. pp. 481-482. DOI: 10.1126/science.abb6327. Vol 368, Issue 6490. SCIENCE.

<sup>47</sup> En abril de 2020, la *Brazilian Association of Legal Experts for Democracy* (ABJDT) presentó Comunicación por crímenes contra la humanidad del artículo 7 (1) (k) del ER y otros que pudieran derivarse de la investigación (p. 2, 5), <https://drive.google.com/file/d/145crctPIZfPRq4NTrWelJpPwKEpa502v/view?ga=2.68963417.994563953.1663669885-1979220040.1663669885>. <https://brazilian.report/power/2021/11/11/icc-complaint-bolsonaro/> or the tools offered on the page. El 12 de octubre de 2021 fue remitida Comunicación por *All Rise* (ONG) por *his role in Crimes Against Humanity resulting from ongoing deforestation and related activities in the Amazon rainforest*. Commission of Crimes Against Humanity against Environmental Dependents and Defenders in the Brazilian Legal Amazon from January 2019 to present, perpetrated by Brazilian President Jair Messias Bolsonaro and principal actors of his former or current administration Existen, además, otras Comunicaciones relativas al COVID-19 y la política seguida por el Presidente. Todas ellas refieren a crímenes medioambientales y a la situación de los indígenas y el posible crimen perpetrado contra ellos.

ataques sistemáticos generalizados contra los pueblos indígenas” por parte del presidente Jair Messias Bolsonaro en Brasil. En el escrito se incorpora posteriormente el de crímenes de lesa humanidad junto a este de incitación al genocidio.

Desde el primero de los párrafos encontramos la mención de las comunidades indígenas considerando que el presidente brasileño ha creado un contexto de incitación a cometer crímenes de lesa humanidad y genocidio, lo que entiende llevado a cabo mediante la seria afectación del medio en que habitan.

Según los comunicantes, la importante degradación ambiental producida (y que persiste) es fruto de las políticas seguidas por el presidente brasileño. Junto al daño al ecosistema, denuncia que “los ataques de los grupos armados, los proyectos de infraestructuras estatales y privados, la minería ilegal y las agroindustrias que invaden los bosques y las tierras demarcadas son hechos que están expulsando a las comunidades.” (párrafo 2).

En el escrito va atendiendo a los elementos del crimen de lesa humanidad que entiende cometido encuadrándolo en varios de sus apartados. Así, hace referencia a que se han llevado a cabo de forma sistemática a través de una política estatal de incitación actos a que pueden conducir a (i) el exterminio (artículo 7.1.b del Estatuto de Roma art. 7.1(b). ) ya que las condiciones y los estilos de vida de los pueblos indígenas están siendo destruidos por la contaminación de los ríos y la invasión de sus tierras por parte de mineros, madereros y acaparadores de tierras; (ii) el traslado forzoso de poblaciones (artículo 7.1.d del Estatuto de Roma); (iii) la persecución (artículo 7.1. h del Estatuto de Roma), demostrada por la rápida desinstitucionalización de las políticas indígenas brasileñas y la degradación de sus tierras que el Gobierno está dejando de proteger de forma deliberada y sistemática (similar a la destrucción de viviendas y propiedades en la jurisprudencia establecida por la Corte Penal Internacional); y (iv) “otros actos inhumanos de carácter similar que causan intencionadamente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (artículo 7.1.k del Estatuto de Roma).

Estas “practices destroying environment” afectan a las comunidades indígenas, sus tierras y modos de subsistencia (párr. 11). “whose physical existence and lifestyles are dependent on its forests, lands and rivers, in material, social and symbolic terms” (párr. 64). En su argumentación invoca tanto jurisprudencia de tribunales penales como textos de protección de DDHH y recuerda el *Policy Paper* de Bensouda de 2016 (párr. 118) interpretando que:

“Uno de los cambios mencionados en este documento consiste en la prioridad que se da ahora a la criminalización de las expropiaciones de tierras que causan desplazamientos forzados, por ejemplo, así como los delitos contra el medio ambiente y los crímenes contra la humanidad”.

En este párrafo afirma el CAH DU que, con ello, lo que se introduce en el artículo 7 del ER responde “a un cambio en la percepción social de la gravedad de los problemas sociales y medioambientales”, lo que se había planteado en la redacción del texto y que conducía la tipificación de los delitos medioambientales a gran escala como crímenes internacionales.

En aquella ocasión, se decidió finalmente no tipificarlos debido a las dificultades que parecían surgir en demostrar la perpetración deliberada de tales actos y el tipo de daño resultante que daría lugar a la responsabilidad en virtud del derecho internacional sólo cuando los daños son directos.

En cualquier caso, valga la pena recordar que el artículo 8 del Estatuto es la única disposición considerada ecocéntrica y hace referencia a la prohibición de lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará ... “daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea” “intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause . . .

widespread, long-term and severe damage to the natural environment” lo que es señalado por MISTURA<sup>48</sup> o PEREIRA<sup>49</sup>.

La aplicación de la complementariedad es tenida en cuenta desde que el párr. 149 apunta a que “It was only on 25 August 2019 that President Jair Messias Bolsonaro called for an investigation to be opened by the Federal Police, with people selected by the Government” que realmente no se ha llevado a cabo (párrs. 152, 153, 155, 156<sup>50</sup>. 157, 158), señalando que la misma no es imparcial al existir injerencias políticas en tales actividades de investigación (párr. 162).

Por lo que respecta al crimen de genocidio, mencionado en el documento, se basa en declaraciones públicas efectuadas por Bolsonaro que apuntarían al cumplimiento y posterior prueba, siempre tan compleja, del elemento subjetivo de este crimen.

Desde luego, retomando la idea expuesta al principio de la afectación de la tierra y el derecho a la vida de los pueblos indígenas, de su especial dependencia, MISTURA recuerda cómo en el *asunto Al Bashir* la contaminación del agua en las zonas habitadas por los Fur, Masalit, y Zaghawa “has been one of the elements considered by the ICC in issuing a second arrest warrant against the Sudanese President Omar Hassan Al Bashir, indicted on the grounds of having committed, among others, genocide against the population of Darfur<sup>51</sup>”.

Apunta igualmente el escrito de la CAHDU al delito ambiental de manera que va reforzando la creencia de la comisión de crímenes internacionales.

En octubre de 2021, ALLRISE presentó Comunicación por la *Commission of Crimes Against Humanity against Environmental Dependents and Defenders*<sup>52</sup>, entendiéndolo que el impacto de los actos y conductas criminal alcanzan la pérdida de vidas y el profundo sufrimiento de las comunidades locales.

La calificación dada de crímenes de lesa humanidad se basa en el ataque generalizado premeditado y calculado contra población civil perpetrado por el Estado y comprende las conductas del apartado 1 (a) asesinato de defensores del medioambiente, del 1 (k) otros actos contra defensores medioambientales y (h) actos de persecución llevados a cabo contra aquellos. El ataque, deriva de la política corrupta seguida por el presidente Bolsonaro para asegurar la explotación, incontrolada e insostenible de los recursos naturales eliminando protecciones socio ambientales enriqueciendo a sus principales colaboradores (y a sí mismo).

<sup>48</sup> MISTURA, ALESSANDRA. “Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework” . <https://journals.library.columbia.edu/index.php/cjel/issue/view/392>.

<sup>49</sup> PEREIRA, R. “After the ICC Office of the Prosecutor’s 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritization: Towards an International Crime of Ecocide?”. *Crim Law Forum* 31, 179–224 (2020). <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09393-y> <https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-020-09393-y#Sec7>.

<sup>50</sup> It also stresses that the mere preparation for investigating other suspects does not provide sufficient reason for dismissing the jurisdiction of the International Criminal Court (vid. The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, “Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled ‘Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute’”, ICC-01/09-01/11-307 OA, 30 August 2011, Paragraph 41.)

<sup>51</sup> MISTURA, Alessandra. Is There Space for Environmental Crimes Under International Criminal Law? The Impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the Current Legal Framework. *Columbia Journal of Environmental Law*, 43(1) p. 207. <https://doi.org/10.7916/cjel.v43i1.3740>

<sup>52</sup> ALLRISE. Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court. 12 October 2021.

Con lo anterior, hemos dejado expuestos los dos asuntos presentados ante la CPI, habiendo señalado igualmente el asunto Chevron<sup>53</sup>.

El reducido número de intentos, de llamadas a la Corte, nos conduce a tratar de indagar en las razones de tan limitada actuación. Por lo que se refiere a las comunicaciones presentadas, tan sólo Camboya (*land grabbing*) y Brasil, guardan relación con la cuestión que tratamos. Esto nos lleva a plantearnos, decimos, el porqué de la práctica ausencia del tratamiento como crimen internacional de estas situaciones, junto a la que abordaremos la de si se dan los criterios para su admisión en la CPI y la política que mantiene la Corte en cuanto a la admisión de asuntos a investigar. Pretendemos efectuar este análisis tanto desde la actuación de la Fiscalía como desde la perspectiva de los pueblos indígenas y su sentimiento respecto a la justicia (penal) internacional.

#### 4. Perspectiva interna: el sistema de Roma

"The creators of the Court very much had crimes against Indigenous Peoples in mind, when drafting the Court's Rome Statute." señala John Washburn<sup>54</sup>.

En 2016, la fiscal Fatou Bensouda presentó, como apuntamos antes, su política respecto a la selección y priorización de casos, lo que pasaba por una determinación en investigar estos sucesos a la vez que insistía en el principio de complementariedad como pieza fundamental del sistema de Roma. La admisibilidad de los asuntos presentados requiere pasar una prueba, que denominaremos "test Bensouda": el cumplimiento de ciertos requisitos y criterios que, desde luego, están insertos en el texto de 1998: no se puede dejar de pasar por alto, en esta parte del presente trabajo, los argumentos esgrimidos en el asunto Chevron-Ecuador, cuando la Fiscalía no halló que fueran de gravedad suficiente<sup>55</sup> con lo que nos preguntamos si la respuesta a los asuntos Camboya y Brasil en los que hay determinada una calificación como crimen de lesa humanidad y/o de genocidio, tendrán el mismo fin.

##### 4.1. La Complementariedad

La Corte Penal Internacional no tiene jurisdicción universal. Tanto el Preámbulo del Estatuto de Roma como el artículo 1 señalan su carácter complementario<sup>56</sup>. Desde la discusión de la redacción de los preceptos del ER el principio de soberanía proyectó este carácter de *last resource*.

"The principle of complementarity is based both on respect for the primary jurisdiction of States and on considerations of efficiency and effectiveness" señala el documento de la Fiscalía de la CPI. Estos dos aspectos de la función de complementariedad, la asociación y la vigilancia" están en tensión y, sin embargo, están inseparablemente relacionados"<sup>57</sup>.

LUIS OCAMPO, primer fiscal de la CPI, decía en 2003 que su triunfo (el de la CPI) vendría con la implantación y la lucha contra la impunidad en todos los Estados, así que la efectividad de aquella no debería medirse por el número de casos de que pueda conocer, sino que, por el contrario, "complementarity implies that the absence

---

<sup>53</sup> Vid. pág. 9.

<sup>54</sup> WASHBURN, JOHN. American Coalition for the ICC (AMICC)/ A 2017 report by the watchdog Global Witness.

<sup>55</sup> Por supuesto que el principal argumento en contra de la admisibilidad fue la falta de competencia temporal.

<sup>56</sup> Vid. Preámbulo: "Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales".

<sup>57</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. ICC-OTP. Informal expert paper. The principle of complementarity in practice ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 3/37 VW T, p. 4.



of trials before this Court, as a consequence of the regular functioning of national institutions, would be a major success"<sup>58</sup>.

Señalaba CARTER invocando a Lee<sup>59</sup> que este principio significa que la Corte complementa, pero no reemplaza a la jurisdicción nacional puesto que, según el sistema del ER, "los tribunales nacionales seguirán teniendo prioridad en la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes cometidos dentro de sus jurisdicciones, en tanto que la Corte Penal Internacional actuará cuando los tribunales nacionales sean "incapaces o no estén dispuestos "a realizar sus tareas".

Objeto de mención en el preámbulo, su expresión fue objeto de una más contundente redacción y, por ende, significado, pasando de un "intended to be" a un "shall be" tal y como comprobamos en los trabajos preparatorios del ER<sup>60</sup>.

Decía LAHIRI, representante de la India en las discusiones habidas en la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, que sería una burla al concepto de complementariedad esperar que los Estados con sistemas judiciales y de investigación bien establecidos y en funcionamiento tengan que demostrar constantemente la viabilidad de sus estructuras judiciales, a falta de lo cual serían anulados por el Tribunal". it would be a travesty of the concept of complementarity to expect States with well-established and functioning judicial and investigative systems to have to prove constantly the viability of their judicial structures, failing which they would be overridden by the Court.". Puede ser, para algunos, un "travesty", pero no puede obviarse la posibilidad de que, al no ser así, ni mucho menos siempre, las actuaciones llevadas a cabo a nivel interno no sean sino una forma de eludir la justicia internacional, y ello debe probarse.

La inclusión del adjetivo "genuine" convertido en la versión española a adverbio (realmente) en el artículo 17 del ER (Issues of admisibility- Cuestiones de admisibilidad) se muestra del todo relevante. Demostrar esa voluntad (o falta de) real llevar a cabo una investigación es tan clara como compleja en cuanto a prueba se refiere. Lo mismo puede predicarse del contenido del apartado c) del artículo 17.2 del ER:

"2. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso. (...).

c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia."

Respecto de este principio y la situación en Colombia (bajo examen preliminar), STEWART<sup>61</sup> señalaba que para que funcione, es importante "*ver que se imparta justicia en nombre de las víctimas de manera simultánea, proporcional e*

<sup>58</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Ceremony for the solemn undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court. Statement made by Mr. Luis Moreno-Ocampo Chief Prosecutor* (p. 3). The Hague, 16 junio 2003.

<sup>59</sup> CARTER, Linda E. The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne bis in Idem, 8. Santa Clara J. Int'L. 165, 2010, p. 167.

<sup>60</sup> Preparatory Committee on the establishment of an International Criminal Court. 16 March- 3 April 1998. A/AC.249/1998/CRP.6 | April 1998. El Preámbulo del ER decía "Emphasizing further that such a court is intended to be complementary to national criminal justice systems in cases where such trial procedures may not be available or may be ineffective". Se modificó a fin de que tal expresión fuera "consistent with article 1 of the Statute" de manera que, finalmente, la redacción sería la de actual: "Emphasizing further that such a court shall be complementary to national criminal jurisdictions".

<sup>61</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. "El artículo 28 del Estatuto de Roma". Cámara de Comercio de Bogotá. 1 de noviembre de 2018, para. 3.

*imparcial con respecto a todos los actores del conflicto armado, ya sean con respecto a las FARC-EP, los agentes del Estado o los terceros civiles”.*

Ahora bien, este principio tiene también su sombra: amparados en la complementariedad, los Estados pueden impedir o retrasar la investigación por parte de la Corte. La falta de parcialidad puede impedir o cuando menos detener a la justicia en nombre de la complementariedad. Claro que aquí nos estamos refiriendo a aquellas situaciones que *motu proprio* la Fiscalía entiende que ha de investigar; es decir, no nos referimos a casos “self-referrals” ni, menos, a los remitidos por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Sostiene TWOMEY, refiriéndose a la cuestión en Mozambique, que “the limits of law lie within the norm implementation process, wherein norms are conditioned by the local Mozambican governance context to serve domestic interests<sup>62</sup>” en un asunto relacionado con *land grabbing* en Mozambique.

En el asunto de Brasil, la Comunicación pone énfasis en este aspecto sobre la falta de investigaciones reales, imparciales, que sirvan realmente a la justicia. En el de Camboya, la inoperancia o inutilidad.

Un ejemplo ofrece la práctica de la CPI, ya incluso, en el primero de los asuntos decididos por la ICC. Nos referimos al asunto Lubanga y la situación en la República Democrática del Congo respecto de la que SHABBAS apuntaba que “is closer to the classic paradigm of a state whose failing justice system renders it ‘unable’ to prosecute”<sup>63</sup>.

A efectos de aclarar la base en que la CPI procede a la investigación de una situación en que la jurisdicción nacional ha abierto causa, el Anexo 4 del documento ICC-OTP 2003<sup>64</sup>, *List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings*<sup>65</sup> es sumamente importante y nos ofrece pautas claras a efectos de comprobar la falta real de voluntad.

A falta de respuesta a la Comunicación brasileña en la que claramente se atacan, los argumentos sobre la falta de “genuina” investigación en el país quedan en suspenso al igual que en el caso camboyano.

---

<sup>62</sup> TOWMEY, H. “Displacement and dispossession through land grabbing in Mozambique. The limits of international and national legal instruments”. Working Papers, n. 101. *Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development*. University of Oxford. July 2014, p. 1.

<sup>63</sup> SHABBAS, W. “Complementary in practice” ICC-01/05-01/08-721-Anx11 16-03-2010 21/29 CB T, pp. 19-20, especialmente.

<sup>64</sup> Como jurisprudencia sobre “Unwillingness or inability” señala el asunto: Horvath v. Secretary of State for the Home Department, House of Lords, 6 July 2000 (pág. 35).

<sup>65</sup> Como información contextual, señala aspectos a observar tales como a) la función constitucional, separación de poderes y competencias atribuidas a las instituciones del sistema de justicia penal; - Marco legislativo (delitos, jurisdicción, procedimientos, defensas); b) los parámetros de los poderes y la discrecionalidad de la fiscalía; c) el grado de independencia de jure y de facto del poder judicial, de los fiscales y de los organismos de investigación; d) las divisiones territoriales jurisdiccionales; e) los regímenes jurisdiccionales especiales (tribunales militares); f) los privilegios e inmunidades de las autoridades del Estado; g) la creación de comisiones extrajudiciales de investigación, comisiones de la verdad, etc.; h) la concesión de amnistías, indultos, ejecución de penas, regímenes de libertad condicional; i) el régimen jurídico de acceso a las pruebas; j) el régimen jurídico de la extradición, el asilo, etc.; k) el régimen jurídico de las normas del debido proceso, derechos de los acusados, procedimientos; l) las condiciones de seguridad para testigos e investigadores, acceso a la escena del crimen; - Integridad/corruptibilidad del personal y las instituciones; m) los recursos invertidos y capacidad de las instituciones del Estado para hacer frente a la escala del crimen; y n) el identificar los ministerios clave y otros puntos de contacto.

Como “unwillingness” la prueba de la falta de voluntad puede surgir de una serie de factores relacionados con los aspectos del artículo 17(2). Algunos ejemplos de hechos y pruebas relevantes que pueden recopilarse: la finalidad del “shielding” son el retraso, la falta de independencia e imparcialidad, entre otros.

Junto a la complementariedad, otros factores fundamentales son el de la gravedad e interés de la justicia.

## **4.2. La Gravedad y el interés para la justicia**

### **4.2.1. La gravedad**

El *Policy paper* de Bensouda de 2016 marcó determinadas pautas para la actuación de la fiscalía de la Corte Penal Internacional pero no se trataba del primer documento en relación con la selección de asuntos, aunque desde luego, especialmente clarificador, a la vez que levantó expectativas para las comunidades indígenas afectadas por los actos de *land grabbing*.

Recuerda el *Policy Paper* que la "Gravity is the predominant case selection criteria adopted by the Office and is embedded also into considerations of both the degree of responsibility of alleged perpetrators and charging."<sup>66</sup>.

La Fiscalía de la CPI pronto tuvo que aplicar este criterio tan falto de claridad y no sin razón. Venezuela y Chile clamaron por la claridad de un elemento clave que consideraban vago e impreciso<sup>67</sup>. Luis Moreno Ocampo, como primer Fiscal, tendría que interpretar o aplicar estos criterios o prerequisites<sup>68</sup> y señalaba que "The gravity criterion presents a number of challenges," apuntado al número de víctimas o al impacto de los crímenes refiriéndose a las actuaciones comenzadas en Congo o Uganda<sup>69</sup>.

En fin, y a falta de una clara definición de lo que se entienda por gravedad, ponderar esta, pasa por tener en cuenta determinados factores apuntados el *Policy Paper* de 2013<sup>70</sup>. Bajo estos, la Fiscalía tendrá en consideración, entre otros: (a) la escala, (b) la naturaleza, (c) la forma de comisión, y (d) el impacto de los crímenes posibles valoración de la gravedad y su evaluación, ... (i) la escala del crimen debe determinarse a la luz de, entre otras cosas, el número de víctimas y la magnitud del daño causado por el crimen, incluso desde una perspectiva temporal y geográfica (para 62); la naturaleza del crimen se refiere a los elementos específicos de cada delito relevante (por ejemplo asesinatos, persecuciones, crímenes que implican violencia sexual o crímenes contra niños, para. 63) (iii) la forma de comisión puede evaluarse, entre otras cosas, sobre la base de "los medios empleados para ejecutar el crimen, el grado de participación y la intención del autor... el grado en que los crímenes fueron sistemáticos o resultaron de un plan o política organizada..."<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. "Policy Paper on case selection and prioritization". 15 September 2016, para. 6.

<sup>67</sup> Ver *Summary Record of 11th Meeting*, U.N. Doc. A/CONF.183/C.I/SR.11, 22, 29 (1998).

<sup>68</sup> Decía Moreno-Ocampo, y no sin razón que "I also need legal scholars to discuss standards for the selection of cases and the investigation. I am therefore here to present to you a number of challenges that we face in the hope that you can develop solutions (p. 498) o que "Academic debate is needed, because the Court is a new system" (p. 502). MORENO-OCAMPO, LUIS. "Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives." *American University International Law Review* 21, no.4 (2006): 497-503.

<sup>69</sup> MORENO-OCAMPO, LUIS. Cit. p. 498.

<sup>70</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. The Office of the Prosecutor. "Policy Paper on Preliminary Examinations". Noviembre 2013.

<sup>71</sup> (a) the scale, (b) the nature, (c) the manner of commission, and (d) the impact of the potential crimes assessment of gravity and their evaluation, the Policy Paper on Preliminary Examinations further provides that: (i) the scale of the crime must be determined in light of, inter alia, the number of the victims and the extent of the damage caused by the crime, including from a temporal and geographical perspective;194 (ii) the nature of the crime refers to the specific elements of each relevant offense (e.g., killings, persecutions, crimes involving sexual violence, or crimes against children);195 (iii) the manner of commission may be evaluated, inter alia, on the basis of "the means employed to execute the crime, the degree of participation and intent of the perpetrator . . . the extent to which the crimes were systematic or result from a plan or organized policy . . . and 2018].

En cualquier caso, aún se ha venido percibiendo la subjetividad inherente a una decisión sobre la gravedad de un asunto respecto de otro. Y es que, cuando no se dispone de los medios materiales necesarios para atender a otros escenarios, se ha de optar por la investigación en uno u otro campo. Esta no es una materia menos importante: la Corte necesita de la cooperación internacional, económica también.

#### 4.2.2. El interés para la Justicia

Por lo que se refiere al “interés para la justicia” mencionado en el artículo 53, se trata de un criterio -a nuestro parecer- aún más complejo desde que debemos partir de la propia comprensión de lo que signifique “justicia”. Con todo, la OTP nos ha proporcionado un Policy Paper en 2007 al respecto, que en su comienzo ya nos advierte que estamos ante una cuestión que “represents one of the most complex aspects of the Treaty”<sup>72</sup>. Y, desde luego, el asunto de Afganistán nos proporcionó un buen ejemplo de esa complejidad (y de la subjetividad que puede llevar implícita su aplicación).

Pero este documento no nos proporciona la claridad que hallamos en términos comparativos cuando tenemos presente el que desarrolló otros criterios como la complementariedad o gravedad. De hecho, la OTP sostiene que “Antes de considerar si existen razones sustanciales para creer que no es en interés de la justicia iniciar una investigación, el Fiscal necesariamente habrá llegado ya a una opinión positiva sobre la admisibilidad, incluyendo que el caso es de suficiente gravedad para justificar una acción posterior”<sup>73</sup> y, después, el interés de las víctimas y las circunstancias particulares del acusado junto con otras consideraciones (otros mecanismos de justicia o procesos de paz).

La falta de concreción de este documento nos conduce a las situaciones en que este criterio ha sido aplicado; así el asunto de Afganistán<sup>74</sup> caso en el que los perpetradores de los crímenes alegados eran de un lado, los talibanes y otros grupos armados, las fuerzas afganas, fuerzas armadas de los Estados Unidos y la CIA, u otras fuerzas armadas internacionales. El carpetazo pretendido por la Sala de Cuestiones de lo Preliminar fue reabierto por la decisión de la Sala de Apelaciones, criticada no obstante por cuanto que aunque recriminó a la SCP por abusar de su discreción en su análisis de los intereses de la justicia, lo realizó más como crítica al proceso que a los argumentos ofrecidos. “The AC (Appels Chamber) thus missed an opportunity to consider what the interests of justice entail”<sup>75</sup>.

Como sostiene KAI AMBOS, “la Sala convierte el concepto de interés de la justicia en una cláusula de eficiencia utilitaria que se basa en el posible éxito del procedimiento.”. Ampliamente abordado este caso de Afganistán por la doctrina, resumiremos con la idea de que no se comprende cómo después de abordar actores y actos y elementos fundamentales de admisibilidad el “nonetheless” del artículo 53 del Estatuto de Roma, sirva para llegar a la conclusión de la falta de interés para la justicia.

En fin, este criterio parece que podría representar un importante impedimento para ver en La Haya un asunto relativo al acaparamiento de tierras de las comunidades y pueblos indígenas; ello, teniendo en cuenta los antecedentes que el “nonetheless” nos ofrece.

---

<sup>72</sup> CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Policy Paper on the Interests of Justice*. Septiembre de 2007, p. 2.

<sup>73</sup> Ibid. P. 5.

<sup>74</sup> ICC-02/17. Date: 12 April 2019. Pre-Trial Chamber II. *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*.

<sup>75</sup> LUBAN, David. Just Security, online, March 17, 2020. <https://www.justsecurity.org/author/lubandavid/>

Las cuestiones anteriormente tratadas (complementariedad, gravedad e interés para la justicia) nos parecen de suma importancia a fin de ponderar las posibilidades reales actuales que la cuestión que proponemos sea tratada por la Fiscalía. Reiteramos que, a falta de una respuesta a las Comunicaciones presentadas, podemos tener elementos que nos permitan tener nuestras propias conclusiones que serán desarrolladas en la parte final.

### **5. Perspectiva externa: los pueblos indígenas**

Para los PPII, una luz parecía asomar desde que la Fiscal Bensouda declaró su intención de que estos actos fueran objeto de estudio con la publicación del Policy Paper mencionado.

El párrafo 41 (p. 14) del mismo, dice:

"... the Office will give particular consideration to prosecuting Rome Statute crimes that are committed by means of, or that result in, inter alia, the destruction of the environment, the illegal exploitation of natural resources or the illegal dispossession of land".

Antes, en el primer epígrafe del texto, Bensouda afirma: "The Office will also seek to cooperate and provide assistance to States, upon request, with respect to conduct which constitutes a serious crime under national law, such as the illegal exploitation of natural resources, arms trafficking, human trafficking, terrorism, financial crimes, land grabbing or the destruction of the environment. (para. 7, p. 5).

El documento, reiteramos, provocó (demasiadas) expectativas. CHRIS ARSENAULT escribía en 2016: "Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law<sup>76</sup>". Y, como dijimos arriba, Rogers recordaría posteriormente esta afirmación de la entonces Fiscal que le sirvió para reforzar su solicitud a la vez que señalaba que, hasta la fecha, no había habido respuesta alguna por parte de la OTP, ni hasta la finalización de estas líneas.

Se ha argumentado por representantes de comunidades indígenas (asesores legales o líderes) la falta de confianza respecto de la CPI, mostrando una actitud pesimista respecto a que la CPI pueda dar una respuesta efectiva a sus reclamaciones. Alegan que no existen canales de comunicación junto a la de que la competencia material de la Corte impide el enjuiciamiento completo puesto que estamos ante un asunto que hunde sus raíces mucho atrás en el tiempo<sup>77</sup>.

La falta de confianza se concreta en que se considera lejana, que implica desplegar un esfuerzo ingente en cuanto a recursos económicos se refiere, a efectos de actuar en La Haya, a que existe una falta de reconocimiento de la justicia indígena, de la cultura de estos pueblos, lo que -entiende- pasaría por un reconocimiento expreso si no, de una revisión de las Reglas de Procedimiento de la CPI (evidences and proofs) a fin de acomodar tal sistema cultural conduciendo a una suerte de reforma en la arquitectura institucional existente.

En esta línea de falta de "entendimiento", apunta AGNIESZKA SZPAK que "What is common to all indigenous and tribal peoples is their understanding of

<sup>76</sup> BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. "Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law.", en <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/cambodian-villagers-are-optimistic-for-intl-criminal-court-complaint-following-courts-decision-to-investigate-land-grabs-as-violations-of-intl-law/>.

<sup>77</sup> LEIDEN UNIVERSITEIT. Ciclo de conferencias. *International Criminal Law, Justice and Indigenous Cultures. Indigenous Peoples and Trials before International Criminal Courts and Tribunals*. Intervención de Mary Ann Manja Bayang. <https://www.universiteitleiden.nl/agenda/2022/05/indigenous-peoples-and-trials-before-international-criminal-courts-and-tribunals>.

justice”<sup>78</sup> apuntando diferencias con la justicia “occidental” que tiene por objeto controlar las acciones que violan las normas jurídicas y se consideran perjudiciales para la sociedad. JONATHAN RUDIN, en su estudio “Aboriginal Peoples and Criminal Justice” System” insiste en este parecer: “The principal reason for this crushing failure is the fundamentally different world views of Aboriginal and non-Aboriginal people with respect to such elemental issues as the substantive content of justice and the process of achieving justice.”.

JUSTICE HARRY S. LAFORME se pregunta acerca de si funciona el sistema canadiense “mainstream” para los pueblos aborígenes. En su obra, después de sus reflexiones, nos deja un pensamiento indígena y adelantando una probable respuesta a la pregunta que da título a aquella, “Does the Canadian criminal justice system work for Aboriginal people?”, invita a la acción con un “What will you do about it?”<sup>79</sup>.

[The Aboriginal person] will probably appear before a white judge, be defended and prosecuted by white lawyers, and if he goes to jail he’ll be supervised by white guards. The justice system is often seen as a white man’s weapon—a heavy hand that enforces his laws. It is them and us ... the white man’s law.”.

El Estatuto de Roma sí tuvo en cuenta el hecho indígena y los trabajos preparatorios así lo demuestran<sup>80</sup>. Magallona, de Filipinas, sugirió en los debates sobre la elaboración del ER que “en cuanto a los crímenes de guerra, su delegación prefiere la opción 2 del artículo 5 quater. El apartado g) de la sección B debería incluir una referencia a los “hogares ancestrales” para tener en cuenta los intereses de las comunidades indígenas”.

Lo cierto es que, más allá del marco del artículo 8, no encontramos a la fecha asunto alguno relacionado con el acaparamiento de tierras por más que cuando el asunto ha sido tratado en sede de protección de derechos humanos haya quedado probada la afectación a la vida constatándose un traspaso de línea hasta la de la comisión de crímenes que no tienen por ahora la atención por parte de la CPI. Son muchas las dudas que tenemos y no es de extrañar el pesimismo y el alejamiento en consecuencia, de las CCII en la búsqueda de justicia ante esta instancia penal.

No parece, por el momento, que la protección de los derechos de estos pueblos, vía la de los crímenes contra el medio ambiente, pueda encontrar mejor suerte. La cuestión del ecocidio como quinto crimen internacional, no parece cerca, ni mucho menos, de ser incorporada al ER y las resoluciones de la Asamblea de Estados Parte de 2021 son una muestra de ello.

---

<sup>78</sup> SZPAK, A. Indigenous justice system and harmonization with the ordinary justice system – information submitted to the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (07.04.2019).

<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/SR/IPAndJustice/20-A.SzpakJustice.pdf>.

<sup>79</sup> JUSTICE HARRY S. LAFORME. Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System. 2005. [https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy\\_part/research/pdf/Rudin.pdf](https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf).

<sup>80</sup> Ad ex., ver A/CONF.183/13 (Vol.II), paras 4, 115-116. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998 Official Records Volume II Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole. En el ítem 1, para 4 pág. 61, el presidente Conso se refiere a la exterminación de indígenas (o las barbaries del tráfico de esclavos). Más adelante, el ítem 9, paras. 115-116, 115. Mr. Klich (Observer for the Movimento Nacional de Direitos Humanos) said that the poor, women, children and indigenous peoples of Latin America were the main victims of systematic violations of human rights and had no real access to justice. All too often, amnesties hindered the establishment of the truth. Political pacts on impunity showed the weakness of judicial systems.

## 6. Ideas finales

La tierra representa un elemento material y espiritual para los pueblos indígenas, evidencia que ha sido reiterada por la Corte IDH y la CAfDHP y es un hecho no difícilmente constatable que en las tierras ancestrales vienen acometiéndose determinadas actividades que ponen en peligro seriamente no sólo el derecho a la vida (digna) de los PPII sino del medio ambiente en sí. La deforestación de la Amazonía, pulmón de la tierra, y de otras zonas de la tierra en que habitan comunidades indígenas es y debe ser colocado en prioridad por los tribunales en aras a su debida sanción.

Constatamos que si bien las vulneraciones al derecho a la tierra (y derechos conexos) tienen su resguardo en el ámbito regional, no parece tenerlo en el ámbito internacional. Ello, referido a cuanto supongan violaciones de derechos humanos. Así, la vía más idónea para los pueblos indígenas, en cuanto a la protección de sus tierras (y con ello de sus vidas) parecen ser las cortes regionales que, por otra parte, se muestran mucho más cercanas que los organismos internacionales, a los problemas diarios que sufren. Claro que esto no puede suponer una renuncia a denominar crimen a esas graves violaciones.

Hemos comprobado igualmente que las mismas acciones pueden o intentan ser tratadas en el ámbito del castigo penal, que las más graves vulneraciones de los derechos humanos pueden suponer crímenes internacionales; sin embargo, en este escenario, no existe reacción positiva por parte de la Corte Penal Internacional por más que la anterior fiscal, Bensouda, pusiera su voluntad en priorizar estas cuestiones.

No podemos sino extraer como consecuencia que dejamos a modo de pregunta ¿no satisfacen el test Bensouda, no parecen alcanzar el umbral de gravedad necesario para ser caso seleccionado y priorizado en esta sede, más allá de que se califique por los comunicantes al amparo del artículo 15 del ER. o incluso por sectores de la doctrina, como (posible) crimen de lesa humanidad?

Luego el test de lo que para la Corte constituya acto grave y, en consecuencia, su admisión como crimen, está por ver. No nos mostramos optimistas en este sentido y la tardanza en responder nos retrae aún más de confiar en lo que las Comunicaciones afirman u otros foros de defensa de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Antes, incluso, que la prueba gravedad-interés para la justicia, creemos que el principio, base del sistema de Roma, el principio de complementariedad muestra claroscuros. Acciones escarapate iniciadas en escenarios como Brasil, por referirnos a uno de los casos expuestos, muestran cómo se invoca aquel, pudiendo impedir o al menos dilatar una acción decidida por parte de la Corte. Pero la complementariedad es básica en el sistema, es un principio que coloca a la CPI como *last resource* y, en cualquier caso, se sustenta más allá de la soberanía de los Estados en la cercanía, en que la justicia doméstica tiene en el escenario de perpetración de los (presuntos) crímenes.

Claro que el hecho de seleccionar y priorizar de entre posibles casos los que, cumpliendo con el principio de complementariedad, se revelen como graves y de interés para la justicia, ya supone que la Corte, que el sistema de Roma, necesita que los Estados cumplan con los compromisos adquiridos y proporcionen también a aquella de los medios materiales necesarios para alcanzar todo escenario cuya investigación se precisa<sup>81</sup>. La cooperación con la Corte se muestra más que necesaria.

Por otra parte, hemos comprobado, en especial en el caso de Brasil (como en su momento en el asunto Chevron) que la llamada al delito ambiental ayuda a poner de manifiesto el daño causado a los pueblos indígenas. Pero el crimen ambiental, el ecocidio está lejos de alzarse como quinto crimen en el Estatuto de Roma por falta

---

<sup>81</sup> En este sentido, vid., Resolution ICC-ASP/6/Res.2 Adopted at the 7th plenary meeting, on 14 December 2007, by consensus ICC-ASP/6/Res.2 Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties en para 46 y ss.

de verdadera voluntad de los Estados. La Asamblea de Estados Parte de 2021 es un buen ejemplo de lo que afirmamos<sup>82</sup>. Un problema añadido es el de la definición (acordada entre Estados) del "ecocidio": sabemos que uno de los crímenes más antiguos de la historia, el de agresión, tardó décadas en conceptuarse. Este del ecocidio parece seguir el mismo camino.

Ante la ausencia de una justicia penal regional en este ámbito de lo criminal, de acciones que van más allá de las vulneraciones a los derechos humanos, es la justicia doméstica donde, en ocasiones, hemos vislumbrado una luz como en el asunto Shell y Esther Kiobel<sup>83</sup>, aunque fuera finalmente un espejismo, la llamada, aún hoy, a investigar y responsabilizar sancionando debidamente a quien resultare culpable. Pero diferentes intereses no ayudan a que el panorama sea más positivo. Si el instrumento sobre empresas y derechos humanos se encuentra, después de más una década, en fase de borrador, aún -parece- queda largo camino por recorrer.

Con lo anterior, no es sorprendente el bajo nivel de confianza que los pueblos indígenas tienen en la justicia internacional por las razones antes mencionadas. Aquella tiene recursos personales suficientes para atender a su particular cultura sin que sea preciso poner un nuevo obstáculo como sería el de la modificación de la estructura institucional de la Corte. Así, urge que los Estados incorporen las prácticas que dañan las tierras de las comunidades indígenas, estableciendo genuinos medios de sanción en sus ordenamientos, y mientras, seguir depositando su confianza en las cortes regionales que -especialmente en el área latinoamericana- se muestran más protectoras e incluso, pioneras en esta defensa de la tierra, de los derechos de los pueblos indígenas.

## 7. Bibliografía

- AFRICAN COMMISSION OF HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. 276/03: *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*. [https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46\\_276\\_03\\_eng.pdf](https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46_276_03_eng.pdf).
- AFRICAN COURT OF HUMAN AND PEOPLES RIGHTS. Application 006/2012, *African Commission of Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya* (sentencia de 26 de mayo de 2017).
- ALLRISE. Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court. 12 October 2021.
- AMBOS, KAI. *Interests Of Justice? The ICC Urgently Needs Reforms*, 11 DE JUNIO DE 2019. <https://www.ejiltalk.org/interests-of-justice-the-icc-urgently-needs-reforms/>.
- BUSINESS AND HUMAN RIGHTS. "Cambodian villagers are optimistic for Intl. Criminal Court complaint following court's decision to investigate land grabs as violations of intl. law.", en <https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/cambodian-villagers-are-optimistic-for-intl-criminal-court-complaint-following-courts-decision-to-investigate-land-grabs-as-violations-of-intl-law/>.
- CANADA. Gov. "Aboriginal Justice Implementation Commission. The Justice System and Aboriginal People". *The Aboriginal Justice Implementation Commission*, Winnipeg, Canada, 2001. [http://www.ajic.mb.ca/reports/final\\_toc.html](http://www.ajic.mb.ca/reports/final_toc.html) <http://www.ajic.mb.ca/volume1/chapter2.html>.
- CARTER, Linda E. The Principle of Complementarity and the International Criminal Court: The Role of Ne bis in Idem, 8. Santa Clara J. Int'L. 165, 2010.

<sup>82</sup> Pueden consultarse las Resoluciones aprobadas en <https://asp.icc-cpi.int/resolutions/sessions/2021-20th-Session>.

<sup>83</sup> Vid. la última decisión recaída con fecha 23 de marzo de 2022 en este caso en ECLI:NL:RBDH:2022:2448.



- COLETIVO DE ADVOCACIA EM DIREITOS HUMANOS. *Informative Note to the Prosecutor International Criminal Court pursuant to Article 15 of the Rome Statute requesting a Preliminary Examination into Incitement to Genocide and Widespread Systematic Attacks Against Indigenous Peoples by President Jair Messias Bolsonaro in Brazil*. Noviembre 2019.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 47/1531 diciembre 2015.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19 1 de noviembre de 2019.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de derechos humanos en Brasil*. 2021.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Kitok*. 27 Jul 1988. CCPR/C/33/D/197/1985. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/543>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Bernard Ominayak y otros v. Canada*, Comunicación No. 167/1984, U.N. Doc. CCPR/C/38/D/167/1984 1990. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/167-1984.html>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Lansman (Ilmari) et al.* 26 Oct 1994. CCPR/C/52/D/511/1992. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/722>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Länsman (Jouni) et al.* 30 Oct 1996. CCPR/C/58/D/671/1995. <https://juris.ohchr.org/Search/Details/743>.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Sara et al.* Submission date 18 dec 1990. Decisión de inadmisibilidad. Ccpr/c/50/d/431/1990.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Francis Hopu y Tepoaitu Bessert*. 29 de diciembre de 1997. Ccpr/c/60/d/549/1993/rev.1. [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=ccpr%2fc%2f60%2fd%2f549%2f1993%2frev.1&lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/download.aspx?symbolno=ccpr%2fc%2f60%2fd%2f549%2f1993%2frev.1&lang=en).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *JOUNI LÄNSMAN ET AL. V. FINLAND*. 15 DE ABRIL DE 2005. CCPR/C/83/D/1023/2001. [HTTP://HRLIBRARY.UMN.EDU/UNDOCS/1023-2001.HTML](http://hrlibrary.umn.edu/UNDOCS/1023-2001.html).
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *ANNI ÄÄRELÄ AND MR. JOUNI NÄKKÄLÄJÄRVI VS FINLAND*. 4 NOVEMBER 1997. CCPR/C/73/D/779/1997. <https://digitallibrary.un.org/record/456081>.
- CORTE IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (Fondo), Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C núms. 1, 4, 7, 9. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; Corte IDH Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154.
- CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párrs. 194 a 217.
- CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C, No. 221.
- CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Disponible en [http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos\\_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador\\_FondoReparaciones.htm](http://www.bjdh.org.mx/interamericano/doc?doc=casos_sentencias/CasoPuebloIndigenaKichwaSarayakuVsEcuador_FondoReparaciones.htm).

- CORTE PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. El texto del Estatuto de Roma que se distribuyó como documento A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los procès verbaux de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. El Estatuto entró en vigor el 1o de julio de 2002.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Ceremony for the solemn undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court. Statement made by Mr. Luis Moreno-Ocampo Chief Prosecutor*. The Hague, 16 junio 2003.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Policy Paper on the Interests of Justice*. Septiembre de 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*. ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 1/37 VW T. 2007.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros*. ICC-01/13-98. OTP2014/036752.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. Resolution ICC-ASP/6/Res.2 Adopted at the 7th plenary meeting, on 14 December 2007, by consensus ICC-ASP/6/Res.2 Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties. [https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp\\_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP6-Res-02-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/sites/asp/files/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-ASP6-Res-02-ENG.pdf).
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*. Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute"', ICC-01/09-01/11-307 OA, 30 August 2011, Paragraph 41.).
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. "Policy Paper on Preliminary Examinations". Noviembre 2013.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. "Policy Paper on case selection and prioritization". 15 September 2016.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. "El artículo 28 del Estatuto de Roma". Cámara de Comercio de Bogotá. 1 de noviembre de 2018.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Report on Preliminary Examination Activities 2020*.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. OTP. *Preliminary examinations at the ICC: An analysis of prosecutor Bensouda's legacy*. Septiembre de 2021.
- CORTE PENAL INTERNACIONAL. ICC-ASP/20/Res.1. Resolución de la Asamblea de los Estados Partes sobre el proyecto de presupuesto por programas para 2022, el Fondo de Operaciones para 2022, la escala de cuotas para el prorrateo de los gastos de la Corte Penal Internacional, las consignaciones financieras para 2022 y el Fondo para Contingencias
- GLOBAL DILIGENCE. Communication under Article 15 of the Rome Statute of the International Criminal Court. The Commission of Crimes Against Humanity in Cambodia. July 2002 to Present. Octubre 7<sup>th</sup> 2014.
- HOUSE OF LORDS. REINO UNIDO. *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*, House of Lords, 6 July 2000.
- HIGGINGS, POLLY, *Erradicating Ecocide*, 2015.
- FERRANTE, L., y FEARNSIDE, P. "Brazil threatens Indigenous lands". 1 May 2020. pp. 481-482. DOI: [10.1126/science.abb6327](https://doi.org/10.1126/science.abb6327). Vol 368, Issue 6490. SCIENCE.
- FREELAND, STEVEN. "Human Rights, the Environment and Conflict: Addressing Crimes Against the Environment", *International Journal on Human Rights*. 2005.

- FREELAND, STEVEN. 2015. *Addressing the Intentional Destruction of the Environment During Warfare Under the Rome Statute of the International Criminal Court*: Intersentia.
- IGLESIAS V, M.A. "Lights and shadows in the jurisprudence: invoking the spiritual dimension of the land of the Indigenous Peoples". CUHSO DOI 10.7770/2452-610X.2020. CUHSO.01.A11.
- IRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. "El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú". *Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS*.
- INFOBAE. "La deforestación en la Amazonía brasileña aumentó un 22%: es un récord en los últimos 15 años" <https://www.infobae.com/america/medio-ambiente/2021/11/18/la-deforestacion-en-la-amazonia-brasilena-aumento-un-22-es-un-record-en-los-ultimos-15-anos/>.
- LAFORME, H. S. "The Justice System in Canada: Does it Work for Aboriginal People?". *Indigenous Law Journal*. vol. 4 (2005).
- LEIDEN UNIVERSITEIT. Ciclo de conferencias. *International Criminal Law, Justice and Indigenous Cultures. Indigenous Peoples and Trials before International Criminal Courts and Tribunals*. Intervención de Mary Ann Manja Bayang. <https://www.universiteitleiden.nl/agenda/2022/05/indigenous-peoples-and-trials-before-international-criminal-courts-and-tribunals>.
- JUST SECURITY. LUBAN, D. (2020) *The "Interests of Justice" at the ICC: A Continuing Mystery*. <https://www.justsecurity.org/69188/the-interests-of-justice-at-the-icc-a-continuing-mystery/>.
- JUSTICE HARRY S. LAFORME. Aboriginal Peoples and the Criminal Justice System. 2005. [https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy\\_part/research/pdf/Rudin.pdf](https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/inquiries/ipperwash/policy_part/research/pdf/Rudin.pdf).
- MACKAY, FERGUS "Guía sobre Los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas". Diciembre 2001. Forest Peoples Programme.
- MINORITY RIGHTS GROUP INTERNATIONAL. "No escape from discrimination: minorities, indigenous peoples and the crisis of displacement". Report. Minority Rights Group International 2017, p. 4. [https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MRG\\_Displacement\\_Report\\_Dec17.pdf](https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/MRG_Displacement_Report_Dec17.pdf).
- MISTURA, Alessandra "Is there space for environmental crimes under International Criminal Law? The impact of the Office of the Prosecutor Policy Paper on Case Selection and Prioritization on the current legal framework". *Columbia Journal of Environmental Law*, Vol 43,1. 2018.
- MORENO OCAMPO, Luis. "Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives." *American University International Law Review* 21, no.4 (2006): 497-503.
- NACIONES UNIDAS. A/CONF.183/13 (Vol.II), paras 4, 115-116. United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June - 17 July 1998 Official Records Volume II Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole.
- OEIGWG CHAIRMANSHIP THIRD REVISED DRAFT 17.08.2021. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*.
- OEHM, F. M. (2015). "Land Grabbing in Cambodia as a Crime Against Humanity – Approaches in International Criminal Law". *Verfassung Und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 48(4), 469–490. p. 490. <http://www.jstor.org/stable/26160058>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. REPRESENTATION (article 24) - DENMARK - C169 - 2001 National Confederation of Trade Unions of Greenland (Sulinermik Inuussutissarsiuqartut Kattuffiat-SIK). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507219,en](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507219,en).

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. HANDBOOK for ILO Tripartite Constituents. Understanding the C.169, 2013.
- PEREIRA, R. After the ICC Office of the Prosecutor's 2016 Policy Paper on Case Selection and Prioritisation: Towards an International Crime of Ecocide? *Crim Law Forum* 31, 179–224 (2020). <https://doi.org/10.1007/s10609-020-09393-y><https://link.springer.com/article/10.1007/s10609-020-09393-y#Sec7>.
- SASOUTO SaCouto, Susana and Katherine Cleary. "The Gravity Threshold of the International Criminal Court". *American University International Law Review* 23, no.5 (2007): 807-854.
- SEIBERT-FOHR Anja. *Prosecuting Serious Human Rights Violations*. Oxford University Press, 2009.
- SHABBAS, WILLIAM. "Complementary in practice" ICC-01/05-01/08-721-Anx11 16-03-2010 21/29 CB T.
- SZPAK, A. Indigenous justice system and harmonization with the ordinary justice system – information submitted to the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (07.04.2019). <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/IPeoples/SR/IPAndJustice/20-A.SzpakJustice.pdf>.
- THE GUARDIAN. John Vidal and Owen Bowcott. 15 September 2016. <https://www.theguardian.com/global/2016/sep/15/hague-court-widens-remit-to-include-environmental-destruction-cases>.
- TOWMEY, H. "Displacement and dispossession through land grabbing in Mozambique. The limits of international and national legal instruments". Working Papers, n. 101. *Refugee Studies Centre Oxford Department of International Development*. University of Oxford. July 2014.
- WASHBURN, JOHN. American Coalition for the ICC (AMICC)/ A 2017 report by the watchdog *Global Witness*.
- ZAMORA CABOT, F. MARULLO, CH., SALES PALLARÉS. L. "Monográficos sobre conflictos actuales: Camboya y Myanmar". M Chiara Marullo, L. Sales Pallarés, FJ. Zamora Cabot – 2020 *Estudios contemporáneos sobre geopolítica, conflictos armados y cooperación internacional*. Libia Arenal Lora (Dirección). Francisco Antonio Domínguez Díaz (Edición). Sevilla: Universidad Internacional de Andalucía, 2020. ISBN 978-84-7993-360-9. Enlace: <http://hdl.handle.net/10334/5599>.

## **Policentricidade e Polifonia no Direito Internacional: Interpretando a responsabilidade corporativa na aplicação dos direitos humanos**

*Polycentricity and Polyphony in International Law: interpreting corporate responsibility in the application of human rights*

**Daniel Francisco Nagao Menezes<sup>1</sup>**

*Universidade Presbiteriana Mackenzie*

**Sumario:** 1. Introdução, 2. A governança regulatória do UNGP e HRDD, 2.1 Os Efeitos Regulatórios do HRDD, 2.2 Regulamento Baseado em Princípios, 2.3 Intermediários como preenchedores de lacunas interpretativos em uma estrutura de governança policêntrica, 2.4 Indeterminação Substantiva no UNGP e Suas Consequências, 3. Interpretações policêntricas do UNGP, 3.1 Divergência entre as Normas Internacionais e o UNGP, 3.2 O Papel de John Gerard Ruggie, o Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, e Mudança na Supervisão da Interpretação, 3.3 A ameaça da polifonia e possíveis soluções, 4. Conclusões, 5. Referências.

**Resumen:** Multiatores complexos e estruturas de governança multinível surgiram em áreas que eram tradicionalmente exclusivas do Estado e da elaboração de tratados. A adoção dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGP) afirmou uma responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos a ser implementada por meio de human rights due diligence (HRDD), ou seja, por meio de processos de gestão. Esta contribuição conceitua o UNGP a partir da perspectiva da regulação como um exercício baseado em princípios na governança policêntrica dependente de intermediários regulatórios para interpretação. Em seguida, avalia o papel de vários instrumentos normativos sui generis na interpretação do UNGP e como a presença de uma camada adicional de material interpretativo contribui para a institucionalização da conduta empresarial responsável. A análise dos instrumentos elaborados por organizações internacionais, não-governamentais e empresariais revela tanto uma tensão descentralizadora entre diferentes intermediários devido a divergências sobre a exata extensão das responsabilidades corporativas em direitos humanos, quanto tentativas de centralizar a interpretação do PNUD. O artigo conclui recomendando cautela em relação ao emprego de regimes de governança policêntricos e sua falta de autoridade interpretativa centralizada neste domínio do direito internacional e sugere possíveis maneiras de estabelecer formalmente a interpretação centralizada.

**Palabras clave:** Policentricidade; Polifonia, Interpretação.

**Abstract:** Complex multi-stakeholders and multi-level governance structures have emerged in areas that were traditionally exclusive to state and treaty-making. The adoption of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights

---

<sup>1</sup> Graduação em Direito (PUC-Campinas), Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós-Doutor em Direito (USP), Pós-Doutor em Economia (UNESP-Araraquara). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do CIRIEC-Brasil.

(UNGP) affirmed a corporate responsibility to respect human rights to be implemented through human rights due diligence (HRDD), that is, through management processes. This contribution conceptualizes the UNGP from the perspective of regulation as a principled exercise in polycentric governance dependent on regulatory intermediaries for interpretation. It then assesses the role of various sui generis normative instruments in interpreting the UNGP and how the presence of an additional layer of interpretive material contributes to the institutionalization of responsible business conduct. The analysis of instruments developed by international, non-governmental and business organizations reveals both a decentralizing tension between different intermediaries due to disagreements over the exact extent of corporate human rights responsibilities, as well as attempts to centralize the UNDP's interpretation. The article concludes by recommending caution regarding the use of polycentric governance regimes and their lack of centralized interpretive authority in this domain of international law, and suggests possible ways to formally establish centralized interpretation

**Keywords:** Polycentricity; Polyphony, Interpretation.

## 1. Introdução

A adoção unânime pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas da Estrutura Respeitar, Proteger e Remediar<sup>2</sup>, estruturada pelo Professor de Harvard John Ruggie, e sua consequente operacionalização na quase universalmente aclamada United Nations (UN) Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP)<sup>3</sup>, ilustra o papel central que ambos os processos informais de elaboração de normas<sup>4</sup> e atores privados, incluindo corporações individuais, adquiriram no direito internacional<sup>5</sup>. Embora reconheça e estigmatize o papel das empresas nas violações de direitos humanos em todo o mundo, a estrutura do UNGP busca alavancar abordagens corporativas internas tradicionais para gerenciar riscos decorrentes da interseção de empresas transnacionais atividades, regulação de cadeias globais de valor e direitos humanos. Ruggie descreveu o UNGP como uma estrutura conceitual e normativa que estabelece os parâmetros e perímetros dos negócios e dos direitos humanos como um domínio de política internacional<sup>6</sup>, com o objetivo de traduzir os direitos humanos nos processos que as corporações empregam para gerenciar seus riscos. O UNGP, portanto, nota um testemunho do uso cada vez mais frequente formal e informal das autoridades públicas de atores privados, e suas regras e padrões, na busca nacional de objetivos públicos e na busca de um "smar mix" eficaz de atores reguladores, atores, e técnicas<sup>7</sup>, especialmente no campo dos direitos humanos.

A estrutura do UNGP baseia-se em três pilares que estabelecem o dever do Estado de proteger contra os abusos dos direitos humanos, combinado com a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos e o direito das vítimas de ter acesso a recursos. A due diligence em direitos humanos (HRDD) representa a característica mais original do UNGP. Parte de uma tendência crescente no direito

---

<sup>2</sup> Human Rights Council Res. 8/7, UN Doc A/C/RES/8/7

<sup>3</sup> Human Rights Council, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations' "Protect, Respect and Remedy" Framework', A/HRC/17/31

<sup>4</sup> PAUWELYN, J.; WESSEL, R.; WOUTERS, J. *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

<sup>5</sup> PETERS, A.; KOECHLIN, L.; FÖRSTER, T.; ZINKERNAGEL, G. F. *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

<sup>6</sup> RUGGIE, J. G. "Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights". *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.

<sup>7</sup> VAN ERP, J.; FAURE, M.; NOLLKAEMPER, A.; PHILIPSTEN, N. *Smart Mixes for Transboundary Environmental Harm*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

internacional com foco em normas processuais em vez de substantivas<sup>8</sup>, o UNGP insta as empresas a usar o HRDD e incorporar o respeito aos direitos humanos no centro dos processos e práticas de gestão interna. O HRDD compreende um processo de gestão contínuo que uma empresa razoável e prudente precisa empreender, à luz de suas circunstâncias (incluindo setor, contexto operacional, tamanho e fatores semelhantes) para cumprir sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, criando um compromisso de política e garantia de mecanismos internos de reparação, o HRDD deve incluir avaliações de impacto sobre direitos humanos, a integração de seus resultados em procedimentos corporativos, o rastreamento de respostas e comunicação externa.

Uma das peculiaridades do Quadro do UNGP é o seu “processo de produção” consensual multissetorial, sendo o primeiro instrumento não elaborado pelos Estados a ser adotado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. À luz da necessidade de obter amplo apoio – inclusive de empresas – o UNGP é uma estrutura caracterizada não apenas por opções limitadas de aplicação, mas também por indeterminação em sua substância, a responsabilidade corporativa de respeitar levou a que princípios amplos fossem destilados com base nas práticas de negócios existentes por meio de estudos e engajamento de várias partes interessadas. Princípios amplos aumentam a flexibilidade das empresas na hora de dar sentido ao HRDD e podem facilitar o cumprimento, estimulando a adoção de medidas adequadas às capacidades de cada empresa e adequadas às circunstâncias.

A natureza aberta do UNGP deixa as corporações com uma ampla margem de discricionariedade ao decidir como operacionalizar o HRDD. Por um lado, o UNGP cria, fomenta e legitima a atuação de atores privados como corporações na proteção e aplicação dos direitos humanos. Por outro lado, o UNGP oferece apenas oportunidades limitadas para restringir e orientar sua implementação pelas empresas em contextos práticos. Dada a falta de orientação clara, as corporações podem explorar a estrutura aberta fazendo alegações infundadas de respeitar os direitos humanos ou diluir sua responsabilidade. Por definição, o UNGP foi estabelecido como um exercício de governança policêntrica transnacional, reunindo governança pública, governança civil e governança corporativa, uma multiplicidade de leis duras (hard law) e brandas nacionais (soft law), internacionais, transnacionais, incluindo regulação privada<sup>9</sup>. Ruggie esperava que o UNGP marcasse o início de um processo de orquestração entre esses três sistemas de governança, no qual as várias instituições alinhariam seus respectivos instrumentos, desenvolveriam ainda mais e trazer a interpretação e implementação do PNUD de forma a contribuir para o cumprimento dos direitos humanos.

O UNGP visa, assim, instigar e apoiar um processo de emergência de baixo para cima e convergência de regimes regulatórios transnacionais que estabelecem a responsabilidade dos direitos humanos das empresas. Eles são apenas o ponto de partida para um processo transnacional de afirmação e refinamento dos limites da responsabilidade corporativa dos direitos humanos por organizações governamentais, atores privados, redes transnacionais e comunidades interpretativas. do UNGP. Muitos atores públicos e não públicos são chamados a ajudar a orientar a aplicação dos Princípios a setores específicos, contextos de operação e situações factuais. A operacionalização do DHDD pelas corporações é mediada e influenciada pelo trabalho interpretativo e implementador de muitos atores, com muitos e variados objetivos.

Este artigo analisa como atores selecionados, como organizações internacionais, organizações não-governamentais (ONGs) e associações empresariais, que foram formal e informalmente chamados a implementar e dar

---

<sup>8</sup> KRIEGER, H.; PETERS, A. *Due Diligence in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

sentido aos princípios gerais do UNGP e os limites do DHDD, têm interpretado e transpôs em padrões, diretrizes e melhores práticas. Explora as condições e os processos pelos quais se forma a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos<sup>10</sup>. Começa por esboçar uma estrutura para entender o PNUD com base na regulação policêntrica, regulação baseada em princípios e regulação baseada em gestão. A abordagem liga o nível "macro" do direito internacional e as estruturas de governança global com o nível "micro" das corporações, suas práticas e incentivos. Com base na literatura sobre intermediários regulatórios, o artigo discute a maneira como os atores-chave interpretam e, em menor grau, implementam o UNGP.

Estudar as consequências da intermediação para a interpretação do UNGP e, em particular, os limites do HRDD, é de fundamental importância quando se busca compreender a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos conforme estabelecido no UNGP, e sua potencial eficácia. As normas são geradas e refinadas através das interações e práticas de diferentes comunidades normativas<sup>11</sup>. Nos estágios iniciais do desenvolvimento de qualquer regime, os atores interpretando regras gerais e amplas têm um impacto significativo em sua evolução e em como elas devem ser aplicadas<sup>12</sup>. Desvios ou má interpretação do UNGP têm repercussões duradouras sobre como as corporações estruturam seus HRDD e gerenciam seus riscos de direitos humanos<sup>13</sup>.

Dentre os pontos deixados em aberto no Quadro do UNGP, este artigo enfoca as três categorias para a "atribuição" de impactos negativos em direitos humanos às empresas que são identificados no UNGP: ou seja, causa, contribuição e ligação direta. Esses conceitos não são fáceis de aplicar à ampla variedade de situações contratuais e factuais que caracterizam as cadeias de valor globais contemporâneas. Em consonância com a natureza policêntrica do UNGP, padrões, diretrizes e melhores práticas elaborados por organizações internacionais, organizações não governamentais (ONGs) e associações empresariais oferecem estruturas mais precisas para HRDD. No entanto, como este artigo irá mostrar, as interpretações oferecidas também podem se desviar consideravelmente do UNGP. Essa divergência expõe desafios de coordenação e uma série de estratégias não convencionais foram adotadas para "orientar" a interpretação dos intermediários.

Esta contribuição reflete sobre a adequação do desenho policêntrico do UNGP e argumenta que a policentricidade, um recurso de governança indispensável no UNGP segundo Ruggie, pode dificultar a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos. A policentricidade corre o risco de degenerar em polifonia, ou seja, divergências inevitáveis entre abordagens interpretativas igualmente válidas. Embora a ausência de autoridade central, incerteza textual e divergência na interpretação sejam questões bem conhecidas no direito internacional, o UNGP foi deliberadamente projetado para confiar e abraçar princípios amplos e interpretação descentralizada via policentricidade como veículos-chave para estabelecer e promover uma responsabilidade corporativa de respeitar.

Este artigo argumenta que tal abordagem tem suas desvantagens, pois é estruturalmente aberta a divergências de interpretação. A divergência é particularmente problemática quando as empresas têm de operacionalizar disposições originadas em soft law e ameaça o estabelecimento de uma responsabilidade corporativa clara e incontestável de respeitar os direitos humanos e seus limites. Este artigo sugere que formas de interpretação "centralizadas" – mais

---

<sup>10</sup> KOH, H. H. "Is There a "New" New Haven School of International Law?" vol. 32 *Yale Journal International Law*, pp. 558–573, 2007.

<sup>11</sup> BERMAN, P. S. "Global Legal Pluralism". *Southern California Law Review*, vol. 80, pp. 1157–1237, 2007.

<sup>12</sup> AULD, G.; RENCKENS, S. "Rule-making Feedbacks through Intermediation and Evaluation in Transnational Private Governance". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Vol. 670, pp. 93–111, 2017.

<sup>13</sup> DE FELICE, D. "Banks and Human Rights Due Diligence: A Critical Analysis of the Thun Group's Discussion". *Paper on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, n. 19, 2015.



alinhadas com os instrumentos de direito internacional – são necessárias para o estabelecimento de uma responsabilidade corporativa a ser respeitada. Considerará se já estão surgindo abordagens interpretativas mais centralizadas como resultado do processo de adoção de um tratado vinculante sobre Empresas e Direitos Humanos que está em andamento.

O artigo está estruturado da seguinte forma. O Capítulo II explora a governança regulatória transnacional resultante do UNGP por meio de um arcabouço teórico sintetizando governança policêntrica, regulação baseada em princípios, regulação baseada em gestão e o modelo regulador-intermediário-alvo (RIT). Discute o HRDD e sua interpretação em andamento, ressaltando a importância de haver clareza substantiva sobre a atribuição de impactos a uma corporação. Essa estrutura permite identificar os desafios ligados às estruturas de governança informalmente estabelecidas em torno do UNGP no que diz respeito às funções interpretativas e suas consequências para a operacionalização do DHDD pelas empresas. O Capítulo III discute o trabalho interpretativo encontrado em normas e diretrizes públicas e privadas sobre atribuição. Ele avalia o padrão da Organização Internacional para Padronização (ISO) 26000, documentos relevantes de orientação setorial da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os Critérios de Desempenho da Corporação Financeira Internacional (IFC), a Declaração de Princípios tripartite da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Empresas Multinacionais e Política Social. O capítulo identifica uma série de tensões e divergências com o UNGP, tentativas explícitas de diluir suas obrigações e tentativas de alguns desses órgãos de manter o controle interpretativo. O Capítulo IV reflete sobre os desafios de uma abordagem policêntrica para o desenvolvimento de uma responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, bem como possíveis alternativas. A Seção V conclui.

## **2. A governança regulatória do UNGP e HRDD**

Esta seção explora os antecedentes conceituais e teóricos tanto da estrutura do UNGP quanto do HRDD com referência aos estudos sobre regulação transnacional. Do ponto de vista regulatório, estudar um instrumento de direito internacional (soft) e as complexas estruturas de governança que ele gerou expõe potenciais desafios resultantes da arquitetura do UNGP e das características do HRDD que até agora têm sido negligenciadas. Ao mesmo tempo, permite uma avaliação a partir de uma perspectiva diferente da do direito internacional, das implicações da substituição de instrumentos tradicionais de direito internacional por estruturas complexas de governança multinível dependentes de soft law.

### **2.1 Os Efeitos Regulatórios do HRDD**

Conforme descrito no UNGP, HRDD difere da responsabilidade social corporativa (RSC) porque constitui uma expectativa global e abrangente de todas as corporações, ao invés de ser um empreendimento voluntário em um campo específico e em relação a um número restrito de beneficiários a uma compreensão voluntária da RSE, refletindo várias motivações econômicas e não econômicas, a conceituação de responsabilidade corporativa avançada pelo UNGP é fundamentada na jurisprudência e nas práticas empresariais que aceitam e institucionalizam um “dever de cuidado” para com os afiliados. no entanto, não abrange apenas a (auto) regulação das atividades corporativas entre uma empresa-mãe e suas subsidiárias, mas se estende a todos os impactos sobre os direitos humanos decorrentes de todas as relações comerciais e não comerciais que uma corporação tenha ou possa ter com outros negócios entidades (incluindo governos), funcionários, clientes e detentores de direitos humanos afetados por suas operações As empresas têm uma margem considerável na hora de determinar como estruturar seu HRDD. No entanto, a maneira como é operacionalizado identifica o escopo de sua responsabilidade em

direitos humanos e determina sua resposta aos riscos de direitos humanos de uma forma que afeta não apenas os titulares de direitos humanos, mas também outras entidades empresariais e (pelo menos em teoria) formas a base para correção futura.

O UNGP exige que as corporações busquem identificar, prevenir e usar sua influência para mitigar os impactos nos direitos humanos diretamente ligados às suas operações, bem como exigir remediação em situações específicas. O UNGP 13 reconhece que as corporações podem estar associadas a impactos adversos aos direitos humanos, tanto por meio de suas próprias atividades, quanto como resultado de suas relações comerciais. No primeiro caso, considera-se que as corporações causaram impactos negativos e, portanto, devem tomar as medidas necessárias para cessar ou prevenir tais impactos por meio do HRDD e oferecer remediação. Quando uma corporação gera impactos adversos aos direitos humanos por meio de suas relações comerciais, dois cenários são possíveis. Uma corporação contribui para impactos negativos sobre os direitos humanos quando os impactos são cogerados com outra entidade ou por meio de uma terceira entidade com a qual mantém um relacionamento comercial. Nesse caso, a empresa deve tomar as medidas necessárias para cessar ou impedir sua contribuição e, além disso, usar sua alavancagem para mitigar quaisquer impactos remanescentes. No segundo cenário é possível traçar uma ligação direta entre os impactos adversos e as operações, produtos ou serviços de uma corporação por meio de suas relações comerciais com outras empresas. O UNGP reconhece que esse cenário é o mais complexo tanto em termos de identificação quanto em termos de determinação de ações adequadas, pois pode envolver entidades com as quais a empresa não tem relação contratual direta, como o fornecedor de um fornecedor. Geralmente, nenhuma remediação é necessária, e a empresa deve usar sua alavancagem para prevenir ou mitigar impactos adversos<sup>14</sup>. Este cenário é o mais abrangente, pois potencialmente se estende até a cadeia de valor de uma empresa.

Através dos conceitos de “contribuição” e, especialmente, de “ligação direta”, as corporações são obrigadas a atuar como um (auto)regulador/aplicador da cadeia de valor transnacional no campo dos direitos humanos e seus impactos para garantir que as normas internacionais de direitos humanos sejam respeitadas em suas atividades e relações comerciais em toda a sua cadeia de fornecimento. No que diz respeito à “contribuição” e “vínculo direto”, isso inclui estratégias para se envolver com outras entidades, para exercer influência e, finalmente, para “sancionar” fornecedores não conformes por meio de desengajamento. Internamente, o HRDD é operacionalizado avaliando os impactos reais e potenciais sobre os direitos humanos, integrando e agindo de acordo com as descobertas, rastreando as respostas e comunicando como esses impactos são abordados. Abordagens de regulação baseadas em gestão, exigindo que as corporações se envolvam em seu próprio planejamento, coleta de informações e elaboração de regras internas.

## 2.2 Regulamento Baseado em Princípios

A operacionalização do HRDD pelas corporações deve ser discutida à luz de suas origens, estando inserida no PNUD que tem natureza baseada em princípios. A regulação baseada em princípios (PBR) abrange uma variedade de técnicas<sup>15</sup>. A PBR envolve os reguladores comunicando seus objetivos por meio de princípios amplos, enquanto os regulados são obrigados a se engajar na autorreflexão e desenvolver regulação interna baseada na gestão que garanta que os objetivos desejados sejam

---

<sup>14</sup> SANTOSO, B. ““Just Business”: Is the Current Regulatory Framework an Adequate Solution to Human Rights Abuses by Transnational Corporations?” *German Law Journal*, vol. 18, n. 3, pp. 533-558, 2017.

<sup>15</sup> BLACK, J. “Paradoxes and Failures: New Governance Techniques and the Financial Crisis”. *The Modern Law Review*. vol. 75, n. 6, pp. 1037-1063, 2012.

alcançados<sup>16</sup>. Os defensores da PBR argumentam que princípios amplos são mais bem-sucedidos do que regras detalhadas para alcançar eficácia e congruência com propósitos legislativos abrangentes<sup>17</sup>. A transposição dessas técnicas de “nova governança” para o estágio transnacional de regulação dos bens comuns globais não é um fenômeno novo<sup>18</sup>. Conforme observado por Ruggie<sup>19</sup>, o UNGP estende essa abordagem ao campo dos negócios e dos direitos humanos e, da mesma forma que a PBR, o UNGP se baseia em um amplo princípio normativo, qualitativo e proposital de que as corporações devem respeitar os direitos humanos em suas atividades. Para atingir esse objetivo, as corporações são obrigadas a adotar, projetar, avaliar e atualizar continuamente os processos gerenciais baseados em risco. Essa abordagem transfere a responsabilidade de projetar soluções regulatórias para os órgãos regulados, que são obrigados a determinar o que precisa ser feito para atender aos objetivos previstos pelas normas em questão<sup>20</sup>. Como já foi dito, o UNGP não fornece orientações concretas para as empresas no que diz respeito à implementação de suas responsabilidades de HRDD, deixando uma margem considerável quanto à sua aplicação prática.

No entanto, exigir que as corporações se engajem em aprendizado crítico – como adquirir informações sobre os impactos dos direitos humanos e “saber e mostrar” que o cumprimento dos direitos humanos ocorre<sup>21</sup> – não é suficiente para atingir os objetivos do regime. Independentemente dos instrumentos de execução, e para minimizar o recurso a sanções e litígios, é necessário assegurar que as tarefas corretas são desempenhadas e de forma adequada. Ao se envolver em PBR, devem ser estabelecidas estruturas que não se baseiem na suposição de que as corporações têm os incentivos e as capacidades para implementar adequadamente os princípios e gerenciar seus riscos. É de fundamental importância que objetivos e resultados claros sejam comunicados. A ambiguidade pode fornecer justificativas para comportamentos indesejáveis<sup>22</sup>. A falta de uma compreensão precisa e compartilhada de como os princípios devem ser interpretados e operacionalizados dificulta o alcance dos objetivos do regime e o cumprimento desses objetivos<sup>23</sup>, elementos cruciais que determinam a eficácia do PBR são os mecanismos e atores que agregam conteúdo aos princípios por meio da interpretação<sup>24</sup>, e promovem o entendimento tanto dos reguladores quanto das entidades reguladas<sup>25</sup>.

---

<sup>16</sup> BLACK, J. “Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation”. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 13*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2008.

<sup>17</sup> DI LORENZO, V. “Principles-Based Regulation and Legislative Congruence”. *Legislation and Public Policy*, vol. 15, pp. 45-108, 2012.

<sup>18</sup> ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. “The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State”. in W. Mattli; N. Woods (orgs.) *The Politics of Global Regulation*, Princeton: Princeton University Press, 2009, pp. 44–88.

<sup>19</sup> RUGGIE, J. G. “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”. *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.

<sup>20</sup> BLACK, J. “Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation”. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 13*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2008.

<sup>21</sup> RUGGIE, J. G.; SHERMAN, J. F. “The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcho and McCorquodale”. *The European Journal of International Law*, vol. 28, n. 3, pp. 921-927, 2017.

<sup>22</sup> MAZAR, N.; AMIR, O.; ARIELY. “The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance”. *Journal of Marketing Research*, vol. 45, n. 6, pp. 633-644, 2008.

<sup>23</sup> PARKER, C. “The “Compliance” Trap: The Moral Message in Regulatory Enforcement”. *Law & Society Review*, vol. 40, n. 3, pp. 591, 622, 2006.

<sup>24</sup> FORD, C. L. “New Governance, Compliance and Principles-Based Securities Regulation”. *American Business Law Journal*, vol. 45, n. 1, pp. 01-60, 2008.

<sup>25</sup> ZEITLIN, J. “Introduction”. in J. Zeitlin (org), *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 01–19.

### 2.3 Intermediários como preenchedores de lacunas interpretativos em uma estrutura de governança policêntrica

Em regimes baseados em princípios, a interpretação e a implementação são confusas<sup>26</sup>. Quando princípios amplos estão envolvidos, dar significado e efeito a eles se sobrepõem consideravelmente, mas permanecem como funções separadas. Neste artigo, "interpretação" refere-se a fornecer significado aos construtos no UNGP, enquanto "implementação" refere-se à sua transposição em padrões e procedimentos para uso das corporações. Esta última função, sem dúvida, tem menos implicações normativas do que a primeira. A "operacionalização" corporativa refere-se às ações e escolhas tomadas pelas empresas ao integrar a devida diligência em seus processos e operações diárias.

A PBR pode descentralizar a interpretação para vários atores públicos e privados, instrumentos de soft law e non-soft law. Essas características caracterizam uma estrutura PBR "policêntrica", onde muitos atores participam de forma evolutiva e iterativa na co-constituição de um regime jurídico não tem o mandato de adotar interpretações autorizadas do UNGP<sup>27</sup>, a natureza aberta dos Princípios estimulou vários atores públicos e privados a elaborar seu significado e sua aplicação específica<sup>28</sup>. Isso está de acordo com a estratégia de disseminação e implementação de Ruggie<sup>29</sup> em cooperação com organismos internacionais e nacionais e grupos de partes interessadas, incluindo as próprias empresas, na esperança de alcançar um alto grau de coerência e alinhamento com o UNGP e entidades na forma de padrões, orientações e melhores práticas. Esses atores podem ser considerados intermediários, ou seja, entidades que atuam, direta ou indiretamente, em conjunto com um regulador ou regime regulatório para afetar o comportamento daqueles visados pelo UNGP<sup>30</sup>. Os intermediários são necessários devido à sua experiência. Eles interpretam e esclarecem os princípios, bem como os adaptam às circunstâncias específicas de uma determinada indústria, país ou setor. Intermediários podem ser criados ou ativados pelo legislador para expandir a capacidade regulatória – como fornecer interpretação em um regime PBR. Eles também podem surgir de forma espontânea, com o propósito expresso de perseguir objetivos organizacionais, ou mesmo influenciar objetivos de políticas a seu favor<sup>31</sup>, e operar independentemente um do outro<sup>32</sup>.

Princípios orientadores abertos com um amplo escopo de aplicação motivaram outros atores a contribuir para sua interpretação. Um dos propósitos abrangentes do UNGP é coordenar e alinhar as ferramentas existentes. Organizações cujo trabalho se cruza com negócios e direitos humanos, como a OCDE e a ISO, alteraram seus padrões, e outros atores – incluindo entidades não necessariamente envolvidas anteriormente com impactos de direitos humanos, como organizações empresariais

---

<sup>26</sup> SOLUM, L. B. *The Interpretation-Construction Distinction. Constitutional Commentary* 95, Georgetown University Law Center, 2010.

<sup>27</sup> Resolution A/HRC/RES/35/7

<sup>28</sup> BUHMANN, K. "Business and Human Rights: Understanding the UN Guiding Principles from the Perspective of Transnational Business Governance Interactions". *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 52, 2014.

<sup>29</sup> RUGGIE, J. G.; NELSON, T. "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges". *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper* 66, Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2015.

<sup>30</sup> ABBOTT, K. W.; LEVI-FAUR, D.; SNIDAL, D. "Theorising Regulatory Intermediaries: The RIT Model". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 14-35, 2017.

<sup>31</sup> MARX, A.; WOUTERS, J. "Rule Intermediaries in Global Labour Governance". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 189-206, 2017.

<sup>32</sup> HAVINGA, T.; VERBRUGGEN, P. "Understanding Complex Governance Relationships in Food Safety Regulation: The RIT Model as a Theoretical Lens". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 58-77, 2017.

– também ofereceram interpretação. Uma espécie de “interpretação espontânea” foi estimulada sob o UNGP em que: i) não há barreiras para a provisão de interpretação, e ii) nenhuma consequência deriva de seguir uma abordagem interpretativa em detrimento de outra. Independentemente de se originar de organizações internacionais como a OCDE, ISO, IFC ou OIT, ou de associações empresariais e ONGs, essas funções interpretativas podem envolver a elaboração de novos instrumentos ou a alteração de instrumentos existentes para refletir o UNGP.

Idealmente, os intermediários reforçam a confiança e o diálogo entre os participantes de um regime jurídico. Podem, no entanto, funcionar em função de objetivos não alinhados com os do legislador ou do regime em causa. Isso ocorre quando os intermediários estão vinculados a alvos ou quando os alvos atuam como intermediários. Os processos deliberativos dentro dos intermediários também podem levar espontaneamente a resultados diferentes daqueles alcançados por outras instituições. Embora todas as atividades exercidas pelos intermediários não sejam meramente técnicas, mas tenham implicações normativas consideráveis, a normatividade<sup>33</sup> torna-se mais perceptível ao interpretar princípios amplos. Os intermediários desempenham uma função vital no estabelecimento inicial e no desenvolvimento posterior de regimes baseados em princípios abertos. Falta um foco central de autoridade e as organizações dentro do regime (no nosso caso, aquelas que fornecem interpretação), embora conectadas, agem independentemente umas das outras<sup>34</sup>. Desafios específicos são enfrentados por regimes que não possuem um intérprete claramente identificado dos princípios. Para que um regime policêntrico seja efetivo, um sistema compartilhado abrangente para resolução de conflitos entre os polos e disputas de interpretação deve estar presente.

Os atores que fornecem interpretação, por mais informal que seja sua relação com o UNGP, gozam de considerável poder na definição das regras de conduta empresarial responsável. As regras emergem, são refinadas e se solidificam a partir de interações entre diferentes atores em vários cenários institucionais, evadindo-se de certas normas ou se engajar em determinado comportamento<sup>35</sup>. Nesse contexto, a autoridade de uma norma não está vinculada a um único legislador; em vez disso, aumenta com o tempo com base em sua aceitação geral<sup>36</sup>. A noção de autoridade de rede é importante para o UNGP e os intermediários ao seu redor porque aborda a falta de um mecanismo interpretativo e de implementação único e formalmente vinculativo. Os intermediários nos “pólos” de um sistema policêntrico, independentemente de sua capacidade de redigir normas vinculantes, aumentam ao longo do tempo a aceitação e autoridade tanto dos princípios gerais do PNUD quanto da responsabilidade de respeitá-los. Esse processo se dá por meio da aceitação de sua interpretação de regras pelos participantes da rede e, em última instância, pelas empresas que adotam o HRDD.

#### 2.4 Indeterminação Substantiva no UNGP e Suas Consequências

Refinar o significado do UNGP, e especialmente do HRDD, é particularmente importante, uma vez que os atuais entendimentos corporativos de direitos humanos e o consequente escopo de responsabilidade variam muito. Os instrumentos internacionais de direitos humanos que foram elaborados tendo os Estados em mente como os principais portadores de deveres. Em princípio, qualquer direito humano

<sup>33</sup> ABBOTT, K. W.; LEVI-FAUR, D.; SNIDAL, D. “Theorising Regulatory Intermediaries: The RIT Model”. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 14-35, 2017.

<sup>34</sup> BLACK, J. “Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes”. *Regulation & Governance*, vol. 2, pp. 137-164, 2008.

<sup>35</sup> SCHMIDT, R. *Regulatory Integration across Borders: Public-Private Cooperation in Transnational Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>36</sup> PEREZ, O.; STEGMANN, O. “Transnational Networked Constitutionalism”. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 70, n. 1, pp. 133-164, 2021.

internacional reconhecido pode ser impactado negativamente pelas empresas. A transposição desses instrumentos para os atores econômicos resulta em problemas conceituais extremamente complexos que não devem ser encobertos<sup>37</sup>. Para atribuir efetivamente às empresas a responsabilidade de respeitar os direitos, os limites de tais responsabilidades devem ser claros e implicar o mínimo de discricção possível.

Mesmo onde as responsabilidades de direitos humanos podem ser facilmente transplantadas para outros contextos, há muitas situações em que é difícil determinar se as corporações contribuem, estão diretamente vinculadas ou não aos impactos sobre os direitos humanos. Um elemento-chave que precisa de refinamento diz respeito à “atribuição” de impactos negativos a uma corporação e, em particular, impactos causados pelas atividades de outras entidades econômicas. Quando uma corporação está conectada a um impacto negativo nos direitos humanos? Embora a categoria de causar impactos nos direitos humanos seja relativamente simples, os conceitos de contribuição e ligação direta são menos claros. Um banco, por meio de um empréstimo a um cliente, causaria violações de direitos humanos, contribuiria ou estaria diretamente ligado a impactos negativos causados pelas ações de seu cliente? Os limites de uma ligação direta a um impacto negativo também precisam ser interpretados. Uma corporação estaria diretamente ligada a violações de direitos humanos cometidas por um fornecedor de segunda linha ou, ainda mais remotamente, por quem abastece seu fornecedor de segunda linha? Uma rede social estaria contribuindo ou estaria diretamente ligada ao bullying e abuso infantil cometido por seus usuários por meio de suas plataformas?

Esses desafios interpretativos na operacionalização do UNGP estão longe de ser teóricos. O UNGP prevê que as expectativas de direitos humanos devem ser estabelecidas em uma declaração de política corporativa. Isso também deve estipular as expectativas de direitos humanos da empresa para seus parceiros de negócios e outras partes diretamente ligadas às suas operações, produtos ou serviços essenciais<sup>38</sup>. Se não estiver claro se essas expectativas em relação aos direitos humanos são uma política firme da empresa, elas podem facilmente se tornar “negociáveis” e ser deixadas de lado. O benchmarking recente em práticas corporativas de direitos humanos destacou que a operacionalização do HRDD prossegue muito lentamente devido à capacidade limitada de estabelecer processos internos apropriados na área de direitos humanos. Estudos também indicam que as empresas enfrentam dificuldades em identificar os direitos humanos afetados por suas atividades e na estruturação de componentes específicos do HRDD<sup>39</sup>. A contínua falta de orientação sobre como interpretar o UNGP continua sendo um desafio fundamental em sua implementação, finalizando a natureza nos processos de HRDD para diluir estrategicamente sua responsabilidade pelos direitos humanos<sup>40</sup>, ou abordá-la como um exercício de marcação, limites e objetivos<sup>41</sup>. Sem uma estrutura inequívoca de interpretação, a implementação minimalista e diluída do HRDD é um risco tangível. Conceitualizações corporativas de compliance, mesmo que desalinhadas com o UNGP, podem então ser aceitas como totalmente lícitas por tribunais e juízes.

---

<sup>37</sup> DEVA, S. “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles” in S. Deva; Bilchitz (orgs.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 78-104.

<sup>38</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights, *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide* (2012) HR/PUB/12/02

<sup>39</sup> SALCITO, K.; WIELGA, M. “What Does Human Rights Due Diligence for Business Relationships Really Look Like on the Ground?” *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n. 1, pp. 113-121, 2018.

<sup>40</sup> SANTOSO, B. ““Just Business”: Is the Current Regulatory Framework an Adequate Solution to Human Rights Abuses by Transnational Corporations?” *German Law Journal*, vol. 18, n. 3, pp. 533-558, 2017.

<sup>41</sup> BLACK, J. “Proceduralising Regulation: Part 1” *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n. 4, pp. 597-614, 2000.

### 3. Interpretações policêntricas do UNGP

A adoção do UNGP estimulou a proliferação de padrões, melhores práticas e documentos de orientação. Organizações internacionais ativas na padronização internacional, como a OCDE, ISO e IFC, promulgaram todos os instrumentos que incorporam o UNGP e, em particular, o conceito de HRDD, ou alteraram instrumentos anteriores para acomodar a estrutura<sup>42</sup>. ONGs, grupos de pressão, organizações empresariais e até mesmo consultorias de gestão também contribuíram para essa conversa regulatória global<sup>43</sup>, redigindo melhores práticas e documentos de orientação oferecendo interpretações do UNGP. A maioria desses instrumentos fornece orientação operacional, concentrando-se nos elementos procedimentais do HRDD, abordando, portanto, apenas marginalmente as questões substantivas que precisam de interpretação sinalizadas acima. Esta seção aborda as discrepâncias entre as interpretações das categorias de atribuição no UNGP nos principais padrões elaborados por três organizações internacionais líderes: as Diretrizes da OCDE para Corporações Multinacionais e, em particular, alguns de seus documentos de Orientação de Due Diligence; padrão ISO 26000 e o Princípio de Sustentabilidade e Padrões de Desempenho da IFC. A seção também aborda a Declaração de Princípios da OIT sobre Empresas Multinacionais e Política Social. Em seguida, aborda desafios explícitos ao conteúdo e abordagem do UNGP. Por fim, a seção destaca as tentativas de influenciar os polos interpretativos de atores tão diversos quanto o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o próprio Ruggie, e a Shift, ONG criada por Ruggie com o objetivo de contribuir para a implementação do UNGP.

#### 3.1 Divergência entre as Normas Internacionais e o UNGP

A OCDE, ISO, IFC e OIT são quatro organizações internacionais cruciais cujo trabalho de definição de padrões é essencial para interpretar o UNGP e sua incorporação bem-sucedida nas práticas de negócios. Notavelmente, os padrões elaborados por essas organizações podem se qualificar como “padrões internacionais” sob o direito econômico internacional, um status que lhes confere uma forte reivindicação normativa e exige que os Estados os usem na regulamentação quando necessário e possível, aqueles perseguidos pelo UNGP, o trabalho dessas organizações tem interseções e sinergias óbvias com a responsabilidade corporativa. Em graus variados, no entanto, seus padrões apresentam discrepâncias com a abordagem do UNGP para a atribuição de impactos sobre os direitos humanos. Isso não deve prejudicar a aceitação geral bem-sucedida das ideias mais amplas por trás do UNGP, sua transposição em vários instrumentos e o progresso feito em sua implementação e esclarecimento são cruciais para a sua plena eficácia.

A OCDE foi a primeira organização multilateral preocupada com a regulação de corporações multinacionais. Suas Diretrizes para Corporações Multinacionais (Diretrizes da OCDE) de 1976 estão entre os mais antigos conjuntos de padrões internacionais para conduta empresarial. As Diretrizes são um instrumento fundamental na governança da conduta empresarial transnacional por meio de um mecanismo de resolução de disputas multinível e baseado na mediação entre empresas e vítimas de direitos humanos, por meio de um sistema de Pontos de Contato Nacionais (PCNs). Os PCNs são um mecanismo importante por meio do qual uma jurisprudência sobre negócios e direitos humanos e HRDD pode ser desenvolvida globalmente com base em sua interpretação das Diretrizes nas chamadas “instâncias

---

<sup>42</sup> RUGGIE, J. G. “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”. *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.

<sup>43</sup> BLACK, J. “Regulatory Conversations”. *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 1., pp. 163-196, 2002.

específicas”, ou seja, disputas relativas à implementação de um corpo de Diretrizes<sup>44</sup>. Portanto, é particularmente importante que as próprias Diretrizes estejam alinhadas ao UNGP. Sua revisão de 2011 ocorreu em paralelo com o desenvolvimento do UNGP e, com base na contribuição do Representante Especial das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos, incorpora um capítulo revisado de direitos humanos que a OCDE considera estar alinhado com o UNGP.

As Diretrizes da OCDE adotam o conceito de due diligence e o aplicam aos direitos humanos e outras áreas que cobrem. A discussão mais elaborada sobre HRDD não está, no entanto, nas Diretrizes da OCDE, mas em seus documentos de Orientação de implementação que transpõem a due diligence para setores e seus riscos. Exemplos incluem as cadeias de suprimentos agrícolas<sup>45</sup>, mineral<sup>46</sup>, e vestuário e calçados<sup>47</sup>. Em maio de 2018, a OCDE também publicou uma Orientação geral com foco em due diligence em direitos humanos em todos os setores<sup>48</sup>. Esses padrões contribuem positivamente para a implementação do HRDD, oferecendo um entendimento comum dos processos de due diligence e terminologia relacionada<sup>49</sup>. Além disso, eles fazem recomendações para empresas sobre como implementar a due diligence em suas cadeias de valor e incorporar o HRDD nos sistemas e procedimentos de gestão. Os documentos de orientação são elaborados seguindo uma abordagem multissetorial supervisionada pelo Grupo de Trabalho da OCDE sobre Conduta Empresarial Responsável, com o envolvimento de países não pertencentes à OCDE e representantes de empresas, comércio e sociedade civil.

Uma segunda organização importante que fornece interpretação e implementação do UNGP e, em particular, embutindo HRDD em padrões de gestão corporativa é a ISO. A ISO é uma organização não estatal voltada para a indústria, composta por órgãos nacionais (principalmente privados) de definição de padrões. Seu trabalho de definição de padrões de negócios principais está relacionado a padrões técnicos e de interoperabilidade. Um número crescente de padrões elaborados pela ISO está na forma de padrões de sistemas de gestão audíveis. Padrões de sistemas de gestão integram objetivos de políticas públicas, como proteção ambiental e saúde e segurança, nos procedimentos corporativos. A ISO 26000 é a primeira incursão da ISO no campo da sustentabilidade, direitos humanos e responsabilidade corporativa<sup>50</sup>. Foi o produto de ampla consulta com outras organizações e partes interessadas não rotineiramente envolvidas no trabalho da ISO, incluindo a OIT, a OCDE e o Pacto Global da ONU<sup>51</sup>. No entanto, a ISO 26000 não estende a abordagem das normas de sistemas de gestão para o domínio dos direitos humanos e sustentabilidade, tanto por não ser certificável como por não identificar processos de gestão reais, como fazem outras normas de gestão ISO<sup>52</sup>.

O terceiro documento-chave são os Padrões de Desempenho da IFC sobre Sustentabilidade Ambiental e Social<sup>53</sup>. Este adota a abordagem de gestão de risco da IFC (o braço de empréstimos ao setor privado do Banco Mundial) para o financiamento de projetos. A relevância dos padrões da IFC é ampliada

<sup>44</sup> OECD. OECD Guidelines for Multinational Enterprises. Paris: OECD Publishing, 2011.

<sup>45</sup> OECD/FAO, OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains.

<sup>46</sup> OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas

<sup>47</sup> OECD, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector

<sup>48</sup> OECD, Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct

<sup>49</sup> OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains in the Garment and Footwear Sector

<sup>50</sup> ISO, ISO 26000 Guidance on Social Responsibility (2010) ISO/FDIS 26000:2010.

<sup>51</sup> SCHMIDT, R. *Regulatory Integration across Borders: Public-Private Cooperation in Transnational Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

<sup>52</sup> BIJLMAKERS, S.; VAN CALSTER, G. “You'd be Surprised How Much It Costs to Look This Cheap! A Case Study of ISO 26000 on Social Responsibility”. in P. Delimatsis (org.). *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 275-310.

<sup>53</sup> IFC, Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, 2012.



exponencialmente por meio de sua referência nos Princípios do Equador<sup>54</sup>, o instrumento mais utilizado pelas sociedades financeiras para assegurar a responsabilidade no financiamento de projetos. O financiamento de projetos apresenta muitas oportunidades para incorporar considerações de direitos humanos nas operações corporativas, como a adoção de sistemas de gestão ambiental e social, identificando e mitigando riscos e melhorando o desempenho que incorporam recursos de HRDD, conforme definido no UNGP<sup>55</sup>.

Por fim, o trabalho da OIT em matéria de direitos trabalhistas também aborda o tema do UNGP. A Declaração de Princípios tripartite da OIT sobre Empresas Multinacionais e Política Social, é um excelente exemplo. A Declaração estabelece princípios para governos, empregadores, trabalhadores e multinacionais para medidas que promovam o progresso social e práticas responsáveis no local de trabalho. A Declaração é particularmente relevante, pois é o único instrumento da OIT que fornece orientação prontamente implementável às empresas sobre questões relacionadas à política social e práticas inclusivas, responsáveis e sustentáveis no local de trabalho. o contexto dos direitos trabalhistas.

Embora muitos aspectos desses instrumentos estejam alinhados, senão com a linguagem, pelo menos com o espírito amplo do UNGP, uma análise cuidadosa mostra que eles nem sempre se alinham totalmente. Embora nem todos os documentos de Orientação no nível da OCDE abordem explicitamente a questão da atribuição, a Orientação de Vestuário e Calçados parece abordá-la introduzindo variações na abordagem do UNGP. De acordo com o Guia, uma empresa contribui para o impacto negativo sobre os direitos humanos se as ações da empresa causarem, facilitarem ou incentivarem outra entidade a causar impactos adversos. No entanto, é introduzida uma qualificação significativa, ou seja, que tal contribuição deve ser substancial. Nem o UNGP nem outras publicações oficiais da ONU sobre o UNGP mencionam o conceito de contribuição substancial. O assunto é abordado apenas em discussões sobre cumplicidade legal no contexto do direito penal internacional, relacionadas ao padrão de cumplicidade e cumplicidade. separado e mais amplo do que questões de cumplicidade legal.

O fato de que uma contribuição deve ser substancial foi reiterado no Guia de Due Diligence da OCDE de 2018 para uma conduta empresarial responsável, promovendo um entendimento comum de due diligence em geral, ou seja, em todos os setores econômicos. O Guidance visa tornar-se o principal ponto de referência para as empresas que implementam o HRDD<sup>56</sup>. O Guidance estabelece que uma contribuição deve ser substancial; isso significa que não inclui contribuições menores ou triviais. Para avaliar se uma contribuição é substancial, vários fatores são importantes, incluindo o grau em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do impacto; o grau de previsibilidade; e o grau em que qualquer uma das atividades da empresa realmente mitigou o impacto adverso ou diminuiu o risco de ocorrência de impacto. A Orientação de Vestuário e a Orientação de Due Diligence geral adotam uma abordagem mais restrita para a identificação da contribuição. De acordo com o UNGP, as empresas podem priorizar e abordar impactos substanciais nos direitos humanos, mas isso não afeta seu envolvimento. A abordagem da OCDE para uma contribuição substancial, e o que parece ser um teste de minimis, pode resultar em motivos mais limitados para o envolvimento de empresas no impacto dos direitos humanos sob os instrumentos da OCDE.

A ISO 26000 se afasta ainda mais das principais características do UNGP. No que diz respeito à atribuição, a ISO 26000 em vários momentos críticos adota uma abordagem chamada de "esfera de influência". A noção de esfera de influência tem

---

<sup>54</sup> Cf.: <https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2020/05/The-Equator-Principles-July-2020-v2.pdf>. Acesso em 01/07/22.

<sup>55</sup> IFC Performance Standard 1, at 7

<sup>56</sup> SHAVIN, C. Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct. *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n. 1, pp. 139-145, 2019.

origem na tentativa fracassada de adoção do Projeto de Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais. Reconhece que as empresas têm a capacidade de influenciar ações fora de suas próprias organizações por meio de suas relações com outros atores<sup>57</sup>. Tal influência seria maior em relação aos atores próximos da entidade empresarial em questão<sup>58</sup>. Nos termos do Projeto de Normas, dentro de sua esfera de influência, as empresas têm a obrigação de promover, garantir o cumprimento, respeitar, fazer respeitar e proteger os direitos humanos. Essa abordagem foi expressamente rejeitada por Ruggie com o argumento de que as corporações precisam de uma orientação mais clara e precisa sobre suas responsabilidades. Na visão de Ruggie, o conceito era problemático porque a imposição de responsabilidade sempre que uma empresa tem alavancagem implicaria na suposição de que “pode implicar em dever”, e dificultaria a separação dos deveres e responsabilidades dos Estados e das empresas. Sob sua esfera de influência, as empresas seriam responsáveis pelos impactos nos direitos humanos de entidades sobre as quais possam ter alguma influência, incluindo casos em que não estão contribuindo para, nem são agentes causais do impacto negativo sobre os direitos humanos em questão. A rejeição dessa abordagem levou à adoção das três categorias discutidas acima, que se concentram na rede de atividades e relações comerciais de uma corporação e seu envolvimento nos impactos reais e potenciais, e não na possibilidade de exercer alavancagem.

Embora os elementos da ISO 26000 não adotarem a mesma terminologia, estão alinhados com o espírito da UNGP<sup>59</sup>, a norma também abraça o conceito de esfera de influência, bem como adota uma abordagem positiva da responsabilidade dos direitos humanos das empresas, na qual as corporações são esperadas para promover os direitos humanos onde eles têm influência para fazê-lo<sup>60</sup>. Especificamente no que diz respeito à atribuição, a ISO 26000 prevê que uma organização será responsável por impactos negativos cometidos por entidades sobre as quais tenha controle formal ou factual. Além disso, prevê que uma corporação pode ser capaz de afetar o comportamento de entidades dentro e fora de uma cadeia de valor sobre a qual tenha influência. No entanto, a norma não esclarece o que seria esperado quando houvesse tal influência: a definição de esfera de influência não implica a responsabilidade de exercê-la. Além disso, a ISO 26000 não considera necessariamente que a totalidade da cadeia de valor de uma organização esteja dentro de sua esfera de influência<sup>61</sup>. Isso contrasta fortemente com a noção abrangente de ligação direta no UNGP, que abrange toda a cadeia de valor. Em suma, a ISO 26000 resultou em uma confusão considerável sobre a real responsabilidade das empresas e a atribuição às empresas dos impactos nos direitos humanos cometidos por outras entidades. Ao misturar concepções de responsabilidade negativas, positivas, baseadas em impacto e baseadas em alavancagem<sup>62</sup>, a ISO não esclarece situações em que uma empresa é responsável por impactos sobre os direitos humanos e quando a influência/alavancagem deve ser exercida<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> SCHUTTER, O de. The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors. in O de Schutter (org.). *Transnational Corporations and Human Rights*, London: Hart Publishing, 2006, pp. 12-40.

<sup>58</sup> RUGGIE, J. *Clarifying the Concepts of "Sphere of Influence" and "Complicity": Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*. UN Doc A/HRC/8/16, 2008.

<sup>59</sup> WOOD, S. "The Case for Leverage-based Corporate Human Rights Responsibility". *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, n. 1, pp 63-98, 2012.

<sup>60</sup> ISO 26000, cláusula 4.8.

<sup>61</sup> ISO 26000, cláusula 5.2.3.

<sup>62</sup> WOOD, S. "The Case for Leverage-based Corporate Human Rights Responsibility". *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, n. 1, pp 63-98, 2012.

<sup>63</sup> WEBB, K. "ISO 26000 Social Responsibility Standard as "Proto Law" and a New Form of Global Custom: Positioning ISO 26000 in the Emerging Transnational Regulatory Governance Rule Instrument Architecture". *Tilburg Law Review*, vol. 21, pp. 193-229, 2016.

Nos Padrões de Desempenho da IFC, o tratamento da ligação direta ao impacto sobre os direitos humanos também apresenta certas discrepâncias do UNGP. Os Padrões de Desempenho da IFC começam estabelecendo que os clientes devem respeitar os direitos humanos, o que significa evitar infringir os direitos humanos de terceiros e abordar os impactos adversos nos direitos humanos que os negócios podem causar ou contribuir para os quais as empresas possam contribuir<sup>64</sup>. A norma reduz, então, o escopo de aplicação da due diligence aos projetos específicos financiados, a serem definidos caso a caso com o credor, e seus impactos conforme possam ser identificados pela área de influência do projeto. Estes incluem: as áreas afetadas pelo projeto e as atividades e instalações do cliente que são de propriedade direta, operadas ou gerenciadas e que são um componente do projeto; impactos de desenvolvimentos não planejados, mas previsíveis, causados pelo projeto que podem ocorrer mais tarde ou em um local diferente; e impactos indiretos do projeto sobre a biodiversidade ou sobre os serviços ecossistêmicos dos quais dependem os meios de subsistência das comunidades afetadas. Com relação aos impactos sobre os direitos humanos resultantes de ações ou omissões de terceiros, espera-se que o cliente trate de tais impactos de maneira compatível com as necessidades do cliente controle e influência. Isso parece estar de acordo com a ideia de que controle e influência não determinam a existência de responsabilidade, mas apenas como a empresa deve cumpri-la. No entanto, os Padrões de Desempenho estabelecem que, onde o controle pode ser exercido, os riscos e impactos cobertos por sistemas de gestão e due diligence também se estendem àqueles da cadeia de suprimentos primária, ou seja, de bens ou materiais essenciais para os processos de negócios principais do projeto. Como a redação empregada parece sugerir que o controle determina o escopo de aplicação e de responsabilidade, essa abordagem parece incompatível com o UNGP.

Os Padrões de Desempenho da IFC também retêm elementos da abordagem da esfera de influência que foi rejeitada pelo UNGP e não se baseiam exclusivamente na presença de um relacionamento comercial. Além disso, os Padrões de Desempenho limitam o escopo da due diligence nas cadeias de valor de duas maneiras. Em primeiro lugar, a devida diligência e, em particular, a avaliação do risco de direitos humanos, abrange apenas fornecedores e entidades da cadeia sobre os quais o cliente pode exercer um controle razoável. O conceito de controle estabelece um limiar bastante alto, certamente superior a "influência" e é diferente de "relações comerciais". O próprio conceito representa um acréscimo à linguagem do UNGP. Em segundo lugar, a única cadeia de valor a ser abrangida pelo HRDD refere-se apenas a produtos essenciais para o processo de negócio principal do projeto. Isso significa que para as relações comerciais em outras cadeias de valor não haveria obrigação de HRDD. Por um lado, esse escopo mais restrito reflete o fato de que os Padrões de Desempenho da IFC também se relacionam com as responsabilidades de due diligence do credor em relação aos projetos que estão sendo financiados. Os impactos fora desses projetos não devem preocupar o credor, pois estariam fora do escopo de seu relacionamento comercial com o cliente e, portanto, não teriam um vínculo direto. Por outro lado, se a lógica por trás dos Padrões de Desempenho da IFC é gerenciar riscos e impactos ambientais e sociais para que as oportunidades de desenvolvimento sejam aprimoradas, destacando as cadeias de valor dos produtos essenciais para o processo de negócios principal do projeto é artificial e restringe os possíveis impactos positivos de garantir a devida diligência no contexto de um empréstimo.

Finalmente, a Declaração de Princípios tripartite da OIT sobre Empresas Multinacionais e Política Social também foi revisada em 2017 para incorporar o UNGP. Como o instrumento se aplica também às empresas, a última revisão introduziu uma referência geral ao UNGP e ao HRDD. Estes incluem as principais características do HRDD (embora nenhuma menção seja feita ao relatório) e as três categorias de atribuição. A referência ao UNGP é então reiterada nas partes mais detalhadas da

---

<sup>64</sup> IFC Performance Standards.

Declaração relativas a áreas como emprego e condições de trabalho. Por exemplo, as empresas devem tomar medidas contra o trabalho infantil “em suas operações” de acordo com a noção de vínculo direto, com a ressalva, no entanto, de que tais ações devem ser “de sua competência”. É possível que este fraseado possa reduzir o leque de ações tomadas ao exercer a alavancagem. A alavancagem não é mencionada na Declaração, exceto quando esta estabelece, de forma bastante restritiva, que as multinacionais devem usar sua influência para persuadir seus parceiros a fornecer soluções<sup>65</sup>. Sabemos pelo UNGP que a alavancagem deve ser exercida para abordar e mitigar os impactos. Tal como acontece com as Diretrizes da OCDE, a Declaração da OIT tem um mecanismo para disputas sobre sua aplicação e interpretação e isso também pode contribuir para interpretações divergentes do HRDD.

### 3.2 O Papel de John Gerard Ruggie, o Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, e Mudança na Supervisão da Interpretação

É importante que, ao implementar e interpretar o UNGP, as redes descentralizadas sigam o espírito do UNGP. Quando isso não acontece, a interpretação oferecida pelas redes deve ser “orientada” na direção certa. Essa função de direção foi exercida por vários atores, como o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) e o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, mas também o Shift Project – uma ONG criada por John Ruggie para apoiar a implementação e adoção do UNGP – e pelo próprio Ruggie. Ele interveio na conversa global sobre o UNGP em várias ocasiões, tanto na qualidade de Representante Especial quanto após seu mandato formalmente encerrado em 2011.

Durante seu mandato, Ruggie se envolveu na elaboração da ISO 26000. Contatos informais entre sua equipe e o Grupo Consultivo Estratégico ISO ocorreram<sup>66</sup> antes de Ruggie, mais formalmente, expressar suas preocupações sobre a inclusão do conceito de “esfera de influência” no padrão e a consequente inconsistência com o UNGP que ele geraria. Ruggie<sup>67</sup> destacou os problemas em adotar essa abordagem e chamou a atenção para sua crítica anterior ao conceito em um relatório preparatório do UNGP. O Grupo de Trabalho da ISO sobre Responsabilidade Social reformulou a definição de esfera de influência e artigos relevantes em estreita cooperação com a equipe de Ruggie, minimizando a conexão entre a possibilidade de influência e responsabilidade e enfatizando o conceito de “impacto”. No entanto, como discutido acima, a ideia de esfera de influência ainda permeia a ISO 26000, e até sugere que a responsabilidade empresarial é não apenas negativa, mas também positiva, em expressa contradição com o UNGP<sup>68</sup>. Assim como outras notas enviadas pela sociedade civil e ONGs, como o WWF, a nota enviada por Ruggie foi formalmente aceita, mas apenas minimamente refletida no texto final da ISO 26000<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> OBARA, L. J. ““What Does This Mean?” How UK Companies Make Sense of Human Rights”. *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n. 2, pp. 249-273, 2017.

<sup>66</sup> WARD, H. “The ISO 26000 International Guidance Standard on Social Responsibility: Implications for Public Policy and Transnational Democracy”. *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, n. 2, pp. 665-718, 2011.

<sup>67</sup> RUGGIE, J. G. Note on ISO 26,000 Guidance Draft Document, 2009. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-note-re-iso-26000-nov-2009.pdf>>

<sup>68</sup> ISO 26000, cláusula 4.1.

<sup>69</sup> ASEEVA, A. “Global Trade Governance and Informal Voluntary Standards: The Socio-normative Analysis of Legitimacy of the ISSO”. in A. Tutumlu; G. Güngör (orgs.), *Multilateralism in Global Governance; Formal and Informal Institutions*. Bristol: Peter Lang, 2016, pp. 71-101.

Ruggie também esteve em contato com a IFC e a OCDE em vários pontos<sup>70</sup>. Seu contato com a OCDE durante a elaboração do Guia de Due Diligence para Conduta Empresarial Responsável de 2018 foi particularmente significativo. Ruggie discordou da noção de contribuição “significativa” ou “substancial” para o dano, discutida na Seção III.A, observando o risco de empregar linguagem inconsistente com o UNGP, potencialmente minando seu espírito, elaborado pelo escritório de advocacia Debevoise & Plimpton sobre as três categorias de atribuição<sup>71</sup>. Além de utilizar o termo “contribuição substancial”, Ruggie também criticou a ideia de que o conceito de vínculo direto e a presença de uma relação comercial devem ser qualificados pela presença de “benefícios comerciais mútuos”. O documento de discussão equacionou ligação direta à presença de um benefício para a empresa, um conceito alheio ao UNGP que limita o escopo de atribuição. Embora a noção de contribuição significativa tenha sido deixada na versão final do Guia, nenhuma referência ao conceito de “benefício comercial mútuo” pode ser encontrada.

Ruggie também comentou publicamente sobre o documento do Grupo Thun discutido na Seção III.B e reiterou sua preocupação com a introdução de linguagem divergente do UNGP. Em uma carta, Ruggie observou a má interpretação do UNGP 13 ao reunir “causa e efeito” em uma única categoria, e a introdução do termo “proximidade do dano”, revisou sua posição, admitindo que os bancos poderiam contribuir para o impacto sobre os direitos humanos “sob circunstâncias excepcionais”. Em 2016, Ruggie também desenvolveu recomendações para a FIFA incorporar os direitos humanos em suas operações globais<sup>72</sup>.

Tendo recebido pedidos expressos em três ocasiões do setor financeiro, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) também ofereceu esclarecimentos interpretativos (formalmente não vinculativos) sobre o UNGP e o HRDD. Dois pedidos feitos em 2013 abordaram a questão da participação minoritária e, especificamente, se poderia constituir uma relação comercial capaz de dar origem a uma ligação direta entre o impacto nos direitos humanos e as instituições financeiras. Também aceitou que o financiamento do projeto poderia ser uma ligação direta, algo que não é suportado pelo texto do UNGP, e rejeitou a terminologia frequentemente empregada de “impacto indireto” ou “ligação indireta” (ou seja, impactos causados pelo cliente e não pelo banco). Em particular, enfatizou que o financiamento oferecido a uma empresa para um projeto específico vincularia diretamente uma instituição financeira a todos os impactos adversos sobre os direitos humanos gerados por esse projeto.

Finalmente, em 2017, o ACNUDH foi abordado pela ONG BankTrack para obter orientação interpretativa adicional seguindo o documento do Grupo Thun<sup>73</sup>. Nota de rodapé 148 Em sua resposta, o ACNUDH reiterou a distinção entre contribuição e vínculo direto e observou que a proximidade não era um fator determinante dos limites das responsabilidades de direitos humanos. Também observou que as disputas sobre a presença de ‘contribuição’ em vez de ‘link direto’ podem ser resolvidas por meio de diálogo com as partes interessadas ou processos de queixas, nota de rodapé 149 identificando assim possíveis meios de resolver tensões interpretativas. Também deve ser mencionado que o ACNUDH publicou orientações interpretativas iniciais sobre o UNGP em 2012 na nota de rodapé 150 que, no entanto,

---

<sup>70</sup> BUHMANN, K. “Business and Human Rights: Understanding the UN Guiding Principles from the Perspective of Transnational Business Governance Interactions”. *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 52, 2014.

<sup>71</sup> Cf.: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Debevoise-Enodo-Practical-Meaning-of-Involvement-Draft-2017-02-09.pdf>. Acesso em 01/07/22.

<sup>72</sup> RUGGIE, J. G. “For the Game. For the World”. *FIFA and Human Rights Corporate Responsibility Initiative Report* n. 68, 2016.

<sup>73</sup> Cf.: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/InterpretationGuidingPrinciples.pdf>. Acesso em 01/07/22.

deixou várias questões em aberto, em particular sobre os conceitos de atribuição e alavancagem.

Finalmente, em 2017, o ACNUDH foi abordado pela ONG BankTrack para obter orientação interpretativa adicional seguindo o documento do Grupo Thun. Em sua resposta, o ACNUDH reiterou a distinção entre contribuição e vínculo direto e observou que a proximidade não era um fator determinante dos limites da responsabilidade de direitos humanos. Também observou que as disputas sobre a presença de “contribuição” em vez de “vínculo direto” podem ser resolvidas por meio de diálogo com as partes interessadas ou processos de queixas, identificando assim possíveis meios de resolver tensões interpretativas. Também deve ser mencionado que o ACNUDH publicou orientações interpretativas iniciais sobre o UNGP em 2012<sup>74</sup> que, no entanto, deixou várias questões em aberto, em particular sobre os conceitos de atribuição e alavancagem.

### 3.3 A ameaça da polifonia e possíveis soluções

A análise acima destaca desafios consideráveis para alcançar uma interpretação consistente e totalmente alinhada em um regime policêntrico aberto, onde muitos atores podem, e são de fato convidados a oferecer interpretação de elementos-chave. A ideia subjacente ao UNGP era apoiar e conduzir um processo de emergência ascendente e convergência entre vários regimes regulatórios transnacionais com o objetivo de estabelecer a responsabilidade pelos direitos humanos, ignorando os Estados (e suas divergências). Um dos propósitos do UNGP era encorajar a emergência de regras por e através de intermediários interpretativos, ou seja, estimular uma conversa global sobre o princípio do respeito empresarial aos direitos humanos. O UNGP tem sido amplamente bem-sucedido nesta frente. Disseminar e incorporar normas sociais é um método indispensável para induzir mudanças de conduta<sup>75</sup>.

A abordagem policêntrica do UNGP apresenta, no entanto, seus próprios riscos, e estes ficam claros onde os princípios precisam ser refinados e esclarecidos por meio da interpretação. Um sistema policêntrico aberto – caracterizado pela falta de barreiras para interpretações expansivas, nem fronteiras, nem instituições que possam rejeitar oficialmente a interpretação “desviante” – abre o desafio de interpretações desalinhadas e até interpretações contrárias aos princípios constitutivos. Diferentes intermediários, ao mesmo tempo em que contribuem para a afirmação e institucionalização da ideia geral de responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, também dificultam a institucionalização de alguns detalhes igualmente importantes. Isso pode ocorrer devido a intermediários operando em diferentes momentos no tempo, com base em diferentes objetivos organizacionais ou no uso de diferentes processos. Mais problemático, também ocorre porque a policentricidade – na ausência de responsabilidades interpretativas claras – permite que poderosos interesses econômicos assumam as funções fundamentalmente públicas de interpretar o direito internacional não vinculativo. Certos intermediários surgiram indiscutivelmente para fornecer uma interpretação de regras instrumental adequada às corporações. O alinhamento dos objetivos dos intermediários com os do regime principal é crucial para determinar como eles cumprirão sua função de intermediários. Organizações internacionais cujo mandato está próximo das metas do UNGP geram menos discrepâncias. Os “obstrucionistas” que intervêm para frustrar os objetivos do regime geram desvios substanciais.

Nesse cenário “polifônico”, onde nenhuma organização ou ator pode reivindicar o monopólio interpretativo sobre a linguagem no UNGP, os criadores de regras devem tentar manter ou recuperar o controle sobre a interpretação das regras

---

<sup>74</sup> UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide, HR/PUB/12/02, 2012.

<sup>75</sup> RUGGIE, J. G. “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”. *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.

em questão, e orientar os intermediários em direção à consistência. A falta de um órgão com um papel de coordenação claro fez com que vários atores tentassem orientar os intermediários. Seu grau de sucesso varia, destacando a dificuldade de direcionar outros atores regulatórios para um resultado desejado. A interpretação fornecida por esses “atores orientadores” não adere aos métodos tradicionais de interpretação do direito, como as técnicas interpretativas linguísticas, sistêmicas e teleológicas. Isso é bastante impressionante considerando que, no final das contas, o UNGP constitui um direito internacional, por mais brando que seja.

Além do papel incontroverso do ACNUDH em fornecer orientação interpretativa, embora não vinculativa, as intervenções de Ruggie são possivelmente possíveis devido à autoridade moral que ele continua e decide exercer como “criador” do UNGP. Que Ruggie se vê como o principal arquiteto por trás do UNGP fica claro em seus escritos<sup>76</sup>, e em sua receptividade limitada a sugestões sobre possíveis mudanças nos conceitos centrais da estrutura<sup>77</sup>. O efeito centralizador das intervenções de Ruggie e sua posição como o “principal criador” são difíceis de conciliar com o foco do UNGP na policentricidade, pluralismo e consulta. A dependência adicional do grupo Shift, estabelecido por Ruggie como um centro de especialização no UNGP, é uma tentativa criativa de isolar o código de outras influências e desenvolvê-lo de acordo com seus princípios fundadores por meio de workshops e consenso com várias partes interessadas. Apesar desta abordagem pouco convencional, o trabalho interpretativo do Shift foi amplamente aceite e está agora refletido em documentos de orientação produzidos por autoridades públicas e organizações internacionais. As tentativas de direção são, então, baseadas em lógicas tão diversas quanto a autoridade formal do ACNUDH, a autoridade moral de Ruggie e, em consonância com os processos de baixo para cima subjacentes ao surgimento do UNGP, o envolvimento de corporações e outras partes interessadas.

É difícil identificar como razões subjacentes aos desvios e discrepâncias entre as abordagens das organizações internacionais. Como executados anteriormente, os agentes diferentes operam com base em organizações distintas e elaboram seus padrões de definição de grupos e com base em seus procedimentos específicos. A esta luz, um certo grau de dificuldade de evitar a participação inclusiva, demonstra não ser regra limitada das partes envolvidas na elaboração da ISO 6000<sup>78</sup>, a participação, que apenas os atores empresariais evidenciam. Um processo descentralizado de interpretação (e implementação) não pode garantir que o processo inclusivo que levou à adoção centralizada do UNGP possa ser replicado com sucesso. Muito pelo contrário, a inclusão pode ser um obstáculo para a definição de regras mais amplas do que para a adoção de uma inclusão pode contribuir para a formação de particulares. Mais pesquisas são identificadas, mas isso pode ocorrer por divergências internas ou porque, ao operar por consenso, a tentativa pode ser evitar os assuntos mais controversos, ou se contentar com menos ambiciosas propostas por empresas.

A análise ilustra que os regimes policêntricos que contam com o trabalho interpretativo de múltiplos intermediários e a falta de autoridade para obstar a interpretação “desviante” estão expostos ao risco de falta de consistência quando se trata de detalhes. Empiricamente, uma divergência considerável é possível, como demonstra a ISO 26000. Embora a policentricidade tenha sido fundamental para estabelecer a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos, os

<sup>76</sup> RUGGIE, J. G. “Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights”. *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.

<sup>77</sup> DEVA, S. “Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles” in S. Deva; Bilchitz (orgs.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 78-104.

<sup>78</sup> HAHN, R.; WEIDTMANN, C. “Transnational Governance, Deliberative Democracy, and the Legitimacy of ISO 26000: Analyzing the Case of a Global Multistakeholder Process”. *Business & Society*, vol. 55, n. 1, pp. 90-129, 2016.

desvios na interpretação e a polifonia podem prejudicar a aceitação das regras. Em particular, podem dificultar o estabelecimento e a institucionalização da própria responsabilidade e uma mensagem consistente sobre os limites dessa responsabilidade, à medida que as corporações procuram interpretações que melhor atendam aos seus interesses.

Quando os intermediários têm objetivos divergentes, os reguladores devem intervir em suas atividades e centralizar suas funções. No caso do UNGP, uma organização responsável pelo trabalho interpretativo poderia ser designada, deixando a implementação e operacionalização dos processos de gestão para outros atores sem “barreiras de entrada”. Atualmente, o ACNUDH fornece interpretações não vinculativas, mas o fez apenas nos poucos casos em que foi solicitada a intervenção. Uma solução possível seria ter tribunais nacionais ou Pontos de Contato Nacionais da OCDE assumindo funções de interpretação em que trabalham, e isso pode ter um efeito de “alinhamento”. As decisões dos tribunais também podem influenciar as orientações emitidas por organizações como a OCDE.

Um possível Tratado Vinculante como forma de solucionar os problemas interpretativos deve, no entanto, ir muito além, estabelecendo um órgão que tenha autoridade para fornecer interpretações vinculantes do UNGP. Poderia ter o poder de responder a pedidos de interpretação, ou mesmo fazê-lo motu proprio, caso considerasse que as orientações emitidas por intermediários, ou mesmo tribunais nacionais, não estavam de acordo com o UNGP. Isso não prejudicaria o progresso feito através do UNGP, a aceitação do HRDD e sua interpretação em vários fóruns. A interpretação descentralizada, alinhada com a policentricidade, seria mantida. Poderia, no entanto, oferecer um complemento institucional muito necessário à abordagem policêntrica do UNGP, indispensável tanto para consolidar a responsabilidade de respeitar os direitos humanos, quanto para fornecer orientação às empresas na operacionalização de suas responsabilidades.

#### **4. Conclusão**

As estruturas policêntricas ajudam a garantir a difusão e a implementação de normas por redes descentralizadas. No entanto, no campo dos negócios e direitos humanos, uma avaliação da governança regulatória do UNGP revela desafios na interpretação e garantia de consistência nas abordagens de atribuição.

Notavelmente, esses desafios derivam dos próprios arranjos de governança escolhidos como alternativa aos instrumentos legais tradicionais para estabelecer e refinar a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos. Embora a policentricidade tenha sido fundamental para a difusão e aceitação da responsabilidade corporativa de respeitar, ela também corre o risco de degenerar em polifonia devido à falta de autoridade interpretativa centralizada. Sugere-se, portanto, que os mecanismos informais atualmente utilizados para orientar a interpretação dos elementos-chave do PNUD sejam apoiados por instituições mais formais que sejam capazes de fornecer interpretações finais e autorizadas quando necessário. Isso atuaria como uma proteção contra interpretações sendo indevidamente influenciadas pelos interesses econômicos daqueles que atualmente se envolvem em atividades interpretativas.

Com base na literatura sobre regulação, este artigo argumentou que é crucial que uma orientação interpretativa detalhada seja fornecida às multinacionais, e que Princípios incontestáveis e claros são necessários para estabelecer a responsabilidade corporativa de respeitar. A estrutura policêntrica do UNGP, há quase dez anos desde sua criação, tem conseguido afirmar e difundir a responsabilidade corporativa de respeitar. Estamos agora entrando em um estágio em que a due diligence está prestes a se tornar “mainstream”, com um número crescente de empresas apoiando ativamente a introdução de legislação obrigatória de HRDD e onde é necessária uma orientação precisa e consistente. As corporações devem receber orientação inequívoca sobre os limites de sua responsabilidade de respeitar. As ameaças representadas pela estrutura e obrigações indeterminadas do HRDD não devem ser



subestimadas e são semelhantes à proliferação desenfreada de reivindicações de "sustentabilidade" nas últimas décadas, é possível fazer reivindicações sobre a devida realização de due diligence por parte das sociedades, que podem de fato estar desconectadas do impacto positivo real. Existe, portanto, o risco de que a devida diligência possa resultar em extensa "greenwashing" e "bluewashing" de atividades corporativas, bem como em fóruns de pesquisa para padrões e diretrizes de HRDD menos ambiciosos que melhor se adaptem aos negócios em questão.

A interpretação centralizada é necessária para abordar e evitar abordagens conflitantes para operacionalizar o HRDD e, em última análise, para incorporar o respeito aos direitos humanos nas atividades corporativas. É consistente com o pluralismo jurídico do campo empresarial e dos direitos humanos e é um componente essencial e indispensável de regimes policêntricos eficazes. Acrescentar esse elemento ausente à estrutura informal do PNUD permitiria às autoridades públicas intervir efetivamente em conflitos entre ordens públicas e privadas por meio da provisão de interpretação "formal" e gerenciar tensões entre e alinhar os vários instrumentos conflitantes.

## Referências

- ABBOTT, K. W.; SNIDAL, D. "The Governance Triangle: Regulatory Standards Institutions and the Shadow of the State." in W. Mattli; N. Woods (orgs.) *The Politics of Global Regulation*, Princeton: Princeton University Press, 2009, pp. 44-88.
- ABBOTT, K. W.; LEVI-FAUR, D.; SNIDAL, D. "Theorising Regulatory Intermediaries: The RIT Model". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 14-35, 2017.
- ASEEVA, A. "Global Trade Governance and Informal Voluntary Standards: The Socio-normative Analysis of Legitimacy of the ISSO". in A. Tutumlu; G. Güngör (orgs.), *Multilateralism in Global Governance; Formal and Informal Institutions*. Bristol: Peter Lang, 2016, pp. 71-101.
- AULD, G.; RENCKENS, S. "Rule-making Feedbacks through Intermediation and Evaluation in Transnational Private Governance". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Vol. 670, pp. 93-111, 2017.
- BERMAN, P. S. "Global Legal Pluralism". *Southern California Law Review*, vol. 80, pp. 1157-1237, 2007.
- BIJLMAKERS, S.; VAN CALSTER, G. "You'd be Surprised How Much It Costs to Look This Cheap! A Case Study of ISO 26000 on Social Responsibility". in P. Delimatsis (org.). *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 275-310.
- BLACK, J. "Proceduralising Regulation: Part 1". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n. 4, pp. 597-614, 2000.
- BLACK, J. "Regulatory Conversations". *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 1., pp. 163-196, 2002.
- BLACK, J. "Forms and Paradoxes of Principles-Based Regulation". *LSE Law, Society and Economy Working Papers 13*, London School of Economics and Political Science, Law Department, 2008.
- BLACK, J. "Constructing and Contesting Legitimacy and Accountability in Polycentric Regulatory Regimes". *Regulation & Governance*, vol. 2, pp. 137-164, 2008.
- BLACK, J. "Paradoxes and Failures: New Governance Techniques and the Financial Crisis". *The Modern Law Review*. vol. 75, n. 6, pp. 1037-1063, 2012.
- BUHMANN, K. "Business and Human Rights: Understanding the UN Guiding Principles from the Perspective of Transnational Business Governance Interactions". *Osgoode Legal Studies Research Paper Series 52*, 2014.
- DE FELICE, D. "Banks and Human Rights Due Diligence: A Critical Analysis of the Thun Group's Discussion". *Paper on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, n. 19, 2015.

- DEVA, S. "Treating Human Rights Lightly: A Critique of the Consensus Rhetoric and the Language Employed by the Guiding Principles" in S. Deva; Bilchitz (orgs.). *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 78-104.
- DI LORENZO, V. "Principles-Based Regulation and Legislative Congruence". *Legislation and Public Policy*, vol. 15, pp. 45-108, 2012
- FORD, C. L. "New Governance, Compliance and Principles-Based Securities Regulation". *American Business Law Journal*, vol. 45, n. 1, pp. 01-60, 2008.
- HAHN, R.; WEIDTMANN, C. "Transnational Governance, Deliberative Democracy, and the Legitimacy of ISO 26000: Analyzing the Case of a Global Multistakeholder Process". *Business & Society*, vol. 55, n. 1, pp. 90-129, 2016.
- HAVINGA, T.; VERBRUGGEN, P. "Understanding Complex Governance Relationships in Food Safety Regulation: The RIT Model as a Theoretical Lens". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 58-77, 2017.
- KOH, H. H. "Is There a "New" New Haven School of International Law?" *Yale Journal International Law*, vol. 31pp. 558-573, 2007.
- KRIEGER, H.; PETERS, A. *Due Diligence in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- MARX, A.; WOUTERS, J. "Rule Intermediaries in Global Labour Governance". *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 670, n.1, pp. 189-206, 2017.
- MAZAR, N.; AMIR, O.; ARIELY. "The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance". *Journal of Marketing Research*, vol. 45, n. 6, pp. 633-644, 2008.
- OBARA, L. J. "What Does This Mean? How UK Companies Make Sense of Human Rights". *Business and Human Rights Journal*, vol. 2, n. 2, pp. 249-273, 2017.
- OECD. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Paris: OECD Publishing, 2011.
- PARKER, C. "The 'Compliance' Trap: The Moral Message in Regulatory Enforcement". *Law & Society Review*, vol. 40, n. 3, pp. 591, 622, 2006.
- PAUWELYN, J.; WESSEL, R.; WOUTERS, J. *Informal International Lawmaking*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- PEREZ, O.; STEGMANN, O. "Transnational Networked Constitutionalism". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 70, n. 1, pp. 133-164, 2021.
- PETERS, A.; KOEHLIN, L.; FÖRSTER, T.; ZINKERNAGEL, G. F. *Non-State Actors as Standard Setters*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. *Business and Human Rights: Beyond the End of the Beginning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- RUGGIE, J. G. *Note on ISO 26,000 Guidance Draft Document*, 2009. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie-note-re-iso-26000-nov-2009.pdf>>
- RUGGIE, J. G. *Clarifying the Concepts of "Sphere of Influence" and "Complicity": Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises*. UN Doc A/HRC/8/16, 2008.
- RUGGIE, J. G. "Global Governance and New Governance Theory: Lessons from Business and Human Rights". *Global Governance*. Vol. 20, n. 1, pp. 05-17, 2014.
- RUGGIE, J. G.; NELSON, T. "Human Rights and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Normative Innovations and Implementation Challenges". *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper 66*, Cambridge: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2015.
- RUGGIE, J. G. "For the Game. For the World". *FIFA and Human Rights Corporate Responsibility Initiative Report n. 68*, 2016.

- RUGGIE, J. G.; SHERMAN, J. F. "The Concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Reply to Professors Bonnitcha and McCorquodale". *The European Journal of International Law*, vol. 28, n. 3, pp. 921-927, 2017.
- SALCITO, K.; WIELGA, M. "What Does Human Rights Due Diligence for Business Relationships Really Look Like on the Ground?" *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, n. 1, pp. 113-121, 2018
- SANTOSO, B. "Just Business': Is the Current Regulatory Framework an Adequate Solution to Human Rights Abuses by Transnational Corporations?" *German Law Journal*, vol. 18, n. 3, pp. 533-558, 2017.
- SHAVIN, C. "Unlocking the Potential of the New OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct". *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, n. 1, pp. 139-145, 2019.
- SCHMIDT, R. *Regulatory Integration across Borders: Public-Private Cooperation in Transnational Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- SCHUTTER, O. de. "The Challenge of Imposing Human Rights Norms on Corporate Actors". in O. de Schutter (org.). *Transnational Corporations and Human Rights*, London: Hart Publishing, 2006, pp. 12-40.
- SOLUM, L. B. "The Interpretation-Construction Distinction". *Constitutional Commentary* 95, Georgetown University Law Center, 2010.
- UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. *The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide*, HR/PUB/12/02, 2012.
- VAN ERP, J.; FAURE, M.; NOLLKAEMPER, A.; PHILIPSTEN, N. *Smart Mixes for Transboundary Environmental Harm*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- WARD, H. "The ISO 26000 International Guidance Standard on Social Responsibility: Implications for Public Policy and Transnational Democracy". *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 12, n. 2, pp. 665-718, 2011.
- WEBB, K. "ISO 26000 Social Responsibility Standard as "Proto Law" and a New Form of Global Custom: Positioning ISO 26000 in the Emerging Transnational Regulatory Governance Rule Instrument Architecture". *Tilburg Law Review*, vol. 21, pp. 193-229, 2016.
- WOOD, S. "The Case for Leverage-based Corporate Human Rights Responsibility". *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, n. 1, pp 63-98, 2012.
- ZEITLIN, J. "Introduction". in J. Zeitlin (org), *Extending Experimentalist Governance? The European Union and Transnational Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 01-19.

## **O meio ambiente como bem jurídico no Direito Penal brasileiro**

*The environment as a legal interest in Brazilian Criminal Law*

**Ana Maria Lumi Kamimura Murata<sup>1</sup>**

*Universidade de São Paulo*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Perspectiva ambiental no Direito Internacional; 3. Estado e meio ambiente; 4. Ícito penal ambiental e ilícito administrativo; 5. Bem jurídico-penal e meio ambiente; 6. Conteúdo material do delito ambiental; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

**Resumo:** A compreensão do que é o meio ambiente vem sendo modificada ao longo do tempo, em razão do desenvolvimento econômico, da percepção dos danos causados, razão por que é necessário analisar o contexto da demanda político-criminal pela criminalização de condutas ofensivas ao meio ambiente. Na sequência, é preciso delimitar qual é o bem jurídico ambiental, no Direito Penal brasileiro, enquanto inserido num Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Meio ambiente; Intervenção estatal; Bem jurídico; Direito Penal Ambiental.

**Abstract:** The understanding of what the environment is has been modified over time, due to economic development, the perception of the damage caused, which is why it is necessary to analyze the context of the political-criminal demand for the criminalization of offensive conduct to the environment. Next, it is necessary to delimit what is the environmental legal good, in the Brazilian Criminal Law, while inserted in a Democratic State of Law.

**Keywords:** Environment; State intervention; Legal interest; Criminal Environmental Law.

### **1. Introdução**

Com o fenômeno da globalização e do êxodo rural, aumentando a concentração demográfica nas grandes cidades, o acesso à informação e o uso da técnica e da ciência pela sociedade, demandou-se um rendimento ainda maior do meio ambiente<sup>2</sup>, tanto da perspectiva do esgotamento dos recursos naturais quanto da insegurança gerada pelo seu uso.

O grande avanço das denominadas novas tecnologias das últimas décadas, além de gerar progresso e acarretar uma potencial democratização do saber<sup>3</sup>, trouxe a incerteza sobre a aplicação de tais conhecimentos humanos na esfera ambiental. Desconhece-se com precisão os possíveis resultados do uso dos meios técnicos, da

---

<sup>1</sup>Doutora e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Advogada.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4182-4754>

e-mail: [anamaria@mirandacoutinho.adv.br](mailto:anamaria@mirandacoutinho.adv.br)

<sup>2</sup> KÄSSMAYER, K.; BARRETO, N. L. "A dimensão territorial dos direitos socioambientais: um olhar jusgeográfico para a crise socioambiental". *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun. 2012, p. 120-121.

<sup>3</sup> Fenômeno denominado "novo cientificismo" por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Viejo y nuevo Derecho Penal: Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012, p. 201).

comercialização de produtos ou da utilização de substâncias, em tese aptos a gerar efeitos nocivos imediatos ou que se manifestam anos depois da realização da conduta<sup>4</sup>.

Além disso, os danos ambientais mostraram-se mais perceptíveis aos sentidos humanos porque “já não se realizam apenas na esfera inverificável das cadeias de efeitos químico-físico-biológicos”<sup>5</sup> e por alcançarem maior destaque nos meios de comunicação. Isso introduz um importante fator de incerteza acerca do tratamento a ser dado ao meio ambiente, para que a tutela não seja nem excessiva nem insuficiente, a fim de possibilitar a existência digna das gerações atuais e futuras.

Outro fator que se destaca na temática ambiental é a complexidade da sociedade, que gera novos riscos, pela profunda inter-relação das esferas de organização individual que incrementa a possibilidade de que alguns dos contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas<sup>6</sup>. Além disso, usando de um exemplo de Ulrich Beck, “as mesmas substâncias tóxicas podem ter significado inteiramente distinto para pessoas distintas, conforme a idade, o sexo, os hábitos alimentares, o tipo de trabalho, os níveis de informação e educação”<sup>7</sup>. Ou seja, o dano ambiental pode projetar seus efeitos no tempo<sup>8</sup>, sem certeza e controle de seu grau de periculosidade, como “os danos anônimos (impossibilidade de conhecimento atual), os cumulativos, os invisíveis, o efeito estufa, a chuva ácida e muitos outros”<sup>9</sup>. Por isso, existindo múltiplas variáveis interdependentes, impossível limitar-se às avaliações de condutas isoladas – sem análise conjuntural – e de consequências de curto prazo dos atos praticados contra o meio ambiente, sob pena de gerar impactos futuros inesperados capazes de comprometer o futuro da humanidade.

Além disso, as necessidades socioeconômicas crescentes levam à maior exploração ambiental, tornando cada vez mais tênue o limite entre o aceitável e o dano socialmente intolerável.

De modo a intensificar a incerteza, levando a uma maior cobrança de atuação estatal para controlar as atividades, também há a insegurança subjetiva ou “sentida”<sup>10</sup>, muitas vezes motivada na área ambiental pela falta de conhecimento, que resulta na dificuldade de selecionar e integrar dentre as inúmeras informações disponíveis aquelas autênticas ou fidedignas que não vão comprometer o futuro da humanidade.

Diante deste contexto, modifica-se a percepção que se tem do meio ambiente e do modelo de produção adotado, de modo a permitir a continuidade do desenvolvimento social aliado à diminuição da degradação ambiental. Admite-se, com isso, a autolimitação do modelo industrial e do tipo de desenvolvimento por ele proporcionado, sendo imprescindível, apesar dos limites científicos de previsibilidade,

---

<sup>4</sup> Exemplos em: CARO CORIA, D. C. “Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo”, *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, ano 5, n. 9, 1999, p. 177-179.

<sup>5</sup> BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011, p. 66.

<sup>6</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Buenos Aires, 2006, p. 15-17.

<sup>7</sup> BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011, p. 31.

<sup>8</sup> “Toda ação individual gera múltiplas reações que podem se tornar palpáveis apenas no longo prazo” (RODRIGUES JR., E. B. “O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do Direito: origem histórica e conteúdo normativo”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 940, fev. 2014, p. 315).

<sup>9</sup> LEITE, J. R. M. “Sociedade de risco e Estado”. In.: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (org.). *Direito Constitucional Ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 159.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal*, cit., p. 20-22.

quantificação e determinação dos danos, redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação e consequências do dano<sup>11</sup>.

## **2. Perspectiva ambiental no Direito Internacional**

O primeiro tema marcante que denunciou a fragilidade do modelo de civilização industrial no âmbito internacional relaciona-se aos resultados da emissão dos gases responsáveis pelo efeito estufa na atmosfera, ao avanço dos desertos, ao desmatamento e ao empobrecimento genético do planeta. A fim de tentar trazer alguma luz ao tema, as Nações Unidas demonstraram preocupação com a temática, declarando 1970 como o ano de proteção da natureza, e organizaram dois anos depois a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, que redundou na realização de diversos informes<sup>12</sup>, conferências e regulamentações, acerca do tema, com o fim de apontar soluções aos problemas ambientais enfrentados mundialmente<sup>13</sup>.

Organismos internacionais buscaram proporcionar a conscientização ambiental e o comprometimento de todos os países com a causa, trazendo princípios gerais a orientar o processo de readaptação do modelo de desenvolvimento social e econômico para possibilitar a existência da vida digna da sociedade atual e das gerações futuras. Destacam-se, por muito influenciar o Direito Penal Ambiental, o princípio da soberania dos países para explorar seus próprios recursos, com a responsabilidade de assegurar que as atividades praticadas sob sua jurisdição ou controle não causarão danos ao meio ambiente de outros Estados ou áreas para além do limite da jurisdição nacional; e o princípio do desenvolvimento sustentável; o princípio da prevenção e o princípio da precaução<sup>14</sup>.

Com eles, agrega-se à ideia de desenvolvimento econômico as perspectivas humanas e de proteção ambiental, por entender que a qualidade do meio ambiente é resultante da relação do ser humano com o seu entorno, sendo que um influencia o outro mutuamente. Assim, extirpou-se o conceito de desenvolvimento a qualquer custo (selvagem) e a conservação pura e simples do meio ambiente<sup>15</sup>, para introduzir o desenvolvimento sustentável, que acrescenta à discussão a perspectiva das gerações futuras, cujos interesses passam a ser mais intensamente considerados na atuação do Estado.

Também abarcou o conceito de equidade intergeracional que pressupõe que, para haver justiça, a riqueza herdada pelas gerações precedentes não deve ser dissipada para a própria conveniência e prazer, mas passada adiante, na medida do possível, para as gerações futuras<sup>16</sup>. Assume-se um compromisso com a posteridade, em que cada geração se beneficia do patrimônio natural e cultural herdado das

---

<sup>11</sup> LEITE, J. R. M. "Sociedade de risco e Estado", cit., p. 158.

<sup>12</sup> LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 41.

<sup>13</sup> "Chegamos a um ponto na História em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para as consequências ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem-estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um meio ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humana [...] Defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade" (UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 1972. Disponível em: <<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>>. Acesso em: 01/11/2022).

<sup>14</sup> SANDS, P. *Principles of international environmental law*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 231-232.

<sup>15</sup> RODRIGUES JR., Edson Beas. "O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do Direito", cit., p. 316-317.

<sup>16</sup> KISS, A. "Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução". In.: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. (org.). *Princípio da precaução*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 11.

gerações precedentes, de tal forma que possa ser passado em circunstâncias, em tese, não piores que as recebidas, isto é, deve conservar e melhorar a qualidade e biodiversidade dentro do possível.

A fim de viabilizar tal promessa, os princípios da prevenção e da precaução estabelecem parâmetros quanto ao momento em que se deve dar a intervenção estatal. De acordo com o princípio da prevenção, presente na Declaração de Estocolmo de 1972, o Estado tem o dever de prevenir danos ao meio ambiente em seu território; isto é, deve agir de modo adiantado e, se possível, antes que tenha sido causado o dano<sup>17</sup>. Inverte-se, desta forma, o foco à prevenção ao invés da reparação de danos. Este princípio sugere a antecipação da intervenção do Estado para restringir determinadas atividades cuja periculosidade já foi constatada pela ciência ou evidência estatística<sup>18</sup>.

O princípio da precaução, por sua vez, proclama que, havendo "incerteza, por falta de provas científicas a respeito donexo causal entre uma atividade e um caso de degradação ambiental, decide-se em favor do meio ambiente"<sup>19</sup>, sob pena de causar danos sérios e irreversíveis. Ou seja, o Estado atua de forma mais ativa e antecipa ainda mais o momento de intervenção, adentrando no campo do cientificamente desconhecido, proibindo a prática de determinada atividade, para garantir os direitos das gerações futuras<sup>20</sup>, sob o argumento de estar fomentando a detecção antecipada dos riscos, a redução da carga ambiental em geral e a promoção limpa e inovadora<sup>21</sup>. Com isso, inverte-se o ônus da prova da inexistência de impactos negativos ao meio ambiente, de modo a incentivar o uso da melhor tecnologia<sup>22</sup>.

Tais princípios diferenciam-se quanto à avaliação do risco que ameaça o meio ambiente, sendo que na primeira hipótese se busca um respaldo científico e na segunda o risco elevado dispensa a certeza científica antes de se adotar uma ação corretiva.

Com a exigência da antecipação da atuação estatal, até mesmo em casos de ameaça não evidenciada cientificamente, depara-se com a complexa tarefa de incorporar tais princípios no ordenamento jurídico. A dificuldade de realização encontra-se na necessidade de realizar escolhas políticas envolvendo diversos interesses legítimos.

### 3. Estado e meio ambiente

Em meio a essa nova consciência ecológica, o Estado atua como gestor do controle de riscos, desempenhando papel fundamental na garantia da integridade do meio ambiente, não apenas por exercer função sancionadora, mas também educacional e reguladora. Para que o Estado defina os contornos da sua forma de atuação na tutela do meio ambiente, é necessário observar qual dos dois parâmetros éticos orientadores melhor se adapta à sua estrutura: o antropocentrismo e o ecocentrismo.

O antropocentrismo divide-se em: (i) economicentrismo, que reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica a serem usufruídos pelo ser humano; (ii)

---

<sup>17</sup> SANDS, P. *Principles of international environmental law*, cit., p. 246-247.

<sup>18</sup> BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato*, 3. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 50.

<sup>19</sup> FREITAS, G. P. de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 42.

<sup>20</sup> KISS, Alexandre. "Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução", cit., p. 3.

<sup>21</sup> PARDO BUENDÍA, M. De las medidas de corrección al principio de precaución del medioambiental. In.: CASES MÉNDEZ (ed.). *Catástrofes medioambientales: la reacción social y política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

<sup>22</sup> WOLFRUM, R. "O princípio da precaução". In.: VARELLA, M. D.; PLATIAU, A. F. B. (org.). *Princípio da precaução*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 18-21.

antropocentrismo tradicional, cuja preocupação única e exclusiva é o bem-estar do homem; e (iii) antropocentrismo alargado, que centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, prezando pelo interesse público e não na utilidade direta dos recursos naturais ao homem<sup>23</sup>.

O ecocentrismo<sup>24</sup> surge no século XX a partir da consciência da crise ecológica, e prega uma nova ordem valorativa, de preservação da natureza e de seus elementos independentemente de sua utilidade para o homem<sup>25</sup>. Busca desmistificar a ideia de que a razão conferiu ao ser humano posição de proeminência sobre a natureza, colocando-o como parte integrante do ambiente. Esta concepção pressupõe ser o meio ambiente um valor autônomo, sujeito de direitos e possuir dignidade própria, valendo-se de direitos fundamentais que podem ser opostos aos seres humanos<sup>26</sup>.

A depender das diretrizes adotadas pelo Estado, torna-se possível visualizar como os princípios ambientais internacionais poderão influir no ordenamento jurídico interno do país, bem como realizar a análise de legitimidade da intervenção realizada.

No Brasil, o modelo de organização do poder político no Brasil é o Estado Democrático de Direito, cuja legitimidade advém do reconhecimento social de que o poder estatal deve estar voltado à resolução de conflitos sociais, bem como submetido a limites jurídicos democráticos<sup>27</sup>. O valor fundante deste sistema social é a dignidade humana, caracterizada no reconhecimento da autodeterminação do ser humano, o que possibilita a consolidação de uma sociedade plural e democrática<sup>28</sup>.

Para que seja possível o livre desenvolvimento do ser humano em sociedade, torna-se a missão fundamental do Estado Democrático trabalhar com os conflitos de interesses existentes em matéria de direitos fundamentais, para a resolução de problemas sociais, tendo em vista que condicionam a vida dos cidadãos<sup>29</sup>.

Trata-se, portanto, de um Estado Democrático de Direito de cunho personalista. Neste sentido, consolidando os princípios que sustentam tal modelo de Estado, está consagrada na Constituição da República (artigo 225), em matéria ambiental, a diretriz antropocêntrica alargada, que considera o meio ambiente bem de uso comum do povo, de titularidade coletiva, porquanto essencial para a dignidade humana<sup>30</sup>.

Colocou-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao lado de outros interesses igualmente legítimos e fundamentais, como o desenvolvimento

---

<sup>23</sup> LEITE, J. R. M. "Sociedade de risco e Estado", cit., p. 163.

<sup>24</sup> Pensamento influenciado pela cultura do *Deep Ecology* ou ecologia profunda, que vê a natureza no ser humano, sendo que ambos compõem uma unidade, de modo que a destruição da natureza corresponderia à aniquilação do homem e das gerações que lhe sucedem (RIEGER, R. J. da C. *A posição de garantia no Direito Penal Ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 40-44). Desta forma, a integridade da biosfera deve ser protegida por si mesma, sem necessária menção aos possíveis benefícios aos seres humanos. Para além da ideia do *Deep Ecology*, Peter SINGER propõe o desenvolvimento de uma ética ambiental, que rejeita os ideais da sociedade materialista, em que se avalia o sucesso de uma pessoa pelo número de bens acumulados, trocando tal critério por outro em que se julga o sucesso em termos do desenvolvimento das habilidades desta pessoa e das reais conquistas de realização e satisfação. Sustenta o autor que "at least in a society where no one needs to destroy wilderness in order to obtain food for survival or materials for shelter from the elements, the value of preserving the remaining significant areas of wilderness greatly exceeds the economic values gained by its destruction" (SINGER, P. *Practical ethics*, 3. ed., Cambridge University Press, New York, 2011, p. 251-270).

<sup>25</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 24.

<sup>26</sup> LEITE, J. R. M. "Sociedade de risco e Estado", cit., p. 163.

<sup>27</sup> BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, Quartier Latin, São Paulo, 2014, p. 42.

<sup>28</sup> BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato*, cit., p. 132-133.

<sup>29</sup> BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 42.

<sup>30</sup> Art. 225, da CR. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



econômico, que antes era considerado protagonista. Diante das antinomias existentes entre estes direitos fundamentais, é função do Estado sopesar os interesses colidentes para possibilitar o desenvolvimento da pessoa, sem privá-la do desenvolvimento econômico e social, nem deixar de conservar e tentar aprimorar a condição do meio ambiente, também essencial à sua qualidade de vida<sup>31</sup>.

Na prática, o Estado pode atuar em momento anterior, durante ou posterior ao processo de causação de danos ambientais, utilizando de diferentes meios de tutela. A regulamentação pode se dar no: (i) âmbito civil, por meio da função social da propriedade e da responsabilização civil por danos ambientais; (ii) âmbito administrativo, com atuação preventiva (conformando, limitando e restringindo direitos) ou repressiva (atividade que toca ao Direito administrativo sancionador)<sup>32</sup>; e (iii) âmbito penal, com a persecução penal pela prática de crimes ambientais.

Como o meio ambiente condiciona a existência do indivíduo e a sua possibilidade de se desenvolver em sociedade, pode o Direito Penal atender às novas necessidades sociais de criminalização, desde que sempre respeitados os princípios orientadores e resguardadas as garantias conquistadas, a fim de não desvirtuar ou desnaturalizar as suas funções e o papel legítimo desempenhado pela pena<sup>33</sup>. Isto é, apenas como *ultima ratio*, tendo sido esgotadas todas as alternativas menos prejudiciais, para proteger os interesses sociais e, em última análise, dos interesses dos indivíduos que a compõem, em observância aos princípios da dignidade humana e da intervenção penal mínima<sup>34</sup>.

Tradicionalmente é função do Direito Administrativo proteger o meio ambiente, por meio de uma extensa regulamentação sustentada mediante atos de autorização, controle e inspeção, com o fim de zelar pelo cumprimento da normativa daquelas atividades que podem lesar a natureza e, em último lugar, por meio de um rigoroso regime sancionador para os casos de infração da legislação meio ambiental<sup>35</sup>.

Na lógica do Direito Penal clássico, compete ao Direito Penal intervir no momento posterior à contaminação e deterioração, visando à punição e reparação dos danos ambientais causados<sup>36</sup>. Porém, constata-se, diante dos riscos de catástrofes ambientais, sob orientação dos princípios da prevenção e da precaução, a necessidade de antecipar o momento de intervenção penal para incidir sobre ações perigosas.

Com esta modificação expansiva, torna-se mais complexo diferenciar teoricamente o Direito Penal do Direito Administrativo sancionador, pois acaba ocorrendo um afastamento da função penal repressiva e uma justaposição das funções preventivas, para proporcionar segurança<sup>37</sup>. E como no Direito Penal ambiental dificilmente encontra-se um ilícito penal que não vulnere também uma norma administrativa – pois, como regra geral, as condutas penalmente lesivas ao

---

<sup>31</sup> MATA BARRANCO, N. J. de la. *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 26-27.

<sup>32</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 161-173.

<sup>33</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad del riesgo'". In.: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al professor Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Colex, Madrid, 2006, p. 153.

<sup>34</sup> BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 43.

<sup>35</sup> SERRANO TÁRRAGA, M. D.; SERRANO MAÍLLO, A.; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. *Tutela penal ambiental*, 2 ed., Dykinson, Madrid, 2013, p. 104.

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. *Sistema Jurídico-Administrativo de protección del medio ambiente*, 3. ed., Ratio Legis, Salamanca, p. 25-26.

<sup>37</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B. "Sobre la 'administrativización' del Derecho Penal en la 'sociedad del riesgo'", cit., p. 138.

meio ambiente correspondem a uma infração administrativa análoga<sup>38</sup> –, acaba sendo necessária uma relação de complementaridade entre os dois ramos do Direito.

Desta forma, torna-se essencial compreender a relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, a sua diferenciação e os seus limites, para que os crimes ambientais não sejam caracterizados como mera desobediência administrativa.

#### **4. Ilícito ambiental penal e ilícito administrativo**

A regulamentação ambiental envolve conhecimentos técnicos específicos, que variam de acordo com a região espacial e levam em considerações os objetivos econômicos. Além disso, deve ser capaz de se flexibilizar para se adequar às novas técnicas, produtos e processos industriais. O tipo penal, por sua vez, não é apto para, por si só, abranger tamanha complexidade e detalhamento, motivo pelo qual o Direito Penal deve recorrer ao Direito Administrativo, em uma relação de assessoriedade administrativa<sup>39</sup>.

Esta assessoriedade revela a unidade do Direito, como uma ação coordenada entre os diferentes ramos para a melhor proteção do meio ambiente<sup>40</sup>. E isto somente se mostra possível quando diferenciados os ilícitos penais e os administrativos, determinando-se a função e a competência de cada um deles.

Inicialmente, foi possível identificar duas grandes correntes para a distinção entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: uma que defende ser uma diferença qualitativa e a outra que acredita ser quantitativa.

A linha doutrinária alemã, defendida por James Goldschmidt<sup>41</sup>, Erik Wolf<sup>42</sup> e Eberhard Schmidt<sup>43</sup>, pretendeu encontrar uma diferença ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo<sup>44</sup>, isto é, material ou qualitativa. Nessas tentativas, chegou-se a qualificar o ilícito administrativo como "Direito artificial", criado pela vontade do Estado, e o penal como "natural"; ou, ainda, reservar ao Direito Penal a proteção de bens jurídicos enquanto que ao Direito Administrativo competiria apenas

---

<sup>38</sup> HERRERA GUERRERO, M. Derecho Penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos en le Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución, *La Ley Penal*, n. 76, sección informe de jurisprudencia, nov./2010.

<sup>39</sup> De acordo com Helena Regina Lobo da Costa, a opção pela terminologia assessoriedade administrativa mostra-se mais adequada, porquanto mais neutra, apenas revelando que o Direito penal pode ser auxiliado pelo Direito administrativo, sem a conotação crítica de que o Direito penal seria mero acessório de outros ramos do Direito (COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 65-66).

<sup>40</sup> HERRERA GUERRERO, M. "Derecho Penal medioambiental y accesoriedad administrativa", cit.

<sup>41</sup> De acordo com Goldschmidt, há ilícito penal quando diante de um *damnum emergens*, que consiste no dano à "esfera de poder" de um outro portador de vontade (efetivo dano ao bem jurídico – dimensão material) e na lesão à vontade geral representada pela norma (dimensão formal). Já para a configuração do ilícito administrativo basta o não atendimento às exigências normativas de promoção de um valor despedido de um portador de vontade (*lucrum cessans*) (D'AVILA, F. R. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009, p. 84-85).

<sup>42</sup> Wolf busca uma diferenciação de valor e não conceitual entre os ilícitos administrativo e penal; este fere o mínimo ético e aquele se mostra uma conduta socialmente descuidada. Sustenta que as sanções administrativas são conceitual e ontologicamente da mesma natureza que as penais (GARCÍA ALBERO, R. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos". In.: MORALES PRATS, F.; QUINTERO OLIVARES, G. (coord.). *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, p. 330).

<sup>43</sup> Para SCHMIDT, o injusto penal refere-se ao bem jurídico e o injusto administrativo esgota-se no dever de desobediência do cidadão com a Administração (GARCÍA ALBERO, R. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo", cit., p. 330).

<sup>44</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; et al. *Curso de Derecho Penal: parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 14-15.

sancionar ilícitos formais, sem verdadeiros objetos de proteção, que punem meras infrações de dever ou desobediências<sup>45</sup> (interesses da Administração).

Entretanto, conforme nota Ramón García Albero, é possível que a esfera administrativa proteja valores éticos e também bens jurídico-penais (ainda que não seja sua finalidade primordial), não sendo este um critério seguro para fundamentar uma distinção<sup>46</sup>.

A renúncia às distinções qualitativas levou à defesa de uma diferenciação meramente quantitativa, segundo a qual aos ilícitos mais graves deveriam corresponder sanções mais graves – as penas privativas de liberdade – típicas do Direito Penal, e os ilícitos menos graves ficariam a cargo do Direito administrativo sancionador, em respeito ao princípio da proporcionalidade. Considera-se a sanção penal mais grave pela concorrência de três fatores: a importância dos bens jurídicos por ela afetadas, a maior importância da intervenção sobre eles e pelo efeito estigmatizante da sanção penal<sup>47</sup>.

Nesta linha, estar-se-ia a admitir que a graduação da gravidade do ilícito seria uma decisão político-criminal e a infração administrativa seria sempre uma bagatela, em relação à quantidade de injusto – o que não auxiliaria na discriminação do conteúdo penalmente relevante<sup>48</sup>.

As referidas teorias mostram-se insuficientes, incluindo-se as teorias mistas, que defendem uma distinção quantitativa nas classes de ilícitos e uma diferença qualitativa no tocante às consequências jurídicas aplicadas<sup>49</sup>. Isto porque, conforme crítica de Laura Zuñiga Rodríguez, a questão revela-se muito mais complexa que a distinção quantitativo/qualitativo, uma vez que a natureza da sanção depende da natureza do ilícito e não o contrário, então, a decisão não pode ser baseada apenas na consequência jurídica mais idônea para fazer frente a um determinado tipo de criminalidade. O que se deve questionar, nesta lógica, é a necessidade da intervenção penal para a tutela dos bens jurídicos em jogo e, somente na análise da eficácia é que se considera a sanção aplicável. De acordo com a autora, no final, sempre se resume a uma questão de política criminal, que deve tender ao instrumento mais idôneo para a prevenção da conduta que se quer evitar, considerando os princípios gerais de subsidiariedade e proporcionalidade da intervenção, bem como sopesando as garantias, os princípios de imputação para declarar a responsabilidade, a especialidade e a complexidade da matéria, o fim preventivo, o tipo de sanção aplicável aos autores, entre outros<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> GIL GIL, A. "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo". In.: LACRUZ LÓPEZ, J. M.; MELENDO PARDOS, M. (coord.). *Tutela penal de las administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 66.

<sup>46</sup> GARCÍA ALBERO, R. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo", cit., p. 333-334.

<sup>47</sup> Nesta concepção, a sanção penal por excelência é a privação da liberdade, que está vedada à Administração. Já a multa é uma sanção comum na esfera administrativa e penal, ainda que haja diferença nas quantias. O montante da multa administrativa pode ser superior à penal, mas a multa penal tem consigo um efeito sociológico que faz ser mais negativa que a administrativa, ao impor um processo penal, com efeito socialmente negativo que tem para todos os implicados (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.; et al. *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 15-16). Cita-se como defensores dessa linha doutrinária José Cerezo Mir, segundo o qual entre "las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas" (CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, 6. Ed, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 56); e Antonio Mateos Rodríguez-Arias (RODRÍGUEZ-ARIAS, A. M. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992, p. 115-118).

<sup>48</sup> GARCÍA ALBERO, R. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo", cit., p. 348-349.

<sup>49</sup> GARCÍA ALBERO, R. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo", cit., p. 357.

<sup>50</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. ¿Hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del Derecho Administrativo Sancionador? In.: ARROYO ZAPATERO, L.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dir.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, V. I*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1427-1428.

Em que pese o posicionamento da autora, parece mais correto realizar a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo, não pela idoneidade do instrumento para atingir um fim simplesmente, mas sim pela finalidade perseguida por cada ramo (critério teleológico). Neste sentido, Jesús-María Silva Sánchez diferencia o Direito Penal do Direito Administrativo sancionador, pois o primeiro visa à proteção de bens concretos, em casos concretos, e segue critérios de ofensividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio, enquanto que o segundo visa, de modo geral, à ordenação de setores de atividades, reforçando mediante sanções um determinado modelo de gestão setorial, podendo pautar-se por critérios de oportunidade; desta forma, importa a este a ofensividade global derivada da repetição e acumulação de determinadas condutas<sup>51</sup>, não sendo necessária a demonstração individualmente da ofensividade social da conduta (injusto material).

Dessa forma, na esfera ambiental, o Direito Administrativo sancionador pode proibir a prática de uma determinada conduta, aplicando-lhe sanção correspondente, para desestimular a sua repetição e reforçar a vigência da norma, sem a necessidade de demonstrar a presença de um bem jurídico ou de uma ofensividade, ainda que potencial. Já o Direito Penal, para a aplicação de sua sanção de forma legítima, deve contar com a presença do bem jurídico ambiental (finalidade), bem como estar em consonância com os seus princípios regentes, como a intervenção mínima, a ofensividade e a proporcionalidade.

A maior parte dos ilícitos ambientais administrativos não encontra o substrato material do bem jurídico, refletindo meras desobediências a normas de organização e controle. Entretanto, é bastante provável que bens jurídicos ambientais, com dignidade penal, sejam tuteláveis por ambos os ramos do Direito. Apenas nestas hipóteses subsidiárias é que se recai em uma decisão político-criminal, em que se deve analisar o critério quantitativo, bem como os princípios penais fundamentais, como o da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade<sup>52</sup>.

Caso se decida pela tutela por meio do Direito Administrativo sancionador, ainda que presente o bem jurídico-penal, este ocupa papel secundário, sendo o elemento central a desobediência à ordem efetuada pela Administração<sup>53</sup>. Já no caso da proteção penal, torna-se subsidiária a proteção da validade da norma, dando ênfase ao substrato material do delito ambiental.

Vê-se, portanto, que o primeiro passo para a verificação da legitimidade da intervenção penal é a identificação da existência de um bem jurídico ambiental tutelável, que deve ser delineado para possibilitar o prosseguimento da investigação.

## **5. Bem jurídico-penal e meio ambiente**

No ordenamento jurídico brasileiro, é a partir do bem jurídico meio ambiente que se torna possível aferir os contornos de legitimidade da atuação estatal na esfera penal ambiental e diferenciá-la da mera proteção de funções da Administração.

---

<sup>51</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. *La expansión del Derecho Penal*, cit., p. 136-137.

<sup>52</sup> BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 245-246.

<sup>53</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Viejo y nuevo Derecho Penal*, cit., p. 221.

A noção de bem jurídico, ainda que possua diversas variações conceituais<sup>54</sup>, pode ser sintetizada como interesses<sup>55</sup>, bens<sup>56</sup> ou valores<sup>57</sup> fundamentais e indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo em sociedade. Para identificá-los, são necessários alguns parâmetros de concreção do conteúdo material do bem jurídico, como a vinculação da intervenção penal aos ataques contra os direitos fundamentais da pessoa, por meio do atrelamento ao texto constitucional, bem como à necessidade (ou não) de referência aos interesses do indivíduo.

Em um sentido amplo, afirma-se que o bem jurídico tutelado nos delitos ambientais é o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme consta no texto constitucional brasileiro. Isto significa, em linhas gerais, "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado de vida em todas as suas formas"<sup>58</sup>, segundo conceito apresentado por José Afonso da Silva. Porém, tal concepção necessita ser melhor delimitada.

O bem jurídico-penal meio ambiente encontra assento constitucional<sup>59</sup>, como direito social fundamental da pessoa humana de titularidade coletiva, essencial à

---

<sup>54</sup> Claus Roxin define o bem jurídico como realidades (reconhecidos pelo Direito) ou fins (criados pelo Direito) que são necessários para uma vida social livre e segura, que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim (ROXIN, C. "Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?" In.: HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 448).

<sup>55</sup> Para Winfried Hassemer, os "bens jurídicos são interesses humanos que carecem de proteção penal" (HASSEMER, W. "Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico". In.: GRECO, Luís; TORTIMA, F. L. (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 21). No mesmo sentido, BECHARA também entende que o bem jurídico é um interesse, pois assume na esfera jurídica: o sentido objetivo de uma situação idônea ou favorável para a satisfação de uma necessidade humana; o sentido subjetivo referente à condição psicológica do sujeito que pretende a manutenção de uma determinada situação suscetível de satisfazer uma necessidade pessoal; e o juízo de valoração realizado por um sujeito sobre a utilidade ou aptidão de um objeto ou bem para a satisfação de uma necessidade (BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 141).

<sup>56</sup> Hans-Heinrich Jescheck leciona que bens jurídico-penais são "bens vitais [...] indispensáveis para a convivência humana em comunidade e devem ser protegidos, consequentemente, pelo poder coativo do Estado através de uma pena pública" (JESCHECK, H. H. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, 4. ed., Comares Editorial, Granada, 1993, p. 6).

<sup>57</sup> Para Juarez Tavares, bem jurídico é um valor elementar à própria condição do sujeito e de sua projeção social, que visa à proteção da pessoa humana. Tratando-o como valor, cumpre a função de proteção, não dele próprio, mas da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica (TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*, 2. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 198-199).

<sup>58</sup> SILVA, J. A. da. *Direito Ambiental Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 1994, p. 2.

<sup>59</sup> Não se extrai da Constituição uma imposição de intervenção penal ou um mandado de criminalização. Embora se conheça posições diferentes, como a de Jorge de Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, J. de. *Direito Penal: parte geral, tomo I*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 129-130), entende-se que, independentemente da existência de previsão legal expressa ou implícita, em ambos os casos, compete ao legislador ordinário, em observância ao princípio da legalidade, verificar a necessidade da pena, dispondo de ampla margem de decisão acerca da criminalização ou não de determinada conduta, bem como da forma pela qual isto será feita. A Constituição não pode, como ressalta Juan Bustos Ramírez, fechar o sistema de modo a impedir a exclusão de objetos de proteção que já não se sustentam democraticamente como tais, sob pena de se converter em um cerco para a progressiva democratização da intervenção punitiva do Estado, concebível apenas dentro de uma concepção meramente formal e piramidal de Direito, em que a participação cidadã não tem espaço – o que não é compatível com a concepção material de bem jurídico (BUSTOS RAMÍREZ, J. "Los bienes jurídicos colectivos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, Jun. 1986, p. 156). Alinha-se com a postura de Winfried Hassemer, segundo o qual a Constituição possui função diversa da imposição de interesses a serem tutelados

qualidade de vida de todos<sup>60</sup>. Isso não significa que todos os delitos ambientais possuam desde logo amparo constitucional para o reconhecimento da legitimidade da intervenção penal. Para cada delito ambiental criado, é necessário verificar concretamente a existência desta dupla fundamentação social e constitucional<sup>61</sup>.

No início dos estudos acerca da intervenção penal na esfera ambiental, diante das dificuldades de concretização da proteção penal do meio ambiente, o Projeto Alternativo de Código Penal alemão realizou a tutela do meio ambiente por meio da criação de delitos contra a pessoa, em que os objetos de proteção eram a vida, a saúde ou a integridade física do ser humano, como bens jurídicos clássicos de caráter individual, causados pelos perigos provenientes da deterioração ambiental<sup>62</sup>. Porém, com tal técnica, apenas se deslocou o problema da legitimidade para o âmbito da estrutura do delito, passando “a considerar as condutas atentatórias ao meio ambiente como criminalizações antecipadas de lesões a bens jurídicos individuais”<sup>63</sup>, segundo Helena Regina Lobo da Costa. Tal noção reducionista buscou tão somente evitar a discussão referente ao reconhecimento de novos interesses coletivos merecedores de tutela penal, proporcionando proteção insuficiente do meio ambiente.

Trata-se, em realidade, de um bem jurídico coletivo, sendo possível identificar duas grandes linhas doutrinárias acerca da intervenção penal na esfera ambiental, desenvolvidas a partir dos dilemas éticos orientadores da atuação estatal na proteção do meio ambiente.

A perspectiva antropocêntrica de tutela penal ambiental não considera o meio ambiente como um fim em si mesmo, pois exige um referencial na pessoa humana a possibilitar a intervenção. De acordo com Juarez Tavares, para ser compreendido como bem jurídico-penal, deve “o meio ambiente (solo, água, ar e seus demais elementos naturais) ser entendido como bem essencial da pessoa humana e sua relação com outras pessoas e com a natureza”<sup>64</sup>. Não é um bem por si só, como interesse exclusivo do Estado e de seu poder de controle.

Apesar de perceber o meio ambiente como bem jurídico coletivo, para Silva Sánchez a exigência de referência ao indivíduo diz respeito à antecipação do momento de intervenção penal para a proteção dos bens jurídicos individuais, motivo pelo qual se exige uma periculosidade apreciável na própria conduta à vida ou à saúde das pessoas, ainda que este perigo não necessite ser grave ou constatado positivamente. Com isso, defende o autor não ter a pretensão de tornar os bens jurídicos coletivos em delitos contra a vida ou a saúde das pessoas, mas sim de: (i) neutralizar a tendência de incriminação de condutas que afetam um determinado ecossistema tão logo após a superação das barreiras administrativas, ainda que em nada repercuta o comportamento concreto em termos prejudiciais a vida dos homens

---

penalmente, qual seja a de eliminação do Código Penal de toda ameaça penal que não pode ser referida à lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, como uma barreira às ingerências do Direito Penal (HASSEMER, W. “Bienes jurídicos en el Derecho Penal. In.: BAIGÚN, D.; et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 68). Assim, a Constituição constitui parâmetro negativo de incriminações, impedindo que se utilize do Direito Penal para a tutela de interesses que não encontram amparo em seu texto.

<sup>60</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 27.

<sup>61</sup> Por exemplo, a emissão excessiva de gases poluentes na atmosfera, em uma determinada área, que pode afetar a capacidade respiratória de toda uma comunidade, encontra respaldo no consenso social e na Constituição, sendo apta a ser tutelada penalmente, desde que atendidos os demais requisitos. Em outros casos, entretanto, é possível que não sejam identificados ambos os fundamentos, sendo ilegítima a aplicação de uma sanção penal pelo Estado.

<sup>62</sup> Neste sentido: CUESTA AGUADO, P. M. de la. “La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado”, *Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, n. 1, v. 1, 2001, p. 107; e MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 70-71.

<sup>63</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 27.

<sup>64</sup> TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*, cit., p. 217-218.

vivos; (ii) excluir os casos de condutas em si inofensivas, mas que, quando potencializadas, podem provocar uma afetação prejudicial às condições de vida das pessoas; (iii) evitar a intervenção baseada exclusivamente na tutela das gerações futuras<sup>65</sup>.

Ainda que o propósito do autor seja idôneo, sendo, de fato, necessário limitar o âmbito de intervenção penal nestes casos, o bem jurídico coletivo não deve operar como mera antecipação do momento de intervenção penal para tutela do bem jurídico individual, pois não se trata de um mero somatório de interesses individuais, mas sim resultado de uma ponderação entre os interesses individuais contrapostos.

Por isso, não se utiliza do bem jurídico ambiental como intermédio da proteção dos bens jurídicos individuais, exigindo-se somente um referencial individual. Desta forma, mantém-se a higidez da teoria crítica do bem jurídico, respeitando os ditames constitucionais, sem ignorar o aspecto social do ser humano ou as suas necessidades a longo prazo<sup>66</sup>.

Já a perspectiva ecocêntrica da tutela penal ambiental encontra seu fundamento ético-filosófico no ecocentrismo e pode ser concebida de forma absoluta ou moderada.

Pela primeira, o meio ambiente deve ser compreendido como um fim em si mesmo, estando justificada a sua tutela penal independentemente de qualquer relação com o ser humano e suas necessidades. Protege-se a natureza por si mesma, ainda que não possua relação com as condições de desenvolvimento, existência e necessidades dos seres humanos. Desta forma, o meio ambiente é o próprio titular exclusivo de determinados bens jurídicos ecológicos, como a limpeza ou a saúde da água, do ar ou do solo, a vida dos animais, entre outros<sup>67</sup>. Porém, diante da própria noção de Direito, que é produzido e aplicado pelo ser humano com a finalidade de regular condutas humanas, seria, segundo Costa, um contrassenso “tentar fundar o direito em uma ética que não tem como valor central o ser humano”<sup>68</sup>. Ainda, esta visão acaba contrapondo os elementos do meio ambiente à pessoa, deixando de capturar a complexidade dessa relação.

Pela segunda perspectiva, denominada ecológica-antropocêntrica ou antropocêntrica relacional (“antroporrelacional”), o ser humano é responsável pelo meio ambiente, pela relação que possui com a natureza e com as gerações futuras<sup>69</sup>. Neste sentido, justifica-se a tutela penal quando colocado em risco o equilíbrio deste ecossistema, sob o argumento genérico de que a preservação da natureza é condição para a realização da dignidade da pessoa humana.

Seguindo esse raciocínio, o bem protegido deve ser analisado em dois momentos: o primeiro vinculado ao antropocentrismo, em que se identifica o interesse a longo prazo da coletividade na conservação da natureza como fundamento da vida; e o segundo vinculado ao ecocentrismo, em que se verifica se está diante de um espaço de vida digno de proteção, para animais e plantas<sup>70</sup>. Desta

---

<sup>65</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente”. In.: GÓMEZ COLOMER, J. L.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, p. 158-159.

<sup>66</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 27-28.

<sup>67</sup> SOUZA, P. V. S. de. “O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais”. In.: D’AVILA, F. R.; SOUZA, P. V. S. de (Coords.). *Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 271-272.

<sup>68</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 24-26.

<sup>69</sup> SOUZA, P. V. S. de. “O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais”, cit., p. 272-273.

<sup>70</sup> Albin Eser sustenta a possibilidade de tutela penal dos “saberes de sobrevivência”, presentes em cada classe de planta ou animal que contém material hereditário, para conservar a variedade de espécies e as bases naturais da vida para as gerações futuras. Acrescenta que, aqueles que não considerarem este argumento suficientemente forte podem encontrar a

forma, torna-se possível o reconhecimento da tutela penal do meio ambiente sem referência direta ao homem, relacionando-se indiretamente no que toca à responsabilidade do ser humano para com a natureza e com as gerações futuras<sup>71</sup>.

No Direito alemão, Bernd Schünemann é um grande defensor desta linha de pensamento. Observando-se um cenário de exploração indiscriminada e exaustiva dos recursos naturais, afirma que parece ser da essência do Direito proteger a conservação das bases de subsistência da humanidade com os meios mais enérgicos possíveis: o Direito Penal. O autor acredita, inclusive, que esses princípios de ordem natural se encontram em posição hierárquica superior às normas positivas da Constituição escrita<sup>72</sup>. Dessa forma, a função mais importante da política criminal moderna é outorgar à proteção do meio ambiente uma posição central na ordem de importância de bens jurídicos. Neste sentido, tendo em vista que toda vida humana individual depende do aproveitamento do meio ambiente, deve-se visualizar como interessados na sua proteção tanto as gerações vivas quanto as futuras, retirando-se desse conflito de interesses o limite concreto entre o aproveitamento e a conservação ambiental ou entre o consumo e a contemplação. Com o déficit de representação hoje dos interesses das gerações futuras, mostrar-se-ia justificada a proteção penal dos bens ecológicos propriamente ditos, sendo equivocado e disfuncional exigir lesão ou colocação em perigo dos indivíduos presentes.

Para o mencionado doutrinador, a redução do campo de estudo ao marco das pessoas vivas diretamente afetadas demonstra uma profunda má compreensão dos bens ecológicos e que, no melhor dos casos, somente se dispõe a dar soluções parciais para descrever de modo pragmático os insuportáveis danos produzidos ao meio ambiente. Neste sentido, o autor afirma que o Direito penal representa o máximo ético, pois possui força formadora de costumes (efeito preventivo geral de integração), devendo atuar na reestruturação ecológica da sociedade industrial. Conclui seu raciocínio com a seguinte reflexão: onde seria mais necessário o Direito penal do que na proteção do meio ambiente e, com ele, a proteção das condições para que todos os demais bens jurídicos possam sobreviver e prosperar?<sup>73</sup>

Dino Carlos Caro Coria, espelhando-se na concepção de meio ambiente de Enrique Bacigalupo, defende que os bens jurídicos ambientais se relacionam com a vida humana na medida em que esta interage com o sistema ecológico. Nesta visão, o Direito penal ambiental teria como objetivo a manutenção do sistema ecológico, que compreende o solo, o ar e a água, a fauna e a flora, bem como as condições ambientais de desenvolvimento destas espécies, para que não sofram alterações prejudiciais<sup>74</sup>.

No Direito brasileiro, Luiz Régis Prado afirma que o bem jurídico ambiental é dotado de autonomia sistemática em relação aos bens jurídicos individuais, mas se vincula de modo indireto a estes quando se valora no "contexto ambiental o conjunto de condições ecológicas que interessam à convivência humana, na medida em que entram em relação com o homem, abrangendo os fundamentos naturais da vida

---

referência ao ser humano na qualidade de vida (ESER, A. "La evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX". In.: NIETO MARTÍN, A. (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*, V. I, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 273).

<sup>71</sup> RIEGER, R. J. da C. *A posição de garantia no Direito Penal Ambiental*, cit., p. 44-46.

<sup>72</sup> Segundo o autor, a Constituição alemã representa um retrocesso ecológico na proteção penal do meio ambiente, por conservar uma aliança impiedosa de ignorância e afã de lucro, protegendo mais garantias individuais, as insensatezes do indivíduo mais imoral, que as condições de superveniência da humanidade, que ocupam lugar secundário no texto constitucional (SCHÜNEMANN, B. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal de medio ambiente". In.: *Obras, tomo II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 317).

<sup>73</sup> SCHÜNEMANN, B. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal de medio ambiente", cit., p. 334-335.

<sup>74</sup> CARO CORIA, D. C. "Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente", *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 1, n. 1, set.-dez./2000, p. 282-283.



humana em sua globalidade”<sup>75</sup>. Embora aparente exigir um referencial individual, este critério, na visão do pensador, é identificado tão somente enquanto aspecto animal e social do ser humano que se relaciona com o equilíbrio com a fauna e a flora, dispensando, desta forma, a existência de reflexos da conduta ao desenvolvimento humano<sup>76</sup>.

Por fim, com a pretensão de prover a chancela constitucional à perspectiva ecocêntrica moderada, Guilherme Guimarães Feliciano defende que esta concepção estaria acolhida na Constituição brasileira, pois percebe “o homem e a natureza [...] como dois mundos que convivem em uma simbiose de dependência e complementaridade”<sup>77</sup>, cabendo ao homem social garantir a condição para a sobrevivência e a dignidade humana. E o referencial individual estaria calcado nesta responsabilidade de não colocação em risco da humanidade presente ou futura, sem a necessidade de especificação do indivíduo, do tempo ou do espaço.

Desde logo, é possível afirmar que a perspectiva ecocêntrica absoluta não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, pois o meio ambiente não pode ser tido como um valor absoluto. Até mesmo o princípio do desenvolvimento sustentável, orientador do Direito Ambiental, reconhece a existência de outros interesses igualmente importantes, como o desenvolvimento social e econômico<sup>78</sup>. Por isso, o meio ambiente não pode ser visto como um fim em si mesmo, com dignidade penal, o que resultaria num radicalismo incompatível com toda a orientação legislativa acerca do tema (e não apenas na esfera criminal). Além disso, o modelo de organização do poder político consagrado socialmente e no texto constitucional é de cunho personalista, considerando o meio ambiente um bem de titularidade coletiva. Desta forma, a tutela penal do meio ambiente, como um valor em si, não se mostra adequada.

A percepção ecológica-antropocêntrica também compartilha dos resultados decorrentes do desfazimento da necessidade de encontrar no substrato material do delito a referência ao sujeito<sup>79</sup>. Ao identificar o referente individual na responsabilidade do ser humano para com o meio ambiente, passa-se a usar o Direito Penal com fins pedagógicos, promocionais, de transformação social. Resulta em uma mudança do paradigma da tutela dos bens jurídicos – referidos em última instância a indivíduos –, abrangendo o espectro de proteção à manutenção de funções. Assim, a teoria do bem jurídico perde todo o seu potencial crítico.

Ademais, a adoção de uma perspectiva ecocêntrica não exclui da esfera de intervenção penal os casos em que apenas o somatório de uma série de comportamentos possa provocar a afetação prejudicial das condições de vida das

---

<sup>75</sup> O autor utiliza-se de uma concepção dualista do bem jurídico, partindo da noção de que a teoria antropocêntrica absoluta somente permite a proteção do ambiente por meio de outros bens jurídicos individuais, de modo transversal ou por interposição. Isto é, o ambiente sequer pode ser considerado um bem jurídico-penal.

<sup>76</sup> PRADO, L. R. “Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal”, *Revista de Direito Ambiental*, v. 50, abr./2008, p. 133.

<sup>77</sup> FELICIANO, G. G. *Teoria da imputação objetiva no Direito Penal ambiental brasileiro*, LTr, São Paulo, 2005, p. 276.

<sup>78</sup> De acordo com Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, as normas penais em matéria ambiental não proíbem simplesmente comportamentos idôneos para corromper o ar e a água, mas sim estão dirigidas a compatibilizar o direito à pureza dos elementos naturais e os interesses da produção industrial e agrícola (FIANDACA, G.; MUSCO, E. *Derecho Penal: parte general*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2006, p. 44).

<sup>79</sup> Como consequência da adoção da perspectiva ecocêntrica, ao não se exigir uma referência às finalidades humanas, a contaminação de elementos naturais, por si só, poderia ser considerada um delito de lesão, pois influenciou seu grau de pureza. Todavia, entende Klaus TIEDEMANN que é justamente a referência ao indivíduo que confere autonomia ao Direito penal em relação ao Direito Administrativo, quando o grau de afetação do recurso ambiental é delimitado por meio da assessoriedade administrativa (TIEDEMANN, K. “Théorie et réforme du Droit Pénal de l’environnement: étude de droit comparé”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, abr./jun. 1986, p. 268-273).

peças, como os delitos de acumulação, pela carência de critérios materiais praticáveis para delimitar os riscos tipicamente relevantes e irrelevantes em matéria ambiental<sup>80</sup>.

A perspectiva antropocêntrica, por sua vez, é criticada por ser “insuficiente” aos problemas que surgem. Caro Coria diz que, ao exigir a lesão ou colocação em perigo de interesses individuais, seria ineficaz na sua função de prevenção, pela impossibilidade de demonstração causal concreta (base mínima para a imputação objetiva do resultado). Cita como exemplo o derramamento de petróleo no mar ou o despejo de resíduos tóxicos em um rio, em que há evidente danosidade social com a prática de tal conduta, mas não há um prejuízo individual verificável, saindo impunes os autores. Desta forma, se o Direito Penal atuasse apenas neste momento, a pena cumpriria função meramente retributiva<sup>81</sup>.

Porém, a tutela do meio ambiente como bem jurídico coletivo não significa aguardar a ocorrência de um crime de perigo contra um bem jurídico individual. A afetação ao interesse da pessoa humana exigida pode se dar em maior ou menor grau, não havendo necessidade de esperar a ocorrência da lesão a um bem jurídico individual, sendo legítima a intervenção penal em caso de colocação em perigo de um bem jurídico coletivo tutelado com referencial no indivíduo. Caso não seja possível encontrar uma referência à pessoa humana, não haveria um bem jurídico ambiental a ser tutelado<sup>82</sup>; porém, embora não possua dignidade penal, a conduta não seria considerada lícita, pois muito provavelmente consistiria em um ilícito de ordem administrativa ou civil.

Desta feita, a perspectiva antropocêntrica, dentro dos parâmetros delineados, mostra-se a única forma adequada de tutela penal do meio ambiente ao sistema social vigente.

Uma questão que surge especialmente na perspectiva ecológica-antropocêntrica, mas também se encontra presente na vertente antropocêntrica, é a possibilidade ou não da tutela penal de interesses das gerações futuras, pelo princípio da solidariedade intergeracional<sup>83</sup>. Ao se pensar no meio ambiente da sociedade pós-industrial, da forma como se vivenciam os riscos, impossível não relacionar a sua proteção à salvaguarda das gerações futuras. A existência de uma constante degradação ambiental tem gerado uma perda de confiança no futuro, cobrando-se do Direito Ambiental a garantia efetiva deste futuro. Neste contexto, a delimitação do papel do Direito Penal ambiental mostra-se necessária.

De acordo com a perspectiva ecocêntrica moderada, as futuras gerações são reconhecidas como detentoras de direitos, pois fazem parte da humanidade, a qual, em sua totalidade (membros atuais e futuros), seria sujeito de direito e portadora potencial de direitos e deveres. Além disso, impõe às gerações atuais a responsabilidade de zelar pelas condições de autodeterminação das pessoas do futuro, sob ameaça de imposição de sanção criminal.

---

<sup>80</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente”, cit., p. 158-159.

<sup>81</sup> CARO CORIA, D. C. “Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente”, cit., p. 271.

<sup>82</sup> Claus Roxin defende que, no caso do meio ambiente, é possível, excepcionalmente, tutelar penalmente certas espécies de animal ou planta, mesmo sem referência a necessidades humanas, “apenas com base na finalidade de preservar a natureza por ela mesma”, pois o ser humano é o senhor da criação, o único ser vivo que pode assegurá-la e destruí-la, sendo, por isso, responsável pela conservação da diversidade da natureza. Afirma que a Constituição, ao prever a proteção estatal dos animais, está permitindo a “ampliação” do conceito pessoal de bem jurídico, conferindo discricionariedade para valorar a necessidade ou não de punição (ROXIN, C. “Sobre o recente debate em torno do bem jurídico”. In.: GRECO, L.; TÓRTIMA, F. L. (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 207-209). Salienta-se, todavia, que admitir exceções à exigência de um referencial individual retira todo o potencial crítico da teoria do bem jurídico.

<sup>83</sup> HASSEMER, W. “A preservação do ambiente através do Direito Penal”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-38, abr./jun, 1998, p. 29.

Adotando-se a perspectiva antropocêntrica, compatível com a teoria pessoal do bem jurídico, torna-se mais complexa a proteção penal das gerações futuras. A fim de elucidar tal problemática, são necessárias duas considerações acerca da sua concretização.

A primeira delas diz respeito ao fato de a solidariedade intergeracional, apesar de ser “emotivamente sugestiva”, não conseguir ultrapassar o limiar da obrigação moral, em virtude de obstáculos práticos (de representatividade), jurídicos (de imputação de responsabilidade), científicos e sociais, conforme lição de Carla Amado Gomes<sup>84</sup>. A conotação ético-ecológica que envolve a proteção das gerações futuras poderia ser sustentada em outros ramos do ordenamento jurídico<sup>85</sup>, todavia, entendendo-se que não compete ao Direito Penal a proteção de valores ético-morais, não seria legítima a atuação estatal nesta senda<sup>86</sup>.

A segunda consideração refere-se à busca no Direito Penal das soluções dos riscos globais ou problemas de subsistência, como meio de educar e propagar a consciência ambiental na sociedade atual. Ao assim fazê-lo, estar-se-ia atribuindo à intervenção penal objetivos irreais, como instrumento político de transformação social<sup>87</sup>, tarefa esta que não seria completada pelo fato de o Direito penal constituir resposta ineficaz, contraproducente e simbólica<sup>88</sup>, sobretudo porque, pelo ideal de *ultima ratio*, competiria a ele tutelar interesses atuais e reais.

Para que seja possível abranger esta tutela no Direito Penal, Claus Roxin sugere a superação do princípio personalista da proteção de bens jurídicos ao tratar da base vital das gerações futuras<sup>89</sup>, seguindo o raciocínio proposto por Schünemann. Acredita o autor ser constitucionalmente obrigatório estender a proteção de bens

---

<sup>84</sup> GOMES, C. A. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 162.

<sup>85</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. “Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales”, *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, n. 11, dic. 2014. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/237803>>. Acesso em 03/11/2022.

<sup>86</sup> Não compete ao Direito Penal consagrar hierarquias axiológicas ou a decisão de controvérsias éticas, por exprimir limitação ao livre desenvolvimento da personalidade, de modo contrário ao conteúdo material do Estado que, por seu caráter democrático, deve assegurar a viabilidade e compatibilidade das diversas ordens éticas (BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 311).

<sup>87</sup> BECHARA, A. E. L. S. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 43.

<sup>88</sup> PÉREZ CEPEDA, A. I. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, p. 372.

<sup>89</sup> Jorge de Figueiredo Dias também sustenta que a concepção tradicional de bem jurídico é incompatível com a tutela penal das gerações futuras, pois, a partir desta noção, afasta-se do Direito penal de resultado para se tornar um Direito penal do comportamento, em que não se consegue aferir a ofensividade da conduta pela ausência de referência a bens jurídicos concretos (FIGUEIREDO DIAS, J. de. *Direito Penal*, cit., p. 140-141). Porém, ao invés de sugerir um alargamento excepcional do conceito pessoal de bem jurídico, defende o abandono da concepção tradicional, devendo-se proteger os bens jurídicos ecológicos como tais, dispensando qualquer relação antropológica (FIGUEIREDO DIAS, J. de. “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português”. In.: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Studia Iuridica, Coimbra, v. 81, Colloquia 13, Coimbra Editora, 2005). Desta forma, torna-se possível a tutela penal das gerações futuras, para contribuir modestamente na ordenação e defesa social, para que os riscos globais se mantenham dentro de limites suportáveis e não ponham em causa os fundamentos naturais da vida (FIGUEIREDO DIAS, J. de. “O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, 2003, p. 1128). Mirentxu Corcoy Bidasolo, por sua vez, defende a necessidade de superação da teoria pessoal de bem jurídico, indo além do pensamento antropocêntrico, para assegurar o futuro por meio do Direito penal. Propõe que, neste caso, se proteja jurídico-penalmente normas de condutas referidas ao futuro sem referência a interesses individuais, para servir os interesses predominantes da atual sociedade (CORCOY BIDASOLO, M. “Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal”. In.: MIR PUIG, S. (dir.). *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 373-374).

jurídicos às gerações futuras, não havendo na definição de bem jurídico uma limitação conceitual à geração atualmente viva, devendo-se ampliar tal ideia. Afirmar, ainda, que, embora não exista lesão direta às condições de vida das pessoas hoje vivas, a proteção das gerações futuras guarda relação estreita com seus interesses e necessidades<sup>90</sup>.

Todavia, admitir esta ampla configuração do conceito de bem jurídico equivaleria, nas palavras de Blanca Mendoza Buergo, ao abandono da teoria, pois faz com que perca todo o seu potencial crítico. Ressalta que é justamente nestes momentos de mudança que se mostra mais importante a utilização do conceito do bem jurídico, cujas funções são a racionalização e a limitação da intervenção penal, não apenas pelas razões básicas derivadas do Estado de Direito, mas também para determinar a análise do conteúdo do injusto das condutas sua proximidade ou afastamento em relação à lesão do bem jurídico<sup>91</sup>.

Ademais, convém ressaltar que a teoria pessoal do bem jurídico não é plenamente incompatível com a tutela penal das gerações futuras. José de Faria Costa, apesar de reconhecer a dificuldade em se tutelar penalmente as gerações futuras, apresenta conceito interessante para trabalhar com a hipótese: o “presente aberto”. Por meio desta categoria, seria admissível a tutela penal das gerações mais próximas quando fundamentada no presente<sup>92</sup>, isto é, nos elementos da realidade contemporânea que evidenciam os problemas do quotidiano. Neste raciocínio, o foco do Direito Penal continuaria no presente e apenas indiretamente no futuro<sup>93</sup>.

Também de modo a admitir com parcimônia a tutela penal da dimensão futura do ser humano, Helena Regina Lobo da Costa diz ser possível desde que não perca o referente individual, ressaltando que, “quanto maior for a distância com a pessoa concreta, tanto menor será sua legitimação como bem jurídico-penal”<sup>94</sup>.

Pelas ressalvas expostas, mostra-se extremamente complexa a atribuição de responsabilidade penal ao agente que pratica uma conduta na atualidade, expondo a perigo o meio ambiente de modo a comprometer somente a autodeterminação das gerações futuras. Deve-se cuidar, sem dúvida, para que condutas ofensivas ao meio ambiente, que apenas presumidamente repercutem sobre as condições de vida das gerações vindouras, sejam criminalizadas<sup>95</sup>. Entretanto, parece razoável a tutela penal nestes casos, de modo indireto, quando encontrar substrato material concreto e atual, com referente individual, para justificar a intervenção legítima.

## **6. Conteúdo material do delito ambiental**

A partir dos aportes teóricos estudados, é possível uma aproximação do conteúdo material do delito ambiental, que permitirá diferenciar o bem jurídico-penal ambiental legítimo de um excessivamente abstrato e espiritualizado, insuscetível de lesão.

Susana Soto Navarro leciona que a materialidade do conteúdo do bem jurídico comporta duas exigências básicas: sua extração da realidade social, porque será nela em que serão percebidos os efeitos lesivos do delito; e seu caráter

---

<sup>90</sup> ROXIN, Claus. “Sobre o recente debate em torno do bem jurídico”, cit., p. 206-207.

<sup>91</sup> MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, cit., p. 72-76.

<sup>92</sup> Em defesa semelhante, Rafael Alcácer Guirao aduz que o Direito penal não está legitimado a proteger diretamente o futuro; porém, os interesses potenciais das gerações seguintes podem ser levados a cabo por meio da proteção das gerações presentes (ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, jan./dez. 2001, p. 174).

<sup>93</sup> FARIA COSTA, J. de. “Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o Direito Penal hoje”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 81, nov./dez. 2009, p. 47.

<sup>94</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 27-28.

<sup>95</sup> SILVA SÁNCHEZ, J. M. “Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente”, cit., p. 158-159.

lesionável. A possibilidade de lesão deve ser efetiva, isto é, perceptível no sistema social, e imputável a ações individuais<sup>96</sup>.

Na tentativa de extrair o bem jurídico ambiental da realidade social, doutrinariamente, existem três concepções que tentam classificá-lo pelo objeto material tutelado: ampla, intermédia e restrita.

De acordo com a concepção ampla, inclui-se toda problemática ecológica global. Como defensor desta vertente, Édis Milaré afirma que o bem jurídico protegido é o meio ambiente, a qualidade ambiental, em sua dimensão global. Para o autor, o bem jurídico tutela "um conjunto de elementos naturais, culturais e artificiais", como o "meio ambiente natural (constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, enfim, a biosfera)", "cultural (integrado pelo patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico etc.)" e "artificial (formado pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações e nos equipamentos públicos: ruas, praças, áreas verdes, ou seja, todos os logradouros, assentamentos e reflexos urbanísticos, caracterizados como tal)"<sup>97</sup>.

A concepção intermediária<sup>98</sup>, defendida por Caro Coria, parte da noção de ambiente trazida na Constituição peruana, de visão antropocentrista moderada. Para ele, o meio ambiente abrange a manutenção do entorno natural, que compreende os recursos naturais, renováveis ou não, entre os quais há tanto a água, o ar e o solo, quanto a flora e a fauna, que se inter-relacionam dinamicamente; bem como engloba a relação do ser humano com esses elementos<sup>99</sup>.

Já a visão restrita do meio ambiente consiste na concepção mais tradicional, delimitando o objeto material aos elementos naturais (ambiente em seu aspecto físico) de titularidade comum e de características dinâmicas: o ar e a água.

Tais concepções utilizam do objeto material para delimitar a atuação penal. Apesar de não sugerirem a tutela penal direta do substrato material em si, acabam vinculando a proteção do meio ambiente a estes elementos na busca de concreção para torná-lo tangível. Porém, neste contexto, é imprescindível que se tenha clara a distinção entre o objeto material de proteção e o bem jurídico. Ainda que o bem jurídico possa proporcionar substrato físico sobre o qual se edifica o interesse merecedor e necessitado de proteção penal, não são categorias coincidentes<sup>100</sup>.

Por objeto material do delito entende-se a concreta realidade empírica a que se refere a ação típica, que pode ser uma pessoa ou um objeto – como uma árvore, a água; ou pode não possuir um objeto da ação empírico. Já o objeto jurídico do crime é o bem jurídico em si<sup>101</sup>. No delito de contaminação ambiental, por exemplo, o bem jurídico não é a água contaminada (objeto material); o que se visa proteger é o equilíbrio do ecossistema, que, quando alterado, tem o condão de expor o ser

<sup>96</sup> SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 282-283.

<sup>97</sup> MILARÉ, É. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 775.

<sup>98</sup> No Brasil, esta concepção é defendida por PRADO, que afirma que o objeto material do bem jurídico consiste no conjunto de meios naturais que configuram o *habitat* atual para o homem, para a fauna e a flora (PRADO, Luiz Régis. "Apostamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal", cit.); e por FIGUEIREDO, segundo o qual a legislação ambiental brasileira visa, com o Direito penal ambiental, à salvaguarda do equilíbrio ecológico (água, ar e solo), incluindo-se o equilíbrio biológico (fauna e flora), pois a afetação deste pode implicar em um desequilíbrio daquele. Portanto, visa-se à salvaguarda do ecossistema (sistema biológico) – ambiente natural (FIGUEIREDO, G. G. de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, 2. ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013, p. 135-136).

<sup>99</sup> CARO CORIA, D. C. "Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente", cit., p. 281.

<sup>100</sup> CARO CORIA, D. C. "Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente", cit., p. 284.

<sup>101</sup> MIR PUIG, S. "Objeto del delito". In.: PELLISÉ PRATS, B. (dir.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, p. 765.

humano a perigo<sup>102</sup>. Assim, não se tutela o objeto material em si, como árvores, água ou animais, mas sim a qualidade ligada a um certo estado dele ou o ciclo biológico do espaço natural<sup>103</sup>, em relação com o ser humano.

Essa distinção mostra-se relevante não apenas para a delimitação do conteúdo do bem jurídico, mas especialmente ao tratar da ofensividade da conduta para a configuração de delito ambiental, que normalmente se vale dos tipos de perigo e a existência de um resultado naturalístico nem sempre equivale a ofensa ao bem jurídico coletivo<sup>104</sup>.

Desta forma, independentemente da enumeração de objetos materiais a que se referem essas teorizações, opta-se pela conceituação do meio ambiente de forma não intermédia e descritiva, que engloba a sua compreensão física. Entende-se que o ponto essencial para concretizar o bem jurídico meio ambiente, conforme leciona Costa, é “compreendê-lo em sua definição temporal, espacial e, sobretudo, física”. Isto porque, ainda que apresente elevado grau de complexidade e “os ecossistemas possuam relevantes inter-relacionamentos, é preciso, em sua consideração jurídico-penal, proceder a um corte e considerar os aspectos locais, temporais e naturais, além da relação com o ser humano”<sup>105</sup>.

Este corte deve ser feito de modo a reconhecer a perspectiva biológica do ambiente, que aglutina um conjunto de fatores configuradores de um ecossistema entre diferentes grupos de organismos, com suas respectivas condições biológicas reais de convivência. Também deve proporcionar a identificação da dimensão relacional, isto é, no ambiente selecionado há de se observar a presença de um conjunto de condições ecológicas que interessam à convivência humana, na medida em que se relacionam com o indivíduo. Com isso, de acordo com Miguel Polaino Navarrete, a limitação do meio ambiente às bases naturais da vida humana incluiria: meios ambientais (solo, água, atmosfera e ausência de ruídos perturbadores); fatores ambientais inanimados (temperatura, humidade) e físicos (animais, plantas e outros seres vivos); e ecossistema, em seu conjunto com seus diversos processos de transformação da matéria, reservas energéticas e numerosos subsistemas<sup>106</sup>.

Por fim, convém mencionar apenas a título de reflexão a possibilidade de usar uma teorização do Direito Constitucional no Direito Penal para reforçar o princípio da intervenção mínima na delimitação do bem jurídico ambiental. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer defendem existir um mínimo existencial ecológico, que consiste em um “conjunto mínimo de condições materiais em termos de qualidade (e segurança) ambiental, sem o qual o desenvolvimento da vida humana” também se encontra fulminado. O conteúdo normativo deste conceito teria o condão de amoldar-se à realidade social à luz das circunstâncias históricas e culturais concretas da comunidade estatal<sup>107</sup>. Se adequado ao conceito de bem

---

<sup>102</sup> Exemplo retirado da obra: MENDEZ RODRIGUEZ, C. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Mostoles, Madrid, 1993, p. 8.

<sup>103</sup> FIGUEIREDO, G. G. de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal*, cit., p. 134.

<sup>104</sup> Rompe-se com a vinculação tradicional entre delitos de resultado material e delitos de lesão. Por exemplo, no delito de contaminação das águas, a conduta pode apresentar um efeito externo como a alteração prejudicial das propriedades naturais das águas (no sentido físico, químico, biológico ou térmico); porém, a propriedade da água em si não é um bem jurídico, mas sim a alteração de suas funções na dinâmica social, que seria consequência da alteração da propriedade. Desta forma, se não demonstrada a alteração da função na dinâmica social pela contaminação da água, não haveria lesão ao bem jurídico, estando-se diante de um delito de perigo (SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., p. 280-281).

<sup>105</sup> COSTA, H. R. L. da. *Proteção penal ambiental*, cit., p. 29.

<sup>106</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. “La criminalidad ecológica en la legislación penal española”. In.: *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, p. 858.

<sup>107</sup> SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito constitucional ambiental. Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 128-129.

jurídico, poderia auxiliar na limitação de seus contornos e, por conseguinte, ajudar na verificação do âmbito de legitimidade da atuação penal<sup>108</sup>.

## 7. Considerações Finais

Com base nos critérios acima delineados, o bem jurídico-penal meio ambiente, compreendido como interesse coletivo, possui validação a nível constitucional, e engloba o conjunto de fatores configuradores do ecossistema. Na situação atual em que se encontra, pode ter o seu equilíbrio afetado, de modo a expor a perigo ou lesão a capacidade de desenvolvimento e autodeterminação do indivíduo em sociedade, razão por que, abstratamente, se mostra possível a intervenção penal.

Contudo, a existência do bem jurídico meio ambiente, por mais relevante que seja, não justifica, por si só, uma incriminação. O princípio da ofensividade fornece uma concreção à análise do bem jurídico, exigindo que toda infração penal consista em uma exteriorização de um fato direcionada a um bem jurídico, devendo lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.

Há que se realizar a necessária distinção entre o bem jurídico e a realidade empírica, o que desafia a concepção tradicional da relação causal entre a ação e o resultado à realidade ambiental, que nem sempre se manifesta por meio de resultados naturalísticos diretos, mas sim decorre de relações sociais complexas entre condutas de distintos agentes, envolvendo uma série de fatores externos. Desta forma, o resultado, que tradicionalmente é entendido como modificação produzida no mundo exterior, como consequência da ação típica, ganha contornos difusos.

De qualquer modo, o ponto de partida para o estudo do Direito Penal ambiental deve ser o bem jurídico-penal, pois somente a partir desse critério é que se pode medir a ofensividade de eventual conduta, a justificar uma intervenção penal.

## Referências

- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. "La protección del futuro y los daños cumulativos", *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Madrid, v. 54, jan./dez. 2001.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, Quartier Latin, São Paulo, 2014.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, Editora 34, São Paulo, 2011.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y nuevo Derecho Penal: principios y desafíos del Derecho Penal de hoy*, Iustel, Madrid, 2012.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Curso de Derecho Penal: parte general*, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Los bienes jurídicos colectivos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, Jun. 1986.
- CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo", *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, ano 5, n. 9, 1999, pp. 177-219.

---

<sup>108</sup> Ao sugerir a reflexão acerca do mínimo existencial ecológico, não significa se alinhar ao posicionamento ideológico da teoria ou do autor, mas tão somente usar o conceito como ferramenta metodológica, adequando-o ao Direito Penal.

- CARO CORIA, Dino Carlos. "Presupuestos para la delimitación del bien jurídico-penal en los delitos contra el ambiente", *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 1, n. 1, set.-dez./2000, 22 p.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*, parte general I, 6. Ed, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Protección de bienes jurídico-penales supraindividuales y Derecho Penal". In.: MIR PUIG, Santiago (dir.). *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do Direito*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. "La protección penal del medio ambiente en Argentina: un objetivo aplazado", *Ciencias Penales Contemporáneas, Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, n. 1, v. 1, 2001.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.
- ESER, Albin. "La evolución del Derecho Penal alemán en las últimas décadas del siglo XX". In.: NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam, V. I*, Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- FARIA COSTA, José de. "Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o Direito Penal hoje", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 17, n. 81, nov./dez. 2009.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad del riesgo'". In.: DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio. *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: Liber amicorum en homenaje al professor Antonio González-Cuéllar García*, Editorial Colex, Madrid, 2006.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no Direito Penal ambiental brasileiro*, LTr, São Paulo, 2005.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. *Sistema Jurídico-Administrativo de protección del medio ambiente*, 3. ed., Ratio Legis, Salamanca.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Derecho Penal: parte general*, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2006.
- FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes ambientais e bem jurídico-penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*, 2. ed., Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2013.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de. "O papel do Direito Penal na proteção das gerações futuras", *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n.esp, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. "Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português". In.: *A tutela jurídica do meio ambiente: presente e futuro*, Studia Iuridica, Coimbra, v. 81, Colloquia 13, Coimbra Editora, 2005.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral, tomo I*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito penal ambiental e reparação do dano*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos". In.: MORALES PRATS, Fermín; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001.
- GIL GIL, Alicia. "Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo". In.: LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano (coord.). *Tutela penal de las administraciones públicas*, Dykinson, Madrid, 2013.
- GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção do ambiente*, Coimbra, Coimbra, 2007.



- HASSEMER, W. "A preservação do ambiente através do Direito Penal", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 27-38, abr./jun, 1998.
- HASSEMER, Winfried. "Bienes jurídicos en el Derecho Penal. In.: BAIGÚN, David; et al. *Estudios sobre la Justicia Penal: homenaje al Prof. Julio B. J. Maier*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- HASSEMER, Winfried. "Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico". In.: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- HERRERA GUERRERO, Mercedes. "Derecho Penal medioambiental y accesoriedad administrativa en la configuración de algunos delitos en le Código Penal español. Inconvenientes y propuestas de solución", *La Ley Penal*, n. 76, sección informe de jurisprudencia, nov./2010.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: parte general*, 4. ed., Comares Editorial, Granada, 1993.
- KÄSSMAYER, Karin; BARRETO, Nathalia Lima. "A dimensão territorial dos direitos socioambientais: um olhar jusgeográfico para a crise socioambiental". *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 3, n. 1, jan./jun. 2012, pp. 107-149.
- KISS, Alexandre. "Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução". In.: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004.
- LEITE, José Rubens Morato. "Sociedade de risco e Estado". In.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2012.
- LOZANO CUTANDA, Blanca. *Derecho Ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996.
- MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Mostoles, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. "Objeto del delito". In.: PELLISÉ PRATS, Buenaventura (dir.). *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982.
- PARDO BUENDÍA, Mercedes. De las medidas de corrección al principio de precaución del medioambiental. In.: CASES MÉNDEZ (ed.). *Catástrofes medioambientales: la reacción social y política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. "La criminalidad ecológica en la legislación penal española". In.: *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993.
- PRADO, Luiz Régis. "Apontamentos sobre o ambiente como bem jurídico-penal", *Revista de Direito Ambiental*, v. 50, abr./2008.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Consideraciones sobre el bien jurídico tutelado en los delitos ambientales", *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, n. 11, dic. 2014. Disponível em: <<http://vlex.com/vid/237803>>. Acesso em 03/11/2022.

- RIEGER, Renata Jardim da Cunha. *A posição de garantia no Direito Penal Ambiental: o dever de tutela do meio ambiente na criminalidade de empresa*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- RODRIGUES JR., Edson Beas. "O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do Direito: origem histórica e conteúdo normativo". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 940, fev. 2014, pp. 309-342.
- RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio Mateos. *Derecho Penal y protección del medio ambiente*, Colex, Madrid, 1992.
- ROXIN, Claus. "Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho Penal?" In.: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ROXIN, Claus. "Sobre o recente debate em torno do bem jurídico". In.: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental. Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 3. ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal de medio ambiente". In.: *Obras*, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores; SERRANO MAÍLLO, Alfonso; VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Tutela penal ambiental*, 2. ed., Dykinson, Madrid, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente". In.: GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- SINGER, Peter. *Practical ethics*, 3. Ed, Cambridge University Press, New York, 2011.
- SOTO NAVARRO, Susana. *La protección penal de los bienes coletivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. "O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais". In.: D'ÁVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, 2. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- TIEDEMANN, Klaus. "Théorie et réforme du Droit Pénal de l'environnement: étude de droit comparé", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 2, abr./jun. 1986.
- UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 1972. Disponível em: <<https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>>. Acesso em: 01/11/2022.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador. ¿Hacia una "administrativización" del Derecho Penal o una "penalización" del Derecho Administrativo Sancionador? In.: ARROYO ZAPATERO, Luis; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dir.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, V. I*, Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

WOLFRUM, Rüdiger. "O princípio da precaução". In.: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*, Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

## **La Ciudadanía de la antigua URSS: ¿un antecedente de un modelo coherente de ciudadanía supranacional?**

*The Citizenship of the former USSR: an antecedent of a coherent model of supranational citizenship?*

**Dr. Enrique Acosta Pumarejo\***<sup>1</sup>

*Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. La ciudadanía y la URSS. 3. Contenido general de la LCURSS. 4. Pérdida y recuperación de la Ciudadanía de la URSS. 5. Consideraciones relevantes sobre la ciudadanía supranacional. 6. Ciudadanía de la Unión Europea e identidad "europea". 7. Consideraciones finales. 8. Bibliografía.

**Resumen:** El presente artículo busca mediante el análisis del concepto de ciudadanía de la antigua URSS, ver qué podría aportar éste al modelo de ciudadanía de la Unión Europea. Específicamente se realiza un excursus en torno a la Ley Sobre la Ciudadanía de la URSS, de diciembre de 1978. Intercalando análisis y comentarios se va entretejiendo su contenido con apreciaciones acerca del concepto ciudadanía y como esta ha de primar a nivel supranacional sobre el concepto ciudadanía. Quizás de manera menos profunda se comenta y distingue las diferenciaciones que éste término y/o concepto pueda tener con el de la nacionalidad. Se vislumbra que en aras de allanar el camino a la posibilidad de unos Estados Unidos de Europa como nación supranacional, la ciudadanía de la Unión Europea, debería primar sobre la nacionalidad de sus estados miembros.

**Palabras claves:** ciudadanía, nacionalidad, Unión Europea, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), Ley Sobre la Ciudadanía de la URSS.

**Abstract:** This article seeks, through the analysis of the concept of citizenship of the former Union of Soviet Socialist Republics (USSR), to see what it could contribute to the citizenship model of the European Union. Specifically, an excursus is made around the Law on Citizenship of the USSR, of December 1978. Interspersing analysis and comments, its content, is interwoven with appreciations about the concept of citizenship and how it must prevail at the supranational level over the concept of citizenship. Perhaps in a less profound way, the article explains the differentiations between nationality and citizenship. But, with this glimpsed review, the article states that in order to pave the way to the possibility of a United States of Europe as a supranational nation, the citizenship of the European Union should prevail over the nationality of its member states.

**Keywords:** Citizenship, Nationality, European Union, Union of Soviet Socialist Republics, Statute on Citizenship of the Union of Soviet Socialist Republics.

---

<sup>1</sup> Profesor en la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR), Doctor en Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible en la Universidad de Valencia/Universidad Degli Studi di Palermo; Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea en la Universidad de Valencia; Juris Doctor en la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, Escuela de Derecho; Licenciado en Derecho Universidad Francisco de Vitoria( homologación), Licenciado en Artes concentración en Filosofía en la Universidad de Puerto Rico.

Correo Electrónico: [enrique.acosta@unir.net](mailto:enrique.acosta@unir.net)

## 1. Introducción

La ciudadanía puede verse como un derecho político, de propiedad intelectual entre el individuo y el estado<sup>2</sup>. Como advierte Steenbergen, el capitalismo ha sido crucial para el desarrollo de la ciudadanía liberal, pero ello ha promovido una más estrecha vinculación entre ciudadanía y nacionalidad y, como consecuencia, un incremento del particularismo y la etno-culturalidad en relación con ambas<sup>3</sup>. Sin embargo, aunque pueda resultar paradójico, ha sido en el seno del comunismo, a raíz de su originaria orientación internacionalista, donde se verificó un modelo de ciudadanía superador de las fronteras nacionales, vinculado al régimen "más representativo" de la historia reciente: la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la URSS. Como señala Becerra Ramírez<sup>4</sup>, el 'desmantelamiento' de la URSS resucitó la discusión y el interés de los académicos y estudiosos acerca de la ciudadanía, por la complejidad de los fenómenos y situaciones, políticas y jurídicas, que debieron afrontar tanto occidente como los propios estados anteriormente pertenecientes a la URSS. Entre ellos, los problemas teóricos ligados a la nacionalidad/ciudadanía fueron los más intrincados y reveladores. A pesar de la obsolescencia de su ideología y de su disolución en la década de los noventa, el modelo generado en su época continúa teniendo interés como auténtico precedente 'real' de un modelo factible de "ciudadanía supranacional" que hoy día tiene aún muchos aspectos que merecen ser estudiados.

La Unión Soviética, en efecto, presenta evidentes similitudes con la UE: Presidente, Parlamento, moneda –zona euro- y Estados miembros, entre otros<sup>5</sup>. Pero muy especialmente, plantea una similitud evidente en relación con la nacionalidad/ciudadanía, aunque –como indica Becerra- la legislación soviética tenía concepciones singulares, puesto que hablaba de ciudadanía para referirse a la nacionalidad en el concepto que maneja occidente. Nos referimos al fenómeno de la '*nacionalidad dual*' como consecuencia del carácter multinacional de ese Estado. Esta es la razón por la cual la actual Federación rusa conserva instituciones de origen soviético<sup>6</sup>.

Más allá de su ideología y del fracaso en su manejo del sistema económico, la URSS elaboró un concepto de ciudadanía supranacional con un planteamiento más mucho más eficaz y ejecutable que el que actualmente tiene la UE. Es evidente que no tenía, en teoría, los problemas de choques de competencias ni reservas que subyacen en los vestigios de soberanía que poseen aun los Estados miembros de la UE. En la ciudadanía de la URSS primaba la nacionalidad de sus estados miembros, que se diluía subsumida en la ciudadanía. Con todos su fallos, la URSS procuró crear un diseño ciudadano fuerte que, a pesar de gestarse en y desde un estado centralizado y autoritario, tenía como destinatario a las personas y no a los Estados.

## 2. La ciudadanía y la URSS

Como es sabido, la URSS fue una federación constitucional de estados socialista de Eurasia, que duró desde 1922 hasta 1991. Surgió de la unión de

---

<sup>2</sup> Yazdi, RSM; R, Halesi, R, & Halesi, A, "The principles governing the personal status of foreigners residing in Iran from the perspective of law," *Juridical Tribune* vol. 7, Jun, 2017, p. 150.

<sup>3</sup> Steenbergen, B. "Towards a Global Ecological Citizen", en VV.AA. (Steenbergen, B. coord.) *The Condition of Citizenship*, Sage, London, 1983, p. 148 y ss.

<sup>4</sup> Becerra Ramírez, M. "La doble nacionalidad en la federación rusa". *Revista de Derecho Privado* 4, nº 12, 1993, p.325

<sup>5</sup> No procede aquí hacer un desglose exhaustivo de estos.

<sup>6</sup> Ibid. 326

cuatro repúblicas, creciendo posteriormente hasta quince<sup>7</sup>. Como señala Becerra, la URSS, fue un Estado multinacional -desde el punto de vista sociológico- que además de las 15 repúblicas que la conformaban estaba integrada "de 20 autonomías, 8 regiones autónomas y diez comarcas nacionales y la que confluían más de cien nacionalidades"<sup>8</sup>. Para Becerra esta particularidad multinacional de la Unión Soviética (que ahora persiste en los Estados independientes de la federación rusa), trajo como resultado que el concepto *nacionalidad* se empleara sólo en clave sociológica y no desde una perspectiva jurídica. De hecho, no sólo en la Rusia actual y sino en general, a nivel mundial, se confunden estos conceptos. Así, el término ruso-soviético '*grazhdanstva*' al ser traducido al español significa literalmente *ciudadanía*. Pero, como dijimos, "ciudadanía, en el concepto soviético y, aún más, en el concepto ruso actual, viene traducido como nacionalidad en su acepción jurídica occidental"<sup>9</sup>.

La URSS estaba definida del siguiente modo: "La Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es un Estado integral, federal, multinacional, formado en el principio del federalismo socialista como consecuencia de la libre autodeterminación de las naciones y la asociación voluntaria de Repúblicas Socialistas Soviéticas iguales. La URSS encarna la unidad estatal del pueblo soviético y unifica todas sus naciones y nacionalidades, con el propósito de construir conjuntamente el comunismo"<sup>10</sup>. Según explica el profesor Uibopuu, Henn-Juri<sup>11</sup>, el texto de este artículo describía las nacionalidades y la estructura política de la Unión Soviética. El propio artículo más adelante señalaba que la URSS personificaba la unidad política del pueblo soviético, la cual daba la soldadura de todas las naciones y nacionalidades de la Unión Soviética para el común propósito de construcción de su régimen. Añade Henn-Juri que este Federalismo soviético fue, en su momento, una estructura muy novedosa de organizar un Estado multinacional. Es decir, un Estado-supranacional conformado por diferentes naciones<sup>12</sup>.

## **2.1 El carácter constitucional de la ciudadanía**

En la Constitución soviética de 1977<sup>13</sup> se dedicó todo un capítulo, con 6 artículos, a la regulación de la ciudadanía<sup>14</sup>. Era el *Título Segundo* (II), denominado "El Estado y el ciudadano". Con la singularidad de que las prescripciones fundamentales sobre la ciudadanía soviética se establecían en la misma sección que

<sup>7</sup> Otras similitud a la UE, que de la Unión de dos Estados- Francia y Alemania-, en el tratado de la CECA-La Comunidad Europea del Carbón y del Acero- al día de hoy, Unión Europea, creció hasta 27 Estados;28 antes de la salida de Reino Unido de la UE.

<sup>8</sup> Manuel Becerra, "La doble nacionalidad en la federación rusa", op. cit., p.326

<sup>9</sup> *Ibíd.*

<sup>10</sup> Soviet Supremo, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, *Constitución, Ley fundamental*, Aprobada en la Séptima Reunión extraordinaria, Novena Convocatoria, 7 de octubre de 1977.

<sup>11</sup> Uibopuu, H.J., "Soviet Federalism under the New Soviet Constitution". *Review of Socialist Law* 5 nº 2, 1979, p. 171

<sup>12</sup> *Ibíd.*

<sup>13</sup> Aprobada el 7 de octubre de 1977 en la 7ª sesión extraordinaria del Soviet Supremo de la Unión, de su IX Legislatura, reunido en el Palacio de Congresos del Kremlin en Moscú. Fernando Santaolalla, «La nueva Constitución soviética de 7 de octubre de 1977» *Documentación administrativa*, nº179 (1978): 89

<sup>14</sup> Para un análisis más pormenorizado consultar, crf: Sandifer, D., "Soviet Citizenship". *American Journal of International Law* 30, nº 4, 1936, p. 614-631; Ginsburgs, G., "Soviet Citizenship Legislation and Statelessness as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws", *International and Comparative Law Quarterly* 15 nº 1, 1966, pp. 1-54; Ginsburg, G. "Letter to the Editor", *American Journal of Comparative Law* 34 nº3,1986, pp. 6-9; Hourwish, I., "Laws of the Soviet Government", *American Bar Association Journal* 8 nº4, 1922, pp. 229-231; United States Of America, Department of State, "Union of Soviet Socialist Republics", *Annual Human Rights Reports Submitted to Congress*, 1984; Osakwe, C., "Recent Soviet Citizenship Legislation", *American Journal of Comparative Law*. 28, nº 4, 1980, pp. 625-643.

los derechos fundamentales, las libertades y deberes de los ciudadanos<sup>15</sup>. Para Ginsburgs, esta perspectiva del individuo como un 'miembro' denotaba el interés del régimen en proyectar una imagen "democrática" del funcionamiento del sistema soviético y, al mismo tiempo, anunciaba el "respeto permanente" del Estado soviético hacia el estatus básico de la persona. El hecho de mencionar la "Ciudadanía de la URSS" en ese capítulo equivalía a elevar la ciudadanía a rango constitucional<sup>16</sup>.

Como indica Ginsburgs<sup>17</sup> la Constitución de 1977 de la URSS contenía varias disposiciones que trataban la cuestión de la ciudadanía. Ésta había innovado al incorporar e incluir el asunto de ciudadanía que no estuvo presente en la Constitución de 1936. Una innovación incluida en el capítulo 6 (junto a "La igualdad de los ciudadanos"), el cual, a su vez, aparecía en la sección dedicada al tema sobre "El Estado y el individuo". Estos cambios tuvieron interesantes implicaciones. En la Carta federal del 1936, la referencia al tema del ciudadano -artículo 21- estaba incluida en el capítulo sobre la "Estructura de Estado" de la URSS. La ubicación no dejaba ninguna duda sobre que la ciudadanía se consideraba como un asunto exclusivo del Estado, mientras que en la formulación de la Constitución del 1977 destacaba la relación entre el Estado y el individuo, a este respecto. Muy similar al planteamiento de las constituciones post revolucionarias, americana y francesa.

Como se ha señalado, la constitución de 1977 remitía a la *Ley Sobre la Ciudadanía de la URSS*, de diciembre de 1978 (en adelante LCURSS), como ámbito de desarrollo y regulación de todo lo relativo a la ciudadanía. Ya desde el propio nombre de la ley podemos apreciar que la ciudadanía no remite a cada nación o país integrado, sino que es de la URSS. La normativa está compuesta de 39 artículos repartidos en siete partes y una *Disposición del Soviet Supremo de la URSS* sobre la puesta en vigor de la Ley.

Así, en el artículo 33 de la Constitución, se indicaba que en la Unión Soviética se había establecido la *ciudadanía federal única*. Por lo que todo ciudadano de una República federada se convertía automáticamente en ciudadano de la Unión Soviética; es decir, gozaría del amparo del Estado Soviético en caso de encontrarse en el extranjero (Art. 33.3). Así mismo, en LCURSS se determinaban los fundamentos y las normas de adquisición y pérdida de la ciudadanía soviética (Art. 33.2). Es evidente, como señala Ginsburgs, que al menos formalmente, el primer párrafo del artículo 33, se esfuerza por perpetuar el concepto de la dualidad de la ciudadanía en la URSS, predicada sobre la existencia concurrente de las ciudadanías federales y de la republicana, cultivando la imagen de una ciudadanía de dos niveles. Pero, al profundizar en los motivos y el procedimiento para la adquisición y pérdida de la ciudadanía soviética se aprecia que el núcleo último de la ciudadanía de la URSS, no reside en su doble vinculación, sino en la decisión de dotar de una fuerza constitucional a dicho estatuto<sup>18</sup>.

Como ocurrió y ocurre en occidente y/o en los Estados democráticos, para la Unión Soviética los ciudadanos eran considerados iguales ante la ley independientemente del origen, posición social o económica, raza y nacionalidad, sexo, grado de instrucción, idioma, actitud hacia la religión, género y carácter de sus ocupaciones, lugar de residencia y otras circunstancias. (Art. 34.1).

---

<sup>15</sup> Ginsburgs, G., "The citizenship law of the USSR", *The Hague, Martinus Nijhoff*, 1983, p.1

<sup>16</sup> Ibid

<sup>17</sup> Ibid

<sup>18</sup> op.cit., p.3

## **2.2 Pertenencia, igualdad, y derechos**

Es interesante ver cómo en el propio texto constitucional se alude a la raza, nacionalidad e idioma, dejando ver el carácter pluricultural y multinacional soviético. Así lo subraya explícitamente el artículo 36: "Los ciudadanos de la Unión Soviética, de diferentes razas y nacionalidades, tienen iguales derechos". Becerra señala que, de este artículo, se desprende la diferenciación entre la nacionalidad y ciudadanía<sup>19</sup>. La igualdad de derechos de los ciudadanos de la Unión Soviética se asegura en todos los dominios de la vida económica, política, social y cultural. (Art. 36.2), como se puede ver, no muy lejos del planteamiento de Marshall. De hecho, aunque solo fuera desde una perspectiva formal, se habla de reconocimiento de derechos iguales para todos y todas, en las mismas condiciones y oportunidades. (Art. 35)<sup>20 21</sup>.

En el texto se afirmaba que para asegurar la realización de estos derechos, se desarrollaba la política de desarrollo y acercamiento, en todos los dominios, de las naciones y etnias de la Unión Soviética, la educación de los ciudadanos en el espíritu del patriotismo soviético y del internacionalismo socialista, y la posibilidad de usar la lengua materna y los idiomas de otros pueblos de la Unión Soviética. Como se ve, es indudable, al menos en el texto constitucional, la aceptación multicultural, étnica, social, lingüística, etc., de la URSS. Es posible que en lo que se refiere a la internacionalización socialista y el espíritu patrio soviético, más que derechos se vayan vislumbrando algunas de las típicas contrapartidas de los derechos: los deberes. En el mismo artículo 35 se alude al castigo de la ley ante toda restricción directa o indirecta de los derechos o el establecimiento de privilegios directos o indirectos de los ciudadanos, por motivos de raza o nacionalidad, lo mismo que toda prédica de exclusivismo, de enemistad o desdén racial o nacional.

Aunque hasta el momento no se ha indicado quienes eran ciudadanos ante la normativa soviética, dentro del articulado, como ocurre muchos otros textos legales occidentales, se hace mención a una categoría de no ciudadanos soviéticos o de personas apátridas. De este modo, la constitución afirmaba que aquellos ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía que se encontrasen en el territorio de la Unión Soviética estarían obligados, como en cualquier otro Estado, a respetar la Constitución del país y a observar las leyes soviéticas (Art. 37.2), apareciendo así, nuevamente, los deberes. No obstante, en el primer párrafo del artículo, se señalaban los derechos y libertades previstos por la ley para los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía en la Unión Soviética, entre los cuales estaba el de apelar a los tribunales y a otros organismos del Estado para defender sus derechos personales, patrimoniales, familiares, también el derecho de asilo para los extranjeros perseguidos por defender los intereses de los trabajadores o causas de la paz, entre otros. (Art. 38) En el capítulo siete se desarrolló el quehacer sobre derechos, libertades y deberes fundamentales de los

---

<sup>19</sup> Becerra. M., "La doble nacionalidad en la federación rusa", op cit. 327

<sup>20</sup> Incluso el artículo indicaba : "Aseguran el ejercicio de estos derechos la concesión a la mujer de iguales posibilidades que al hombre en la instrucción y capacitación profesional, en el trabajo, en su remuneración, en la promoción profesional y en la actividad sociopolítica y cultural, así como medidas especiales para proteger el trabajo y la salud de la mujer; la creación de condiciones que permiten a la mujer conjugar el trabajo con la maternidad; la defensa jurídica y el apoyo material y moral a la maternidad y la infancia, incluyendo la concesión de vacaciones pagadas y otras ventajas para las mujeres en el periodo pre y posnatal, así como la reducción paulatina del tiempo de trabajo las mujeres que tienen hijos de corta edad."

<sup>21</sup> También el artículo menciona la existencia de privilegios para cierta categoría de ciudadanos, los cuales eran de concedidos sólo con fundamentación en la ley. A pesar que nadie podía gozar de privilegios legales en la Unión Soviética.



ciudadanos de la Unión Soviética, cuya lectura sugerimos y que hemos incluido en el anexo correspondiente<sup>22</sup>.

En las disposiciones generales de la primera parte de la LCURSS, hay un texto en el cual se indica lo que ya recogía la constitución, afirmando que los ciudadanos de la URSS gozaban plenamente de los derechos y libertades socioeconómicas, políticas e individuales que proclamaba y garantizaba la Constitución de la URSS y las leyes soviéticas. Se insiste el elemento característico de la ciudadanía democrática: los derechos. Continúa indicando que el Estado socialista soviético, Estado de todo el pueblo, protege los derechos y libertades y asegura la igualdad de los ciudadanos de la URSS en todas las esferas de la vida económica, política, social y cultural. Claramente puede aludirse no solamente otra vez más reiteración a los derechos y libertades tutelado por el Estado sino que añade el elemento de la pertenencia cuando se señala que el "Estado socialista soviético es el Estado de todo el pueblo. En el último párrafo se presenta la contrapartida de los derechos la cual también se considera como elementos de la ciudadanía: el deber de los ciudadanos de observar la Constitución y las leyes soviéticas, mantener 'dignamente su 'alfa condición de ciudadano de la URSS, amparar los intereses del Estado soviético, coadyuvar a la fortificación 'de su poderío y prestigio y ser fiel a su Patria socialista. Este último entraría posiblemente en una agenda política característica de la guerra fría.

Sobre la ciudadanía de la URSS, podríamos acotar la opinión de Christopher Osakwe<sup>23</sup> que señala que ni la ley de 1979 ni sus antecesoras<sup>24</sup> ofrecían una definición de la ciudadanía soviética; sino que si recurrimos a los escritos doctrinales soviéticos sobre el tema nos topáramos con tantas definiciones de la ciudadanía soviética como comentaristas. De hecho, en generalmente las normativas estatales no suelen definir demasiado lo que es. Generalmente se indica quién es ciudadano y cómo se adquiriera la particular ciudadanía. No se da una definición demasiado exhaustiva sobre ella. Osakwe da tres ejemplos sobre la ciudadanía soviética. En primer lugar, de acuerdo con la Enciclopedia de la Ley Soviética de 1965, se definía de forma general como "la pertenencia (*prinadlejnosti*) de un individuo a un Estado, con arreglo a lo indicado por la ley, la cual establece la condición jurídica de dicha persona tanto a nivel nacional como fuera del Estado de que se trate"<sup>25</sup>.

Luego, señala la definición en Azovkin<sup>26</sup>, según la cual "la ciudadanía soviética es la pertenencia de un individuo a al Estado socialista soviético, el cual le garantiza la otorgación del derecho constitucional protegido a participar activamente en la vida política, económica, cultural y social del país, con las correspondientes contraprestaciones u obligaciones impuestas por mandato constitucional, sin el menoscabo de de la protección a su persona, así como de sus derechos por el Estado soviético". Por último, ofrece la definición de un grupo de 'prominentes académicos de derecho internacional Soviéticos', quienes definían la ciudadanía como: "la permanente pertenencia de una persona física a una estado específico, que implica un conjunto de derechos y obligaciones de la persona en cuestión", así las cosas, "la ciudadanía soviética es la legal pertenencia de un persona física con el Estado socialista soviético"<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Para profundizar sobre los derechos, libertades y deberes fundamentales, cfr : Ruiz, H. , "La nueva cconstitución Soviética de 7 de Octubre de 1977", *Revista de Estudios Políticos*, nº 2, 1978, pp. 61-85.

<sup>23</sup> Osakwe, C., "Recent Soviet Citizenship Legislation", op. cit., p. 628.

<sup>24</sup> Para más detalles sobre la ciudadanía soviética antes de la ley del 1979 , cfr: Sandifer, D., "Soviet Citizenship", *The American Journal of International Law* 30, nº. 4, 1936, pp. 624-631; Ginsburgs, G., "Soviet Citizenship Legislation and Statelessness as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws". op. cit., pp. 1 y ss.

<sup>25</sup> Osakwe, C., "Recent Soviet Citizenship Legislation", op. cit., pp. 628 y ss.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> Ibid,629.

El factor común a estas definiciones es, a su juicio, una deliberada (o quizá fortuita) utilización del término *pertenencia* para describir la ciudadanía; algo que Osakwe cataloga de desafortunado. Arguye que se da la impresión que el ciudadano era algo así como una especie de *propiedad* del Estado, el cual puede poseer, usar y disponer a su discreción, solamente sujeto a algunas limitaciones autoimpuestas. Esta especie de propiedad, indica Osakwe, puede llegar a considerarse como una especie de esclavitud del individuo al Estado que comienza con el nacimiento y termina con la muerte<sup>28</sup>.

Es razonable sostener que las definiciones, contenidos y elementos hasta hora brindados sobre la ciudadanía soviética no distan demasiado de la doctrina básica general sobre esta materia. De hecho, quizás, resulta todavía más blindada que la de la Unión Europea. Pero, lo discutiremos y justificaremos más adelante.

### **3. Contenido general de la LCURSS**

En las disposiciones generales del artículo 1 LCURSS se establece el carácter *único* de la ciudadanía federal. Así, apelando a la Constitución de la URSS, cada ciudadano de una república federada era considerado ciudadano 'de la URSS'<sup>29</sup>. Ésta condición era igual para todos los soviéticos, independientemente de las razones por las que hubiese sido adquirida. Del artículo 1 LCURSS y de la Constitución (Art. 34) se desprende el carácter único de la ciudadanía de la URSS (cada ciudadano de una república federada es ciudadano de la URSS) y la igualdad en la condición de ciudadano: "los ciudadanos de la Unión Soviética son iguales ante la ley independientemente del origen, posición social y económica, raza y nacionalidad, sexo, grado de instrucción, idioma, actitud hacia la religión, género y carácter de sus ocupaciones, lugar de residencia y otras circunstancias. La igualdad de derechos de los ciudadanos de la Unión Soviética se asegura en todos los dominios de la vida económica, política, social y cultural".

Según Becerra, debemos recordar que en la URSS, al menos para la concepción 'occidental', se daba un ambiguo fenómeno sobre las nacionalidades, debido a la composición federal y multinacional de la URSS. Es decir, "cada una de las quince repúblicas de la Unión podía otorgar la nacionalidad a sus habitantes y sea cual fuere el estatus nacional del sujeto accedía a la condición de ciudadano de la URSS"<sup>30</sup>. En todo caso, pese a la aparente ambigüedad, queda clara la diferencia entre lo que se consideraba la relación o estatuto para con el Estado Federal multinacional -ciudadanía- y la relación específica con la república federada o nación.

El artículo 2 LCURSS, establece las legislaciones que conformaban la ciudadanía; junto al artículo 33 de la Constitución del 77, que determinaba los fundamentos y las normas de adquisición y pérdida de la ciudadanía soviética, y otras disposiciones, añadía que la legislación de cada república federada, debía regular las cuestiones de la ciudadanía soviética que fueran de la competencia de la república federada. Este artículo podría ser asimilado (si es que procediera un paralelismo con la UE) al modo en que las directivas europeas descentralizan la garantía de derechos propios de la UE.<sup>31</sup>

Por otra parte, Ginsburgs, llama a la atención sobre el párrafo que declara que la legislación de una república federada resuelve las cuestiones de la ciudadanía soviética asignados a su jurisdicción por la Constitución de la URSS, la Constitución de la república de la Unión, y la Ley de ciudadanía. Subraya Ginsburgs la singularidad de mencionar la legislación de una república de la Unión en relación con los asuntos de ciudadanía. Pero los estatutos republicanos se limitan a

---

<sup>29</sup> Los modos en que se adquiría la ciudadanía de las repúblicas socialistas podemos hallarlos en la obra de GINSBURGS, G., *The citizenship law of the USSR*. op. cit., pp. 32-35

<sup>30</sup> Becerra, M., "La doble nacionalidad en la federación rusa". op. cit., p. 327

<sup>31</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit., p. 45.

sancionar las normas de admisión a la ciudadanía de la República (por ejemplo, el art. 115-12 de la Constitución) y no cuentan con ninguna competencia en cuestiones de ciudadanía. Situación inversa a la que se produce en la UE, donde los miembros o socios de la Unión, son los que determinan las condiciones para que una persona tenga la ciudadanía de la UE, ya que quien posee la nacionalidad de un estado miembro es ciudadano de la UE<sup>32</sup>.

Establecida mínimamente la base jurídica que rige el panorama de la ciudadanía de la URSS, en la LCURSS, los artículos 3 al 9, se refieren a la posesión y conservación de la ciudadanía. El artículo 3 de la ley del 78 señalaba lo siguiente:

*Artículo 3. Posesión de la ciudadanía de la URSS*

Son ciudadanos de la URSS:

Los que poseían la ciudadanía de la URSS el día de la entrada en vigor de la presente Ley; Los que hayan adquirido la ciudadanía de la URSS en conformidad con esta Ley.

Por su parte la conservación de la ciudadanía se dispone en dos artículos –4 y 5- respectivamente. El primero hace referencia a contraer o disolverse el matrimonio. En el artículo 10 la Ley no indicaba, al menos de forma explícita, que una de las formas en que se adquiriría la ciudadanía fuera el matrimonio. De manera que el matrimonio entre un ciudadano o una ciudadana de la URSS y una persona con ciudadanía extranjera (o sin ciudadanía), no implica el cambio de ciudadanía de los cónyuges; lo mismo ocurría en caso de disolución del matrimonio.

Esto sumado al no reconocimiento de la doble ciudadanía, externa a la de alguna república soviética (artículo 8 LCURSS) daba a entender que el cónyuge o la cónyuge no soviética no debía pertenecer a una de las repúblicas ya que de pertenecer sí se le reconocía la nacionalidad una vez solicitada la naturalización (Artículo 15). Como indica Becerra, "Es evidente, aunque no hubiera una expresión concreta, que la legislación de la Unión Soviética reconocía una doble nacionalidad en el interior del país que en el exterior se negaba. Matizando, habría que decir que se reconocía una única ciudadanía que a su vez podría coexistir con la nacionalidad de alguna república soviética," Pero ciñéndonos al texto legal – ya volveremos al artículo 15- podemos indicar que el matrimonio entre un ciudadano o una ciudadana de la URSS y una persona con ciudadanía extranjera o sin ciudadanía, no implica el cambio de ciudadanía de los cónyuges; lo mismo ocurre en caso de disolución del matrimonio.

La adquisición o la pérdida de la ciudadanía de la URSS por uno de los cónyuges no implicaban el cambio de ciudadanía del otro cónyuge (Art. 4.2). Así el matrimonio de un ciudadano de la URSS (hombre o mujer) con un ciudadano de un Estado extranjero o un apátrida no alteraba la ciudadanía de los cónyuges, con la particularidad de que la disolución de un matrimonio tal no afectaba a la ciudadanía de las ex parejas tampoco<sup>33</sup>. De alguna manera refiriendo a la permanecía o reminiscencia de los derechos adquiridos. Explica Ginsburgs que en caso de la disolución era presumible, un tipo de matrimonio "mixto" en el que uno de los cónyuge luego de haberse convertido formalmente a la ciudadanía del otro con el propósito de aclarar que, en caso de conclusión de la unión, la reversión automática a la anterior ciudadanía no se producía<sup>34</sup>.

Los artículos 5 y 6 están de algún modo vinculados. Según indicaba el primero de éstos, la residencia de un ciudadano de la URSS en el extranjero no implica por sí misma la pérdida de la ciudadanía de la URSS, como bien indicaba el

---

<sup>32</sup> Ibid.,47

<sup>33</sup> op. cit., p.48.

<sup>34</sup> Ibid.

enunciado: "Conservación de la ciudadanía de la URSS por las personas residentes en el extranjero". Ginsburgs señala que este articulado resultaba algo enigmático. La residencia de un ciudadano soviético en el extranjero no significa *per se* la pérdida de la ciudadanía soviética. El artículo daba pie a dos posibles interpretaciones. Podría suponer una confirmación implícita de la voluntad de permitir que algunos de sus ciudadanos emigraran sin que fuesen privados de su ciudadanía soviética. La otra lectura es aquella que consideraba que la residencia en suelo extranjero no podía producir por sí misma la pérdida de su ciudadanía sin la expresa anuencia del gobierno soviético<sup>35</sup>.

El artículo 6 LCURSS recogía la protección del Estado Soviético a los ciudadanos de la URSS en el extranjero. Como rezaba el artículo 33 de la Constitución de la URSS, sus ciudadanos gozaban del amparo y protección del Estado soviético; amparo y protección que se disfrutaba en tanto y en cuando ciudadanos. La fórmula hacía eco de un principio universal de las relaciones internacionales contemporáneas del momento<sup>36</sup>.

De acuerdo con el artículo 7 LCURSS un ciudadano de la URSS nunca podía ser entregado a un Estado extranjero. Según Ginsburgs, esto representó una novedad puesto que anteriormente tal prohibición no existía. Posteriormente, con base dogmática, se dio la afirmación de la "habida cuenta de las diferencias fundamentales y esenciales entre el carácter de la legislación soviética y la legislación de los Estados capitalistas, los ciudadanos soviéticos que hubieran cometido delitos contra los intereses de Estados extranjeros no estarían sujetos a la extradición, debiendo asumir la responsabilidad de conformidad con las normas Soviéticas"<sup>37</sup>. Así pues, el tema de la no-extradición de los propios ciudadanos estaba estrechamente ligado con el concepto de la defensa de los ciudadanos en el extranjero, toda vez que la rendición de cuentas de los ciudadanos soviéticos se preveía para con su Estado. En consecuencia, cuando un ciudadano de la URSS cometía un delito en el extranjero, era responsable bajo las leyes del estado soviético, a menos que el delito fuese perseguible internacionalmente<sup>38</sup>. Esta objeción a la extradición no está alejada de lo que sucede con los estados miembros de la Unión Europea. Véase el caso italiano, que pone reparos hacia la extradición cuando entre las penas que pudiese aparejar la condena por algún delito se encuentre la pena de muerte.

El artículo 8 LCURSS excluía de forma explícita el reconocimiento de la doble ciudadanía al ciudadano de la URSS en relación con la ciudadanía de cualquier otro Estado. La ciudadanía estaba fundamentada sobre la estricta relación jurídica entre un ciudadano y URSS. No obstante, como reconoce Becerra, era evidente que a pesar de que no estar expresamente regulada, la legislación Soviética reconocía de facto una doble nacionalidad en el interior del país<sup>39</sup>, es decir entre cada una de las Repúblicas y la URSS<sup>40</sup>, afirmación de fácil corroboración al contrastar y el primer artículo de la Ley<sup>41</sup>.

El capítulo de las disposiciones generales termina con el artículo 9 LCURSS, en donde se ofrecía la definición de lo que era una persona sin ciudadanía. Se entendía que una persona sin ciudadanía era aquella que residiendo 'en el territorio de la URSS' no fuese ciudadano de la URSS, pero que tampoco podía demostrar que poseyese la ciudadanía de otro Estado.

Explica Ginsburgs que este artículo es una réplica del texto de la ley anterior. En consecuencia, una persona que tuviera residencia en el territorio de la URSS y no fuera ciudadano de ésta tuviera ni tuviera manera de justificar la ciudadanía de

<sup>35</sup> op. cit., p.60

<sup>36</sup> op. cit., p.64

<sup>37</sup> op.cit.,p.66,Citando a,Polents,E.O.,en VVAA.,(Korovin,E.A.coord.), *Mezhdunarodnoe Pravo*, Moskva, Moscow, 1951, p. 254.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Becerra, M., "La doble nacionalidad en la federación rusa", op cit. 327

<sup>40</sup> op.cit., p. 330

<sup>41</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit., pp. 194 ss.

otro Estado, se le consideraba apátrida. Así pues, se hacía imposible que cualquier persona apátrida pudiera considerarse automáticamente como un ciudadano soviético. Claro al menos en lo que se refiere a un adulto, puesto que, de acuerdo con el artículo 13, el hijo de apátridas que mantuvieran un lugar de residencia permanente en la URSS, sí era considerado un ciudadano de la URSS.

### 3.1 Adquisición de la ciudadanía de la URSS

Es en el capítulo 2 (artículos 10 al 15) se dispone la forma y modo en que se adquiría la ciudadanía de la URSS. El artículo 10 LCURSS incluye una enumeración taxativa de criterios para la obtención de la ciudadanía soviética: 1) el nacimiento; 2) la adopción; 3) la naturalización (admisión a la ciudadanía); 4) cambios territoriales (no de forma automática); 5) la repatriación; y, 6) opción (elección de una determinada ciudadanía)<sup>42</sup>. Así mismo, el examen de solicitudes y otras cuestiones sobre la ciudadanía se encuentran reglados por los artículos 26, 27 y 28 del capítulo V de la Ley. Los órganos encargados de resolver las cuestiones relativas a la ciudadanía se disponen en el primero de los artículos mencionados – art. 26- , las solicitudes - artículo 27-, el procedimiento para formular las solicitudes -art. 28-. Veamos brevemente.

#### 3.1.1 Por nacimiento

En el artículo 11 LCURSS se describe los criterios clásicos de acceso a la ciudadanía: *ius sanguinis* o derecho por consanguinidad y *Jus Solis* o derecho de suelo. Así pues, la consanguinidad transmite la ciudadanía y el hecho de haber nacido en el territorio de un Estado transmite la ciudadanía del Estado en cuestión. Ginsburgs<sup>43</sup> señala que en los matrimonios "mixtos" los cónyuges que son respectivamente ciudadanos, por virtud del principio de *ius sanguinis* transmiten a la descendencia la doble (o múltiple) nacionalidad. La situación se agravaba en el caso soviético ya que, a diferencia de muchos otros estados, la URSS no discriminaba entre los sexos en este sentido y la ciudadanía de los "descendientes" se transmitía por igual a través las líneas paternas y maternas, lo que duplicaba las posibilidades de que los niños contrajeran dobles o múltiples ciudadanía. Por lo tanto, una niña(o) cuyos padres poseían la ciudadanía de la URSS en el momento de nacer, era ciudadano de la URSS independientemente de que hubiera nacido o no en territorio de la URSS, (Art. 11 LCURSS).

El artículo 12 LCURSS aborda el caso de ciudadanía por derecho de suelo - *jus soli*- junto a una mixtura del derecho de sangre y estatus de residentes permanente. Por consiguiente, en el caso en que los padres poseían diferente ciudadanía y uno de ellos era ciudadano de la URSS al momento de nacer la niña(o), éste era considerado ciudadano de la de la URSS si se cumplían los siguientes criterios:

- a) Haber nacido en territorio de la URSS (*ius Soli*)
- b) Haber nacido fuera de la URSS, pero siempre que sus padres, ambos o uno de ellos, tuvieran en ese momento residencia permanente en territorio de la URSS.

Si se producía el nacimiento en el territorio de un estado que practicaba el *ius soli*, el niño será considerado un ciudadano de doble origen. Los mismos resultados se pueden observar en el marco de un matrimonio "mixto" cuando el niño nace en el territorio de un Estado en el que regía el *ius soli* y si, al menos uno de sus los padres era un ciudadano soviético, y ambos padres en ese momento

---

<sup>42</sup> Ibíd.

<sup>43</sup> op.cit. , p. 82

tenían residencia permanente en el territorio de la URSS (en cualquiera de sus países).

Debemos recalcar la diferencia que hace la legislación soviética entre ciudadanía y nacionalidad. Como sabemos, la ciudadanía remitía a la relación con el Estado Soviético y la nacionalidad remitía a la vinculación del individuo con la república federada. Para Becerra, lo que se da es un caso implícito de doble nacionalidad, entendida ésta, desde la típica concepción occidental del término. Hecha la salvedad, debemos considerar que, cuando los padres poseían diferente ciudadanía y uno de ellos era ciudadano de la URSS en el momento de nacer el niño, si en ese momento tenían residencia permanente fuera de la URSS, la ciudadanía del niño nacido fuera 'de la URSS' sería determinada por acuerdo de los padres. Es decir, la residencia permanente podía dar paso a la adquisición de la ciudadanía de la URSS. Por otra parte, un niño, uno de cuyos padres poseyera la ciudadanía de la URSS en el momento de nacer aquél y el otro fuera una persona sin ciudadanía o persona no conocida, sería ciudadano de la URSS independientemente del lugar de nacimiento. Esta da un retorno al derecho de sangre la matización de evitar que el recién nacido quedase apátrida.

Este caso trae una interesante observación matizada brillantemente por Becerra. En los casos en que el nacimiento de una persona, fuera o dentro de la URSS, podría traer un choque de legislaciones. La condición dual de nacional de una república federada y de ciudadanía de la URSS resulta meridiana. Pero, ¿qué pasaba en aquellos casos que otro Estado otorgaba también su ciudadanía -en términos soviéticos-, es decir, relación o condición de miembro de un Estado nación? Para Becerra, al cumplirse los requisitos (1 y 2) había la posibilidad de que un niño que tuviera un padre titular de una ciudadanía diferente a la soviética -Becerra utiliza el término nacionalidad-, crea un problema sin resolver. No obstante, el primer artículo de la ley en el segundo párrafo sí que se utiliza el término ciudadanía y no el de nacionalidad. Por lo que, en efecto, se da una doble ciudadanía interna, teniendo en cuenta que la ciudadanía federal es la primordial, aunque surge de la ciudadanía base del estado federado. Parece claro que, aunque no se haga expresamente, el artículo 8 de la LCURSS abre la posibilidad de una doble ciudadanía en la URSS.

El artículo 12 LCURSS disponía, en su penúltimo párrafo, la posibilidad de un acuerdo parental en cuanto a la ciudadanía. Así cuando los padres poseían diferente ciudadanía y uno de ellos era ciudadano de la URSS al momento de nacer el niño, y si en ese momento tenían residencia permanente fuera de la URSS, la ciudadanía del niño nacido fuera de la URSS sería determinada por acuerdo de los padres. Por último, si un niño, uno de cuyos padres poseía la ciudadanía de la URSS al momento de nacer aquél<sup>44</sup> y el otro era una persona sin ciudadanía o persona no conocida, era ciudadano de la URSS independientemente del lugar de nacimiento.

### 3.1.1.2 *ius Soli* versus *ius Sanguinis*

Podemos añadir el ejemplo de Ginsburgs<sup>45</sup>, en el cual un niño de padres soviéticos nacido en alta mar en un barco con bandera de un país en el que rige el criterio del *ius soli* (y por tanto sus naves son "extensiones flotantes de su dominio territorial"), poseerá dos ciudadanía a partir de la fecha de nacimiento. O bien, si un niño viene al mundo a bordo de un barco mientras el barco se encuentra en las aguas territoriales de un Estado que sostiene el principio de *jus soli*. Con una combinación apropiada de estos elementos, el niño puede incluso ser titular de tres ciudadanía. Claro que una cosa es la teoría que recogen las normas y otra es que, en efecto, se apliquen las normas del Estado en cuestión y que la URSS lo reconociera.

<sup>44</sup> Nótese que se hace hincapié al 'momento de nacer', toda vez que la ciudadanía como se verá podía perderse.

<sup>45</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit. p.83.

Otros dos casos de la ciudadanía por nacimiento se esbozan en los artículos 13 y 14 LCURSS. En el primero de éstos se indicaba que la hija o hijo de personas sin ciudadanía, que tengan residencia permanente en la URSS, nacido en territorio de la URSS, eran ciudadanos de la URSS. Esto representó, según Ginsburgs<sup>46</sup>, un añadido a la legislación Soviética. Así las cosas, un niño apátrida nacido en el territorio de la URSS, que tuviese residencia permanente en la URSS, se consideraba *ipso jure* ciudadano de la URSS. Lo interesante, reiteramos, es que hay personas, con un estatuto de residentes permanentes, que no solo no son ciudadanos de la URSS sino que a la luz de ésta, no tienen ciudadanía alguna. Ya que no se podía dar o transmitir lo que no se tenía. El último caso era más enérgico (artículo 14). En este caso reconocía como ciudadano de la URSS a todo niño que se encontraba en el territorio de la URSS y de cuyos padres no se conocía a ninguno. Venía este artículo al rescate del concepto de *ius soli* que sirve como un sustituto conveniente para el "perdido" (al menos en el sentido de no probado) vínculo del *ius sanguinis*. En ninguno de los dos casos, la ley no indicaba cómo debían ser puestos en vigor asunto subsanado por el decreto federal de 15 de junio de 1979, el cual proporcionaba la información necesaria<sup>47</sup>.

### 3.2 Por naturalización

El artículo 15 LCURSS se ocupaba de lo referente a la naturalización. Así los ciudadanos extranjeros o personas sin ciudadanía (apátridas), independientemente de su raza, nacionalidad, sexo, nivel de instrucción, lengua materna o lugar de residencia, podían ser naturalizados si lo solicitaban, como ciudadanos de la URSS, conforme a la LCURSS. Para tratar este aspecto de la ciudadanía por naturalización hay que recurrir nuevamente al artículo 1 de la LCURSS y al art. 33 de la Constitución. Como se recordará, se establece una ciudadanía federal única pero al mismo tiempo se es ciudadano de la URSS al ser ciudadano o poseer nacionalidad de cualquier república federada. Por lo que habría que acudir a las normas de naturalización de las repúblicas federadas. Llamam la atención varias cuestiones sobre la naturalización.

Empezando por la lengua. Normalmente, los Estados requieren que el naturalizado o que esté en vías de, sepa su lengua. En este caso se le resta importancia. Evidentemente la lengua franca en la URSS era el ruso, pero aun así no entra como requisito dentro de la LCURSS.

Por otro lado, se encuentra el lugar de residencia. En la mayoría de los países la residencia es una antesala a la solicitud de la nacionalidad/ciudadanía de cualquiera de ellos. En el caso de la URSS, la LCURSS vuelve a restar mérito.

Por último, no cronológicamente, sería interesante analizar e investigar con rigor –en otro momento puesto que no alejaría de la investigación- ¿a qué se referían con el nivel de instrucción? ¿Acaso se refería a educación formal, conocimiento de las instituciones de la URSS?

Independientemente de las de las 'distinciones' indicadas en el artículo 15 LCURSS, cualquier persona podía solicitar de las autoridades estatales la admisión a la ciudadanía soviética. Al admitir extranjeros a la ciudadanía soviética a través de la naturalización, la ley no establecía cuotas para cualquier región geográfica del mundo, por lo que no había límites, sustantivamente hablando, para el número de personas que podían ser naturalizados en un año determinado<sup>48</sup>. Ginsburgs la divide en dos formas de naturalización.

#### 3.2.1 Naturalización primaria

---

<sup>46</sup> op.cit. p 210

<sup>47</sup> op.cit. p 310.

<sup>48</sup> Osakwe, C., "Recent Soviet Citizenship Legislation," op.cit., p.637.

Un ciudadano de la URSS podía conseguir liberarse de su ciudadanía soviética únicamente con el permiso del Presídium del Soviet Supremun (artículo 17 LCURSS). En consecuencia, cuando un ciudadano soviético a través de la naturalización adquiría una nacionalidad extranjera sin haber dejado previamente la Soviética, se hallaba en posesión de dos ciudadanías. El mecanismo funcionaba en el sentido opuesto también.

En caso de un extranjero que fuera un ciudadano de un Estado que, al igual que la Unión Soviética, rechazaba la idea de la libertad de expatriación, en cada ocasión requería autorización administrativa previa para la salida o renuncia a su ciudadanía y pedía y recibía la ciudadanía soviética sin haberse tomado la molestia de dejar la que tenía, se convertía en una persona con doble ciudadanía<sup>49</sup>. Es por ello que, como explica Ginsburgs, la LCURSS previendo estas hipotéticas pero factibles posibilidades se tomó la molestia y, a modo de advertencia señaló a todos los candidatos potenciales para la ciudadanía soviética, que una vez que una persona tenía el derecho a ser ciudadano de la URSS la cúpula soviética no reconocería ningún tipo de relación con la ciudadanía de un Estado extranjero. La legislación no ofrecía salvaguardias a los baches de posibles dualidades de ciudadanías-o múltiples- Moscú planteaba que " un estado no estaba obligado, en la naturalización de alguna persona, a prestar atención a la posesión de la ciudadanía de otro Estado que una persona tenga<sup>50</sup>.

#### *ii Naturalización secundaria*

El concepto específico que Ginsburgs utiliza es la naturalización derivativa. Se refería a que tanto en la ley del 38 como en la LCURSS del 78 se preveía que, en los casos de cambio de ciudadanía por ambos padres, cuando ambos se convierten en ciudadanos de la URSS, o cuando ambos de ellos dejaban de ser tal, correspondientemente también quedaba afectada la ciudadanía de sus hijos menores de catorce cambios (artículo 20). Por otro lado, la LCURSS indicaba aquellos casos en los cuales los padres de un menor de catorce años que eran ciudadanos de un estado que no permitía la expatriación voluntaria automática – dejar de ser ciudadano del estado- sin la aprobación oficial, y que habiendo sido admitida su nacionalidad soviética, la doble era compartida por dicho menor. Sin embargo, el cambio de la ciudadanía de los niños de catorce a dieciocho años de edad, en caso en que cambiaba la ciudadanía de sus padres, únicamente podía efectuarse con su consentimiento, de forma expresa por escrito (artículo 25)<sup>51</sup>. Según Ginsburgs, estas diferencias podrían plantearse un sin número de posibilidades que darían como resultado la doble ciudadanía, como sería el que uno solo de los padres (artículo 21 LCURSS) fuera el que adquiriera la ciudadanía soviética, o el caso descrito en el artículo 22 LCURSS, el cual señalaba que si uno de los padres renunciaba a la ciudadanía soviética-con la respectiva autorización de las autoridades- pero el otro la conservaba en ese evento, el niño mantiene la ciudadanía de la URSS.

Para Ginsburgs representaba una innovación en la normativa de ciudadanía soviética. La barra absoluta contra la liberación del niño de la ciudadanía soviética en estas circunstancias (aunque, nótese bien, si tanto los padres aprueban el movimiento) estaba destinado a ocasionar incidentes de doble nacionalidad ya que era -y sigue siendo- una práctica común para los estados extender su ciudadanía inmediatamente a la hijos menores de edad cuando un padre recibe la nacionalidad por naturalización, en especial cuando la oferta emana del padre<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op.cit, p.85.

<sup>50</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, cit. p.86.

<sup>51</sup> op.cit. p.88.

<sup>52</sup> op.cit. p.89



### 3.3 Por Adopción

Los artículos 23 y 24 trataban sobre la adopción. Dentro de la estructura de la LUCRSS estas disposiciones se encuentran en el capítulo IV que podría afirmarse que son los relacionados a la naturalización. En general, en los casos de adopción, por ficción jurídica, los estados suelen considerar a los adoptados como naturales por derivación de la ciudadanía de sus padres. Un caso interesante para profundizar en otra ocasión.

Según el artículo 23 LCURSS, el niño que sea ciudadano extranjero o persona sin ciudadanía pasaba a ser ciudadano de la URSS cuando lo adoptaban ciudadanos soviéticos. Nótese que no distinguía entre naturales o naturalizados. El niño que sea ciudadano extranjero o sin ciudadanía pasaba a ser ciudadano de la URSS cuando lo adoptaban cónyuges de los que al menos uno era ciudadano de la URSS, y el otro tenga ciudadanía extranjera o una no conocida. En el primer caso de estos últimos el último párrafo señalaba que el niño extranjero pasaba a ser ciudadano soviético por acuerdo de los padres cuando lo prohijaban conyugues de los que uno era ciudadano soviético y el otro extranjero.

Por su parte el artículo 24 LCURSS señalaba que el Presídium del Soviet Supremo de la URSS podía permitir, a solicitud de los padres adoptantes, que el niño adoptado renunciase a la ciudadanía de la URSS. Como se señaló e indica Ginsburgs<sup>53</sup>, era y sigue siendo una práctica muy común que los estados asignen su ciudadanía a los niños adoptados por sus ciudadanos. Es evidente que obstaculizar burocráticamente esta otorgación complicaría la vida de las familias e incluso de las autoridades, malgastando tiempo y recursos de manera innecesaria. Esto no evitaba –ni evita– que estos adoptados se liberaran –liberen– de la posible doble o múltiple ciudadanía, según el caso. Ya que las autoridades soviéticas podían o no permitir la renuncia de la ciudadanía, esta situación debe tomarse en consideración a la hora de pensar y diseñar una ciudadanía de la UE. Así en caso de no haberse tratado de doble -o múltiple- ciudadanía se debe permitir la misma en caso de no haber conflicto. En caso contrario se debe permitir y aplicar una ‘suspensión’ cautelar y temporera mientras dure el conflicto. Siendo un derecho que la cobije. Como señala Ginsburgs<sup>54</sup>, el que un ciudadano de la URSS adoptado por un extranjero adquiriera su ciudadanía soviética fue una mejora formal sobre cómo se había planteado en el Reglamento de la ciudadanía de 1931.

### 3.4 Por Matrimonio

Según Ginsburgs este criterio era común y generalizado en los países en que se otorgara la ciudadanía aquellas mujeres extranjeras que se casasen con sus ciudadanos. Cosa que no era norma según el canon jurisprudencial soviético. Puesto que no le otorgaban especial valor al matrimonio. A la inversa, no solía ser demasiado frecuente sino todo lo contrario. Ginsburgs ejemplifica el caso de un ciudadano varón de la URSS, quien residía en Brasil, que estuviese casado con una brasileña, con hijos brasileños y con residencia en Brasil, en virtud de la ley brasileña del momento, podía ser un ciudadano de Brasil, a menos que hiciera constar su intención de no renunciar a su antigua nacionalidad<sup>55</sup>. Por el contrario, esta visión soviética tenía una característica positiva a nivel *intra-socialista*. La doble nacionalidad no ocurría como resultado de un matrimonio entre los ciudadanos de los países miembros, ya que ninguno de estos estados se adhería al principio de que "la mujer sigue la ciudadanía del marido. Además de que ambos eran ciudadanos de la URSS, por lo que no tenía importancia adquirir la de las respectivas repúblicas.

---

<sup>53</sup> op.cit. ,p.91

<sup>54</sup> Ibíd.

<sup>55</sup> op.cit., pp.89-90

Las disposiciones taxativas restantes de adquisición a la luz del artículo 10 LCURSS, son las que se refieren a lo que se estipulaba en tratados internacionales suscritos por la URSS (10.3) y; a otros fundamentos previstos la LCURSS. Para efectos de nuestra investigación no parece necesario abundar o comentar al respecto. Referimos a la lectura del trabajo de Ginsburgs. No obstante si nos parece apropiado revisar de forma general las cuestiones sobre la pérdida de la ciudadanía ya que podría ser útil para la cristalización actualizada de una plausible ciudadanía de la UE.

#### **4 Pérdida y recuperación de la Ciudadanía de la URSS**

Lo relativo a la pérdida de ciudadanía de la URSS se encuentra en el capítulo III de la LCURSS, que comprendía los artículos 16 al 19. La pérdida de la ciudadanía de la URSS implicaba la pérdida de la ciudadanía de la república federada. Las causas se señalaban en el artículo 16:

##### *4.1 por haber renunciado a la ciudadanía de la URSS;*

La ley establecía un proceso que Ginsburgs llama "procedimiento permisivo". Como se recordará sólo se podía dejar de tener la ciudadanía de la URSS previo consentimiento de las autoridades. En concreto, debía autorizarlo el Presídium del Soviet Supremo de la URSS. Así lo indica el artículo 26.3:

"el Presídium del Soviet Supremo de la URSS decide sobre: (...) solicitudes de recuperación de la ciudadanía de la URSS o de renuncia a ella, así como propuestas de privación de la ciudadanía soviética (...)"

La aceptación de la renuncia no estaba asegurada. Ésta podía ser perfectamente denegada si el solicitante tenía compromisos incumplidos ante el Estado, cooperativas o cualquier otra organización social. Es curioso que la Ley no enumerase motivos, circunstancias o casos en los cuales una persona pudiera renunciar a la ciudadanía de la URSS. Según Ginsburgs, quizás se debía a que, de haber figurado dichas causas en la norma, daría amparo legal al interesado para poder ejercitar un derecho, argumentando ante las autoridades que se cumplía con los requisitos jurídicos<sup>56</sup>.

Por el contrario, la norma señalaba los criterios por los cuales podía denegarse la petición de renuncia. La Oficina procedimiento se comunicaba con los órganos correspondientes, actuando bajo la autoridad de la Presidencia federal, y estudiaban todos los hechos relacionados con una solicitud renuncia de la ciudadanía soviética. De esta manera se presentaba "una conclusión objetiva"<sup>57</sup>. Como indicaba la Ley, debía estar "al día" con sus obligaciones con el Estados y sus entidades. Ginsburgs pone el ejemplo, de un joven recién licenciado en educación (obligado a trabajar para el Estado durante tres años). Si el procedimiento determinaba que él o la joven no habían cumplido con esta obligación su solicitud sería rechazada. Igual era el caso de las personas que tenían propiedades con obligaciones legales incumplidas o que tuvieran obligaciones de pago de manutención a niños, etcétera.

##### *4.2) por haber sido privado de la ciudadanía de la URSS;*

Este supuesto lo describía el artículo 18 LCURSS. Este supuesto de pérdida de la ciudadanía se suscitaba en casos excepcionales. En primer lugar, se daba por decisión del Soviet Supremo de la URSS; actos indignos de la alta condición de ser ciudadano soviético o que fueran en menoscabo del prestigio o la seguridad de la

---

<sup>56</sup> op.cit., p. 235.

<sup>57</sup> Las comillas son del profesor.

URSS como Estado. Cabe mencionar que está perdida era a título personal, puesto que según dispone el último párrafo de artículo, la privación de la ciudadanía de la URSS no implicaba cambio de ciudadanía para el cónyuge ni para los hijos de la persona destituida de ella<sup>58</sup>.

4.3) *lo estipulado en tratados internacionales suscritos por la URSS;*

Ginsburgs señala que este apartado implicaba básicamente un efecto dual: la expansión y participación de la URSS en el principio jurídico del *pacta sunt servanda*, lo que acreditaba la importancia de los tratados interestatales en la práctica soviética.

4.4) *en base a otras causas previstas por la Ley.*

Según Ginsburgs, esta última cláusula se refería principalmente a aquellas situaciones en las que se veían afectados menores. Recordaremos que la ley reconocía que cuando ambos padres dejaban de ser ciudadanos soviéticos, la ciudadanía de sus hijos menores de 14 años cambiaba igualmente como consecuencia. Esto se aplicaba a los menores por medio del vínculo sanguíneo. No quedando claro si también se extendía a los niños adoptados. Algunos autores afirmaban que con "el cambio de la ciudadanía de los padres adoptivos no se deba de forma automática el cambio de ciudadanía de los niños adoptados"<sup>59</sup>. En cualquiera de los casos, Ginsburgs señala que la característica que distinguía el cambio de ciudadanía de los hijos era que no se requería la emisión de un acto especial por parte del Presídium federal, como era el caso de los casos estándar de la ciudadanía soviética.

Se puede concluir que el artículo 16 delineaba *numerus clausus* las situaciones en las cuales se perdía la ciudadanía soviética sin que otra normativa pudiera indicar lo contrario. Ello es así, como correctamente nos recuerda Ginsburgs, como consecuencia directa del artículo 33<sup>60</sup> de la Constitución del 77<sup>61</sup>.

Por último, el párrafo final anotaba que la pérdida de la ciudadanía URSS implicaba la pérdida de la ciudadanía de la respectiva república. Es más que evidente, como confirma Ginsburgs, que este señalamiento no era nada inocente: mostraba la primacía de la ley y de la ciudadanía federal sobre la de las repúblicas.

4.5) *Recuperación de la ciudadanía de la URSS*

La persona que hubiese perdido la ciudadanía de la URSS podía recobrarla, a petición propia, mediante decreto del Presidium del Soviet Supremo de la URSS. (Artículo 19 LCURSS). Como señala Ginsburgs, el lenguaje de la Ley no establecía mecanismos específicos para la restauración de la ciudadanía perdida. La academia, en su momento, concluyó que había espacio para pensar en procedimientos diferentes en función de los diferentes motivos de las solicitudes (artículo 28)<sup>62</sup>. Al perder la ciudadanía, los ex ciudadanos eran considerados como extranjeros o apátridas, ergo estos 'ex' sólo podían volver a adquirir la ciudadanía por los medios ordinarios de naturalización<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> op.cit., pp. 238-245.

<sup>59</sup> Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit. p.228. El autor detalla este caso en el capítulo X de la obra.

<sup>60</sup> "La Ley sobre la ciudadanía de la Unión Soviética determina los fundamentos y las normas de adquisición y pérdida de la ciudadanía soviética" ( art. 33.2)

<sup>61</sup> El profesor Ginsburgs diserta y cometa interesantes cuestiones a este respecto. Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit., p. 228 y ss.

<sup>62</sup> op.cit., p. 250.

<sup>63</sup> Nuevamente si invita a consultar, crf, Ginsburgs, G., *The citizenship law of the USSR*, op. cit., pp. 246-252, para detalles pormenorizados.

## **5 Consideraciones relevantes sobre la ciudadanía supranacional**

Como se ha visto, la ciudadanía no puede ser sin más despachada con un simple 'es' esto o aquello. Está asociada a un sin número de escenarios, modalidades, nociones, etc. De un lado, podría decirse que cabe -a su manera- dentro de aquello que Ernesto Laclau llamó '*significante vacío*'. Aunque a su vez, también podría -quizás- entrar en el ámbito de los '*significantes flotantes*'<sup>64</sup>. En torno a éste último, podría ir configurándose según los diferentes ciclos históricos - con todos sus espectros- en la medida en que estos fueron diseñando o trazando la línea de significado del término.

En efecto, por un lado, la ciudadanía se ubica dentro de lo que podríamos llamar la *oportunidad conceptual*. Desde esta perspectiva teórica, se concibe como polisémica. Tanto las ideologías como la academia se afanan en señalar los elementos que tiene o debería tener, cualesquiera que sean o deban ser. Pero, por otro lado, el momento crucial de la ciudadanía es el de la *positivación* o concreción real del significado. Aquí es cuando las comunidades políticas, en sus normativas constitucionales, legales y reglamentarias, establecen quienes son considerados ciudadanos. Desglosando los criterios, requisitos, procesos, normas, etcétera que estos deben cumplir. Aquí es donde surgen los conceptos de ciudadanía original u originaria, por razón de vínculo sanguíneo -*ius sanguinis*-, vínculo con el territorio -*ius solis*-, naturalización, o cualquier otro criterio, concepto que aparece estrechamente vinculado en la historia al de nacional de un estado nación.

En teoría, los criterios que determinan la pertenencia a una comunidad política, y como consecuencia otorgan la ciudadanía, son 'neutrales', pero general la realidad de individuos o grupos que, a pesar de cumplir estrictamente con esos requerimientos para su reconocimiento como miembros del club, no acceden plenamente al estatus. Así pues, la ciudadanía, podrá tener todos los elementos y características que integra su oportunidad conceptual, pero sólo será reconocida como tal en virtud del cumplimiento de las exigencias previstas por las comunidades políticas en el ejercicio de sus prerrogativas<sup>65</sup>.

Pero, por otro lado, los mismos criterios que otorgan la pertenencia, pueden otorgar el acceso a un solo estatus o a más de un estatus, y ello puede darse dentro de un solo estado o en el supuesto de comunidades supranacionales formadas por más de un estado -como es el caso de la antigua URSS o la actual UE por ejemplo-.

En el caso de confluencia de estatus dentro de un solo Estado, la dialéctica nacionalidad-ciudadanía se plantea con relación a quienes son miembros plenos -los nacionales- que aúnan la doble titularidad de nacionales y ciudadanos, frente a quienes siendo extranjeros o inmigrantes, tan sólo acceden a un estatuto no pleno de ciudadanía, y solo bajo determinadas circunstancias consiguen integrarse en un estatus pleno, pero siempre a través del acceso a la nacionalidad.

Sin embargo, el ejemplo de la URSS y su modelo de ciudadanía supranacional, muestra un ejemplo realizable de una sinergia contraria, en la cual, lo prevalente, lo que define el estatuto jurídico de la persona es la ciudadanía supranacional, es decir, aquella que se ostenta por encima de la pertenencia nacional a los distintos estados que la componen. No se era ciudadano bielorruso, osetio, kazako o ucraniano; se era ante todo y sobre todo, ciudadano soviético. Y esa condición se realizaba de manera emblemática ante países extranjeros: ser ciudadano soviético implicaba asumir la protección de la URSS en cualquier

---

<sup>64</sup> Laclau, E., "Estructura, historia y lo político", en "", en VV.AA.(Butler, J; Laclau, E; y Slavoj, Z., (coords), *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos de la izquierda*, FCE, Buenos Aires, 2004, p. 187 y ss.

<sup>65</sup> Para más detalles ver : Cfr. Jiménez Sánchez, C., "La construcción del concepto de ciudadanía desde la perspectiva de género: los sistemas de cuotas", en VV.AA.,( Silva, D., coord..) *Propuestas de Derecho para Cuestiones Universales*, Autografía, Río de Janeiro, 2016, pp.,167-176.

territorio; estar sometido a la legislación de la URSS, no a la de la república de procedencia; no poder ser juzgado sino por la ley de la URSS, no poder ser extraditado, etc. Hasta el punto de que, como se ha visto, la pérdida de la ciudadanía soviética comportaba de inmediato la pérdida de la condición de ciudadano de la república originaria del individuo.

## 6. Ciudadanía de la Unión Europea e identidad "europea"

Sabido es que para ser ciudadano de la UE hay que ser nacional de uno de sus estos miembros. La primera reglamentación sobre la ciudadanía de la Unión Europea fue introducida por el Tratado de la Unión Europea. En éste expresamente señala que "al establecer una ciudadanía de la Unión, es ciudadano de la Unión Europea toda persona que posea la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la UE complementa la ciudadanía nacional, no la sustituye, permitiendo ejercer una serie de derechos de ciudadano de la UE en el territorio del Estado miembro de residencia (y no sólo en el país de origen,) sino también en los Estados miembros<sup>66</sup>.

Esto es lo que fundamentalmente la hace ser subsidiaria con respecto a la nacionalidad estatal. Dicho, esto, como indica el profesor Agudo Zamora el término "ciudadanía" implica una evidente intención política de procurar una igualdad entre individuos<sup>67</sup>. Afirma el profesor que al haberse reconocido una ciudadanía europea por medio del *Tratado de la Unión Europea* (TUE), conllevó un adelanto en la construcción europea. Como apunta, los cimientos de esta ciudadanía se hallaban implícitos en el Preámbulo del Tratado de Roma, que establecía la misión de la entonces Comunidad, de "sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos", así como en varias declaraciones de las instituciones comunitarias realizadas en los años setenta, la introducción en el Tratado de la Unión Europea del concepto de ciudadanía tuvo un valor fuertemente emblemático<sup>68</sup>.

Por su parte esta ciudadanía involucra la idea de idea de una comunidad que abarca tantos contextos locales, nacionales, regionales e internacionales a los que las personas pertenecen simultáneamente<sup>69</sup>. Vemos en esta perspectiva una visión contextualizada geográficamente si se permite decir. Así quien pertenezca a esa comunidad compartirá esos contextos que mientras mayor sea la extensión, mayores serán los contextos. Georgi<sup>70</sup> señala que la ciudadanía europea no debe verse solamente como un *estatus legal*, es decir, una serie de derechos y obligaciones que los ciudadanos europeos tienen, sino que debe ser entendida como una dimensión importante de una entidad transnacional que es la identidad europea. El profesor se pregunta entonces: ¿Cómo podemos identificar esa dimensión de ciudadanía europea? ¿Cómo se puede expresar la pertenencia a la Comunidad Europea en términos que sean equivalentes a las ideas tradicionales de la ciudadanía nacional? ¿Cómo se puede producir o fomentar una cohesión social similar a la que se produce en las categorías nacionales?

<sup>66</sup> Nely Militaru, I "Citizenship of the European Union under the Treaty of Lisbon", *Juridical Tribune*, vol. I, vol 1, 2011, p. 71

<sup>67</sup> Agudo Zamora, J.M. "El reconocimiento de una ciudadanía europea (del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" en VV.AA., (Carrillo López, M. y López Bofill, H., coords.), *La Constitución Europea : actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 201.

<sup>68</sup> Ibíd.

<sup>69</sup> Moro González, R., "Ciudadanía de la Unión y Educación para la Ciudadanía" *Eikasia*, nº 11, 2007, p.172

<sup>70</sup> Viola, G., *Models of Citizenship*, Networking European Citizenship Education, Saarbrücken, 2005, p. 4

Antes de intentar dar respuesta a estas interrogantes convendría llamar la atención de varios puntos. Georgi en su argumentación intercambia y utiliza los conceptos ciudadanía europea y ciudadanía de la Comunidad como si fueran sinónimos. De hecho, Moro González quien también la cita, al traducir del inglés, ya directamente adjudica la argumentación de forma directa la ciudadanía europea a la de la Unión. Hay un *neo-utilización* del intercambio de conceptos. Antes se comentaba la utilización indistinta de ciudadanía por nacionalidad. Pues ya sea por la costumbre, inintencionadamente, o como consecuencia del planteamiento de Schuman, es evidente la *sinónimación* de los conceptos 'ciudadanía europea' y 'ciudadanía de la Unión Europea' y/o 'ciudadanía de Europa'.

Es significativo e interesante señalar que esta ciudadanía es utópica, en sentido más o menos literal. Nos referimos al hecho de que se trata de *u* (prefijo que significa sin o no) y *topos* (que significa de lugar). En efecto, la ciudadanía, en este caso de la Unión Europea –como vamos a referir– es un modelo que carece de Estado Nación con la que vincularse. Como indica Georgi, la Unión Europea es hoy una red densa y compleja de las relaciones institucionales, sociales y políticas<sup>71</sup>. Los ciudadanos europeos están en el centro de estas redes y su participación activa es esencial a fin de garantizar un desarrollo democrático y equilibrado de la Unión Europea<sup>72</sup>. Esta tiene un doble desafío según el profesor. Por una parte, ha de buscar una participación más activa de los individuos en el proceso de toma de decisiones y por otra fortalecer los lazos sociales y solidaridades entre ellos. Actualmente –quizás más que nunca– la Unión Europea se enfrenta a una paradoja pese a sus avances y logros desde su creación: los ciudadanos europeos aparentemente han desarrollado una relación bastante distante hacia las instituciones europeas. Ello no significa que se extienda al reconocimiento de su 'ciudadanía'. También parecen tener dificultades para identificarse con el proceso de ampliación e integración, y con el de permanencia, como ha demostrado la consulta al Reino Unido al respecto<sup>73</sup>.

Georgi señala que la Unión Europea y sus instituciones tienen el reto de acercarse a sus ciudadanos –los de sus estados miembros– a través de la promoción de sus logros y mejorar la participación de los ciudadanos en la creación de una Europa (UE) que se basa en la comprensión mutua, los valores compartidos (como la democracia y los derechos humanos), la libertad, la justicia, la solidaridad, y la aceptación. Esto encaja dentro del doble desafío de la UE. Esa búsqueda de participación activa de los individuos en el proceso de toma de decisiones y de fortalecer los lazos sociales y solidaridades, se despliega a través de lograr que los individuos– sus ciudadanos– se identifique en y con ella y sus instituciones así como lograr una conexión.

La identificación es una condición necesaria pero no suficiente. En el caso de las Naciones Unidas la vinculación se establece hacia las constituciones. En el caso de la UE se debería establecer sobre todo el conjunto de su nomenclatura jurídica; Tratados, Reglamentos, Directivas, Jurisprudencia, entre otras. Algo difícilmente realizable. También hace falta que los ciudadanos se vean a sí mismos conectados intrínsecamente con la Unión. Una conexión que es una mezcla simbiótica de amor, orgullo y sentimiento por pertenecer y ser parte de ella. La identificación al acervo jurídico, no garantiza el apego a lo que ésta representa, pero la conexión con ella logra que la identificación sea inexorable. Esta conexión se da a través de la continua educación<sup>74</sup> Inculcando los valores de ella de modo que sean parte de sus individuos y viceversa.

---

<sup>71</sup> Tanto en 2005, fecha de la obra de Georgi, *ibíd.*, como en 2016.

<sup>72</sup> *Ibid*

<sup>73</sup> El llamado *Brexit*

<sup>74</sup> Julio, M. A., "Reflexiones sobre la educación y su relación con la ciudadanía en el ámbito de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 15, 2008 pp. 1 y ss.; Arias García, M.T., *Ciudadanía y valores en la Unión Europea Hacia el Tercer Milenio: cambio educativo y educación para el cambio*, XII Congreso Nacional y I Iberoamericano de Pedagogía, Sociedad Española de Pedagogía, Madrid, 2000. p. 79; Guichot-Reina, V., "La

Ahora, así como la necesaria -pero no suficiente- identificación ha de ampararse en caso de los Estados Nación en el valor que las representan a través de sus constituciones en la EU como se ha indicado se extiende a través de la configuración de sus conectores tejidos jurídicos.

El proceso de integración que fue teniendo la hoy UE rebasó los rasgos de índole económica que dieron base y se cimentó sobre la construcción de la ciudadanía de la unión. Como señala Delgado Lirola<sup>75</sup>, al incorporarse el concepto de ciudadanía en el Tratado de la Unión Europea (TUE) se produce una especie de constitucionalización de una nueva categoría en el proceso de integración de la UE, con el que se logra superar el carácter funcional y socio-económico desde el que se había establecido la relación entre el individuo y el ente supranacional en el marco del Tratado de Roma, de modo que se dio un cambio que impactó a la naturaleza de la relación, la cual ya no se constituía como un orden jurídico-económico, sino jurídico-político. Era hora situar a las personas como el eje de la integración comunitaria, articulada tras el referido prisma jurídico-político que lo articulara.

Esta ciudadanía de la Unión implica, en primer lugar, el inicio de un orden jurídico comunitario que no se centra en criterios económicos como base dura de su andamiaje, sino que se centra en un elemento subjetivo, en el que el nuevo ciudadano será la base del Derecho. Con anterioridad, el nacional de un Estado miembro era un factor más de la ecuación económica. Dicho factor necesitaría de libertad dentro del espacio intracomunitario. Las barreras económicas limitaban su capacidad productiva, por lo que había que liberalizar su desplazamiento en el espacio intracomunitario eliminando los obstáculos que impidieran su libre circulación (como mera fuerza de trabajo). Es decir, la libre circulación de las personas, consagrada el Título III, capítulos del I al III, compuestos por los arts. 39-52 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>76</sup> (TCUE) veía a los sujetos en su condición de "trabajadores"; la *libre residencia* se facilitaba en la medida en que se era trabajador migrante, o familiar directo, o estudiante, jubilado o inactivo, cuyos medios de subsistencia estuvieran asegurados, reduciéndose el riesgo de que su sostenimiento gravitara sobre los sistemas de seguridad y asistencia social del Estado miembro en el que fijaban su residencia.

En segundo lugar, la consagración de la *ciudadanía de la Unión*, una vez superado el valor económico de las personas, procuraba su inserción en otros ámbitos comunitarios; como serían las esferas de lo social, cultural y político. Por tanto, se buscaba conferir a este *status ciudadano* los instrumentos propios e inherentes a la ciudadanía; en particular, la garantía de derechos fundamentales básicos. Entre los cuales se encontraba la participación y decisión en los procesos electorales internos y comunitarios. De este modo se aportaba a un reforzamiento en pro de la legitimidad democrática de la Unión Europea. Como señala Juárez Pérez, por encima del factor económico inicial, la actual UE dio paso a la estrategia de 'unidad política' basada en la construcción de una auténtica ciudadanía<sup>77</sup>.

### **Consideraciones finales**

---

construcción de la ciudadanía europea, un desafío para la educación en el siglo XXI", Revista de ciencias de la educación, nº 203, 2005, p. 375; Rodríguez Lajo, M., "Educación de la ciudadanía europea" Revista de educación, nº. 1, 2003, pp. 295 y ss; Valle López, J.M., "La política educativa de la Unión Europea una oportunidad para afianzar la identidad y la ciudadanía europeas" ,Gaceta sindical: reflexión y debate, nº. 13, 2009, pp.277-299

<sup>75</sup> Lirola Delgado, M.I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994,p.261.

<sup>76</sup> Unión Europea, "Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea", firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, *Diario Oficial*, C 325/33, 29 de julio de 1992, p. 1-184.

<sup>77</sup> Juárez, P. *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p.11

La URSS, con este modelo de ciudadanía, con todos los vicios, lacras, y virtudes, si alguna, supo manipularlo y utilizarlo, de manera que representa una vía de superación del modelo identificador entre ciudadanía y nacionalidad que, en el fondo, resulta casi siempre reduccionista y excluyente. De ahí que el modelo planteado por la ciudadanía de la UE, que obviamente no ha incorporado ninguno de los vicios propios del modelo social-comunista, ya tiene los propios, podría enfocarse en esa dirección y erigirse como el gran paradigma de la ciudadanía incluyente, como fuente de derechos inalienables por encima de la nacionalidad. Siempre que, como ya se ha advertido, decida reorientarse armonizando su actual formulación en un sentido unitario. Donde el modelo supra, "prele" al nacional.

En definitiva, es razonable concluir que el modelo de ciudadanía de la URSS, en tanto y en cuanto, observado desde una perspectiva *supraestadonacional*, en donde la ciudadanía supranacional primaba sobre la estatal es el modelo idóneo, el cual, la UE debe poner su atención hasta el momento en que, de ser así, se convierta en los Estados Unidos de Europa.

### **Bibliografía**

- AGUDO ZAMORA, J.M. "El reconocimiento de una ciudadanía europea (del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del tratado por el que se instituye una Constitución para Europa" en VV.AA., (Carrillo López, M. y López Bofill, H., coords.), *La Constitución Europea : actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- BECERRA RAMÍREZ, M. "La doble nacionalidad en la federación rusa". *Revista de Derecho Privado* 4, nº 12, 1993.
- GINSBURGS, G., "Letter to the Editor", *American Journal of Comparative Law* 34 nº3, 1986, pp. 6-9; Hourwish, I., "Laws of the Soviet Government", *American Bar Association Journal* 8 nº4, 1922.
- GINSBURGS, G., "Soviet Citizenship Legislation and Statelessness as a Consequence of the Conflict of Nationality Laws", *International and Comparative Law Quarterly* 15 nº 1, 1966.
- GINSBURGS, G., "The citizenship law of the USSR", *The Hague, Martinus Nijhoff*, 1983.
- GUICHOT-REINA, V., "La construcción de la ciudadanía europea, un desafío para la educación en el siglo XXI", *Revista de ciencias de la educación*, nº 203, 2005.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., "La construcción del concepto de ciudadanía desde la perspectiva de género: los sistemas de cuotas", en VV.AA., (Silva, D., coord..) *Propuestas de Derecho para Cuestiones Universales*, Autografía, Río de Janeiro, 2016.
- JUÁREZ, P. *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- JULIO, M. A., "Reflexiones sobre la educación y su relación con la ciudadanía en el ámbito de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 15, 2008 pp. 1 y ss.; Arias García, M.T., *Ciudadanía y valores en la Unión Europea Hacia el Tercer Milenio: cambio educativo y educación para el cambio*, XII Congreso Nacional y I Iberoamericano de Pedagogía, Sociedad Española de Pedagogía, Madrid, 2000.
- LACLAU, E., "Estructura, historia y lo político", en ", en VV.AA.(Butler, J; Laclau, E; y Slavoj, Z., (coords), *Contingencia, hegemonía, universalidad. Diálogos contemporáneos de la izquierda*, FCE, Buenos Aires, 2004.



- LIROLA DELGADO, M.I., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- MORO GONZÁLEZ, R., "Ciudadanía de la Unión y Educación para la Ciudadanía" *Eikasía*, nº 11, 2007.
- NELY MILITARU, I "Citizenship of the European Union under the Treaty of Lisbon", *Juridical Tribune*, vol. I, vol 1, dic. 2011, pp 71-82.
- POLENTS, E.O., en VVAA., (Korovin, E.A. coord.), *Mezhdunarodnoe Pravo*, Moskva, Moscow, 1951
- OSAKWE, C., "Recent Soviet Citizenship Legislation", *American Journal of Comparative Law*. 28, nº 4, 1980.
- RODRÍGUEZ Lajo, M., "Educación de la ciudadanía europea" *Revista de educación*, nº. 1, 2003.
- RUIZ, H. , "La nueva constitución Soviética de 7 de Octubre de 1977", *Revista de Estudios Políticos*, nº 2, 1978.
- SANDIFER, D., "Soviet Citizenship". *American Journal of International Law* 30, nº 4, 1936.
- STEENBERGEN, B. "Towards a Global Ecological Citizen", en VV.AA. (Steenbergen, B. coord.) *The Condition of Citizenship*, Sage, London, 1983.
- Yazdi, RSM; Halesi, R, & Halesi, A, "The principles governing the personal status OF FOREIGNERS RESIDING IN IRAN FROM THE PERSPECTIVE OF LAW," *JURIDICAL TRIBUNE* vol. 7, Jun, 2017, pp. 138-156

## **Grounds for acquittal in criminal proceedings under Ukrainian legislation in conditions of national and international tendencies of amplification of legal state**

**Vasyl Nor**<sup>1</sup>

**Marta Mazur**<sup>2</sup>

**Khrystyna Slyusarchuk**<sup>3</sup>

*Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine*

**Summary:** 1. Introduction; 2. Materials and methods; 3. Results and discussions; 3.1. "Proven" or "established" in the grounds for acquittal in criminal proceedings under Ukrainian legislation? 3.2. "Not guilty" (not proven guilt) or "innocent" (established innocence)? 3.2.1 The difference between the grounds for delivering judgment of acquittal in the practice of the Supreme Court of Ukraine; 3.3. The prosecutor's refusal to support the state indictment in court as a ground for closing criminal proceedings under the legislation of Ukraine in the mechanism of ensuring the right of the accused to be acquitted; 4. Concluding remarks; 5. Recommendations.

**Abstract.** Despite the fact that studies of problematic issues of theory and practice of acquittal in the Ukrainian criminal proceedings has always been in the field of view of both domestic and foreign scholars, the study of respective issues has become particularly relevant upon adoption of the 2012 CPC of Ukraine.

Today, the scientific community ignores studying interinstitutional legal nature of grounds for acquittal in criminal proceedings, provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine. Therefore, the article analyzes the main features of distinguishing grounds for acquittal, provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine in terms of their interinstitutional legal nature.

As a result of the scientific research, it has been established that grounds for delivering judgment of acquittal provided for by the respective articles of the CPC of Ukraine should be distinguished not by content but by the method of their establishing in criminal proceedings (by mechanism of their finding by the court in criminal proceedings). It is argued that acquittal of a person may occur with application of criminal procedural rules of different and independent institutions of criminal procedural law - criminal proceeding closure and trial. Despite the fact that although the respective grounds for acquittal are identical in content, their legal

---

<sup>1</sup> Dr. Sc. (Law), Full Professor, Member (Academician) of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine, Head of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine.

<https://orcid.org/0000-0002-5597-9768>

[vasyl.nor@lnu.edu.ua](mailto:vasyl.nor@lnu.edu.ua)

<sup>2</sup> PhD (Law), Docent, Associate Professor at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine. Member of the Committee of Criminal Procedure Law of the Bar Council of the Lviv Region.

<https://orcid.org/0000-0001-9274-6261>

[marta.mazur@lnu.edu.ua](mailto:marta.mazur@lnu.edu.ua)

<sup>3</sup> PhD (Law), Assoc. Prof. at the Department of Criminal Procedure and Criminalistics, Ivan Franko National University of Lviv, Ukraine. Deputy Chairman of the Committee of Criminal Procedure Law of the Bar Council of the Lviv Region.

<https://orcid.org/0000-0003-0337-6436>

[khrystyna.slyusarchuk@lnu.edu.ua](mailto:khrystyna.slyusarchuk@lnu.edu.ua)

nature and method of establishing in criminal proceeding differ and stem from two independent forms of criminal proceeding completion. These forms cannot be combined if the accused commits a single criminal offense. The article reveals that foreign criminal procedural doctrine generally distinguishes two types of acquittals delivered in criminal process, depending on the type of the judge's doubt on the person's guilt in committing a criminal offense.

The article uses the dialectical method of scientific cognition, as well as general scientific and special legal methods of cognition.

**Keywords:** acquittal, unproven grounds, establishment of grounds, standard of proof, doubt, criminal proceedings.

## 1. Introduction

Formation and development of a state primarily depends on the quality of human rights and freedoms promotion. It is no secret that human rights, freedoms and interests are most restricted in criminal justice. Interference with a person's private life, violation of inviolability of a person's dwelling, unlawful restriction of a person's right to liberty and security, restriction of other fundamental human freedoms provided for in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the Constitution of Ukraine are the most common violations that happen to be made or allowed by the state (its representatives) during criminal proceedings. These are so-called "overt" violations occurring due to direct delinquency.

However, it seems there may be a group of violations of human rights in criminal proceedings, which cannot be immediately classified as unlawful interference by the state. In particular, this concerns the person's right to a fair trial, to application of due process of law in criminal proceedings and to proper exercise of the presumption of innocence.

The number of acquittals passed by courts upon criminal proceedings can serve as a qualitative indicator showing how the state ensures exercise of the rights of the accused in criminal process. Unfortunately, this indicator remains consistently low in Ukraine today. In particular, according to statistics of the State Judicial Administration of Ukraine, 306 acquittals were passed within Ukraine that have come into force in 2016, 314 acquittals in 2017, 311 in 2018, 140 in 2019, 171 in 2020, and courts of Ukraine passed 179 acquittals that have come into force in 2021. As we can see, the number of acquittals that have entered into force for the last three years (2019 – 2021) does not reach even 200 throughout Ukraine.

Condition of a person's acquittal in criminal process and their rehabilitation have been studied earlier <sup>4</sup>. At the same time, reasons for a consistently low level of acquittals in Ukraine were investigated but the situation was not actually changing.

Adoption and implementation of the Criminal Procedure Code of Ukraine in 2012 (hereinafter referred to as the CPC of Ukraine) had to be the "light at the end of the tunnel", which would put an end to an unjustifiably low level of acquittals. Great hopes were placed on this law, since it undoubtedly strengthened significantly adversarial elements of mixed form of the criminal process in Ukraine in force before its adoption, although the law did not change this mixed form. First of all, this concerned ensuring the right of defense for the suspect, the accused and maximizing implementation of adversarial principle during criminal proceedings consideration. In addition, "emphases" in implementation of procedural functions assigned to the parties and the court during the criminal proceedings have shifted significantly.

---

<sup>4</sup> MAZUR, M. "Defense of rights and legal interests of rehabilitated people in criminal procedure". Academic Advisor: Andriy Pavlyshyn. Academy of Advocacy of Ukraine, Kyiv, Ukraine, 2012.

Of course, given traditions of the legal system and form (model) of the criminal process in Ukraine, court, by its role in criminal proceedings, cannot acquire only features of a "passive arbitrator" under the 2012 CPC of Ukraine, however, unambiguous and indisputable is the fact that the court currently has no active "means" to fill the gaps in evidentiary activity of the prosecution. Therefore, if the evidence gathered by the prosecution is not sufficient to prove the prosecution, the court must pass an acquittal in criminal proceedings. Taking judicial statistics of acquittals within Ukraine during 2016 – 2021 (during the effect of the 2012 CPC of Ukraine) into account, a rhetorical question arises: is the acquittals level predetermined by "perfect" work of the prosecution during the criminal proceedings? It is obvious that statistics of acquittals in criminal proceedings within Ukraine is "achieved" not only owing to the prosecution.

However, without going into the study of global determinants of the above level of judicial statistics, it can be argued that a significant role in ensuring exercise of human rights in criminal procedure and maximal implementation of elements of the adversarial model of criminal process (which allows achieving a higher level of acquittals in Ukraine) is played not only by existence of an effective mechanism of criminal procedural regulation, but also by proper interpretation and application of criminal procedural norms as one of the elements of the respective mechanism.

Thus, both in domestic and foreign doctrine, scientific community focuses on studying the institution of acquittal in criminal procedure taking the interdisciplinary approach (in particular, criminal and procedural aspects of acquittal are analyzed) into account, analyzing the role of reasonable doubt in the course of acquittal, and investigating the issue of possibility of acquittal at different stages of criminal proceedings <sup>5</sup>. Scholars pay special attention to studying the standard of proof "beyond any reasonable doubt" and the problem of possible acquittal of "guilty persons" in criminal proceedings <sup>6</sup>. Researchers also analyze the place and significance of acquittals in the system of procedural decisions taken in the course of criminal proceedings <sup>7</sup>. A separate research direction of acquittal institution in criminal proceedings is peculiarities of passing acquittals by a jury <sup>8</sup>. Equally interesting is the study carried out in foreign scientific doctrine (Uruguay) on legal possibility of convicting an accused by a court after the prosecutor's office final speech aimed at acquitting the person, which, in fact, violates not only prosecution principles in criminal proceedings, but also adversarial background <sup>9</sup>.

Therefore, despite the fact that studies of problematic issues of theory and practice of acquittal in the Ukrainian criminal proceedings has always been in the field of view of both domestic and foreign scholars, the need in study of respective issues has become particularly relevant upon adoption of the 2012 CPC of Ukraine. In particular, inter-institutional aspect of the grounds for acquittal in criminal proceedings provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine is currently left beyond consideration by the scientific community.

---

<sup>5</sup> KURLEMANN, P. J., et al. "The Acquittal (After Pretrial Detention) – a Rare but Fascinating Phenomenon of the Criminal Justice System", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2019, Vol. 27(4), p. 346-362.

<sup>6</sup> DEI VECCHI, D. M. "Laudan's error: Reasonable doubt and acquittals of guilty people", *The International Journal of Evidence & Proof*, 2015, Nº 24 (3), p. 211-232;  
 SLYUSARCHUK, Kh. "Implementation of the standard of proof "beyond a reasonable doubt" in the criminal proceedings of Ukraine", *Visegrad Journal on Human Rights*, 2016, Vol.2 (2), p. 148-153.

<sup>7</sup> ABAL OLIÚ, A. "Classification of Judicial Decisions", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016, Nº 40, p.13-49. ISSN 0797-8316.

<sup>8</sup> NEPVEU, K. H. "Beyond «Guilty» or «Not Guilty»: Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials", *Yale Law & Policy Review*, 2003, Nº 21, p. 263-300.

<sup>9</sup> GARCIA, R. de D. "Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição", *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Nº 3(3), p. 1043-1070. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.81>

In addition, there is no unified approach to understanding the mechanism of finding (establishing) grounds for acquittal in criminal proceedings by the court in criminal procedural science of Ukraine and judicial practice till nowadays, which leads to the court using two different and independent forms of criminal proceedings completion (passing an acquittal based on results of a simple general court proceeding (trial) and passing an acquittal with application of rules of criminal proceedings closure institution). Therefore, the questions of determining the legal nature of grounds for acquittal using various forms of criminal proceedings completion, as well as possible functioning of two types of acquittals passed based on "unproven guilt" and "established innocence" in the domestic mixed form of criminal proceedings require thorough scientific substantiation.

Thus, the respective research is aimed at establishing differences and differentiating grounds for acquittal under Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine, taking into account their inter-institutional aspect (acquittal of a person with application of criminal procedural norms of different and independent institutions of criminal procedural law).

## **2. Materials and methods**

Methodological basis of this collective scientific research is a dialectical method of scientific cognition of social phenomena.

General scientific and special legal methods of cognition have been used in the course of the current scientific research. In particular, analysis method was used to study in detail the grounds for acquittal in criminal proceedings in Ukraine, which made it possible to explore scientific positions distinguishing of acquittal types in criminal proceedings. Moreover, the use of synthesis as a scientific cognition method allowed identifying the types of mechanism for cognition of grounds for acquittal in criminal proceedings.

Generalization, as a method for scientific phenomena cognition, was used to form and develop new scientific approaches, proposals re proper use of independent forms of criminal proceedings closure by acquittals as dictated by independent grounds provided by these forms based on positions and opinions already existing in scientific literature on criminal procedure. In addition, by using the appropriate method of cognition, application and understanding of criminal procedural norms establishing grounds for acquittal in criminal proceedings in various forms of criminal proceeding closure by law-enforcer has been improved.

The use of structural-functional method of cognition revealed links between individual grounds for acquittal in criminal proceedings and their importance for formation of knowledge about the circumstances of criminal proceedings, as well as the interrelation of acquittal institution in criminal proceedings with other criminal procedural rules, including those establishing evidentiary rules in criminal proceedings. At the same time, application of structural-functional method contributed to separation of criterion of delimitation of the grounds for acquittal provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine.

Use of dogmatic or special-legal method of cognition equally facilitated achieving the research goal. It revealed a mechanism for the court finding grounds for a person's acquittal (passing acquittal judgment) in criminal proceedings. In turn, hermeneutic method was used to interpret the content of criminal procedural norms enshrining grounds for acquittal in criminal proceedings at the legislative level.

A comparative legal method of cognition was used in the process of comparing norms of national criminal procedural legislation with the respective norms of foreign legislation on acquittals in criminal proceedings, as well as with practice of the Supreme Court and the European Court of Human Rights. In addition, the appropriate method of scientific cognition was used to compare different legal positions of both domestic and foreign criminal procedural doctrine on passing acquittals and person rehabilitation in criminal proceedings.

It seems impossible to carry out proper and well-founded scientific research of any legal phenomena (objects) without historical and legal method of cognition. This method of cognition made it possible to analyze the history of acquittal institution in criminal proceedings, in particular in terms of consolidating a list of grounds for acquittal in criminal proceedings and separation of types of acquittals in criminal proceedings. Furthermore, tendencies of acquittal institution development in criminal proceedings in the context of national and international tendencies of introduction and improvement of competitive form of criminal process have been analyzed and singled out using this method.

Statistical method of cognition was used to analyze and summarize empirical material of scientific research, law enforcement practice, as well as data from official judicial statistics related to the subject of this scientific research.

Empirical basis for the research was comprised of materials of the Unified State Register of Judgments, practice of the Supreme Court and the European Court of Human Rights, rulings of the Ukrainian courts, as well as judicial statistics of the State Judicial Administration for the period 2016-2021.

### 3. Results and discussions

#### 3.1. “Proven” or “established” in the grounds for acquittal in criminal proceedings under Ukrainian legislation?

A person is acquitted in criminal proceedings of Ukraine exclusively by court through passing an acquittal on the grounds provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine.

Pursuant to part 1 of Art. 373 of the CPC of Ukraine, judgment of acquittal shall be delivered, **unless it was proved that:**

- 1) criminal offence was committed in which a person is accused;
- 2) criminal offence was committed by the defendant;
- 3) the act committed by the defendant contains elements of crime <sup>10</sup>.

At the same time, the legislator stipulates that judgment of acquittal shall also be delivered if the court establishes grounds for closing the criminal proceeding, as set out in cl. 1 and cl. 2 part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine. In particular, criminal proceedings shall be closed in court by acquittal if:

- 1) absence of occurrence of criminal offence **has been established**;
- 2) absence of elements of criminal offence in the act concerned **has been established** <sup>11</sup>.

Based on the initial and literal interpretation of the above rules, relevant grounds for acquittal seem to be identical at first. But is this really so? Thus, a question arises: what is the difference between grounds for delivery of judgment of acquittal in cases provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine? Has the legislator made a mistake and enshrined grounds of the same legal nature and content for judgment of acquittal in different articles of the criminal procedure law?

These questions can be answered based on the results of a literal analysis of the content (semantics) of the words used by the legislator in the relevant articles of the CPC of Ukraine.

As we can see, the legislator puts the same meaning into the grounds set out in subcl. 1-2 of part 373 of the CPC of Ukraine and subcl. 1-2 of part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine. In essence, these are the same grounds for delivering judgment of acquittal in different institutions of criminal procedural law, the first

<sup>10</sup> UKRAINE. Law of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine. Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine, 13 April 2012, N° 4651-VI, 474 p.

<sup>11</sup> UKRAINE. Law of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine. Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine, 13 April 2012, N° 4651-VI, 474 p.

ones – for delivery judgment based on trial results of criminal proceedings, the second – for criminal proceedings closure by acquittal.

Taking interinstitutional nature of the respective grounds for acquittal into account, it appears that the grounds for a person's acquittal in criminal proceedings should be distinguished not by content but by the manner in which they are set in criminal proceedings. Distinctive feature of the grounds for acquittal stipulated in Art. 284 of the CPC of Ukraine and the grounds for acquittal, which provided for in Art. 373 of the CPC of Ukraine, is the mechanism for their finding by the court in criminal proceeding. We can make such a conclusion based on the same "verbal surgery" of dispositions of respective articles of the CPC of Ukraine.

In part 1 of Art. 373 of the CPC of Ukraine, the legislator clearly points out that the grounds for delivering judgment of acquittal in criminal proceedings shall be found by the court upon **"failure to prove"** the facts mentioned therein. In turn, the grounds provided for in part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine, are recognized by the court upon **"establishment" ("detection")**. But are not the respective concepts identical?

Actually, in the context of everyday cognition of phenomena (circumstances, events, etc.) it can be argued that "establishment" can occur by "failure to prove", and vice versa, "failure to prove" anything means "establishment of its absence" or "establishment of the opposite". However, these concepts have different legal nature in legal knowledge "coordinates system".

Finding grounds for delivering judgment of acquittal by the court by **"... if it has not been proved that..." (unproven presence)** is not identical to the method of cognition **"... if absence of ... has been established"**. Unproven commission of a criminal offense the person is accused of and unproven presence of criminal offense in the act of the accused under Art. 373 of the CPC of Ukraine provides that the prosecution has failed to reach the required proving level according to the standard of proof "beyond any reasonable doubt".

Therefore, grounds for delivering judgment of acquittal under Art. 373 of the CPC of Ukraine by mechanism of their finding by the court in criminal proceedings are focused on achieving target level for burden of proof by the prosecution. This means that the prosecution has fulfilled its burden of proof at a level that left "doubts in conviction" of the judge in proving the prosecution (circumstances of the fact in proof), which in turn means failure to reach the standard of proof "beyond any reasonable doubt" under Art. 17 of the CPC of Ukraine.

Pursuant to part 2 of Art. 17 of the CPC of Ukraine, "no one shall be required to prove their innocence of having committed a criminal offence and *shall be acquitted unless the prosecution proves their guilt* beyond any reasonable doubt." Therefore, grounds for the acquittal set out in part 1 of Art. 373 of the CPC of Ukraine, are directly connected to the foundation of criminal proceedings – the presumption of innocence and ensuring proof of guilt, which was normatively consolidated in Art. 17 of the CPC of Ukraine. Therefore, the legislator called the respective foundation of criminal proceedings as "ensuring proof of guilt"!

A logical question may arise: why didn't the legislator name the respective foundation of criminal proceedings as "ensuring establishment guilt"? In the context of international tendencies of criminal procedural regulation mechanism improvement, the above legislator's stance are defining and enshrining the name of the corresponding principle of criminal proceedings seems quite justified and corresponding to proper implementation of adversarial form of criminal process.

The Constitutional Court of Ukraine in its ruling No. 1-r/2019 dated February 26, 2019 in the case of compliance with the Constitution of Ukraine (constitutionality) of Art. 368-2 of the CC of Ukraine noted that "in dubio pro reo" principle, according to which all doubts about the guilt of a person are interpreted in favor of their innocence in assessing the evidence is an element of the

presumption of innocence. The presumption of innocence implies that the *burden of proof* is borne by the state <sup>12</sup>.

At the same time, according to part 1 of Art. 17 of the CPC of Ukraine, a person is considered innocent of the commission of a criminal offence and may not be imposed a criminal penalty unless their guilt is *proved* in accordance with the procedure prescribed in the CPC of Ukraine is *established* in the court judgment of guilt which has taken legal effect.

Therefore, guilt of a person is being "proved" by the prosecution and "established" by court in criminal proceedings. Thus, application of such legislative technique by the legislator provides for and outlines functions performed by the prosecution and the court in criminal proceedings. The prosecution's function is to prosecute criminally, the court's function is to administer justice.

It should be noted that under the 1960 CPC of Ukraine, the legislator used other legislative technique at normative consolidation of the grounds for delivering judgment of acquittal. In particular, pursuant to part 4 of Art. 327 of the 1960 CPC of Ukraine, acquittal judgment was delivered in cases where the case of crime has not been *established*, when *no* corpus delicti has been found in the act of the defendant, as well as when participation of the defendant in commission of the crime has not been proved <sup>13</sup>.

At present, the Supreme Court in its resolution as of October 3, 2019 in case No. 760/5721/16 stated that in fulfilling its professional duty under Art. 92 of the CPC of Ukraine, the prosecution must prove with proper, admissible and reliable evidence in court there is a single version by which a reasonable and impartial person can explain the facts established in court, namely – guilt of a person in committing a criminal offense they were charged with <sup>14</sup>.

Each and every element that is important for legal qualification of the act must be proved beyond any reasonable doubt: both forming the objective side of the act and defining its subjective side. Reasonable doubt is an insurmountable doubt remaining in investigator, prosecutor, investigating judge, court concerning guilt of the accused or the defendant after comprehensive, full, and objective study of the case's circumstances. Presence of a reasonable doubt re the charge's validity will prevent any impartial person thinking with due reason and conscience from finding the accused guilty <sup>15</sup>.

Having analyzed decision of the European Court of Human Rights in the case "Korobov v. Ukraine", we can conclude that there may be some doubts for each piece of evidence during its evaluation but if this doubt is not reasonable, judgment of guilt can not be delivered <sup>16</sup>.

In turn, grounds for delivering judgment of acquittal under Art. 284 of the CPC of Ukraine, namely: **establishing absence** of occurrence of criminal offence and **establishing absence** of criminal offense in the act of a person provide for "veracity" of these circumstances (grounds veracity). It means there is no "gradation" in fulfillment level of burden of proof, as well as in doubt in the judge's belief in the court finding grounds for acquittal by "establishing" grounds for delivering judgment of acquittal in the institution of criminal proceeding closure. Thus, the court delivers judgment of acquittal on the grounds provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine not using the standard of proof "beyond any reasonable doubt."

<sup>12</sup> UKRAINE. Ruling of the Constitutional Court of Ukraine, Nº 1-r/2019, 26 February 2019.

<sup>13</sup> UKRAINE. Law of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine. Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine, 13 April 2012, Nº 4651-VI, 474 p.

<sup>14</sup> UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, in case Nº 760/5721/16, 3 October 2019; NOR, V., et.al. Constitution of Ukraine: Scientific and practical comment. Kharkiv: Pravo, 2011, p. 460-462.

<sup>15</sup> UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, in case Nº 760/5721/16, 3 October 2019.

<sup>16</sup> EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Korobov v. Ukraine Application Nº 37466/04, 20 May 2010.



An example of application of the above grounds for delivering judgment of acquittal may be a situation when the trial establishes that the person has not reached the age of criminal responsibility, which automatically implies the absence of criminal offense in the person's actions and the court's obligation to deliver judgment of acquittal. Therefore, in the outlined situation, there is no "gradation" of the burden of proof by the prosecution. It is impossible to "doubtfully" establish this fact. It is true in its legal nature. Therefore, establishment of the fact of the person not reaching the age of criminal responsibility, which, in turn, leads to absence of criminal offense in the person's act at criminal proceedings trial stage is primarily the basis for criminal proceedings closure at the trial stage by delivering judgment of acquittal according to cl. 2 of part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine. That is, the institution of the criminal proceedings closure is respectively used as a form of its completion, and not the grounds for delivering judgment of acquittal under part 1 of Art. 373 of the CPC of Ukraine providing for a completely different mechanism for their establishment at the trial stage.

However, it should be emphasized that actually established "veracity" of the above ground for delivering judgment of acquittal due to criminal proceeding closure at trial stage does not establish actual "veracity" of absence of the person's guilt in committing the respective criminal offense.

### **3.2. "Not guilty" (not proven guilt) or "innocent" (established innocence)?**

It should be noted that legal terminology used in the Anglo-American legal system to qualify a person's acquittal in criminal proceedings uses two concepts, namely "not guilty" (not proven guilt) and "innocent" (established innocence). When translating the respective concepts into Ukrainian, these may seem as identical concepts at first. And, they are identical indeed for the average citizen.

However, in "legal field", in particular in criminal proceedings, these concepts are qualitatively different in terms of their content and their use as synonymous concepts can lead to significant violations of law, in particular in ensuring evaluation of evidence in criminal proceedings. In addition, conscious equation of respective concepts leads to misunderstanding of functions content of the parties to the criminal proceedings and the court.

The term "not guilty" means that the court legally recorded the fact of non-fulfillment of burden of proof by the prosecution (failure to prove guilt of a person), which, however, does not mean establishing true fact of the person's innocence.

In turn, an "innocent" person is found not guilty due to the fact that the results of the criminal proceedings established the fact that he did not commit a criminal offense, i.e., in fact, the **innocence** of the person was truly **established**. To admit the accused to be "innocent" means to establish that they have not committed the criminal offense, that is, to establish this fact based on the objective reality. "Not guilty" is a person who has been found not guilty of a criminal offense due to the fact that the prosecution has not proved that the criminal offense was committed by the accused, i.e., it means that the **guilt** of the person **has not been proved** <sup>17</sup>.

Foreign criminal procedural doctrine generally distinguishes two types of acquittals delivered in criminal process, depending on type of the judge's (jury's) doubt on the person's guilt in committing a criminal offense ("different kinds of acquittal mean different kinds of doubts").

As noted in scientific literature, the Scottish legal system has been allowing three possible consequences of criminal proceedings since the 17th century:

<sup>17</sup> BUGLIOSI, V. "Beyond a Reasonable Doubt". En: KING, L. (ed.), Beyond a reasonable doubt, Phoenix Books, Beverly Hills, CA, 2006, p. 16-21.

"guilty", "innocent" and "not proven". Acquittal based on "not proven" basis is a sentence "standing between guilty and innocent" <sup>18</sup>.

However, no less interesting is acquittals classification used in the Israeli legal system.

One more type of acquittal is introduced in Israeli criminal justice similar to the Scottish one – "not proven", namely "acquittal based on doubts" or "doubt-based acquittal" <sup>19</sup>.

According to the researchers, emergence of this type of acquittal is caused by too broad interpretation of the concept of "doubt" re institution of acquittal in criminal proceedings. Thus, realization of respective excessive "relevance" of the study of impact of the doubt category in criminal proceedings harming constitutional rights of the accused, has led Israeli scientists to conclusion that only one acquittal type, namely "innocent" – should exist in criminal proceedings and neither "Scottish" acquittal – "not proven" nor "Israeli" acquittal – "doubt-based acquittal" should be used <sup>20</sup>.

It seems that integrity of criminal justice system in general and protection of rights of the accused are better ensured through the use of a binary form of decision-making (sentencing) in criminal proceedings: guilty or not guilty. However, at the same time, the respective statement cannot cover and respond to all challenges of judicial and creative law enforcement, taking into account development trends of certain elements of legal system in today's conditions, which is absolutely and initially reflected in the reform of criminal procedure regulation mechanism that should be considered as a separate, full-fledged, and independent element of legal criminal procedure regulation mechanism. Therefore, the need to single out such type of acquittal as "not proven" should be considered as quite reasonable today.

Thus, depending on "direction" of doubt in different historical and legal conditions judgment of acquittal is classified as: judgment of acquittal delivered based on "not proven guilt" and judgment of acquittal delivered based on "established innocence".

### **3.2.1. The difference between the grounds for delivering judgment of acquittal in the practice of the Supreme Court of Ukraine**

When returning to the study of interinstitutional nature of grounds for acquittal under the Ukrainian legislation, it should be noted that difference between the grounds for delivering judgment of acquittal under Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine is also emphasized by the Supreme Court.

In particular, the Supreme Court pointed out in its resolution as of July 4, 2019 in case No. 128/1266/16-k the difference between grounds for delivering judgment of acquittal based on the trial results and grounds for applying the institution of criminal proceedings closure at trial stage by delivering judgment of acquittal.

According to the Court, the verdict of the local court shows lack of the wording of prosecution in the sentencing analysis of the acquittal, which was found not proven by the court. In addition, the court concluded that involvement of the accused in commission of the incriminated crimes **had not been proved**, at the same time it acquitted the latter due to **absence** of corpus delicti in his actions.

<sup>18</sup> BRAY, S. "Not Proven: Introducing a Third Verdict", University of Chicago Law Review, 2005, Nº 75, p. 1299-1329.

<sup>19</sup> VAKI, Y., RABIN, Y. "Two kinds of acquittals – different kinds of doubts", Criminal Law Forum, 2021, Nº 32, p. 100-121.

<sup>20</sup> VAKI, Y., RABIN, Y. "Two kinds of acquittals – different kinds of doubts", Criminal Law Forum, 2021, Nº 32, p. 97-123.

That is, the court stated two different independent grounds for acquittal of a person in contradiction to requirements of Art. 373 of the CPC of Ukraine <sup>21</sup>.

The local court also ruled to close the criminal proceedings against the person upon acquittal. Criminal proceedings closure, as noted by the court of cassation, is one of the forms of proceeding completion applied in cases expressly provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine. Should the court discover circumstances provided for in subcl. 1 and 2 of part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine during the trial, it must deliver judgment of acquittal. Should circumstances provided for in subcl. 5, 6, 7, 8, 9, 10 of part 1 of Art. 284 of the CPC of Ukraine be discovered in the course of the proceeding, as well as in case provided for in subcl. 2, 3 of part 2 of Art. 284 thereof, the court shall decide to close the criminal proceedings. Despite the above rules, the local court used two mutually exclusive forms for closing the case <sup>22</sup>. The appellate court paid no attention to the specified violations of requirements of the criminal procedure law and did not correct them.

Therefore, according to practice of the Supreme Court in criminal proceedings, a person can not be acquitted on two separate grounds for acquittal by application different forms of criminal proceedings completion.

Despite the fact that grounds for delivering judgment of acquittal provided for by the legislator in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine are identical in content, the mechanism of their finding (establishing) in criminal proceedings leads to two different and independent forms of criminal proceedings completion, which can not be applied to get her if a person is accused of committing one criminal offense.

As noted by the Supreme Court in the above resolution: "it is perceived from materials of criminal proceedings that the person was charged with commission of four separate criminal offenses as provided for by different articles of the Criminal code of Ukraine. Based on the above provisions of the procedural law, the court had to find out the case facts for each actin criminated to the accused to assess the evidence provided by the pre-trial investigation body for each of the secrimes separately and pursuant to cl. 1 of part 3 of Art. 374 of the CPC of Ukraine to give grounds for acquittal of the accused for each episode of criminal activity, stating the cause for which the court rejects the prosecution's evidence.

The legislator has determined mandatory circumstances subject to proving in criminal proceedings and being fact in issue under Art. 91 of the CPC of Ukraine. Circumstances related to the criminal offense event must be first established when proving the circumstances of the fact in issue. That is, as the Supreme Court points out, a criminal offense should be considered as a separate phenomenon on that occurred in reality and characterized by specific features provided for by criminal law. Thus, circumstances provided for by the corresponding rule of the procedural law have to be established for each charge brought to the person <sup>23</sup>.

However, the court of first instance failed to comply with the above legal requirements, stated a set of evidence as a whole in the judgment not specifying which circumstances being incriminated to the person they have to confirm or refute. Contrary to requirements of Art. 94 of the CPC of Ukraine, the court did not evaluate each piece of evidence separately, rendered super ficial partial evaluation of the evidence, and presented the rest with out roper legal assessment, without justification why it took some evidence into account and rejected other, failed to evaluate the evidence with reference to each other" <sup>24</sup>.

Thus, taking practice of the Supreme Court into account, combination of the above forms of criminal proceeding completion (grounds for criminal proceeding

---

<sup>21</sup> UKRAINE. Law of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine. Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine, 13 April 2012, № 4651-VI, 474 p.

<sup>22</sup> UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, case № 128/1266/16-к, 4 July 2019.

<sup>23</sup> UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, case № 128/1266/16-к, 4 July 2019.

<sup>24</sup> UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, case № 128/1266/16-к, 4 July 2019.

closure by a court by delivering judgment of acquittal and delivery of judgment of acquittal by a court based on the court proceedings results) is possible, if a person is accused of two or more criminal offenses.

Therefore, taking the above into account we can conclude that mechanism of the court finding grounds for delivering judgment of acquittal provided for in Art. 373 of the CPC of Ukraine, namely "...if it has not been proven that...", is conditioned by the prosecution activity and actually is "made from outside." In turn, mechanism of the court finding grounds for delivering judgment of acquittal provided for by Art. 284 of the CPC of Ukraine, namely "... if absence of ... has been established ...", provides for unilateral formation and is "made from inside". Therefore, formation of the mechanism of the court finding grounds for delivering judgment of acquittal in criminal proceedings differs.

### **3.3. The prosecutor's refusal to support the state indictment in court as a ground for closing criminal proceedings under the legislation of Ukraine in the mechanism of ensuring the right of the accused to be acquitted**

In the context of the studying the grounds for delivering judgments of acquittal in criminal proceedings, it is also worth to outline unjustified position of the legislator on a certain list of grounds on which criminal proceedings are closed by the court, according to part 2 of Art. 284 of the CPC of Ukraine.

In particular, pursuant to cl. 2 of part 2 of Art. 284 of the CPC of Ukraine, criminal proceedings shall be closed by the court, if the prosecutor drops public prosecution, except as provided by the CPC of Ukraine (i.e., if a victim supports prosecution in private prosecution proceeding), by issuing a ruling on closing the criminal proceedings.

The respective stance of the legislator seems to be inconsistent with international trends of reforming the mechanism of criminal procedural governance in view of ensuring fundamental human rights and freedoms in criminal justice.

According to cl. 3 of Art. 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine "state prosecution" is defined as the prosecutor's procedural activity, which consists in proving the accusation before the court in order to ensure the criminal responsibility of the person who committed the criminal offense. At the same time, in accordance with cl. 13 of Art. 2 of the Criminal Procedure Code of Ukraine "accusation" is an allegation that a certain person has committed an act provided for by the law of Ukraine on criminal liability, made in accordance with the procedure established by the Criminal Procedure Code of Ukraine.

As we can see, the state prosecution, in the understanding of the legislator, is nothing more than the activity of the prosecutor before the court to prove the allegation that a certain person has committed a crime. It is the prosecutor who bears the responsibility of proving a person's guilt.

In turn, in Art. 22 of the Criminal Procedure Code of Ukraine enshrined the principle of criminal proceedings under the title "Competitiveness of the parties and freedom in presenting their evidence to the court and in proving their persuasiveness before the court." The relevant basis of criminal proceedings determines that the prosecutor, as a representative of the prosecution, during the trial of the criminal proceedings, has the duty to prove to the court the persuasiveness of the evidence submitted by him in connection with the maintenance of the state prosecution in court, namely, proving statement about the commission of a crime by a specific person.

In fact, the assertion of the commission of a crime by a specific person is proven by proving the persuasiveness of the evidence.

Therefore, a rhetorical question arises again: what consequences should arise for such a person (a person who is preliminarily accused of committing a crime on the basis of a state indictment supported by the prosecutor in court proceedings) if the prosecutor refuses to prove to the court the persuasiveness of the evidence

provided by the prosecution? In essence, this means that the prosecution's statement should be considered "unconvincing", or more literally "unfounded" and such that it is impossible (or even not worth it) to believe, which, in turn, indicates the illegality of the legal nature of the state indictment, which was supported by the prosecutor during the criminal proceedings.

If the state, represented by a prosecutor, refuses to support the prosecution (i.e., actually recognizes illegality of the criminal prosecution), then it should be stated that the refusal must result in full person's rehabilitation in the criminal proceedings, which can only take place by delivering judgment of acquittal by court in connection with the prosecutor's refusal to support the prosecution in court.

Moreover, according to Art. 2 of the Law of Ukraine "On the Procedure for Compensation for Damage Caused to a Citizen by Illegal Actions of Bodies Carrying out Operational and Investigative Activities, Pre-Trial Investigation, Prosecutor's Office and Court", the right for compensation in the amount and manner prescribed there by arises in the following cases:

1) delivery of judgment of acquittal;

1<sup>-1</sup>) establishment in conviction or other court decision (except for a court ruling on appointment of a new trial) of the fact of illegal notification of suspicion in committing a criminal offense, illegal arrest and keeping in detention, illegal search, seizure, illegal arrest of property in the course of criminal proceedings, illegal dismissal from work (position) and other procedural actions restricting or violating human rights and freedom, illegal conduct of law enforcement intelligence;

2) criminal proceeding closure in the absence of occurrence of criminal offence, absence of criminal offense in the person's actions or failure to establish sufficient evidence to prove the guilt of a person in court and exhaustion of opportunities to obtain them;

4) closing the case on administrative offense <sup>25</sup>.

Analysis of the respective article of the law suggests that the legislator, despite the fact that a person acquires the right to compensation for damage caused in case of criminal proceedings closure in the absence of criminal offense, absence of criminal offense in the person's actions or failure to establish sufficient evidence to prove the guilt of a person in court and exhaustion of opportunities to obtain them (i.e., these are actually grounds for criminal proceeding closure by the pre-trial investigation body and the prosecutor at pre-trial investigation stage), does not entitle a person to claim damages in connection with unjustified criminal prosecution in case of the prosecutor's refusal to support the prosecution in court.

This legislative gap should be eliminated by the legislator by amending the respective article of the said law to read as follows:

"The right for compensation in the amount and manner prescribed there by arises in the following cases:

1) delivery of judgment of acquittal;

1<sup>-1</sup>) establishment in the conviction of a court or other court decision (except for a court decision appointing a new trial) of the fact of illegal notification of suspicion of committing a criminal offense, illegal taking and detention, illegal search, seizure, illegal seizure of property during criminal proceedings, illegal dismissal from work (position) and other procedural actions that restrict or violate the rights and freedoms of citizens, illegal conduct of operational and investigative measures;

2) criminal proceedings closure in the absence of occurrence of criminal offence, absence of criminal offense in the person's actions or failure to establish sufficient evidence to prove the guilt of a person in court and exhaustion of

---

<sup>25</sup> UKRAINE. Law of Ukraine, On the Procedure for Compensation for Damage Caused to a Citizen by Illegal Actions of Bodies Carrying Out Operational and Investigative Activities, Bodies of Pre-Trial Investigation, Prosecutor's Office and Court. Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine, 1 December 1994, N° 266/94, 12 p.

opportunities to obtain them as well as in case of the prosecutor's refusal to support the prosecution in court;

4) closing the case on administrative offense”.

However, the most justified option, which will help to ensure the maximum rights of the accused in criminal proceedings, will be to amend the CPC of Ukraine in terms of changing the grounds for criminal proceedings closure by court by delivering judgment of acquittal. In particular, amending part 7 of Art. 284 of the CPC of Ukraine to read as follows:

“if circumstances provided for in clauses 1 and 2 of part one of this article are revealed during the trial, as well as if the prosecutor drops the prosecution, except as set out herein, the court must deliver judgment of acquittal.”

#### **4. Concluding remarks**

As a result of the scientific research carried out by using methods of scientific cognition, basic signs of delimitation of the grounds for delivering judgments of acquittals provided for in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine in terms of their interinstitutional legal nature.

In particular, it can be argued that acquittal of a person in criminal proceedings of Ukraine may occur with application of criminal procedural rules of different and independent institutions of criminal procedural law – the institution of criminal proceedings closure and the institution of criminal proceedings trial have been presented.

It has been established that the grounds for delivering judgment of acquittal stipulated in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine, should be distinguished not by content, but by the method of their establishing in criminal proceedings, namely by mechanism of their finding by the court in criminal proceedings.

Finding grounds for delivering judgment of acquittal by the court using the method: “... if it has not been proved that...” (unproven presence) is not identical to cognition method: “... if absence of ... has been established”. Grounds for delivering judgment of acquittal under Art. 373 of the CPC of Ukraine, according to the mechanism of their finding by the court in criminal proceedings refer to achieving target level for burden of proof by the prosecution and failure to reach the standard of proof “beyond any reasonable doubt upon the trial”. In turn, finding grounds for the person's acquittal by the court by “establishing” grounds for delivering judgment of acquittal under Art. 284 of the CPC of Ukraine is carried out by applying rules of the institution of criminal proceedings closure as a form of its completion, in the absence of “gradation” in fulfillment level of burden of proof, as well as in doubt in the judge's belief in veracity of these grounds.

Therefore, despite the fact that grounds for delivering judgment of acquittal provided for by the legislator in Art. 284 of the CPC of Ukraine and Art. 373 of the CPC of Ukraine, are similar in content, their legal nature and mechanism of cognition (establishing) in criminal proceedings differ due to existing two independent forms of criminal proceedings completion. They can be exercised by the court in a single way – delivering judgment of acquittal but mustn't be combined, if the accused committed one criminal offense.

#### **5. Recommendations**

It is assumed that results of this research, in particular, the compiled theoretical positions, conclusions and proposals can be used: in legislative activity – to improve rules of criminal procedural legislation of Ukraine governing grounds for delivering judgments of acquittal in criminal proceedings; in law enforcement – to improve activities of practicing lawyers in implementation of criminal procedural rules governing the institution of acquittal in criminal proceedings; in scientific and pedagogical activities – as a basis for further study of grounds for delivering

judgments of acquittal in criminal proceedings, as well as for teaching academic subjects and preparation of textbooks, manuals, and educational materials.

## References

- ABAL OLIÚ, A. "Classification of Judicial Decisions", *Revista de la Facultad de Derecho*, 2016, Nº 40, p.13-49. ISSN 0797-8316.
- BRAY, S. "Not Proven: Introducing a Third Verdict", *University of Chicago Law Review*, 2005, Nº 75, p. 1299-1329.
- BUGLIOSI, V. "Beyond a Reasonable Doubt". En: KING, L. (ed.), *Beyond a reasonable doubt*, Phoenix Books, Beverly Hills, CA, 2006, p. 16-21.
- DEI VECCHI, D. M. "Laudan's error: Reasonable doubt and acquittals of guilty people", *The International Journal of Evidence & Proof*, 2015, Nº 24 (3), p. 211-232.
- GARCIA, R. de D. "Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolução", *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, Nº 3(3), p. 1043-1070. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.81>
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Korobov v. Ukraine Application Nº 37466/04, 20 May 2010.
- KURLEMANN, P. J., et al. "The Acquittal (After Pretrial Detention) – a Rare but Fascinating Phenomenon of the Criminal Justice System", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2019, Vol. 27(4), p. 346-362.
- MAZUR, M. "Defense of rights and legal interests of rehabilitated people in criminal procedure". Academic Advisor: Andriy Pavlyshyn. Academy of Advocacy of Ukraine, Kyiv, Ukraine, 2012.
- NEPVEU, K. H. "Beyond «Guilty» or «Not Guilty»: Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials", *Yale Law & Policy Review*, 2003, Nº 21, p. 263-300.
- NOR, V., et.al. *Constitution of Ukraine: Scientific and practical comment*. Kharkiv: Pravo, 2011, p. 460-462.
- SLYUSARCHUK, Kh. "Implementation of the standard of proof "beyond a reasonable doubt" in the criminal proceedings of Ukraine", *Visegrad Journal on Human Rights*, 2016, Vol.2 (2), p. 148-153.
- UKRAINE. Law of Ukraine, Criminal Procedure Code of Ukraine. *Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 13 April 2012, Nº 4651-VI, 474 p.
- UKRAINE. Law of Ukraine, On the Procedure for Compensation for Damage Caused to a Citizen by Illegal Actions of Bodies Carrying Out Operational and Investigative Activities, Bodies of Pre-Trial Investigation, Prosecutor's Office and Court. *Vidomosti of the Verkhovna Rada of Ukraine*, 1 December 1994, Nº 266/94, 12 p.
- UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, case Nº 128/1266/16-к, 4 July 2019.
- UKRAINE. Resolution of the Supreme Court, in case Nº 760/5721/16, 3 October 2019.
- UKRAINE. Ruling of the Constitutional Court of Ukraine, Nº 1-r/2019, 26 February 2019.
- VAKI, Y., RABIN, Y. "Two kinds of acquittals – different kinds of doubts", *Criminal Law Forum*, 2021, Nº 32, p. 97-123.

## **Protección jurídica del derecho a la vivienda en España** *Legal protection of the right to housing in Spain*

**Gastón Martínez Aquino<sup>1</sup>**

*Universidad de la República, Uruguay*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Aspectos generales de los derechos sociales. 2.1. Concepto de derechos sociales. 2.2. Origen de los derechos sociales. 2.3. Principales características de los derechos sociales –“segunda generación”–. 2.4. Limitación de los derechos sociales. 2.5. Internacionalización de los derechos sociales. 3. Derecho social a la vivienda. 4. Marco regulatorio del derecho a la vivienda en España. 4.1. Garantías constitucionales del derecho a la vivienda. 4.2. Sistema internacional de protección del derecho a la vivienda. 4.3. Sistema europeo de protección del derecho a la vivienda. 5. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 32/2019 de 28 de febrero de 2019. 6. Reflexiones finales. 7. Material bibliográfico.

**Resumen:** Este artículo aborda el derecho a la vivienda en el Estado español. Asimismo, se efectúa un preliminar análisis teórico conceptual y luego se examinan los distintos sistemas de protección a la vivienda, es decir, el sistema interno o doméstico, el sistema internacional y el sistema europeo de protección de aquella garantía. También se alude a algunas políticas públicas implementadas por España, invocando además distintas sentencias que vinculan al país.

**Palabras clave:** España - vivienda – protección jurídica – política

**Abstract:** This article deals with the right to housing in the Spanish State. Also, a preliminary conceptual theoretical analysis will be carried out and then the different housing protection systems will be examined, that is, the internal or domestic system, the international system and the European system of protection of that right. It also alludes to some public policies implemented by Spain, also invoking different rulings that bind the country.

**Keywords:** España - housing – legal protection - policies

### **Introducción**

A través de este ensayo se aborda la temática de la vivienda como uno de los derechos reconocidos y protegidos por el derecho interno español, pero además por medio de los sistemas de protección internacional y regional. Evidentemente, pues, el derecho a la vivienda, como acontece con múltiples derechos de segunda generación, se ha visto seriamente lesionado en su efectivo goce como resultado de las crisis socio-económicas de los últimos tiempos, siendo clave el rol del Estado al momento de revertir diversas situaciones de menoscabos a las garantías elementales, quien a través de su

---

<sup>1</sup> Post-Doctor en Derecho Público, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España; *Ph.D.* en Ciencias Jurídicas, Mención *Cum Laude*, Universidad Católica Argentina; Magister en Políticas Públicas, Universidad Católica del Uruguay; Docente de Política Pública; Abogado y Escribano Público, Universidad de la República; Asesor de la Dirección General Impositiva, Uruguay. Opiniones personales. Correo electrónico: [dr.martinezaquin@adinet.com.uy](mailto:dr.martinezaquin@adinet.com.uy)



actuación como persona jurídica mayor –con todas las particularidades que ello implica– debe, dentro de lo posible y siempre conforme al derecho positivo vigente, satisfacer las carencias e insuficiencias de sus ciudadanos.

Cuando se alude a los derechos humanos se apunta a un conjunto de conquistas de la humanidad a lo largo de su historia, siendo una conquista inacabada, desde que la sociedad es un fenómeno dinámico y de significativa heterogeneidad, al punto que sus inquietudes y necesidades se diversifican y multiplican de forma acelerada; en tiempos actuales, las comunidades son cada vez más fluctuantes y exigentes. Así, aquel conjunto de logros o conquistas de los seres humanos, pese a ser inherentes a la especie humana –asumiendo una postura iusnaturalista–, requieren ser reconocidos y protegidos por las autoridades de turno, quienes deben garantizar su real ejercicio. Dicho reconocimiento y protección no operan como exigencias para admitir su existencia, sino que contribuyen favorablemente a su efectivo goce, ya que aquellos derechos conforman la esencia del individuo.

Por consiguiente, pues, corresponde precisar que se examina el derecho a la vivienda desde distintas perspectivas: teórica, jurídica, política y jurisprudencial, en el Estado español. Es un tópico vasto y complejo, no agotándose en el presente ensayo, sino que este opera como disparador para eventuales y futuros análisis, con la humilde pretensión de despertar el interés, la curiosidad y profundización en sus lectores.

## **1. Aspectos generales de los derechos sociales**

### **2.1. Concepto de derechos sociales**

Inicialmente, cabe sostener que definir a los derechos humanos no es tarea fácil –pese a su dimensión mundial–, desde que configura una noción imprecisa, que admite su abordaje mediante distintos enfoques, todo ello como corolario de la complejidad que penetra al conjunto de derechos humanos, siendo estos, entre otros tantos calificativos, indivisibles e interdependientes, es decir, el efectivo ejercicio de un derecho humano queda sujeto al real goce de los restantes derechos humanos –verbigracia, si el derecho a la vida se halla comprometido, difícilmente se puedan ejercer las restantes garantías esenciales; en otros términos, sin el derecho a la vida, sin dudas cae toda la estantería de los demás derechos humanos, estos dejarían de tener sentido–. Asimismo, si bien existen múltiples definiciones de los derechos humanos, en términos generales, pues, existe consenso respecto de sus características, así como en relación a la dimensión histórica que se le atribuye a aquel conjunto de garantías elementales.

En esta ocasión se comparte aquella noción de derechos humanos que los concibe como el conjunto de “[...] demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de la persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado”<sup>2</sup>. En este sentido, los derechos humanos representan o se traducen en demandas o exigencias sociales de abstención o actuación –es decir, pueden reivindicar un hacer y/o un no hacer de los demás sujetos, incluido el propio Estado–; es oportuno subrayar que no todos los derechos humanos son reconocidos por el derecho positivo vigente, sino que su positivación deviene gradual, progresiva; en tanto, su no consagración explícita en el derecho creado por el hombre no implica su negación, ni mucho menos el fundamento para su menoscabo, ya que todos los derechos humanos hallan su razón de ser en la dignidad humana, y este rasgo distintivo es el que le asigna cierto grado de amplitud y generalización a los derechos humanos.

Los derechos humanos operan como condiciones mínimas para resguardar la dignidad humana en todo momento y en cualquier espacio; además, son considerados

---

<sup>2</sup> ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo – Universidad de Alcalá, Madrid, 2005, p. 16.

como un ideal moral común a la humanidad<sup>3</sup>. Un fenómeno que le atribuye significativa jerarquía a los derechos humanos –pese a la triste realidad que aún padecen muchísimas comunidades, que ven sus derechos seriamente vulnerados– es su internacionalización, ya que los derechos humanos configuran pretensiones con alcance extra-nacional, y es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 uno de los tantos instrumentos que contiene un conjunto de postulados compartidos a nivel mundial. Por su parte, los derechos humanos funcionan como base para el orden jurídico aplicable, es decir, son valores que guían al derecho positivo vigente, aunque también lo coartan.

En particular, los derechos sociales como especie dentro del género de los derechos humanos, también presentan los caracteres de indivisibles e interdependientes, esto es, complementarios<sup>4</sup>, siendo todos ellos, sin distinción alguna, merecedores de similar atención y urgencia, independientemente del tipo o categoría de derecho humano de que se trate. De todos modos, fácticamente puede detectarse que existen diferencias significativas entre los diferentes derechos humanos, existiendo quienes llegan a concluir que los derechos económicos, sociales y culturales –segunda generación– no son más que meras expectativas políticas.

Por lo demás, los derechos sociales son auténticos derechos subjetivos, habiendo sido incorporados a las constituciones de la mayoría de los países, esto es, se los coloca en la cúspide normativa y se les asigna jerarquía constitucional, lo que se justifica por ser inherentes al ser humano, y por sus múltiples sistemas de protección a nivel internacional, continental, regional, entre otros. Los derechos sociales son derechos prestacionales, que exigen al Estado cierta solvencia económica, derechos que se hallan en gran medida condicionados a la intervención de aquel<sup>5</sup>, esto último a diferencia de los derechos civiles y políticos, que, puede sostenerse que exigen preferentemente –y no exclusivamente– un no hacer o abstención de parte de la institución estatal–.

Como se entiende, el efectivo goce de los derechos sociales “[...] se resuelve de un modo directo e inmediato con la prestación de bienes y servicios. Es decir, su objeto es el de posibilitar la satisfacción de condiciones materiales mínimas necesarias para el logro de la igualdad real. Con su materialización, el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales”<sup>6</sup>. Otra parte de la doctrina concibe que la función de los derechos sociales consiste en incluir a los excluidos –a los socialmente relegados–, esto es, la inserción de aquellos sectores de la comunidad más desfavorecidos<sup>7</sup>. Ello influye al momento analizar la naturaleza de los derechos sociales, al punto que existen quienes estiman que son *derechos de igualdad* –porque se encargan de garantizar condiciones mínimas de subsistencia–, mientras que otros los catalogan como *derechos de libertad como componente igualitario* –desde que todos los derechos son valores o garantías de libertad–<sup>8</sup>.

## **2.2. Origen de los derechos sociales**

Los derechos humanos encuentran su umbral en la Edad Media, al punto que en la Antigüedad no existe una consagración oficial al respecto, ni siquiera la temática es

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E. “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993, p. 46.

<sup>4</sup> RUBIO, P. “Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Nº 71, 2013, p. 204.

<sup>5</sup> LÓPEZ-DAZA, G. “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Revista DIXI*, Vol. 14, Nº 15, 2012, p. 23.

<sup>6</sup> LÓPEZ-DAZA, G. “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, p. 23.

<sup>7</sup> LÓPEZ-DAZA, G. “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, p. 23.

<sup>8</sup> ANCHUSTEGUI IGARTUA, E. “Los derechos sociales en un mundo globalizado” (ponencia), *IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global. Reflexiones para la transformación de la sociedad*, Universidad Rafael Landívar y Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea, Guatemala, 2013, p. 6.

tratada desde el punto de vista académico. Los derechos humanos son postulados o valores cuya titularidad corresponde a todo ser perteneciente a la especie humana. Empero, una vez entrada la Edad Media se identifica una consolidación de la corriente iusnaturalista y la idea, por cierto bastante precaria y excluyente, acerca de la existencia de un derecho sagrado por encima del derecho creado por los hombres, al cual se debe respetar. Avanzando en la historia, una noción sobre los derechos humanos más cercana a la actual se alcanza en la Europa de la Edad Moderna –no se registran declaraciones, pero tienen lugar ciertos privilegios que la monarquía atribuye a grupos específicos de súbditos, a ciertos estamentos sociales, a determinados habitantes, pero no constituyen privilegios de alcance generalizado, es decir, no son portadores de los mismos toda la comunidad en su conjunto<sup>9</sup>.

El conjunto de los derechos humanos tiene lugar como resultado de determinados acontecimientos desafortunados que marcaron y marcan la historia de la humanidad, y, se insiste, configuran grandes conquistas de las distintas comunidades, siendo estas cada vez más exigentes y heterogéneas, sobre todo si se las compara con las sociedades de décadas atrás. Tratándose de los derechos sociales, hallan su umbral y consagración a partir de múltiples y significativas demandas sociales que se dirigían al logro de niveles dignos de subsistencia –a modo meramente ilustrativo: vivienda, alimentación, abrigo, salud, educación, seguridad social, entre otros–<sup>10</sup>. Los derechos sociales evidencian un camino bastante dinámico y complejo en cuanto a su consagración como verdaderos derechos humanos; en primera instancia, se les niega su naturaleza de derechos, sino que son concebidos como meras aspiraciones, siendo un gran obstáculo para su garantía y goce efectivos. Sin embargo, con el transcurso de las décadas y el surgimiento de varios fenómenos –como la internacionalización y la positivación de los derechos–, en la actualidad se reconocen a los derechos sociales como verdaderos derechos humanos, siendo su nota distintiva el requerimiento preferentemente de prestaciones reales de parte del Estado<sup>11</sup>, así como diversos servicios colectivos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas<sup>12</sup>.

### **2.3. Principales características de los derechos sociales –“segunda generación”–**

Por configurar una especie dentro del género de los derechos humanos, los derechos sociales presentan los mismos caracteres que aquellos. En este sentido, se identifican las siguientes notas: a) *universalidad*: sus titulares son todos los individuos pertenecientes a la especie humana, sin distinciones ni condicionamientos de ninguna índole; son valores intrínsecos a la persona, siendo indiferente su edad, raza, ideología, etcétera; b) *absolutez*: son colocados en un nivel privilegiado de todo sistema jurídico, al punto que en caso de ser menoscabados, sus implicados pueden ser pasibles de ser responsabilizados; c) *imprescriptibilidad*: nunca prescriben, esto es, no se adquieren ni se pierden por el paso del tiempo<sup>13</sup>; d) *inalienabilidad*: no pueden ser arrebatados, y, en efecto, se hallan fuera del comercio de los hombres; e) *irrenunciabilidad*: característica relacionada con la inmediata anterior, ni siquiera su titular dispone de la facultad para desprenderse de sus derechos, son irrenunciables.

Parte de la doctrina diferencia a los derechos civiles y políticos respecto de los derechos económicos, sociales y culturales, sosteniendo que estos últimos se caracterizan por no ser justiciables. Esto es fundamentado definiendo a los derechos, por

<sup>9</sup> SÁNCHEZ MARÍN, A. L. “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos”, *Revista Eikasia: revista de filosofía*, Nº 55, 2014, pp. 233-236.

<sup>10</sup> LÓPEZ-DAZA, G. “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, p. 23.

<sup>11</sup> ARANGO RIVADENEIRA, R. “Derechos Sociales”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, Vol. 1, Cap. 47, 2015, p. 1677.*

<sup>12</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, p. 193.

<sup>13</sup> SÁNCHEZ MARÍN, A. L. “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos”, p. 230.

ejemplo, como garantías de naturaleza programática, siendo difícil exigirlos ante los órganos de contralor institucional. Esta idea se fortalece sobre todo con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, cuyo contenido es bastante particular, más aún si se lo compara con la redacción del artículo homónimo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de idéntica fecha que aquel.

De esta manera, el precepto en la órbita de los derechos económicos, sociales y culturales, establece que los Estados Partes asumen los siguientes compromisos<sup>14</sup>: a) adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, incluso en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos por este instrumento; b) garantizar el ejercicio de los derechos incluidos en este Pacto, sin discriminación alguna; c) adicionalmente, pues, los países en desarrollo, en atención a los derechos humanos y a su economía nacional, quedan facultados a fijar en qué medida garantizar los derechos económicos reconocidos a personas que no sean sus nacionales.

En cambio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup> exige a sus Estados Partes obligaciones de no hacer, no entorpecer, no obstaculizar o no menoscabar el efectivo goce de los derechos de tales categorías; asimismo, el precepto les atribuye ciertas obligaciones pero no directas sobre los individuos de su comunidad ni sobre sus garantías, sino de incidencia oblicua; a modo ilustrativo, los obliga a adoptar medidas adecuadas para el dictado de normas legales o de otra naturaleza para la efectividad de aquellos derechos, así como la intervención de autoridades legítimamente competentes en situaciones donde se discuta el efectivo ejercicio de estos derechos, y la efectiva observancia de los fallos judiciales.

Entonces, en el supuesto de los derechos civiles y políticos, los Estados Partes en el Pacto deben brindarles a sus comunidades todos aquellos mecanismos jurídicos a través de los que puedan hacer valer sus derechos básicos ante eventuales abusos o quebrantos de los mismos; verbigracia, contar con ciertas herramientas jurídicas que permitan una corrección ante hipótesis de atropellos a estos derechos de los seres humanos y a su real ejercicio, como puede ser un efectivo acceso a la justicia, asesoría letrada gratuita para los sectores más vulnerables de la sociedad, entre otros. De este modo, en caso de suceder una violación a los derechos civiles y políticos, y si pese a haber herramientas como las antes mencionadas, que las mismas hayan sido puestas en funcionamiento, y que aún así el perjuicio no haya cesado sin reparación alguna, la entidad estatal debe responder, ya que es su deber asumido garantizarle a todos los miembros de su comunidad aquellos derechos.

En definitiva, pues, los derechos humanos, sea cual sea la categoría a la que pertenezcan, son esenciales al ser humano, esto es, hallan su fundamento en la dignidad humana; ello desde que son indivisibles e interdependientes, debiendo velar por ellos los distintos Estados Partes de los instrumentos que integran los sistemas jurídicos de protección a nivel supra-nacional, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales. Integrando tales sistemas aquellos asumen diversas obligaciones vinculadas a la garantía del efectivo goce y ejercicio de los derechos comprendidos. Esta misma dignidad humana constituye la piedra angular al momento de fijar las bases del nuevo constitucionalismo moderno<sup>16</sup>.

Si bien se sostiene que las exigencias a los Estados en materia de derechos de segunda generación devienen más blandas o menos rigurosas, ello no se traduce en una mayor posibilidad de incumplimientos o en una cantidad mayor de hipótesis de desajustes o atropellos en relación a esta clase de derechos, ya que cada Estado Parte del Pacto se ve constreñido a rendir cuentas –además de someterse a un permanente contralor– acerca del efectivo goce de tales derechos por parte de los miembros de su

<sup>14</sup> Artículo 2, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>15</sup> Artículo 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>16</sup> MIRANDA GONCALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, Vol. 34, Nº 2, 2020, p. 150.

comunidad, quienes deben disponer de los mecanismos jurídicos y judiciales ante eventuales menoscabos. Ello, aún cuando existan quienes aleguen las objeciones de incapacidad e ilegitimidad respecto de las autoridades judiciales al momento de hacer justiciables los derechos de la segunda generación<sup>17</sup>.

Este último aspecto resulta de suma envergadura, ya que la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales viene siendo debatida desde muchas décadas atrás, a partir del fenómeno de la internacionalización y universalización de los derechos humanos. Los individuos deben tener la posibilidad de acceder a la justicia con su pretensión de hacer valer alguna de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos de segunda generación, ya que si ello no es posible, el Pacto se vuelve letra muerta en muchas partes del mundo, carente de efectividad, y el carácter “universal” de los derechos humanos empieza a estar comprometido.

Los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva deben hallarse consagrados por los derechos positivos internos, siendo incluidos, entre otros, en los instrumentos extra-nacionales antes mencionados<sup>18</sup>. Entonces, cualquier persona debe disponer de la facultad de acudir ante los tribunales a exponer un problema jurídico específico o a oponerse a un reclamo en su contra, a efectos de defender su postura procesal ante un tercero imparcial encargado de dar solución a tal diferendo, como puede ser el goce de los derechos de segunda generación.

Así, pues, “[e]l carácter progresivo de las obligaciones de los Estados respecto de los DESC no es contradictorio con su exigibilidad, como prueba precisamente que, en tiempos de crisis como el actual, los Estados no tengan un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en materia social, sino que por el contrario tengan el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos”<sup>19</sup>.

En esta línea, los Estados Partes deben ser capaces de implementar un cúmulo de políticas sociales a través de planes o proyectos que tengan por finalidad asegurar el real y completo goce de derechos como el trabajo, la educación, la seguridad social, la cultura, entre otros tantos –donde la participación de los implicados directos es de suma importancia–; o mediante la prestación de tales servicios directamente o a través de la cooperación del sector privado. Todo ello con el fin de lograr el progreso personal y general, lo cual termina repercutiendo a corto, mediano o largo plazo a nivel nacional, ya que configura una inversión que asiste al bienestar colectivo.

#### **2.4. Limitación de los derechos sociales**

En primera instancia, cabe subrayar que la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789 los considera derechos absolutos, ya que las limitaciones a su efectivo goce se estiman excepciones a la regla, una regla general de ilimitación. A modo ilustrativo, la libertad implica poder llevar a cabo todo aquello que no menoscaba a los restantes individuos; es así que el real ejercicio de los derechos humanos no registra otros límites que aquellos que garantizan a los demás individuos el goce de estos mismos postulados, y solo pueden ser legalmente prescriptos<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> FIGUEROA, R. “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Difusión Teórica”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N° 3, 2009, pp. 588-589.

<sup>18</sup> Por ejemplo, artículos 8 y 10, Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 3, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>19</sup> SUARA, J. *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*. Barcelona: Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, 2011, N° 2, p. 14.

<sup>20</sup> Artículo 4, Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Desde el punto de vista doctrinario<sup>21</sup>, aquella postura “absolutista” de los derechos humanos actualmente se observa con cierto recelo, entendiéndose que estos deben necesariamente estar delimitados o sujetos a ciertas condicionantes. Siguiendo este enfoque, existen quienes entienden que los derechos configuran proyecciones del sujeto insertas en su personalidad, pero la persona es por esencia coartada, y dicha restricción alcanza a los derechos cuya titularidad pertenece al hombre; asimismo, corolario de que este se encuentra sometido al orden moral, las prescripciones de tal índole constituyen un límite para el ejercicio de los derechos, resultado de aquel postulado que subordina lo jurídico a lo moral.

Por su parte, otros autores colocan foco en el carácter social del fenómeno jurídico; en este sentido, el derecho es una elaboración social y actúa en un contexto social específico, donde también se ejercitan los denominados derechos subjetivos. El individuo convive con otros individuos, que gozan de idénticos derechos que los suyos, circunstancia que le coarta su libertad de actuación, sobre todo atendiendo a aquella clásica frase frecuentemente sonada que indica que *el derecho de un individuo termina donde comienza el derecho de otro*. Por tanto, el ejercicio de los derechos humanos se encuentra legítimamente afectado por aquellas limitaciones que determinan los derechos de los restantes miembros de la comunidad, tanto como el orden público y el bien común, y la dimensión de estos ajustes debe estar recogida a texto expreso por el orden jurídico.

## **2.5. Internacionalización de los derechos sociales**

En términos precisos, el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos alude al complejo conjunto de instrumentos jurídicos, reglas, pautas y postulados, encontrando su umbral sobre todo en la elaboración de herramientas extra-nacionales –a saber: tratados, convenciones, pactos, entre otros–, la costumbre y los principios generales del derecho.

Clásicamente, el derecho internacional configura aquella rama jurídica –conjunto normativo– cuyo cometido es la regulación de la llamada *comunidad internacional*, pero básicamente el relacionamiento entre los diferentes países, admitiéndose inclusive la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales<sup>22</sup>, y se trata de un fenómeno que contribuye favorablemente hacia la universalización de los derechos humanos, teniendo surgimiento a mitad del siglo XX. Sin duda, la Segunda Guerra Mundial y los resultados nefastos que trajo aparejados, impulsan el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Por consiguiente, una vez instaurada la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, se elabora un conjunto de alcance extra-nacional, como declaraciones, pactos, tratados, cuyos Estados Partes asumen múltiples compromisos en pro del reconocimiento y la protección de los derechos humanos –se reafirma aquella noción de individuo como sujeto del derecho internacional<sup>23</sup>–.

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tiene lugar una serie de cambios en el ámbito político, social, ideológico y cultural, influyentes en gran medida sobre la idea de los derechos humanos y su consideración, ya que pasa a ser un área regulada a nivel interno, regional e internacional; se asume una concepción global en materia de derechos humanos, un verdadero cambio de paradigma para el mundo entero<sup>24</sup>. En idéntica línea, el real goce de los derechos humanos no puede verse menoscabado por el poder público, sino que este se halla obligado a su reconocimiento y

<sup>21</sup> SÁNCHEZ MARÍN, A. L. “Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos”, pp. 230-231.

<sup>22</sup> HUENCHUAN, S. – MORLACHETTI, A. “Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina”, en *Notas de Población*, CEPAL, Nº 85, 2007, p. 149.

<sup>23</sup> HUENCHUAN, S. – MORLACHETTI, A. “Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina”, p. 149.

<sup>24</sup> RAMÍREZ, G. “Concepto y fundamentación de los derechos humanos. Un debate necesario”, en *Derechos Humanos*. Editorial Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1998, p. 1.

garantía<sup>25</sup>. Sin embargo, este proceso de carácter progresivo no ha sido 100% efectivo, al punto de existir en múltiples partes del mundo reiteradas violaciones a los derechos humanos, siendo ello admitido por distintos derechos positivos internos.

En particular, los llamados derechos económicos, sociales y culturales están contemplados en diversos instrumentos jurídicos extra-nacionales, configurando muchos de ellos verdaderos preceptos imperativos para los Estados que adhieren a aquellos. Así, estos derechos de segunda generación agrupan garantías de naturaleza individual, pero también garantías colectivas<sup>26</sup>, siendo todas reconocidas y protegidas por instrumentos universales y continentales, dando lugar a verdaderos sistemas protectores de los derechos humanos. De esta manera, el llamado Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el que fuera aprobado el 16 de diciembre de 1966 en la Asamblea General de las Naciones Unidas –entrando en vigencia en 1976–, representa un tratado de alcance universal, siendo aceptado mediante ratificaciones o adhesiones por la gran mayoría de los países.

### 3. Derecho social a la vivienda

En primer lugar, el acceso a la vivienda, o directamente el acceso a una *vivienda adecuada*, en su condición de derecho humano, es un instituto que contribuye a la construcción de la dignidad humana, idea que se fortalece con los caracteres de indivisibilidad e interrelación de todos los seres humanos<sup>27</sup>, además de su marcada interdependencia. Adicionalmente, el derecho a la vivienda es un típico derecho social y, como tal, haya su fundamento en distintos institutos como los siguientes<sup>28</sup>: a) *dignidad humana*: idea relacionada a los derechos humanos, al punto de configurar su principal fundamento, sobre todo a través de aquella idea moderna acerca de la prohibición de lesionar al ser humano a la condición de cosa, medio o instrumento para el logro de ciertos objetivos. La dignidad humana es una cualidad del hombre –término utilizado como sinónimo de ser humano–, que obliga a los Estados a la provisión de prestaciones materiales necesarias para su digna existencia. Los derechos humanos efectivizan la dignidad humana; b) *libertad*: así, los derechos sociales deben ser garantizados – por ejemplo, alimentación, salud, educación, vivienda digna, trabajo, seguridad social, entre otros– para que el individuo logre una libertad efectiva<sup>29</sup>; c) *igualdad*: deviene clave la protección de dichos derechos durante todo el proceso de inclusión democrática, sin discriminación de ningún tipo; d) *solidaridad*: los derechos humanos se valen de relaciones recíprocas susceptibles de corrección ante determinados perjuicios; también cabe aludir al aspecto moral y caritativo propios de la solidaridad.

En concreto, el derecho a la vivienda deviene reconocido por el ordenamiento jurídico internacional, siendo un axioma que va en la misma línea que el derecho a una vida digna; verbigracia, aparece contemplado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al estipular que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que sea capaz de asegurarle, entre otros aspectos elementales, la vivienda. Conceptualmente<sup>30</sup>, cuando se intenta delimitar la idea de *vivienda digna* y

<sup>25</sup> SÁNCHEZ MARÍN, A. L. "Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos", p. 229.

<sup>26</sup> HUENCHUAN, S. – MORLACHETTI, A. "Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina", p. 150.

<sup>27</sup> DEDE DELFINO, G. "Políticas públicas, derechos humanos y el acceso a la vivienda", en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/998/1/RAA-21-DedePol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas,%20derechos%20humanos%20y%20acceso%20a%20vivienda.pdf>, fecha de captura: junio 2022, p. 3.

<sup>28</sup> ARANGO RIVADENEIRA, R. "Derechos Sociales", p. 1697.

<sup>29</sup> Cabe subrayar que, este argumento, como por ejemplo también aquel que refiere a la igualdad, son objetados al entenderse que categorizan a los derechos sociales en general –y al derecho a la vivienda en particular– como un mero medio para alcanzar tales postulados, esto es, le atribuyen un carácter meramente instrumental, cuando en realidad son verdaderos derechos humanos.

<sup>30</sup> MEJÍA-ESCALANTE, M. "La vivienda digna y la vivienda adecuada. Estado del debate", *Cuadernos de Vivienda y Urbanismo*, Vol. 9, N° 18, 2016, p. 304.

*adecuada*, a menudo se parte de la definición dada por los instrumentos de protección extra-nacional sobre aquella, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por medio del que se coloca el énfasis en ciertas condiciones materiales, como las siguientes: a) seguridad de la tenencia; b) habitabilidad; c) disponibilidad de infraestructura; d) acceso económico a la vivienda y a los servicios humanos; y e) localización.

#### **4. Marco regulatorio del derecho a la vivienda en España**

##### **4.1. Garantías constitucionales del derecho a la vivienda**

La constitucionalización de los derechos de segunda generación halla su base en los siguientes aspectos<sup>31</sup>: a) son derechos esenciales para el bienestar humano, motivo por el que su positivación es una manera de protegerlos y garantizar su real goce, además de asignarles carácter justiciable; b) cuando la ciudadanía participa en procesos de elaboración o reforma de la Constitución, en general es para optimizar su condición económica, tanto como ciertas circunstancias sociales, donde quedan contempladas determinadas necesidades colectivas, que requieren respuestas de parte del Estado; c) el Estado asume un rol intervencionista y sus facultades son otorgadas por el propio constituyente, están consagradas en la Carta; d) este proceso de constitucionalización de los derechos económicos, sociales y culturales representa una superación en relación con otras instancias preliminares de la historia de la humanidad caracterizadas por la exclusión y discriminación; e) es un proceso que implica cierto compromiso con la paz y soluciones pacíficas de eventuales conflictos; f) garantiza mayor efectividad en materia de la justiciabilidad de estos derechos; g) refuerza la igualdad de género, tanto como la protección de las minorías y colectivos relegados.

En esta línea, pues, la Constitución española de 1978 establece de forma explícita que aquellas normas que refieran a los derechos fundamentales, así como a las libertades que la propia Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificadas por el Estado español<sup>32</sup>.

De todos modos, cabe continuar con el análisis de las constituciones españolas a lo largo de la historia y su consagración u omisión del derecho a la vivienda adecuada.

En este sentido, cabe comenzar por la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Primeramente, este documento no alude en ninguna parte al derecho a la vivienda –corresponde también situarnos en la época, así como en el régimen político vigente, sin perder de vista tampoco que en este momento resta más de un siglo para que progresivamente tenga lugar la internacionalización de los derechos humanos y todo lo que ello implica en relación a su reconocimiento y defensa. Sin embargo, conforme a esta Carta Fundamental, la Nación se halla obligada a conservar y proteger a través de leyes sabias y justas, el derecho a la propiedad, entre otros, y el texto utiliza la expresión “[...] y los demás legítimos de todos los individuos que la componen”<sup>33</sup>. La voz “legítimos” significa acorde al régimen jurídico vigente, pero si este no refiere de manera explícita a la vivienda, es difícil entenderla comprendida.

En segundo término, corresponde invocar la Constitución de 18 de junio de 1837, promulgada en España durante la regencia de María Cristina de Borbón. Este documento tampoco alude a la expresión “derecho a la vivienda”, ni siquiera a la palabra “vivienda” en solitario. Empero, al igual que la Carta precedente, se estipula que jamás se impondrá la pena de confiscación de bienes, y que ningún español será privado de su

---

<sup>31</sup> AHMED, D. – BULMER, E. *Derechos sociales y económicos. Guía Introductoria 9 para la Elaboración Constitucional*, Idea Internacional, Estocolmo, 2021, pp. 15-19.

<sup>32</sup> Artículo 10, apartado 2, Constitución española de 1978.

<sup>33</sup> Artículo 4, Constitución española de 1812.



propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa indemnización equivalente<sup>34</sup>.

A continuación, pues, le sigue la Constitución de 23 de mayo de 1845, norma suprema a lo largo del reinado efectivo de Isabel II. Tampoco reconoce el derecho a la vivienda, pero, como sus precedentes, sí alude a la propiedad, desde que reitera el precepto de la Constitución de 1837 en lo que respecta a que no se impondrá nunca la pena de confiscación de bienes, y acerca de que ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, debiendo compensarse económicamente<sup>35</sup>.

Seguidamente, tiene lugar la Constitución de 1868, ratificada el 01 de junio de 1869, aprobada bajo el Gobierno Provisional entre 1868-1871, luego del triunfo de la Revolución de 1868, habiendo puesto fin al reinado de Isabel II; esta Carta extiende su vigencia durante el reinado de Amadeo I; es calificada por algunos como una Constitución "democrática". Esta Carta incluye un Título Primero denominado "De los españoles y sus derechos". El constituyente utiliza las expresiones "domicilio" y "residencia". Nadie puede entrar en el domicilio de un español o extranjero residente, sin su consentimiento, salvo hipótesis excepcionales –incendio, inundación u otro peligro análogo, o de agresión–; fuera de tales casos, sólo con autorización judicial. Asimismo, se estipula que ningún español puede ser compelido a mudar su domicilio o residencia sino en virtud de sentencia ejecutoriada<sup>36</sup>.

Asimismo, pues, nadie puede ser privado temporal o permanentemente de sus bienes y derechos, ni turbado en la posesión de ellos sin que medie sentencia judicial<sup>37</sup>; es notoria la colocación del foco en el derecho de propiedad, al punto de ser expresamente reconocido. Además, la presente Carta contiene una disposición de clara inspiración iusnaturalista, es decir, afín a dicha corriente, desde que expresa que la enumeración de los derechos explícitamente consagrados no apareja la prohibición de cualquiera otro no incluido en el texto<sup>38</sup>.

Avanzando en la historia, la Constitución de 30 de junio de 1876, Carta Magna de la Restauración borbónica, correspondiente al reinado de Alfonso XII, y promulgada por Antonio Cánovas. Respecto de las previsiones atinentes al domicilio, la presente Carta reitera en términos generales lo estipulado por su precedente<sup>39</sup>. Lo mismo acontece en relación a lo expresado en materia de derecho de propiedad<sup>40</sup>. Sin embargo, los constituyentes de la época continúan ignorando el derecho a la vivienda, desde que tampoco incluyen dicha expresión en ninguna parte del documento.

Luego tiene lugar la Constitución de 09 de diciembre de 1931, cuyo texto promulgado en dicha fecha reconoce por primera vez el voto femenino a través del sufragio universal – igualitario–, libre, directo y secreto. Esta Constitución rige hasta el final de la guerra civil en 1939, empero, se reconoce su vigencia hasta 1977, momento en que la transición da lugar a la nueva Carta.

En lo que respecta al domicilio, cabe decir que se recogen las previsiones anteriores, aunque en esta ocasión se reafirma la inviolabilidad del mismo, tanto para españoles como para residentes en España<sup>41</sup>. Este derecho o garantía puede ser suspendido total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte, por decreto del Gobierno, cuando lo exija la seguridad estatal, en hipótesis de notoria e inminente gravedad<sup>42</sup>. De todos modos, en ningún supuesto el Gobierno puede extrañar o deportar a los españoles, ni desterrarlos a distancia superior a 250 kilómetros de su domicilio<sup>43</sup>.

<sup>34</sup> Artículo 10, Constitución española de 1837.

<sup>35</sup> Artículo 10, Constitución española de 1845.

<sup>36</sup> Artículo 6, Constitución española de 1869.

<sup>37</sup> Artículo 13, inciso 1, Constitución española de 1869.

<sup>38</sup> Artículo 29, Constitución española de 1869.

<sup>39</sup> Artículos 6 y 9, Constitución española de 1876.

<sup>40</sup> Artículo 10, Constitución española de 1876.

<sup>41</sup> Artículo 31, Constitución española de 1931.

<sup>42</sup> Artículo 42, inciso 1, Constitución española de 1931.

<sup>43</sup> Artículo 42, inciso final, Constitución española de 1931.

Respecto de la propiedad, compete al Estado español la legislación de múltiples materias, entre las que se identifica la propiedad intelectual e industrial<sup>44</sup>. Por lo demás, la propiedad de toda clase de bienes puede ser expropiada de modo forzoso por causa de utilidad social a través de una adecuada indemnización, excepto que el precepto legal fije algo distinto; asimismo, con idénticos requisitos, la propiedad puede ser socializada<sup>45</sup>. Esta Carta, como algunas de las precedentes, también incluye previsiones reactivas a la propiedad del Estado<sup>46</sup>. Esta Constitución incluye por primera vez la expresión "vivienda", pero en atención a ciertas Órdenes religiosas, las cuales deben someterse a un régimen específico, entre cuyas bases se agrega su incapacidad de adquirir y conservar, por sí o por interpuesta, más bienes que los que, previa justificación, sean destinados a su vivienda o al cumplimiento directo de sus fines privativos<sup>47</sup>.

Finalmente, con la Constitución creada el 31 de octubre de 1978 y ratificada el 06 de diciembre de 1978, se llega a la actualidad. En lo atinente al derecho a la propiedad sigue los mismos lineamientos que las Cartas anteriores<sup>48</sup>, aunque esta Constitución de 1978 reconoce explícitamente el derecho a la propiedad privada y a la herencia<sup>49</sup>. Lo mismo acontece con el domicilio, el que es inviolable; además, nadie puede ingresar al mismo sin el consentimiento del titular o por resolución judicial, excepto en caso de flagrancia delictual<sup>50</sup>. Por su parte, pues, muy relacionado con el domicilio, también se reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar<sup>51</sup>.

Evidentemente, en lo que concierne al objeto de este estudio, la Carta analizada reconoce expresamente el derecho a la vivienda digna y adecuada. En concreto, estipula que todos los españoles disponen del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer aquellas normas pertinentes para efectivizar este derecho, regulando la utilización del suelo conforme al interés general para impedir la especulación. El constituyente consagra la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos<sup>52</sup>. Diversos autores conciben que los derechos sociales incluidos en la Carta, entre ellos el derecho a una vivienda digna y adecuada, son derechos fundamentales, esto es, trascienden lo meramente programático, por lo que son recogidos por preceptos jurídicos inmediatamente aplicables, siendo ilegítima cualquier actuación contraria a su contenido; aquellas garantías requieren de políticas sociales apropiadas y oportunas<sup>53</sup>.

Otras disposiciones constitucionales que contribuyen a un contenido más cabal del derecho de vivienda son las aquellas que regulan los siguientes aspectos. Así, todos los individuos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo<sup>54</sup>. Por su parte, se garantiza la conservación y promoción del enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos españoles, tanto como de los bienes que lo conforman, independientemente de su régimen jurídico y su titularidad; pudiendo ser sancionados penalmente quienes atenten contra dicho patrimonio<sup>55</sup>.

Todo ello en el entendido de que España es un Estado social y democrático de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se guía por valores superiores como la libertad, la

---

<sup>44</sup> Artículo 15, numeral 2, Constitución española de 1931.

<sup>45</sup> Artículo 44, incisos 2 y 3, Constitución española de 1931.

<sup>46</sup> Verbigracia, artículo 17, Constitución española de 1931.

<sup>47</sup> Artículo 26, inciso 5, numeral 3, Constitución española de 1931.

<sup>48</sup> A modo ilustrativo, artículo 149, numeral 9, Constitución española de 1978.

<sup>49</sup> Artículo 33, numeral 1, Constitución española de 1978.

<sup>50</sup> Artículo 18, numeral 2, Constitución española de 1978.

<sup>51</sup> Artículo 18, numeral 1, Constitución española de 1978.

<sup>52</sup> Artículo 47, Constitución española de 1978.

<sup>53</sup> GARCÍA MATAMOROS, L. "Los derechos sociales desde la perspectiva de los derechos fundamentales", *Opinión Jurídica*, Vol. 3, Nº 6, 2004, pp. 66-67.

<sup>54</sup> Artículo 45, inciso 1, Constitución española de 1978.

<sup>55</sup> Artículo 46, Constitución española de 1978.

justicia, la igualdad y el pluralismo político<sup>56</sup>. Como complemento de lo anterior, configura deber de los poderes públicos la promoción de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo, así como de los grupos que integra, sean reales y efectivas; la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud; y la contribución a efectos de que sea factible la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social<sup>57</sup>.

Se entiende que "[e]n España, por ejemplo, muchas disposiciones sociales garantizadas por la Constitución de 1978 son descartadas del mecanismo "Recurso de Amparo", situación similar a la que ocurre en la India o en Irlanda, donde la misma exclusión se encuentra prevista. Sin embargo, a pesar de que las condiciones para acudir a la justicia han ido cambiando, algunos jueces manifiestan una reserva frente a estos derechos, declinando su competencia para conocer este tipo de casos"<sup>58</sup>.

Existen quienes concluyen que la Constitución española se inclina preferentemente hacia la defensa de los derechos económicos<sup>59</sup>, relegando aquellos de índole social, como el derecho a la vivienda, considerándose que este deviene inexistente para los españoles, siendo un ineficaz. Se invoca la inexistencia de un servicio público de vivienda que garantice una vivienda digna y asequible –ya que es el mercado el que proporciona el acceso a la misma, estableciendo las cláusulas–; a ello se agrega la vulneración por parte del propio Estado a aquel derecho, permitiendo legalmente el desahucio de múltiples familias en situaciones complejas. En 2007 el Estado español transita una gran crisis económico-financiera, lo que apareja un elevado índice de endeudamiento familiar, siendo muy difícil hacer frente a los préstamos hipotecarios, perdiendo muchas familias sus viviendas<sup>60</sup>.

#### **4.2. Sistema internacional de protección del derecho a la vivienda<sup>61</sup>**

El derecho a la vivienda adecuada configura una noción que trasciende la mera posibilidad de disponer de un techo y cuatro paredes; en concreto, se trata de un derecho cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana al acceso y a la conservación de un hogar, así como una comunidad, seguros en los que puedan vivir en paz y dignidad<sup>62</sup>. Todos ellos son aspectos que pueden concretarse siempre y cuando se disponga de un sitio donde vivir, esto es, debe poder alcanzarse la materialización de la vivienda

##### *1. Declaración Universal de los Derechos Humanos*

En primer término, corresponde aludir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, a través de su Resolución N° 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948; este instrumento, preponderante en materia de derechos humanos a nivel internacional – pese a su carácter meramente declarativo y no preceptivo–, recoge el derecho a la vivienda, conjuntamente con otras garantías también de naturaleza social –salud,

<sup>56</sup> Artículo 1, numeral 1, Constitución española de 1978.

<sup>57</sup> Artículo 9, numeral 2, Constitución española de 1978.

<sup>58</sup> LÓPEZ-DAZA, G. "Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal", p. 25.

<sup>59</sup> A modo ilustrativo, el artículo 38 reconoce la iniciativa privada.

<sup>60</sup> GARRIDO, P. "El derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos", País Vasco, en: [https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3508\\_3.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf), fecha de captura: junio 2022, pp. 6-7.

<sup>61</sup> Según orden que contribuye a una explicación de la temática con mayor dinamismo y que aspire a un mejor entendimiento de la misma.

<sup>62</sup> La presente es una definición del derecho a la vivienda adecuada elaborada por el Relator Especial por el derecho a la vivienda adecuada; en: DEDE DELFINO, G. "Políticas públicas, derechos humanos y el acceso a la vivienda", p. 4.

alimentación, entre otras-. En concreto, esta Declaración enuncia que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, entre otros, la vivienda<sup>63</sup>.

*2. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo*

En segundo lugar, cabe mencionar el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, esto es, un instrumento de naturaleza multilateral, que reconoce preceptivamente a tales derechos. Este Pacto es adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de la Resolución Nº 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966, entrando en vigor el 03 de enero de 1976, y habiendo sido ratificado por España el 27 de abril de 1977, entrando en vigor en dicho país el 27 de julio de 1977<sup>64</sup>. Por su parte, el Estado español ratifica el Protocolo Facultativo<sup>65</sup> el 09 de julio de 2010<sup>66</sup>.

Este Pacto Internacional consagra explícitamente el derecho a la vivienda, al estipular que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como a una mejora continua de las condiciones de existencia. Además, los Estados Partes deben tomar las medidas apropiadas en procura de garantizar la efectividad de este derecho, siendo elemental la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento<sup>67</sup>.

Conforme a lo indicado por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la *Observación General Nº 4 sobre el Derecho a la Vivienda Adecuada* de 1991<sup>68</sup>, el derecho a una vivienda adecuada comprende disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Asimismo, una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Por lo demás, todos los titulares –beneficiarios– del derecho a una vivienda adecuada deben tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y, además, a servicios de emergencia. Adicionalmente, sostiene que el derecho a una vivienda adecuada demanda “habitabilidad”, esto es, una vivienda adecuada debe ser habitable, en el entendido de que es pasible de ofrecer un espacio adecuado a sus ocupantes, así como de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Finalmente, el Comité concibe que la vivienda adecuada debe ser asequible, en otros términos, económicamente accesible.

Concretamente, el derecho a la vivienda adecuada involucra a todos y, si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece “para sí y su familia”, cabe considerar este último concepto en la actualidad como una noción amplia y variada de familia, abarcando toda su categorización, no quedando condicionada la efectividad de este derecho a la configuración de algún tipo de hogar. Como lo sostiene el propio Comité, la vivienda se halla en entera interacción con otros derechos humanos y con los principios fundamentales que operan como premisas al Pacto. De este modo, la dignidad inherente a la persona humana, fuente de todos los derechos contemplados en dicho instrumento supra-nacional, exige que la voz “vivienda” se interprete de un modo que incluya múltiples consideraciones, sobre todo tratándose de un derecho que debe garantizarse a todos, siendo indiferente el volumen de sus ingresos y de sus capitales.

<sup>63</sup> Artículo 25, numeral 1, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

<sup>64</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 103 de 30 de abril de 1977, pp. 9343 a 9347.

<sup>65</sup> Vigente desde el 05 de mayo de 2013.

<sup>66</sup> Publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 48 de 25 de febrero de 2013.

<sup>67</sup> Artículo 1, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>68</sup> Esta Observación Nº 4 se dirige a especificar algunas de las principales cuestiones que el Comité estima de envergadura en relación con el derecho a la vivienda.

En segundo término, la expresión “vivienda” no debe concebirse a secas, sino que corresponde adjudicarle el calificativo de “adecuada”, que, como lo entiende la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5, la noción de “vivienda adecuada” implica disponer de un lugar donde poderse aislar si así lo desea el individuo, un espacio adecuado, así como seguridad, iluminación y ventilación adecuadas; en adición, entiende que es imprescindible una infraestructura básica adecuada y una situación –localización– adecuada, todo ello teniendo en consideración el lugar laboral de la persona y su familia, y los servicios elementales, lo cual debe traducirse en un costo razonable.

Los anteriores son todos aspectos básicos o factores claves que deben considerarse para determinar si ciertas modalidades de viviendas efectivizan o no el completo goce del derecho a la vivienda “adecuada” en los términos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; aún cuando, coincidiendo con el Comité, aquella adecuación muchas veces queda condicionada a determinadas variables sociales, económicas, culturales, climatológicas, ecológicas y de otras índoles, deviene factible identificar algunos aspectos de este derecho que deben considerarse siempre, independientemente del contexto.

De este modo, entre estos componentes que deben darse para concluir que realmente se está ejerciendo el derecho a una vivienda adecuada, pueden señalarse los siguientes<sup>69</sup>:

- a) *Seguridad jurídica de la tenencia*. Dicha tenencia puede adoptar múltiples modalidades –alquileres/arrendamientos; viviendas en cooperativa; ocupaciones por los propietarios; asentamientos informales, entre otras–. Independientemente del modo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia, capaz de garantizarles una protección legal contra la expulsión o el desalojo –desahucio–, el hostigamiento o cualquier otra forma de amenazas. En tanto, los Estados Partes se obligan a adoptar de inmediato medidas dirigidas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que actualmente carezcan de tal protección, previa consulta a los directamente afectados.
- b) *Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura*. La noción de vivienda adecuada implica que la misma ofrezca ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. En efecto, todos los seres humanos –beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada– deben tener acceso permanente a recursos naturales y comunes; agua potable; energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado; instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje; y servicios de emergencia.
- c) *Gastos soportables*. En este sentido, aquellos gastos personales o del hogar que implica la vivienda deben ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro ni la satisfacción de restantes necesidades elementales. Es así que los Estados Partes deben adoptar medidas tendientes a garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean conmensurados con los niveles de ingreso; asimismo, deben crear ciertos subsidios de vivienda para aquellos que no disponen de recursos suficientes para costearse una, así como formas y niveles de financiación que conserven cierto grado de correlación con las necesidades de vivienda.

Como lo estipula la presente Observación N° 4, atendiendo al principio de la posibilidad de costear la vivienda, el Estado debe proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres; por su parte, debe garantizar la disponibilidad de los materiales de construcción.

---

<sup>69</sup> Numeral 8, Observación N° 4 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- d) *Habitabilidad*. Lógicamente, una vivienda adecuada debe ser habitable, esto es, debe ofrecer un espacio adecuado a sus ocupantes y protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, así como de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. En términos generales, pues, una vivienda adecuada debe garantizar la seguridad física de sus habitantes. Además, aún cuando se disponga de una vivienda, si la misma y las condiciones de vida son inadecuadas y deficientes, se genera un escenario nocivo para las personas que lo habitan, que coadyuva a las elevadas tasas de mortalidad y morbilidad<sup>70</sup>.
- e) *Asequibilidad*. El derecho a la vivienda configura un verdadero derecho humano, cuya titularidad corresponde a todos los seres de la especie humana, motivo por el cual debe ser asequible a todos ellos. Sin embargo, en todas las comunidades existen colectivos que se encuentran en una situación más compleja y desventajada, y es a ellos a quienes el Estado debe concederles un acceso pleno y sostenible a los recursos que devienen menester para disponer de una vivienda. Entonces, el derecho positivo y las políticas deben dirigirse a asegurarles una vivienda adecuada a los grupos más desfavorecidos, a saber: adultos mayores, niños, incapaces físicos, enfermos terminales, individuos VIH positivos, personas con problemas médicos persistentes, enfermos mentales, víctimas de desastres naturales, personas que viven en zonas que suelen ocurrir desastres, y otros grupos de personas. Como lo concibe el propio Comité, los Estados tienen el deber de apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.
- f) *Lugar*. En este sentido, la vivienda adecuada debe ubicarse en un espacio físico que permita el acceso a las opciones de empleo, a los servicios de salud, a los centros de atención para niños, a los centros educativos y a otros servicios sociales; todo ello teniendo presente los eventuales costos temporales y financieros de traslados a los diferentes destinos. En tanto, la vivienda no debe construirse en sitios contaminados ni en zonas cercanas a fuentes de contaminación que amenacen el derecho a la salud de los habitantes. Esto último es un claro ejemplo de la interdependencia existente entre los distintos derechos humanos.
- g) *Adecuación cultural*. Colocando foco en la forma en que se construyen las viviendas, aquellos materiales utilizados, así como las políticas en que se apoyan, deben permitir la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. En la promoción del desarrollo y/o la modernización edilicia o habitacional, se debe velar por la preservación de las dimensiones culturales y, a la vez, por la garantía de los servicios tecnológicos modernos.

Corolario de aquella interdependencia existente entre todos los derechos humanos, como lo sostiene el Comité, el derecho a una vivienda adecuada no puede ser concebido de forma aislada de las restantes garantías que adquieren el rango de derechos, y que, como el derecho a una vivienda adecuada, encuentran su base en la dignidad humana y en el principio de no discriminación. En esta línea, existen múltiples derechos que coadyuvan al efectivo goce del derecho a una vivienda adecuada, como el derecho a la libertad de expresión y de asociación –por ejemplo para inquilinos y propietarios–, de elección de la residencia, de participación en la adopción de ciertas medidas, el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, familiar, hogareña, o la propia correspondencia, todos ellos son aspectos de marcada trascendencia al precisar el derecho a una vivienda adecuada.

---

<sup>70</sup> En esta línea, el Comité exhorta a los Estados Partes a la amplia aplicación de los Principios de Higiene de la Vivienda elaborados por la Organización Mundial de la Salud –O.M.S.–, los cuales conciben a la vivienda como el factor ambiental que con mayor frecuencia se relaciona con las condiciones que contribuyen de modo favorable a las enfermedades en los análisis epidemiológicos.

Cabe tener presente que las vías encausadas para garantizar el pleno goce del derecho a la vivienda adecuada varían dependiendo del Estado de que se trate; sin embargo, el Pacto Internacional le exige a cada Estado Parte la adopción de una estrategia nacional de vivienda, que, acorde a lo expresado por la Estrategia Mundial de Vivienda, a quien remite el Comité, aquella estrategia nacional de vivienda debe precisar los objetivos para el desarrollo de condiciones de vivienda, fijar los recursos disponibles para alcanzar tales objetivos y buscar la alternativa más efectiva de usar estos recursos, atendiendo al costo; por su parte, establecer las responsabilidades y el calendario para la ejecución de las medidas que resultan menester llevar a cabo<sup>71</sup>.

En materia de derecho a una vivienda adecuada también corresponde mencionar la *Observación General N° 7 sobre Desalojos Forzosos* de 1997 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la cual reconoce el carácter problemático de la expresión “desalojos forzosos”, transmitiendo cierto grado de arbitrariedad e ilegalidad<sup>72</sup>. Los Estados Partes deben adecuar su legislación interna a efectos de ajustarse al Pacto en esta cuestión. Según el Comité, la locución “desalojos forzosos” se traduce como “[...] el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”<sup>73</sup>.

La comentada Observación N° 7 dispone de veintiún numerales, siendo importante tener en cuenta que los desalojos no deben dar lugar a que existan personas que queden sin una vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos; en este sentido, pues, cuando los afectados por el desalojo no disponen de recursos económicos, el Estado Parte debe adoptar todas las medidas que sean menester, en la mayor medida que permitan los capitales públicos, a efectos de proporcionarles otra vivienda, un reasentamiento o el acceso a tierras productivas, conforme sea admitido<sup>74</sup>. Al momento de la presentación de informes al Comité por parte de los Estados Partes, estos deben comunicar: i) número de personas expulsadas de su vivienda en los últimos cinco años y el número de personas que carecen actualmente de protección jurídica contra la expulsión arbitraria o cualquier otro tipo de desahucio; ii) disposiciones legales relativas a los derechos de los inquilinos a la seguridad de ocupación, la protección frente al desahucio; y iii) disposiciones legales que prohíban todo tipo de desahucio<sup>75</sup>.

Por otra parte, si bien el Comité solicita a los Estados Partes información, entre otras, acerca de las medidas adoptadas durante los programas de renovación urbana, proyectos de nuevo desarrollo, mejora de lugares, entre otros, que garanticen la protección contra la expulsión y la obtención de una nueva vivienda por parte de cualquier persona, son pocos los Estados Partes que incluyen en sus informes al Comité los datos debidamente completos, siendo su aporte considerado elemental por aquel<sup>76</sup>.

### 3. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

---

<sup>71</sup> Numeral 12, Observación N° 4. Como se expresa, dicha estrategia debe apelar a la consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, abarcando a quienes carecen de un hogar, como a quienes se hallan alojados de forma inadecuada, como a sus representantes; adicionalmente, todas las medidas que se adopten deben propender a la mayor coordinación entre las autoridades de todos los organismos e instituciones intervinientes, principalmente las carteras ministeriales, con la finalidad de alcanzar resultados positivos en las políticas conexas encausadas –economía, agricultura, medio ambiente, energía, entre otras–.

<sup>72</sup> Numeral 2, Observación N° 7.

<sup>73</sup> Numeral 3, Observación N° 7.

<sup>74</sup> Numeral 16, Observación N° 7. De todos modos, se sugiere la lectura de toda la Observación N° 7 del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>75</sup> Numeral 19, Observación N° 7.

<sup>76</sup> Numeral 20, Observación N° 7.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en idéntica fecha que el correspondiente a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), contiene una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la vivienda, no de manera directa, pero coadyuvan a su protección, sobre todo atendiendo a la marcada interdependencia que existe entre todos los derechos humanos. España ratifica este Pacto Internacional, siendo publicado dicho instrumento en el Boletín Oficial del Estado Nº 103 de 30 de abril de 1977<sup>77</sup>.

De este modo, pues, toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por el mismo, y a decidir libremente dónde residir<sup>78</sup>. Estos derechos solo pueden ser restringidos por disposiciones legales, cuando ello contribuya a la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros, y guarden cierta compatibilidad con las restantes garantías contenidas en este instrumento<sup>79</sup>.

Este mismo instrumento internacional estipula que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones<sup>80</sup>, y, por tanto, toda persona dispone del derecho a la libertad de expresión, comprendiendo la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras<sup>81</sup>. Este último derecho solo puede restringirse legalmente, con el designio de asegurar el respeto de los derechos o la reputación de las demás personas, y de proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas<sup>82</sup>.

Por otra parte, este Pacto reconoce el derecho de toda persona a asociarse libremente con otras, a fundar sindicatos y a afiliarse a ellos para la protección de sus intereses<sup>83</sup>, siendo un derecho que solo puede ser restringido por ley<sup>84</sup>, y que la misma sea necesaria en una sociedad democrática, atendiendo a la seguridad nacional, seguridad pública u orden público, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás<sup>85</sup>.

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra que todos los ciudadanos, sin ninguna distinción, disponen del derecho a participar, directamente o por medio de representantes libremente elegidos, en la dirección de los asuntos públicos; del derecho a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, y por voto secreto –garantía de la libre expresión–; y del derecho a tener acceso, en igualdad de condiciones, a las funciones públicas de su país<sup>86</sup>.

#### *4. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>87</sup>*

En lo que respecta a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas –Naciones Unidas–, convocada por la Asamblea General en su Resolución Nº 429 (V) de 14 de diciembre de 1950, entrada en vigor el 22 de abril de 1954, la misma consagra explícitamente el derecho a la vivienda dentro del Capítulo IV, titulado “Bienestar”. Concretamente, este instrumento establece que en materia de vivienda y en la medida en que esté regulada por disposiciones legales y reglamentarias, o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los

<sup>77</sup> Concretamente, las páginas 9337 a 9343.

<sup>78</sup> Artículo 12, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>79</sup> Artículo 12, numeral 3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>80</sup> Artículo 19, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>81</sup> Artículo 19, numeral 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>82</sup> Artículo 19, numeral 3, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>83</sup> Artículo 22, numeral 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>84</sup> Incluso tratándose de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía.

<sup>85</sup> Artículo 22, numeral 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>86</sup> Artículo 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>87</sup> El instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados se publica en el Boletín Oficial del Estado Nº 252 de 21 de octubre de 1978, pp. 24310 a 24328.



Estados Partes deben conceder a los refugiados que se hallen legalmente en sus territorios el trato más favorable posible, y jamás menos favorable que aquel concedido en idénticas circunstancias a los extranjeros<sup>88</sup>.

#### 5. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*<sup>89</sup>

Asimismo, conforme a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965 y entrada en vigor el 04 de enero de 1969, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas, así como a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, de color ni de origen nacional o étnico, en particular en el goce de los derechos humanos, entre los cuales se identifica el derecho a la vivienda<sup>90</sup>.

#### 6. *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*<sup>91</sup>

Por otra parte, cabe considerar también la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979 y entrada en vigor el 03 de setiembre de 1981, la cual estipula que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en localidades rurales, con el propósito de garantizar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y, en especial, deben asegurarles, entre otros, su derecho a gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones<sup>92</sup>.

De modo adicional, el artículo precedente establece que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas apropiadas en dirección a la eliminación de la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social, con el objetivo de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos; particularmente: i) derecho a prestaciones familiares; ii) derecho a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero; y iii) derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural<sup>93</sup>. Algunos de ellos configuran derechos que contribuyen a garantizar a la mujer el derecho a la vivienda, como el acceso a préstamos hipotecarios.

#### 7. *Convención sobre los Derechos del Niño*<sup>94</sup>

Otro instrumento internacional de marcada trascendencia lo configura la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989, y entrada en vigor el 02 de setiembre de 1990. Así, este documento formula que ningún niño debe ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia,

---

<sup>88</sup> Artículo 21, Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

<sup>89</sup> Instrumento cuya adhesión española se publica en el Boletín Oficial del Estado N° 118 de 17 de mayo de 1969, pp. 7462 a 7466.

<sup>90</sup> Artículo 5, literal e, numeral iii, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

<sup>91</sup> Instrumento que cuenta con la adhesión de España de 16 de diciembre de 1983, publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 69 de 21 de marzo de 1984, pp. 7715 a 7720.

<sup>92</sup> Artículo 14, numeral 2, literal h, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>93</sup> Artículo 13, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>94</sup> Ratificada por el Parlamento Español el 30 de noviembre de 1990, entrando en vigor el 05 de enero de 1991.

su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación<sup>95</sup>. Por otra parte, pues, atendiendo a las condiciones nacionales y a los medios disponibles, los Estados Partes deben adoptar las medidas apropiadas para ayudar a los responsables de los niños –padres o terceros– a fin de contribuir para que alcancen las condiciones mínimas de vida, necesarias para el desarrollo del niño<sup>96</sup>. Por consiguiente, en caso de ser menester, deben proporcionar asistencia material y programas de apoyo, en especial respecto de la nutrición, el vestuario y la vivienda<sup>97</sup>.

Pudiendo relacionarse con los procesos de desalojos, por ejemplo, esta Convención conviene que los Estados Partes deben garantizar al niño que se encuentre en condiciones de formarse un juicio a su respecto el derecho de expresar libremente su opinión en aquellas cuestiones que lo afecten, en atención a su edad y madurez<sup>98</sup>. En tales supuestos debe dársele al niño la oportunidad de ser escuchado, durante toda el instancia judicial o administrativa de que se trate, y siempre que lo afecte de modo directo o a través de un representante u órgano, todo ello en armonía con las disposiciones procedimentales de la legislación nacional<sup>99</sup>.

#### *8. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*<sup>100</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, se abre para la firma el 30 de marzo de 2007, y entra en vigencia el 03 de mayo de 2008<sup>101</sup>, contiene algunas disposiciones relativas al derecho a la vivienda; una de ellas apunta a la accesibilidad y a la búsqueda de una vida independiente de las personas discapacitadas, a efectos de que estas logren una vida lo más equiparable posible a la del resto de las personas, abarcando medidas que deben asumir los Estados Partes, entre otras, atendiendo a la construcción de los edificios y las vías públicas, así como el diseño del transporte y restantes instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, centros de salud y sitios laborales<sup>102</sup>.

La presente Convención aspira a un nivel de vida adecuado y a la protección social de las personas con discapacidad y sus familias, siendo ello reconocido por los Estados Partes, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como la mejora continua de sus condiciones de vida, debiendo adoptarse aquellas medidas necesarias para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por razones de discapacidad<sup>103</sup>; en este sentido, los Estados Partes deben asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los programas de vivienda pública<sup>104</sup>.

### **4.3. Sistema europeo de protección del derecho a la vivienda**

#### *1. Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Primeramente, corresponde aludir al ya mencionado Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fuera firmado en Roma, el 04 de noviembre de 1950, por doce Estados representantes, entre los cuales no se encuentra España, sino que el Estado español lo firma el 24 de noviembre de 1977, entrando en vigencia el 04 de octubre de

<sup>95</sup> Artículo 16, numeral 1, Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>96</sup> Artículo 27, numeral 2, Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>97</sup> Artículo 27, numeral 3, Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>98</sup> Artículo 12, numeral 1, Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>99</sup> Artículo 12, numeral 2, Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>100</sup> Aprobada por España el 03 de diciembre de 2007.

<sup>101</sup> La presente Convención dispone de un Protocolo Facultativo, adoptado en Nueva York, el 13 de diciembre de 2006, y entra en vigor el 03 de mayo de 2008.

<sup>102</sup> Artículo 9, numeral 1, literal a, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>103</sup> Artículo 28, numeral 1, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>104</sup> Artículo 28, numeral 2, literal d, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1979, luego de finalizada la dictadura del General Francisco Franco, durante el período identificado como Transición Española, así como la aprobación de una disposición constitucional y la celebración de elecciones libres acorde a lo estipulado por la nueva Constitución. Particularmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no alude al derecho a la vivienda; sin embargo, entre otros, reconoce y protege el derecho al domicilio, que, atendiendo a la interdependencia de los derechos humanos, puede entenderse implícito el derecho a la vivienda, pero este último no es garantizado, aún cuando, por ejemplo, el Protocolo N° 1 de 20 de marzo de 1952 –vigente a partir de 1954– incorpora, entre otros, el derecho a la educación, pero nada dice respecto del derecho a la vivienda<sup>105</sup>.

## 2. *Carta Social Europea*

En segundo lugar, cabe referir a la Carta Social Europea (revisada), elaborada el 03 de mayo de 1996, en Estrasburgo<sup>106</sup>; el Estado español la ratifica el 17 de mayo de 2021. La misma reconoce el derecho habitacional, estableciendo que para garantizar el efectivo derecho a la vivienda, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas pertinentes para favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente, a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente tal situación, y a hacer asequible el precio de las viviendas a aquellas personas que no dispongan de los recursos suficientes<sup>107</sup>.

Esta Carta Social Europea también consagra el derecho de las personas minusválidas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida en comunidad, debiendo los Estados Partes comprometerse a promover su plena integración y participación social, particularmente a través de la aplicación de diversas medidas dirigidas a superar las barreras comunicativas y de movilidad, permitiéndoles el acceso, entre otros aspectos trascendentes, a una vivienda<sup>108</sup>.

Asimismo, este documento consagra el derecho de las familias a la protección social, jurídica y económica; por tanto, los Estados Partes se comprometen a garantizar tal derecho especialmente por medio de distintas políticas adoptadas, entre las cuales se identifica la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, la ayuda a los recién casados o cualquier otro tipo de medidas tendientes al cumplimiento de aquel propósito<sup>109</sup>.

Otro grupo de personas primordialmente consideradas por la Carta Social Europea es el de las personas de edad avanzada<sup>110</sup>, consagrando el derecho a la protección social de las mismas. En este sentido, los Estados Partes se comprometen a adoptar una serie de medidas orientadas a tal finalidad, entre las cuales se explicita permitir a tales personas elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras así lo deseen y les sea posible hacerlo, entre otras alternativas, a través de la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud, o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda.

Continuando con el reconocimiento y la protección del derecho a la vivienda, la misma Carta Social Europea consagra el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, y, para su garantía, los Estados Partes se comprometen a adoptar ciertas medidas en el marco de un planeamiento global y coordinado para promover el

---

<sup>105</sup> De todos modos, en su artículo 1 alude a la protección de la propiedad.

<sup>106</sup> Se alude a la Carta Social Europea (revisada) de 1996, la cual entra en vigor el 01 de julio de 1999, e incluye en un único instrumento todos aquellos derechos garantizados por la Carta Social Europea de 1961, teniendo presente que su Protocolo Adicional de 1988 agrega nuevos derechos y enmiendas aprobadas por los Estados.

<sup>107</sup> Artículo 31, Carta Social Europea.

<sup>108</sup> Artículo 15, acápite y numeral 3, Carta Social Europea.

<sup>109</sup> Artículo 16, Carta Social Europea.

<sup>110</sup> Artículo 23, Carta Social Europea.

acceso efectivo a la vivienda, entre otros aspectos vitales y elementales para cualquier persona<sup>111</sup>.

### 3. *Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad*

A continuación, cabe mencionar la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad de 2000 (Saint-Denis)<sup>112</sup>, instrumento fundacional para el movimiento de las ciudades de derechos humanos –enfoque local–<sup>113</sup>. Este documento incluye el derecho a la ciudad, entendida esta como un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes, los cuales tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad<sup>114</sup>. Por su parte, las autoridades municipales fomentan, a través de los medios disponibles, el respeto de la dignidad de todos y la calidad de vida de sus habitantes<sup>115</sup>.

En lo que respecta al derecho a la vivienda propiamente dicho, se estipula la protección de los colectivos y ciudadanos más vulnerables, para con los cuales deben adoptarse medidas específicas<sup>116</sup>. En cuanto a las personas discapacitadas, estas son objeto de una asistencia municipal concreta; en este sentido, las viviendas, así como otros espacios –sitios laborales y de ocio, transportes públicos–, deben estar adaptados para ellas<sup>117</sup>.

Por lo demás, se protege la vida privada y familiar; en este sentido, la familia desde su formación, y sin intervenciones en su vida interna, goza de la protección de las autoridades municipales y de determinadas facilidades, particularmente el acceso a la vivienda<sup>118</sup>. Y en cuanto a este derecho, cabe subrayar que se precisa que todos los ciudadanos disponen del derecho a una vivienda digna, segura y salubre<sup>119</sup>.

Las autoridades municipales velan por la existencia de una oferta adecuada de vivienda y equipamientos de barrio para todos sus ciudadanos, sin distinción por razón del nivel de ingresos. Estos equipamientos deben incluir estructuras de hospitalidad para los sin techo que garanticen su seguridad y su dignidad, y estructuras para las mujeres víctimas de violencia, sobre todo violencia doméstica, malos tratos, y para aquellas que procuran abandonar la prostitución<sup>120</sup>. Por último, las autoridades municipales garantizan el derecho de las personas nómadas a permanecer en la ciudad en condiciones afines con la dignidad humana<sup>121</sup>, siendo la accesibilidad y disponibilidad a la vivienda una de las garantías elementales a tales efectos.

### 4. *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

En cuarto lugar, aparece la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada por primera vez en Niza, por el Parlamento Europeo, el 07 de diciembre de 2000; configura un documento que recoge todos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos europeos<sup>122</sup>. Puede concebirse que

<sup>111</sup> Artículo 30, acápite y literal a, Carta Social Europea.

<sup>112</sup> En una etapa previa, concretamente en 1998, se celebra el 50º aniversario de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En dicha instancia, los representantes de Barcelona organizan la 1º Conferencia Europea llamada “Ciudades por los Derechos Humanos”, con el propósito de meditar e intercambiar ideas acerca del rol de las autoridades locales en la defensa y protección de los derechos fundamentales de las personas.

<sup>113</sup> Barcelona es una de las ciudades signatarias.

<sup>114</sup> Artículo 1, numeral 1, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>115</sup> Artículo 1, numeral 2, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>116</sup> Artículo 4, numeral 1, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>117</sup> Artículo 4, numeral 2, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>118</sup> Artículo 10, numeral 2, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>119</sup> Artículo 16, numeral 1, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>120</sup> Artículo 16, numeral 2, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>121</sup> Artículo 16, numeral 3, Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad.

<sup>122</sup> Una versión revisada de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, previamente a la firma del Tratado de Lisboa. Ratificado este Tratado, la Carta se vuelve legalmente vinculante para todos los países,

este instrumento continental consagra distintos principios, con los cuales el derecho a la vivienda –como acontece con la generalidad de los derechos humanos– se encuentra directa o indirectamente relacionado. De este modo, pues, se estipula que la dignidad humana deviene inviolable, y debe ser respetada y protegida<sup>123</sup>; cabe recordar que la dignidad humana constituye el pilar sobre el que reposan todos los derechos humanos.

En tanto, la mencionada Carta Fundamental consagra el respeto a la vida privada y familiar, concibiendo de este modo que toda persona es titular del derecho al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio y de sus comunicaciones<sup>124</sup>. Asimismo, pues, reconoce el derecho a la propiedad<sup>125</sup>, desde que “[t]oda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”.

Adicionalmente, el mismo documento continental recoge el postulado de igualdad, al expresar que todas las personas son iguales ante la ley<sup>126</sup>. El precepto siguiente alude a la no discriminación, prohibiéndose la misma, y en particular aquella discriminación ejercida por razón de sexo, de raza, de color, de orígenes étnicos o sociales, de características genéticas, de lengua, de religión o convicciones, de opiniones políticas o de cualquier otra índole, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual<sup>127</sup>.

Finalmente, a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se le efectúa un agregado en el año 2000, a través del cual se estipula que la Unión Europea debe reconocer y respetar el derecho de ayuda para la vivienda<sup>128</sup>, a efectos de combatir la exclusión social, la pobreza, y garantizar una existencia digna a todos aquellos individuos y familias que carezcan de los recursos que devienen menester para acceder a una vivienda, conforme a las modalidades determinadas por el Derecho comunitario, así como acorde a las legislaciones y prácticas nacionales.

##### *5. Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional*

En quinto término, corresponde aludir al llamado Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional, adoptado por el Parlamento Europeo el 28 de marzo de 2007. En este Informe se solicita la identificación, a nivel europeo, de una serie de indicadores de calidad mínima que precisen la noción de “vivienda adecuada”<sup>129</sup>. Por otra parte, se acentúa lo relevante para la Unión Europea de aprobar una Carta Europea de la Vivienda desde el trabajo realizado por el Intergrupo de política urbana y vivienda del Parlamento Europeo, y basado en la Carta aprobada por los Grupos políticos representados<sup>130</sup>. En tanto, se insiste en la necesidad, en el contexto de la estrategia de Lisboa, en cuanto a reforzar el derecho a la ayuda a la vivienda, así como respecto de otros derechos

---

excepto respecto de Polonia y el Reino Unido. El Tratado de Lisboa se aprueba en una reunión de los Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Lisboa los días 18 y 19 de octubre de 2007, y, entre otras cosas, confiere al Parlamento Europeo el derecho a nombrar al Presidente de la Comisión a propuesta del Consejo Europeo, teniendo en cuenta los resultados de las elecciones del Parlamento Europeo.

<sup>123</sup> Artículo 1, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>124</sup> Artículo 7, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>125</sup> Artículo 17, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>126</sup> Artículo 20, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>127</sup> Artículo 21, numeral 1, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por su parte, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, y sin perjuicio de las previsiones específicas de tales Tratados.

<sup>128</sup> Artículo 34, numeral 3, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>129</sup> Numeral 3, Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional.

<sup>130</sup> Numeral 4, Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional.

sociales, con el designio de permitir una real movilidad de los trabajadores<sup>131</sup>. En adición, se espera que las autoridades nacionales y locales adopten distintas medidas para facilitarles a los jóvenes la compra de la primera casa<sup>132</sup>.

Este mismo Informe estipula que se espera la reanudación del debate a efectos de ampliar a todos los Estados miembros los fondos comunitarios para la renovación de la vivienda social con el fin de ahorrar energía y proteger el medio ambiente, disponibles en la actualidad solo para algunos países, ya que las necesidades en materia de vivienda configura un elemento crítico común en toda Europa; asimismo, se solicita a la Comisión y al Banco Europeo de Inversiones que apliquen la iniciativa Jessica<sup>133</sup> en idénticas condiciones en todos los países, incluyendo la vivienda en el marco de un planteamiento de desarrollo integrado<sup>134</sup>.

#### *6. Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea relativa al Pueblo Romaní*

En sexto lugar, se identifica la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea relativa al Pueblo Romaní de 31 de enero de 2008. En este ámbito, el Parlamento Europeo, atendiendo a la ausencia de progresos en la lucha contra toda discriminación racial sufrida por los miembros de la comunidad romaní y en defensa de sus derechos, entre los cuales se identifica a la vivienda, y considerando que la Unión Europea dispone de una variedad de alternativas que pueden utilizarse para mejorar el acceso de la población romaní, entre otros derechos, a una vivienda, entonces, recuerda que todos los candidatos se han comprometido, en el proceso de negociación y adhesión, a mejorar la integración de tales comunidades, así como a fomentar sus derechos, verbigracia, el derecho habitacional. Así, la Comisión Europea solicita se evalúe la aplicación de tales compromisos y la situación actual de la población romaní en todos los Estados miembros.

#### *7. Declaración del Problema de las Personas sin Hogar Instaladas en la Vía Pública*

Finalmente, una breve remisión a la Declaración del Problema de las Personas sin Hogar Instaladas en la Vía Pública, adoptada por el Parlamento Europeo de 29 de octubre de 2009. Se solicita a la Comisión que elabore una definición marco para la Unión Europea del fenómeno de las personas sin hogar, que recoja información estadística comparable y fiable, y que ofrezca información actualizada cada año en relación a las medidas adoptadas, así como los avances registrados en los Estados miembros en procura de dar solución al problema de las personas sin hogar<sup>135</sup>. Asimismo, se insta a los Estados miembros a que prevean "planes invernales de emergencia" en el marco de sus estrategias generales de resolución del problema de las personas sin hogar<sup>136</sup>.

### **5. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español Nº 32/2019 de 28 de febrero de 2019**

En este caso donde se debate una cuestión en la cual está en juego el derecho a la vivienda, particularmente, el Tribunal Constitucional Español, a través de la sentencia Nº 32/2019 de 28 de febrero de 2019, sostiene que el artículo 47 de la Carta española no garantiza un derecho fundamental sino que se limita a reconocer un principio rector

<sup>131</sup> Numeral 5, Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional.

<sup>132</sup> Numeral 6, Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional.

<sup>133</sup> Apoyo comunitario conjunto para una inversión sostenible en las zonas urbanas. El objetivo de esta iniciativa es ofrecer a los Estados miembros y a las autoridades de gestión una solución a través de proyectos financieros de desarrollo y renovación urbana, mediante subvenciones, prestamos e incluso la injerencia de agentes privados.

<sup>134</sup> Numeral 22, Informe Andrea sobre Vivienda y Política Regional.

<sup>135</sup> Numeral 2, Declaración del Problema de las Personas sin Hogar Instaladas en la Vía Pública.

<sup>136</sup> Numeral 3, Declaración del Problema de las Personas sin Hogar Instaladas en la Vía Pública.

de la política socio-económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes políticos y, por consiguiente, sostiene que toda regulación que contravenga a aquel no implica contravenir el artículo 10 de la Constitución, que encomienda interpretar las normas atinentes a derechos y libertades de jerarquía constitucional conforme a los instrumentos extra-nacionales de los que forma parte España.

En tanto, la mayoría de los miembros del Tribunal entienden que los preceptos extra-nacionales que aluden a los derechos de segunda generación, en especial el derecho a la vivienda, no recogen un derecho subjetivo exigible, sino un mandato para los Estados Partes de ejecutar medidas para la promoción de políticas públicas que faciliten el acceso a una vivienda digna para los ciudadanos.

En similar línea ya se había pronunciado antes el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), en la Sentencia de 16 de julio de 2015 – Asunto C-539/14, sosteniendo que la significación del artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que alude al derecho a la vivienda, no garantiza el derecho a la vivienda, sino el derecho a una ayuda de carácter social y a una ayuda de vivienda en el marco de las políticas sociales, esto es, restringe el derecho a la vivienda a una mera prestación social de parte del Estado respecto de sus ciudadanos.

## 6. Reflexiones finales

Como se explica, las distintas crisis financieras, como también las políticas que se ejecutan han dejado a millones de personas sin hogar a nivel mundial<sup>137</sup>, tanto es así que parte de la doctrina ha llegado a sostener que generalmente los gobiernos de turno favorecen al sector inmobiliario-financiero, por medio de la concreción de un cúmulo de políticas públicas que hacen de la vivienda un componente generador de renta, ganancia financiera y acumulación de capital para algunos –y un derecho a endeudarse para otros–, circunstancia favorable para inversores, tanto como para las autoridades estatales.

En el caso particular de España, a partir de la crisis económico-financiera de 2007, estudios indican que se llevan a cabo más de 700.000 ejecuciones hipotecarias en el ámbito nacional, un escenario que choca fuertemente con los compromisos que asume el Estado español en materia de garantía habitacional<sup>138</sup>. Un año antes, pues, según las Naciones Unidas, el Estado español es un país donde el derecho a la vivienda se ve seriamente lesionado<sup>139</sup>; en cambio, tres años más tarde, las autoridades de aquel Estado niegan que las familias presenten dificultades para responder ante las hipotecas. Ello origina una organización por parte de la sociedad civil, por lo que en 2009 se crea la Plataforma de Afectados por las Hipotecas –PAH– en Barcelona, con el designio de dar solución a la situación compleja que atraviesan muchos ciudadanos<sup>140</sup>.

España reconoce por medio de su derecho positivo interno el derecho a la vivienda como derecho esencialmente social, atribuyéndole rango constitucional. En la Carta española se incluye tardíamente el derecho a la vivienda, desde que es en la segunda mitad del siglo XX que se decide reconocerlo de forma expresa en tal cuerpo normativo. Antes de aquella previsión explícita se incluye un artículo de clara inspiración iusnaturalista que consagra el reconocimiento y protección de aquellos derechos y garantías incluidas a texto expreso, como también de aquellas que no disponen de estipulación explícita, pero que igualmente –por su legitimidad, por ser inherentes al ser

---

<sup>137</sup> ÁLVAREZ, E. – SMITH, H. "La lucha por la vivienda en España (2009-2019): desde las calles a las instituciones", en *Revista Invi*, Vol. 34, N° 97, 2019, p. 179.

<sup>138</sup> ÁLVAREZ, E. – SMITH, H. "La lucha por la vivienda en España (2009-2019): desde las calles a las instituciones", p. 197.

<sup>139</sup> KOTHARI, M. 2008, en ÁLVAREZ, E. – SMITH, H. "La lucha por la vivienda en España (2009-2019): desde las calles a las instituciones", p. 189.

<sup>140</sup> COLAU, A. – ALEMANY, A. 2012, en ÁLVAREZ, E. – SMITH, H. "La lucha por la vivienda en España (2009-2019): desde las calles a las instituciones", p. 189.

humano, o por ser afines a la forma republicana de gobierno, etcétera– admiten igual reconocimiento y protección.

Pese a que la incorporación constitucional del derecho a la vivienda es, en términos relativos, tardía –como acontece igualmente con otros derechos sociales– el derecho constitucional previo registra previsiones atinentes al derecho a la propiedad, así como al domicilio, incluyéndose distintos artículos en defensa tanto de la propiedad como del domicilio, ambos de suma envergadura en la vida de la persona, y que se relacionan mucho con el derecho a la vivienda que, como se analiza, se agrega a texto expreso tiempo más tarde. Lo mismo sucede con el derecho a la intimidad personal y familiar. En conclusión, si bien el derecho a la vivienda no registra presencia en las primeras constituciones españolas, sí lo hace el derecho a la propiedad privada y, más tarde, el domicilio, considerándose un sagrado inviolable.

Por lo demás, en lo que respecta a la creación normativa de inferior jerarquía que la constitucional en cuestiones habitacionales, España evidencia una cantidad relevante de disposiciones legales, tanto como normas reglamentarias, no solo vinculadas de modo directo con el derecho a la vivienda digna y adecuada, sino también preceptos legales y reglamentarios que dan vida a planes, programas o políticas públicas dirigidas a efectivizar el derecho a la vivienda, más que nada procurando la asistencia a los sectores sociales más vulnerables. Evidentemente, estas disposiciones que se encuentran por debajo de la Carta, son formas de aplicar los preceptos constitucionales, haciendo que estos logren mayor efectividad.

En general, los derechos humanos configuran valores inherentes a la humanidad, pero son reconocidos y respetados como consecuencia de luchas y conquistas sociales, es decir, cada 103 uno de ellos adquiere una mayor magnitud y elevación a postulado o axioma debido a movimientos colectivos que visibilizan lo que siglos y décadas atrás prevaleció oculto, como sucede lamentablemente aún en pleno siglo XXI en algunas partes del mundo. De todos modos, pareciera ser que el derecho social a la vivienda es un derecho silencioso, que brilla por su ausencia para millones de personas en el mundo, pero que no es reclamado por la gran mayoría de estas –como sí sucede con otros derechos– resignada a vivir en las condiciones que el destino le tenía preparadas. El caso de España es sin duda un ejemplo donde la sociedad sí se ha hecho sentir tratándose del derecho a la vivienda.

Esto último tal vez relacionado con aquella idea extendida por algunos acerca de los derechos sociales y su dudosa categorización como derechos humanos y, por tanto, lejos de ser exigibles a nivel judicial. En este aspecto influyen en gran medida las disposiciones de varios instrumentos extra-nacionales en materia de derechos humanos, y particularmente al momento de describir los compromisos, deberes u obligaciones asumidas por los Estados al suscribirlos o ratificarlos. La realidad es que algunos de estos preceptos estipulan que los Estados, tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, se obligan en relación a sus posibilidades económicas, pudiendo no asumir responsabilidad alguna si demuestra que, por ejemplo, pese a no efectivizarse el derecho a la vivienda respecto de una persona o de un grupo de individuos, administró de forma adecuada y eficiente sus recursos e igualmente fue imposible cubrir aquellas necesidades sociales.

Según algunos fallos mencionados en el presente ensayo, ciertas autoridades supranacionales niegan la calidad de derecho humano a la vivienda digna y adecuada, entendiendo válido y legítimo que los Estados no cumplan sus compromisos asumidos a nivel regional e internacional, como por ejemplo al modificar sus derechos positivos internos reduciendo plazos procesales en menoscabo de quienes, ante un inevitable desahucio forzoso, ven su derecho a la vivienda completamente obstaculizado y, por consiguiente, eliminada su calidad de ser humano. Como se expresa, los derechos humanos son interdependientes y cuando se cuestiona el real goce de los mismos aparecen inmediatamente distintos intereses contrapuestos; siguiendo con el ejemplo de los desalojos forzosos, se identifica por un lado el derecho de propiedad y por otro lado el derecho a la vivienda. Ambos derechos son válidamente justificables, ya que el problema a nivel país recae en el Estado, incapaz de otorgar respuestas a las carencias colectivas, generando conflictos como el comentado.



Cabe resaltar que se adhiere a aquella tesis que sostiene que todos los derechos, independientemente de la clase o categoría a la que pertenezcan<sup>141</sup>, son derechos humanos, y por ello deben ser reconocidos, defendidos y garantizados a todos los individuos, sin ningún tipo de distinción. El Estado administra los fondos públicos, colectivos, por tanto, debe ser lo suficientemente capaz de gestionar los recursos estatales de la manera más eficaz y eficiente para dar respuesta a todas las problemáticas sociales, y si manifiesta insolvencia financiera, tiene que valerse de los instrumentos o herramientas jurídicas que le permitan afrontar las demandas colectivas; verbigracia, apelar a las estructuras público-privadas, a efectos de permitir el apoyo financiero y técnico-profesional de agentes extraños al ámbito público, todo ello con el propósito de satisfacer la mayor cantidad de necesidades sociales, pese a la incapacidad estatal para afrontar en solitario aquel cometido.

España forma parte de la mayoría de los instrumentos extra-nacionales en materia de derechos humanos, circunstancia sumamente favorable para los intereses de toda la comunidad española, sobre todo al reafirmarse los derechos, incrementándose su protección, y se habilitan mayores alternativas para la exigibilidad de aquellos ante estados situaciones de eventuales menoscabos. En general, el Estado español adecua su derecho interno o doméstico a los instrumentos extra-nacionales que, por medio del proceso de internalización, pasan a integrar el derecho positivo interno. Por lo demás, múltiples políticas habitacionales ejecutadas procuran la efectiva observancia de aquellos preceptos supra-nacionales, más que nada colocando el foco de atención en carencias en materia de vivienda de los sectores más desamparados. Como ejemplos de políticas implementadas en este rubro pueden mencionarse las siguientes: programa de ayudas al alquiler de vivienda; programa de ayudas a las víctimas de violencia de género, personas objeto de desahucio de su vivienda habitual, personas sin hogar y otras personas especialmente vulnerables; fomento para la conservación, mejora de la seguridad de utilización y accesibilidad universal en viviendas; programa para el fomento de viviendas para personas mayores y personas con discapacidad; entre otros.

Adicionalmente, España dispone de mecanismos jurídicos para hacer exigibles los derechos humanos ante diferentes autoridades; incluso al formar parte de los principales instrumentos extra-nacionales de protección de los derechos humanos, se extiende el conjunto de alternativas de reclamo, obviamente siempre mediante un proceder coherente y lógico, verbigracia, previo el agotamiento de las vías o recursos internos para luego, en el supuesto de no satisfacer total o parcialmente la pretensión, acceder a los tribunales supra-nacionales. Es así que los Estados deben fortalecer sus estructuras judiciales, desde que en sus manos se halla el llamado control de convencionalidad, una herramienta tal relevante en materia de derechos humanos; por consiguiente, pues, es elemental que los sistemas judiciales dispongan de los recursos necesarios: humanos, materiales, formativos, a efectos de alcanzar un desempeño eficiente y que vele por los derechos y garantías de la comunidad.

## 7. Material bibliográfico

AHMED, D. – BULMER, E. *Derechos sociales y económicos. Guía Introductoria 9 para la Elaboración Constitucional*, Idea Internacional, Estocolmo, 2021.

ÁLVAREZ, E. – SMITH, H. "La lucha por la vivienda en España (2009-2019): desde las calles a las instituciones", en *Revista Invi*, Vol. 34, N° 97, 2019.

ANCHUSTEGUI IGARTUA, E. "Los derechos sociales en un mundo globalizado" (ponencia), *IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global. Reflexiones para la transformación de la sociedad*, Universidad Rafael Landívar y Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibersitatea, Guatemala, 2013.

---

<sup>141</sup> Siempre teniendo presente que, al menos en este ensayo, la categorización generacional de los derechos humanos no tiene mayor utilidad que la didáctica.

- ARANGO RIVADENEIRA, R. "Derechos Sociales", *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Autónoma de México, México, Vol. 1, Cap. 47, 2015.
- DEDE DELFINO, G. "Políticas públicas, derechos humanos y el acceso a la vivienda", en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/998/1/RAA-21-DedePol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas,%20derechos%20humanos%20y%20acceso%20a%20vivienda.pdf>, fecha de captura: junio 2022.
- ESCOBAR ROCA, G. *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo* – Universidad de Alcalá, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E. "Concepto de derechos humanos y problemas actuales", en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.
- FIGUEROA, R. "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Difusión Teórica". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, Nº 3, 2009.
- GARRIDO, P. "El derecho a una vivienda digna en España. Crisis residencial: origen, consecuencias y respuesta de los poderes públicos", País Vasco, en: [https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3508\\_3.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3508_3.pdf), fecha de captura: junio 2022.
- HUENCHUAN, S. – MORLACHETTI, A. "Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina", *Notas de Población*, CEPAL, Nº 85, 2007.
- LÓPEZ-DAZA, G. "Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal", *Revista DIXI*, Vol. 14, Nº 15, 2012.
- MEJÍA-ESCALANTE, M. "La vivienda digna y la vivienda adecuada. Estado del debate", *Cuadernos de Vivienda y Urbanismo*, Vol. 9, Nº 18, 2016.
- MIRANDA GONCALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, Vol. 34, Nº 2, 2020.
- RAMÍREZ, G. "Concepto y fundamentación de los derechos humanos. Un debate necesario", en *Derechos Humanos*. Editorial Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, 1998.
- RUBIO, P. "Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Nº 71, 2013.
- SÁNCHEZ MARÍN, A. L. "Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Humanos", *Revista Eikasia: revista de filosofía*, Nº 55, 2014.
- SUARA, J. *La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)*. Barcelona: Instituto de Derechos Humanos de Cataluña, 2011, Nº 2.

## **El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas desde una perspectiva mundial y de la Amazonía peruana**

*The right to cultural identity of indigenous peoples from a global and Peruvian Amazon perspective*

**Héctor Miguel Manríquez Zapata<sup>1</sup>**

*Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas*

**Sumario:** 1. El derecho a la identidad de los pueblos indígenas: a). La identidad en el convenio 169 de la OIT, b). La identidad en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, c). La identidad en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, d). La identidad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2. Los pueblos Indígenas en el Perú: 2.1. Distribución de las poblaciones indígenas en el Perú, 2.2. Realidad problemática de las poblaciones indígenas en el Perú, 2.3. El derecho a la identidad de las poblaciones indígenas en la normativa peruana, 2.4. El derecho a la identidad de los pueblos Indígenas en la región Amazonas del Perú.

**Resumen:** El derecho a la identidad cultural es uno de los derechos de suma importancia, toda vez que al hacer cumplir este derecho es hacer que las personas se sientan pertenecientes a un determinado grupo social, y dentro de estos grupos tenemos a los pueblos indígenas, a tal punto que ha sido recogido en normas internacionales en nuestra propia Constitución Política del Estado Peruano; pero, aun así, este derecho de los pueblos indígenas y en específico de la Amazonía peruana, se han visto vulnerados por parte del Estado, muchas veces porque este no ha respetado la cultura que dichos pueblos han construido durante décadas, y por el contrario ha aplicado políticas de no interculturalidad, causando de esta manera una discriminación de la identidad cultural de dichos pueblos, toda vez que se vulnera que los pueblos indígenas tengan una participación activa dentro del país, y en específico dentro de la Amazonía peruana, constituyéndolos a dichos pueblos como carentes de un reconocimiento formal dentro de la sociedad.

**Palabras clave:** Identidad cultural, pueblos indígenas, Amazonía peruana.

**Abstract:** The right to cultural identity is one of the most important rights, since when enforcing this right is to make people feel they belong to a certain social group, and within these groups we have the indigenous peoples, as point that has been collected in international standards in our own political constitution of the Peruvian state; but, even so, this right of the indigenous peoples and specifically of the Peruvian Amazon, have been violated by the state, many times because it has not

---

<sup>1</sup> Profesor Principal de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, Past Decano de la Facultad de Derecho y CC PP, Profesor en el Doctorado en Derecho y Doctorado en Gestión Pública y Gobernabilidad Universidad César Vallejo, Doctor en Derecho, Postdoctorado en Derecho Público ULPGC. [hector.manriquez@untrm.edu.pe](mailto:hector.manriquez@untrm.edu.pe). ORCID 0000-0001-5947-9050.

respected the culture that these peoples have built for decades, and on the contrary has policies of non-interculturality have been applied, thus causing discrimination of the cultural identity of said peoples, since it violates the fact that indigenous peoples have an active participation within the country, and specifically within the Peruvian Amazon, constituting said peoples as lacking formal recognition within society.

**Keywords:** Cultural identity, indigenous peoples, Peruvian Amazon.

## 1. El derecho a la identidad de los pueblos indígenas

La identidad cultural sin lugar a dudas está referida a aquella pluriculturalidad que existe en los países, y esta pluricultura hace que existe una interculturalidad entre todas las culturas existentes, es decir, respetar las otras culturas existentes a la nuestra, y este respeto mutuo de las culturas es justamente la identidad cultural. Veamos, en primer término, algunos alcances de la interculturalidad para luego hablar en específico de la identidad referida a los pueblos indígenas u originarias.

La intención que verdaderamente tiene el derecho intercultural es que entre las distintas culturas funcione aquellas formas jurídicas que cada cultura cultiva o mantiene, y en base a esto lo que quiere el derecho intercultural es que se mejore la eficacia y la legitimidad de las culturas mediante una comprensión, intercambiando cada uno su cultura a fin de que exista una construcción cultural mutua; un gran ejemplo de cómo es que estas culturas o el derecho intercultural funcione de manera correcta son los derechos humanos, toda vez que en todas las culturas existentes siempre está presente los derechos humanos con el propósito de que sean compartidas como una sola cultura; pero para que este planteamiento de los derechos humanos funcione tiene que existir necesariamente un diálogo intercultural, en donde se pueda tener una enseñanza autosuficiente y unilateral de las demás culturas.<sup>2</sup>

Hablar del concepto de identidad cultural es referirse a un sentido de pertenencia a un determinado grupo social con el cual se conviven rasgos netamente culturales, como pueden ser las costumbres, los valores y las creencias. Hablar de identidad no es solo referir a un único concepto, sino que se recrea tanto individual y colectivamente, pero, además, se alimenta de forma constante y continua de la influencia externa.<sup>3</sup>

La interculturalidad está referida a aquel derecho que se desarrolla en una específica dirección, y esto consiste en armonizar el derecho a la identidad de las personas con su derecho a la identidad cultural, y es justamente esto lo que hace que la identidad cultural sea un derecho protegido; y mediante este derecho, las personas que pertenecen a la diversidad de grupos culturales, tienen absoluta legitimidad para que se constituyan como personas iguales de una relación cultural que se manifiesta como interculturalidad, pero esta legitimidad de las personas para identificar su cultura lo pueden hacer de manera directa o lo pueden hacer a través de sus instituciones o mediante sus organizaciones.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> ESPEZÚA SALMÓN, B. *El derecho desde la mirada del otro*, Ideas solución, Perú, 2016.

<sup>3</sup> MOLANO, O. L. "identidad cultural un concepto que evoluciona", *Revista Opera*, 7, 2007, p. 6.

<sup>4</sup> ESPEZÚA SALMÓN, B. *El derecho desde la mirada del otro*, Ideas solución, Perú, 2016

Por lo expuesto, se puede llegar a la conclusión que al hacer referencia a la identidad cultural como derecho, en realidad estaríamos haciendo alusión a todo aquel grupo étnico-cultural, además a todos los miembros que pertenecen a una cultura determinada y de esa manera puedan tener un reconocimiento distinto a los demás; así como el de preservar todo su patrimonio sin exclusión, conservar su cultura propia, y por último las personas no están obligados a pertenecer o ser parte de otras culturas, así como tampoco la misma cultura a la cual pertenecen no puede exigirles que se involucren a la misma.<sup>5</sup>

Hablar de identidad en la población indígena es bastante compleja, toda vez que está estrechamente ligada a la preservación del territorio. Desde esa perspectiva, la identidad indígena se conserva desde una mirada donde pueda desarrollar la calidad de vida, la cultura, la espiritualidad, y en donde se pueda plasmar la cosmovisión. La identidad de los pueblos indígenas se encuentra retroalimentada por el ámbito físico, ya que si este no existiría se volvería prácticamente imposible que las personas de este habitat sobrevivan como Pueblos. Esta idea no es menor, toda vez que no se trata que los individuos aislados alcancen diferentes finalidades, puedan reinventarse, someterse a procesos de transculturación, etc. Sino, de lo que aquí se trata es de proteger una cosmovisión, una idea de colectivo, de grupo, una forma de convivir en sociedad, en comunidad, que además necesariamente se requiere de un lugar en donde desplegarse.<sup>6</sup>

Lo importante aquí no está orientado a lo que realmente es o no es la cultura, es decir, conocimientos, moral, costumbre, arte, etc., lo que aquí importa es que las personas adquieren la cultura como parte de la sociedad, es decir, sea lo que sea la cultura, eso no es lo primordial, lo que realmente sí interesa es su estudio desde el ámbito externo de las personas y que se interioriza cuando se hace parte de la sociedad, esto quiere decir que no se toma mucho en cuenta qué es la cultura, sino lo que aquí interesa son las formas, los mecanismos cómo es que esta cultura es interiorizada en los sujetos y cómo es que estas personas lo exteriorizan y desarrollan dicha cultura.<sup>7</sup>

Si a la identidad se le va a considerar como aquel proceso de evolución, y no se le va a considerar como aquella originalidad, como aquella esencia que es en sí la identidad, en este caso hay la necesidad de poder identificarlos a todos aquellos elementos que lo conforman. Particularmente soy de la idea que dichos elementos son necesariamente tres; el primero de ellos es que todas las personas se identifiquen así mismos, es decir, cada persona se identifica con sus propios modos de vida, por ejemplo, tenemos la sexualidad, el género, su religión, incluso su profesión, en donde todas estas de manera muy importante contribuyen de alguna manera a determinar su ámbito cultural, a tal punto se ha llegado a concluir que hablar de cultura es hablar de aquella que es determinante para la identidad de cada persona. Por otro lado, tenemos las identidades en general, es decir todas ellas son determinadas, pero de manera colectiva, sin embargo, todas aquellas identidades que son compartidas llegan a conformar una única identidad cultural. Cabe precisar que en estos tiempos,

---

<sup>5</sup> RUIZ CHIROGA, O. "el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano", *Revista internacional de derechos humanos*, 5, 2006, p. 3.

<sup>6</sup> RAMÍREZ, S. "pueblos indígenas, identidad y territorio – sin territorio no hay identidad como pueblo", *Revista jurídica de la universidad de Palermo*, 1, 2016, p. 16.

<sup>7</sup> ESPEZÚA SALMÓN, B. *El derecho desde la mirada del otro*, Ideas solución, Perú, 2016.

las identidades tanto nacionales así como las profesionales y las de clase han influenciado como las más importantes en estos últimos años.<sup>8</sup>

Pero no solamente a lo descrito anteriormente se hace referencia la identidad cultural, sino que se extiende mucho más allá, ya tenemos a la educación como forma cultural, a la salud, a las costumbres ancestrales, a la utilización de sus medicinas propias de la zona, es decir, la identidad cultural abarca muchos temas importantes, los mismos que son imprescindibles para que las comunidades indígenas se desarrollen de manera auténtica y dar un bienestar a las personas pertenecientes a ellas.

Es por ello, que debemos de entender la educación, y para lograr esto se tiene que entender en primer término cómo es que se transmite la cultura dentro de estos pueblos indígenas; ya que, dentro de esta cultura se pueden transmitir una serie de conocimientos, una serie de prácticas y una serie de habilidades; y esto va en relación entre la cultura y el lenguaje, toda vez que hay entre estas dos una socialización expresada en una realidad meramente social, pero además se expresa como una auto comprensión no solo para los pueblos indígenas sino para todo el mundo. Es por tales razones que con certeza se expresa que lo primero que debe de hacerse la distinción es que la cultura se transmite con los usos del lenguaje, así como con los usos, además con modelos, para que de esta manera se pueda hacer comprender a las personas que todo es cuestión de hacer mediante actos prácticos que en realidad expresan actos de generalizaciones, ya que no son descritas por las personas que transmiten dichas culturas, es decir, no existen reglas de manera explícitas de cómo se transmiten dichas culturas, sino más bien se transmite de boca en boca por cada persona, por cada generación, y de esa manera las nuevas generaciones adquieren los conocimientos que han sido utilizados por sus antiguas generaciones.<sup>9</sup>

Por otra parte, habiendo dado algunas precisiones acerca del derecho de identidad en los pueblos indígenas u originarios, veamos ahora en qué parte o en qué artículos de las normativas internacionales que hemos indicado están recogido el derecho a la identidad de los pueblos indígenas u originarios, normativas que se describen a continuación.

#### **a). La identidad en el convenio 169 de la OIT**

El derecho a la identidad cultural lo encontramos en el artículo 2 y en el artículo 5 del presente convenio, dichos artículos indican expresamente lo siguiente:

##### **Artículo 2**

- 1.** Todos los gobiernos tienen la obligación de desarrollarse, lo cual debe de ser realizado necesariamente con la participación de todos los pueblos que tengan interés, y esto se debe de llevar a cabo con las intenciones de garantizar el respeto de la integridad y sin perder de vista la protección de todos los derechos de los pueblos indígenas.
- 2.** Las acciones mencionadas están orientadas a promover que los derechos sociales, económicos y culturales de todos los pueblos, respetando de esa manera tanto su identidad social y cultural, incluso sus modos de vida, costumbres, y sus instituciones, y a partir de esto puedan tener una efectividad de tales derechos.

---

<sup>8</sup> LARRAIN, J. *identidad y modernidad en américa latina*, océano de México S.A, México, 2000.

<sup>9</sup> HELBERG, H. *Conocimiento Intercultural: Indicaciones metodológicas*. Perú, 2017.

**Artículo 5**

Cuando sea aplicado lo dispuesto este convenio, se deberá tomar en cuenta lo siguiente: a) las prácticas sociales, religiosos, culturales, y las practicas espirituales, sin excepción deberán protegerse y ser reconocidos; b) se debe obligatoriamente respetar tanto las prácticas, los valores, su integridad, incluso las instituciones que tengan aquellos pueblos; c) se debe de acoger medidas que estén orientadas a solucionar los problemas que en los pueblos se presenten cuando las personas tengan nuevas condiciones tanto de vida como de trabajo.

**b). La identidad en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas**

El derecho a la identidad de los pueblos indígenas en esta declaración lo encontramos recogido en distintos de sus artículos, dentro de ellos tenemos a los artículos 9,11,12 y 13, los mismos que indican de amañera expresa lo siguiente:

**Artículo 9**

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

**Artículo 11**

En su inciso 1 indica que todos los pueblos indígenas cuentan con el pleno derecho para que ejerzan tanto, sus tradiciones e incluso sus costumbres según su cultura; en donde esto se extiende a ese derecho de mantener, proteger y desarrollar todas aquellas manifestaciones que se han practicado en el pasado, incluido aquellas que se practican en la actualidad, incluso aquellas culturas que se practicarán en un futuro. Dentro de estas tenemos a aquellas ceremonias, arqueológicos históricos, sus tecnologías, sus literaturas.

En su inciso segundo se hace precisión a aquel compromiso que tienen los Estados para que reparen todos aquellos bienes culturales, intelectuales religiosos y que se extiende a los espirituales, cuando de alguna hayan sido privados sin su libre consentimiento, con previa información, o cuando se esté vulnerando sus leyes, sus costumbres. dicha reparación se lo hará por aquellos mecanismos eficaces.

**Artículo 12**

Así mismo, en su inciso 1 del presente artículo se refiere a aquellos derechos que tienen los pueblos indígenas, donde estos consisten en el derecho de poder manifestarse, de poder desarrollarse, practicar y enseñar sus propias tradiciones, incluso sus ceremonias religiosas, así mismo tienen el derecho de mantener aquellos lugares culturales para que puedan acceder a ellos, así como controlar sus objetos de culto y los restos humanos a ser repatriados. En esa misma dirección, los Estados brindarán esa facilidad para que los pueblos puedan acceder a la repatriación de los objetos de culto y de todos aquellos restos humanos.

**Artículo 13**

De la misma manera, en este artículo, en su inciso 1 se recalca los derechos de todos los pueblos indígenas referidos a revitalizar, fomentar, utilizarlos y poder transmitir todo lo que se adquirido, es decir, sus historias, sus tradiciones, su filosofía, su forma de vida, en donde las generaciones futuras puedan acceder y conocer todo su pasado, todo lo que sus ancestros han vivido, con el fin de mantener aquellas culturas. Pero para que pueda suceder lo que se ha mencionado en el inciso 1 se tiene que tener la participación necesariamente de los Estados, los mismos que adoptarán medidas eficaces, para que puedan asegurar de esta manera que todos los pueblos indígenas hagan exterior sus políticas, en donde estas pueden ser administrativas, jurídicas, entre otros.

#### Artículo 33

Todos los pueblos indígenas tienen derechos para poder determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

### **c). La identidad en la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas**

En esta declaración, el derecho a la identidad se lo puede apreciar en sus artículos 1 y 2, estos están redactados de la manera siguiente:

#### Artículo 1

La existencia y las identidades culturales, religiosas, y lingüísticas están a cargo del Estado, con el fin de proteger y fomentar las condiciones de todas las identidades, promoviéndolos y de esa manera los pueblos minoritarios fomentar todas sus costumbres. Asimismo, estos mencionados Estados estarán en la exigencia de poder adoptar medidas apropiadas de carácter legislativa y de cualquier otro tipo con la finalidad de poder lograr aquellos objetivos mencionados anteriormente.

#### Artículo 2

En este artículo se hace mención y se reitera que todas aquellas personas que pertenecen a las minorías nacionales, étnicas, incluso religiosas y lingüísticas, gozarán de todo ese pleno derecho para gozar de su cultura propia, de su propia religión, y poder incluso utilizar su propio idioma de la manera en que ellos lo crean conveniente, de manera libre sin intervención de otra persona o de alguna autoridad. Por otra parte, tenemos que las personas que pertenecen a estas minorías cuentan con toda esa facultad de participar en su vida cultural, en su vida religiosa, en su vida social, económica y pública. Asimismo, estas personas podrán participar de las decisiones que se adopten a nivel nacional, incluso a nivel regional, en este último caso respecto a la región en la que se encuentren. Por otro lado, tenemos que estas personas tendrán el derecho de mantener sus propias asociaciones. Por último, este artículo hace mención que las personas pertenecientes a estos pueblos tienen el derecho de realizar contratos de todo tipo con otras personas que pertenecen a otras minorías, así como también pueden hacerlo con otras personas que pertenecen a otros estados cuando tengan una relación de etnicidad o lingüísticos y religiosos.



**d). La identidad en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.****Artículo 1**

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

**2. Los pueblos Indígenas en el Perú****2.1. Distribución de las poblaciones indígenas en el Perú**

El territorio amazónico se extiende aproximadamente del 60 % del territorio nacional y un 15% de toda la cuenca amazónica de todo el continente sudamericano. Si bien es cierto, se tiene que no hay una precisión sobre datos estadísticos acerca de las poblaciones indígenas, sin embargo, se puede advertir que existieron 42 grupos y subgrupos etnolingüísticos, los mismos que pertenecían a 12 familias lingüísticas y a 1297 comunidades. Se considera que anteriormente al año 1950 existían 58 grupos, de estos 11 grupos han sido extinguidos tanto física como culturalmente entre los años 1950 a 1957. Ahora en la actualidad, 18 de esos grupos se encuentran en un grave peligro de extinción, 7 de esos grupos se encuentran en aislamiento y de 6 de ellos no se tiene información; pero estas causas de extinción se deben a que existe una imposibilidad de auto reproducirse, pero de manera cultural esta extinción se debe a que hay una pérdida de componentes diacríticos que definen su identidad étnica, en donde el componente con mayor significancia es el idioma.<sup>10</sup>

A nivel mundial, aproximadamente en 90 países, existen 476 millones de personas indígenas, y estos conforman poco más del 6 % de la población del mundo, y que a su vez se encuentran dentro del 15% de las personas clasificadas económicamente en pobreza extrema. Los estudios indican que la preservación de estos grupos de personas indígenas es inferior a los 20 años, en comparación a otros grupos de personas.<sup>11</sup>

En todas las regiones del mundo se puede encontrar que existen grupos de personas indígenas, y estos, utilizan el 22 % del territorio del planeta. Representan una gran parte de toda la diversidad cultural que tiene el mundo, ya que estos conforman entre los 370 y 500 millones de personas. Las condiciones para estos grupos indígenas siguen siendo deficientes, ya que aparte de encontrarse en condición de pobreza extrema, sufren discriminación, racismo etc. Por una parte, la UNESCO en apoyo con ONG, buscan resolver diferentes desafíos que atraviesan estas comunidades, con el principal objetivo de mantener la diversidad cultural y la biodiversidad.<sup>12</sup>

Si hacemos un recuento de cómo ha evolucionado los pueblos indígenas en nuestro país a través de toda la historia republicana que hemos tenido, podemos dar fe de que estos no fueron reconocidos en la primera carta constitucional de 1823, sino que fue por primera vez su reconocimiento constitucional en la carta de 1920 como "comunidades de indígenas", es decir, esta carta constitucional tiene una gran

<sup>10</sup> SILVA SANTISTEBAN, F. *Introducción a la antropología jurídica*, Fondo de cultura económica, Lima: Perú, 2000.

<sup>11</sup> BANCO MUNDIAL, "Pueblos indígenas: Panorama general", 2021.

<sup>12</sup> UNESCO, "Pueblos indígenas", 2021.

importancia, toda vez que es la primera constitución que acoge dentro de su texto a los integrantes de comunidades indígenas, cosa que ninguna carta constitucional anteriormente había recogido. Es así, como se ha ido incorporando en las constituciones, hasta que en la actualidad lo encontramos en la redacción de la Constitución de 1993. Pero, también se puede afirmar con mucha certeza que todos aquellos derechos de los pueblos indígenas son reconocidos de manera nacional como también internacional en sus tratados internacionales como ya se vio anteriormente en su base legal.

Los pueblos indígenas históricamente han tenido existencia desde tiempos muy remotos en el país, tanto en la costa, la sierra y la selva, agrupados en diferentes pueblos como: Moche, Chachapoyas, Nazca, Awajún, Ashuar, k'anas, Chancas, Inca, y Wari, entre otros. En donde cada pueblo indígena ha tenido y ha mantenido su único y propio sistema jurídico, es decir que se aplicaban y se aplican tantos sistemas como pueblos indígenas existen en el Perú.<sup>13</sup>

Los pueblos indígenas se han reconocido de manera histórica, y esto es de tal importancia que se han mantenido vivas las culturas desde épocas muy remotas, hasta la actualidad.

Los pueblos originarios son grupos cuyos orígenes son anteriores al estado y continúan manteniendo algunas de sus formas tradicionales en este país o región. Actualmente se tiene conocimiento que existen 55 grupos indígenas en el Perú, de los cuales 51 son de la región amazónica y 4 de la sierra. La existencia de estos grupos se desenvuelve de manera específica en torno a sus tierras y a sus territorios, los mismos que constituyen las fuentes de su subsistencia, además es el punto de inicio de su identidad en colectividad.<sup>14</sup>

Las comunidades indígenas se encuentran distribuidos por los departamentos de Loreto, que aglomera el 39,5% de las comunidades nativas indígenas, Ucayali 14,4%, Amazonas 14,3% y Junín tiene el 13% siendo el último departamento. En menos del 6,5% de las áreas del Perú, estas comunidades se distribuyen en los departamentos de Huánuco, Cusco, Pasco, Madre de Dios, San Martín, Ayacucho y Cajamarca. Los grupos de indígenas andinos se encuentran en zonas como Ayacucho, Cusco, Huancavelica, Apurímac, Huánuco, Arequipa, Cajamarca, Amazonas, Áncash, Junín, Pasco y Puno.<sup>15</sup>

La población que se autoidentifica como andina es más prevalente en siete departamentos. El porcentaje de esta población oscila entre el 5-23% como son Lima 23,1%, Puno 14,9%, Cusco 12,4%, Ayacucho 6,8%, Arequipa 6,7%, Junín 6,0%, y Áncash 5,0%. El resto son distribuidos en menor proporción en otros departamentos. Los otros departamentos que tienen porcentualmente un 27.3% de personas originarios u indígenas de los Andes, se encuentran en Cusco y Puno.<sup>16</sup>

## **2.2. Realidad problemática de las poblaciones indígenas en el Perú**

Estos pueblos indígenas muy frecuentemente son carentes de aquel reconocimiento formal de todo su territorio y de sus recursos naturales, y es más suelen ser muy excluidos a tal punto de no recibir apoyo por parte del Estado, sin

---

<sup>13</sup> MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO, *justicia comunal en el Perú*, 2010.

<sup>14</sup> LANDA ARROYO, C. *derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios*, Perú, 2020

<sup>15</sup> MINSA, *Comunidades Indígenas: Caracterización de su Población, situación de salud y factores determinantes de la Salud*, 2013.

<sup>16</sup> INEI, *Población Indígena u Originaria de los Andes*, 2018.

embargo, lo hacen como si fueran los pueblos de menos importancia, es decir, no cuentan con aquellos servicios básicos tampoco de infraestructura, y por tales motivos enfrentas diversas dificultades como para ser partícipes plenamente en la economía, incluso en la justicia, y de esta manera estos pueblos casi siempre no son parte de las políticas para toma de decisiones. Y es justamente este descuido por parte del gobierno que han hecho que se eleve el aumento de vulnerabilidad en todas las comunidades, tenemos el impacto del cambio climático, la creación de enfermedades, como el aumento de la COVID-19, y esto por la falta del acceso a la salud, agua, saneamiento, incluye en estos, la seguridad alimentaria y el bienestar.<sup>17</sup>

Son realmente diversas las causas por lo que las poblaciones indígenas se encuentran en situaciones paupérrimas o verdaderamente críticas, pero el motivo principal o relevante es la invasión de su hábitat por personas que no pertenecen a ese lugar o que no pertenecen a las poblaciones indígenas, es decir personas de otros lugares se involucran en tales territorios y deforman la naturaleza de las poblaciones indígenas, dentro de estas personas tenemos a aquellas organizaciones mineras, petroleras, en donde están conformadas por una serie de personas de distintos lugares, desestabilizando a diestra y siniestra los grupos amazónicos, ya que, porque otros grupos de personas quieren extenderse en territorio, afectan a los grupos indígenas tanto en sus territorios como en su cultura.<sup>18</sup>

A través de la historia, existieron diversos sucesos de manifestación de estos pueblos indígenas, que buscaban el reconocimiento de sus derechos, no es hasta en 1989, donde se realiza el Convenio sobre Pueblos Indígenas y triviales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde reconocen por primera vez sus derechos, y además se plasmó los Derechos de los Pueblos Indígenas en el 2007 por medio de la Declaración de las Naciones Unidas. Los Estados en la actualidad articulan dentro de sus políticas cinco dimensiones, como es el derecho al desarrollo y el bienestar social, el derecho a la no discriminación; el derecho a la integridad cultural; incluso el derecho a la participación política; y se extiende al derecho a la propiedad, al uso, al control y al acceso a las tierras, el acceso a todos sus territorios y sus recursos naturales.<sup>19</sup>

Si observamos con detenimiento, podemos dar fe que un cuarto de la población peruana es considerado como pueblos indígenas, pero a pesar de ser minoritarios, soportan un alto nivel de discriminación, incluso hay que precisar que los pueblos indígenas se ven diferenciados por su cultura, es decir, hay diferencias entre los pueblos andinos y los pueblos amazónicos por ejemplo, el primero de ellos están más allegados a la colonización que impusieron los españoles, en cambio los grupos pertenecientes a las partes amazónicas tienen un identidad cultural y étnica con mucho más sentido de pertinencia, es decir, su sentido de pertenencia es mucho más arraigado que los grupos andinos, y esto se explica por el aislamiento en lo que respecta a la sociedad occidental en el transcurso de toda la historia donde se han ido evolucionando.<sup>20</sup>

Nuestro país es uno de los países que se le ha considerado pluricultural. Desde tiempos remotos el Perú ha sido habitado por los distintos pueblos, en donde cada

---

<sup>17</sup> BANCO MUNDIAL, "Pueblos indígenas: Panorama general", 2021.

<sup>18</sup> SILVA SANTISTEBAN, F. *Introducción a la antropología jurídica*, Fondo de cultura económica, Lima: Perú, 2000.

<sup>19</sup> CEPAL, "Los pueblos indígenas en América Latina. Naciones Unidas Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos", Naciones Unidas, 1, 2014, pp. 15-16.

<sup>20</sup> ANARTE, E. "Perú, el país que dejó solos a sus indígenas", *Amazonía Uchunya*, 2019.

pueblo ha realizado o ha venido arrastrando distintas costumbre, distintas prácticas, y además la forma de concebir la vida han sido distintas, sin embargo, esta diversidad cultural existente en nuestro país desde años longevos, en lugar de ser valorados, han sido materia de una discriminación muy elevada en sus distintas expresiones, y esto se evidencia en el poco ejercicio de sus derechos y de sus deberes, además de las infrecuentes participaciones de la toma de decisiones a pesar de que cuando se trate de algunos factores que afecten a progreso como pueblo. Por este motivo, es que la Defensoría del Pueblo ha puesto gran importancia en la institucionalidad de estatal en los pueblos indígenas. Esto incluye a la educación, la participación, e incluso la consulta a fin de promover el diálogo, entre los pueblos indígenas.<sup>21</sup>

### **2.3. El derecho a la identidad de las poblaciones indígenas en la normativa peruana**

En nuestra normativa nacional el derecho indígena lo encontramos en nuestra carta constitucional de 1993, es decir, en la vigente Constitución se encuentra recogido el derecho a la identidad, pero no se encuentra redactados en un único artículo, sino están dispersos, es decir, este derecho está recogido en el inciso 19 del artículo 2 y en el artículo 89 de la carta magna.

El derecho a la identidad lo que realmente busca es que los pueblos indígenas u originarios sean reconocidos y garantizados. Es por ello que estos pueblos tienen esa facultad de poder determinar su propia identidad y sentirse pertenecientes a la misma, de conformidad con sus costumbres o a sus tradiciones. Esto no quiere decir que las personas pertenecientes a tales pueblos se vean menoscabadas o perjudicadas a obtener de la ciudadanía en los estados en los que residen. Es por tales razones, que los estados están en la obligación de respetar todas sus prácticas, todas sus instituciones, sus valores, sus culturas, dichas prácticas consisten o abarcan tanto religiosas, culturales, incluso espirituales, esto siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales señalados en la carta constitucional.<sup>22</sup>

El inciso 19 del artículo 2 nos dice que toda persona tiene derecho “a su identidad étnica y cultural, el estado reconoce y protege, la pluralidad étnica y cultural de la nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad”.

Hablar de identidad cultural es referirse a aquella forma de organización, pero desde el punto de vista de la etnia, toda vez que se permite desde ese punto organizar o agrupar a dichas personas a través de alguna norma, que en su origen en realidad obedecen en específico a concepciones de carácter religioso, y recién en un segundo plano se formulan o se hacen patente dentro de la sociedad que se desarrolla en el colectivo de los pueblos. Por tal motivo, sin ninguna duda se precisa que el concepto o hablar de identidad cultural, no es solo hablar de etnia, sino que se extiende mucho más allá, toda vez que la identidad étnica desde un conjunto de elementos va a crear una serie de grupos para que recién se pueda hablar o recién se pueda formar el concepto de identidad cultural, y a partir de esto se pueda crear parámetros, tanto de permisión o de prohibición para que los integrantes de dichos pueblos puedan desarrollarse en sus actividades. Nuestro país en realidad se ha plasmado de diferentes influencias, desde las nativas, las europeas, incluso las

---

<sup>21</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Pueblos indígenas. Gobierno del Perú”, S.F.

<sup>22</sup> MINISTERIO DE CULTURA, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, Perú, 2016.

asiáticas y africanas, pero se realizó todo gracias a José María Arguedas, quien es considerado uno de los máximos representantes del Indigenismo en el Perú, el mismo que atribuía al Perú como un país de todas las sangres, es por ello que se reconoce de iguales las identidades de todas las personas, es decir, no se permite ningún tipo de discriminación a estas personas, por el contrario se los tiene que respetar.<sup>23</sup>

Es necesario precisar que el derecho a la identidad no solamente se limita a un simple nombre, sino que este derecho se extiende a visiones más amplias, es decir, se refiere a aquella integridad sicosomática, la misma que hace referencia a ese derecho que tiene cada persona sobre su propio ser, y eso es lo que lo diferencia de las demás personas, este concepto íntimamente relacionado con la dignidad de las personas, así también concatenado con la libertad de cada persona, esto es, cada una de las personas tiene su propia identidad, la misma que tiene un punto de visto estático como dinámico, en donde se abarca a la identidad genética, a la identidad sexual, a la identidad religiosa, a la identidad política, a la identidad racial, a la identidad social, etc. Es así que nuestra carta constitucional hace hincapié en la identidad étnica y cultural, en donde en su artículo 89 textualmente refiere que nuestro Estado está en la obligación de respetar tanto la identidad cultural de las comunidades campesinas como de las nativas, esto pareciera que en realidad es irrelevante, sin embargo, hablar de estas identidades, tanto locales como globalizadas es lo que en realidad lo da sentido al país como pluricultural.<sup>24</sup>

Los peruanos somos pues, de un tipo étnico que en realidad abordan todos los espacios y continentes del mundo y de todas las mezclas de ellas derivadas. Pero, además somos partícipes de muy distintas culturas y tenemos una gran cantidad de características propias y diferentes.<sup>25</sup>

Asimismo, este inciso debe de entenderse de manera conjunta con el artículo que se mencionó, es decir, con la redacción del artículo 89 de nuestra Constitución, el cual en su manera concreta establece que "Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas". La relación que existe entre este artículo y el inciso 19 del artículo 2 es muy cercana, sobre todo con la última parte del artículo del artículo 89 cuando dice que "El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas"

#### **2.4. El derecho a la identidad de los pueblos Indígenas en la región Amazonas del Perú**

Como ya lo hemos visto en líneas precedentes, la identidad cultural de los pueblos indígenas lo encontramos en nuestra carta constitucional, la misma que no da un concepto acerca de la identidad cultural, sino solo y únicamente se encarga de taxativizarlo como derechos de los pueblos. Es por tal motivo, que es oportuno dejar algunos conceptos, a fin de tener una idea más clara respecto a la identidad cultural,

---

<sup>23</sup> CHANAMÉ ORBE, R. *La constitución comentada*, San Marcos, Perú, 2015.

<sup>24</sup> GACETA JURÍDICA, *La constitución comentada: Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país, 2005.

<sup>25</sup> CHANAMÉ ORBE, R. *La constitución didáctica explicada en 300 diagramas*, Abogados editores EIRL, 2007.

puesto que esta con más profundidad juega un rol importante en la parte amazónica del Perú.

La identidad cultural podemos expresarlo como aquella facultad de querer ser parte de un pueblo, es la facultad de ser reconocido como miembro y tener aquella facultad de poder comunicar, manifestarse, y expresarse y poder comportarse en conformidad con aquellas normas de convivencia adquiridas en su cultura. Es por ello, que las identidades culturales se ven en aumento y eso es parte del Estado. Esto último quiere decir que está en obligación del Estado respetar las culturas, así como todas aquellas formas de organizaciones, estas organizaciones pueden ser culturales, creencias, tradiciones. Pero esto se tiene que realizar en base al diálogo y a todo aquel intercambio cultural solo y únicamente favorezca la convivencia democrática. Es así que se tiene el derecho a la identidad cultural y el cumplimiento por parte del Estado, es a la vez el cumplimiento de otros derechos tan importantes como lo es la identidad, tenemos dentro de este a la educación intercultural bilingüe, el derecho a la salud intercultural, así como el administrar justicia entre otros derechos no menos importantes.<sup>26</sup>

A inicios del presente siglo, aún se puede avizorar la preocupación de algunas personas acerca de que los pueblos indígenas sigan existiendo, y sigan proyectándose al futuro, toda vez que hoy en día se aprecia una urbanización y sobre todo una modernización, las mismas causas que ayudan a que los pueblos indígenas vayan desapareciendo de manera continua y paulatina, y de esta manera todas esas costumbres, idioma, tradiciones se van desapareciendo, pero eso no es todo, ya que la globalización capitalista es causa también que ayude a la desaparición de los pueblos mencionados. Ante esto es necesario recordar que existe una gran importancia para las personas que viven en ese habitat, y pese a eso las relaciones sociales lo destruyen. Es por ello que es bueno que se sepa que la desaparición de los bosques, así como la sobreexplotación de todos los recursos naturales, incluso la migración de las personas indígenas, sin duda alguna atentan sobre la cosmovisión y las organizaciones sociales amazónicas.<sup>27</sup>

Es decir, es el estado el que se encuentra en la obligación de hacer el reconocimiento de la diversidad cultural de las personas, y de esa manera asegurar que las personas cuenten con una participación activa dentro del país, y esto se lo hace con el único fin de lograr el desarrollo, y de esta manera lograr el respeto de sus costumbres, el respeto de sus creencias y así llegar a tener un bienestar y desarrollo progresivo de todas las personas pertenecientes a dichas culturas. Esto se hace con el fin de poder disminuir todo tipo de discriminación y rechazo por cuestión de cultura o por motivos de idioma, de religión, etc. Sin embargo, es oportuno señalar que en los últimos años se han presentado avances legales a manera de protección a los derechos de todos los pueblos indígenas, pero a pesar de ello aún no se ha aplicado en la práctica.<sup>28</sup>

Por otra parte, es menester hacer mención a la ley 28736, ley que protege los pueblos indígenas u originarios, que se encuentran en alguna situación de aislamiento. La misma que tiene por finalidad un régimen transectorial especial para

---

<sup>26</sup> MINISTERIO DE CULTURA, "Derechos de los pueblos indígenas en el Perú", 2014, PP. 35-36.

<sup>27</sup> ESPINOZA DE RIVERO, O. "Ciudad e identidad cultural. ¿Cómo se relacionan con lo urbano los indígenas amazónicos peruanos en el siglo XXI?", 2009, P. 50.

<sup>28</sup> CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN, "APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SALUD INTERCULTURAL EN EL ÁMBITO AMAZÓNICO", 2021, PP. 17-18.

la protección de los derechos de todos aquellos pueblos indígenas pertenecientes a la Amazonía peruana, para que de esta manera se garantice los derechos de las personas pertenecientes a estos pueblos, en especial aquellos derechos a la salud y salvaguardando su existencia y su integridad. Esta ley en su artículo 4 señala lo siguiente:

#### Artículo 4

El estado garantiza los derechos de los pueblos indígenas en situación de aislamiento o en situación de contacto inicial, asumiendo las siguientes obligaciones para con ellos:

c). Proteger su cultura y sus modos tradicionales de vida, reconociendo la particular relación espiritual de estos pueblos con su hábitat, como elemento constitutivo de su identidad.

Hablar del derecho a la identidad, es referirse exactamente a un derecho humano, fundamental, y siendo así, este derecho está estrechamente relacionado a la dignidad de las personas. Esto quiere decir que no hay la posibilidad de poder concebir el desarrollo de los humanos de manera integral al margen del derecho a la dignidad, toda vez que si sucediera esto se estaría bloqueando de esta manera los ejercicios tanto civiles como comerciales, incluso administrativos y judiciales, entre otros. Pero esto no es todo, ya que el derecho a la identidad tiene un reconocimiento constitucional, y esto está recogido en su artículo 2 numeral 1 de nuestra carta magna, además este derecho lo encontramos en el artículo 19 del código civil del Perú, el mismo que prescribe aquel derecho de las personas a que sean llamadas o identificadas por su nombre; pero algo muy importante que señalar es que este mismo derecho lo encontramos en la regulación textual de aquel tratado internacional, es decir, me refiero a la convención americana sobre derechos humanos, específicamente en el artículo 18, pero también en el artículo 7 numeral 1 de aquella convención sobre los derechos del niño. Ante esto es necesario señalar que el nivel de vulneración de aquel derecho a la identidad de todos los pueblos pertenecientes al indígena, tanto Wampís como Awajún es tan enorme que en realidad conlleva a una enorme preocupación, toda vez que la región materia del presente capítulo, es decir, Amazonas, es aquel departamento de nuestro país donde realmente existe un gran porcentaje de personas no identificadas, y este porcentaje es de 9.4%, en donde este porcentaje es equivalente a una cantidad de 7,777 personas que no cuentan con un documento nacional de identificación, es decir, son personas indocumentadas, y esto sucede porque no hay oficinas de RENIEC en los lugares indígenas, y esto sucede en un nivel muy alto. Por lo tanto, cuando existe esta ausencia del derecho a la identidad, que en realidad tiene como origen en todas aquellas barreras geográficas de poca accesibilidad, tiene como causa a que los registradores civiles no reciben una capacitación, sobre todo porque se encuentran en lugares definitivamente lejanos a los centros o establecimientos de salud, por tal motivo hay imposibilidad de que se emitan a los recién nacidos sus certificados de nacido, entre otras causas por supuesto, pero las descritas son las más importante.<sup>29</sup>

A pesar de que existen leyes en nuestro país, en especial la Constitución Política del Perú; sin embargo, su derecho a la identidad cultural de las personas pertenecientes a los pueblos indígenas en la Amazonía no se respeta, toda vez que

---

<sup>29</sup> GUEVARA, R. BAGUA: *DE LA RESISTENCIA A LA UTOPIA INDÍGENA. La "Curva del diablo" y la lucha de los pueblos amazónicos en el siglo XXI*. Punto & Grafía S.A.C. Perú, 2013.

muchas veces el Estado no permite a las personas de los pueblos indígenas que desarrollen su cultura como lo han adquirido de sus antepasados, y el Estado no se ha tomado el afán de implementar políticas de interculturalidad para que los pueblos ya mencionados mantengan su cultura y no se extingan como se está evidenciando en el transcurrir de estos últimos años, más bien por el contrario al no tomar en consideración las culturas cultivadas por los pueblos durante muchos años, los está desprestigiando y discriminando, vulnerando de esta manera gravemente la constitución y normas supranacionales en donde se establecen que este derecho a la identidad se debe de respetar y hacer prevalecer dentro de un Estado.

## Referencias

- ANARTE, E. "Perú, el país que dejó solos a sus indígenas", *Amazonía Uchunya*, 2019.  
<https://cutt.ly/iKdJIY6>
- BANCO MUNDIAL, "Pueblos indígenas: Panorama general", 2021.  
<https://www.bancomundial.org/es/topic/indigenouspeoples>
- CENTRO AMAZÓNICO DE ANTROPOLOGÍA Y APLICACIÓN PRÁCTICA – CAAAP, "APORTES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA SALUD INTERCULTURAL EN EL ÁMBITO AMAZÓNICO", 2021, pp. 8-9.  
<https://www.mesadeconcertacion.org.pe/storage/documentos/2021-03-04/salud-intercultural-compressed-compressed.pdf>
- CEPAL, "Los pueblos indígenas en América Latina. Naciones Unidas Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos", Naciones Unidas, 1, 2014, pp. 15-16.  
[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37050/4/S1420783_es.pdf)
- CHANAMÉ ORBE, R. *La constitución comentada*, San Marcos, Perú, 2015.
- CHANAMÉ ORBE, R. *La constitución didáctica explicada en 300 diagramas*, Abogados editores EIRL, 2007.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Pueblos indígenas. Gobierno del Perú", S.F.  
[https://www.defensoria.gob.pe/grupos\\_de\\_proteccion/poblacion-indigena/](https://www.defensoria.gob.pe/grupos_de_proteccion/poblacion-indigena/)
- ESPEZÚA SALMÓN, B. *El derecho desde la mirada del otro*, Ideas solución,
- ESPINOZA DE RIVERO, O. "Ciudad e identidad cultural. ¿Cómo se relacionan con lo urbano los indígenas amazónicos peruanos en el siglo XXI?", 2009, P. 50.  
<https://journals.openedition.org/bifea/2799?lang=en>
- GACETA JURÍDICA, *La constitución comentada: Análisis artículo por artículo, Tomo I, Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*, 2005.
- GUEVARA, R. *BAGUA: DE LA RESISTENCIA A LA UTOPIA INDÍGENA. La "Curva del diablo" y la lucha de los pueblos amazónicos en el siglo XXI*. Punto & Gráfica S.A.C. Perú, 2013.
- HELBERG, H. *Conocimiento Intercultural: Indicaciones metodológicas*. Perú, 2017.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. del Á. "Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: la indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 16, 2021, pp: 216-240.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. del Á. "La Amazonia amenazada y pueblos indígenas", *Tiempo de paz*, n. 136, 2020, pp: 32-42.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M. del Á. "Algunos apuntes sobre el desplazamiento del indígena a la ciudad y (algunas) consecuencias", *Pueblos indígenas: marco especial de protección y efectividad de sus derechos*, Navarra, Aranzadi, 2022.
- INEI, *Población Indígena u Originaria de los Andes*, 2018.  
[https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1642/cap03\\_01.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1642/cap03_01.pdf)



- LANDA ARROYO, C. *derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas u originarios*, Perú, 2020
- LARRAIN, J. *identidad y modernidad en américa latina*, océano de México S.A, México, 2000.
- MINISTERIO DE CULTURA, "Derechos de los pueblos indígenas en el Perú", 2014, PP. 35-36.
- MINISTERIO DE CULTURA, *Derechos colectivos de los pueblos indígenas u originarios*, Perú, 2016.
- MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONÓMICA Y DESARROLLO, *justicia comunal en el Perú*, 2010.
- MINSA, *Comunidades Indígenas: Caracterización de su Población, situación de salud y factores determinantes de la Salud*, 2013.  
<http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/2734.pdf>
- MIRANDA GONCALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del COVID-19", *Revista justiça do direito*, v. 34, n. 2, 2020, p. 148-172. <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/11013>
- MOLANO, O. L. "identidad cultural un concepto que evoluciona", *Revista Opera*, 7, 2007, p. 6. <https://www.redalyc.org/pdf/675/67500705.pdf>  
Perú, 2016.
- MOREIRA DOMINGOS, I. & MIRANDA GONCALVES, R. "População ribeirinha no Amazonas e a desigualdade no acesso à saúde" *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e teoria do direito*, v. 11, n. 2, 2019, pp. 99-108. DOI 10.4013/rechtd.2019.111.06
- RAMÍREZ, S. "pueblos indígenas, identidad y territorio – sin territorio no hay identidad como pueblo", *Revista jurídica de la universidad de Palermo*, 1, 2016, p. 16. [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-15/Revista\\_Juridica\\_Ano15-N1\\_01.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-15/Revista_Juridica_Ano15-N1_01.pdf)
- RUIZ CHIROGA, O. "el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano", *Revista internacional de derechos humanos*, 5, 2006, p. 3.  
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23477.pdf>
- SILVA SANTISTEBAN, F. *Introducción a la antropología jurídica*, Fondo de cultura económica, Lima: Perú, 2000.
- UNESCO, "Pueblos indígenas", 2021. <https://es.unesco.org/indigenous-peoples>

## **In the times of judicial dialogue, which court is more engaged: the Brazilian Supreme Court or the Inter-American Court?**

**Rafaela Teixeira Sena Daibes Resque<sup>1</sup>**

*University Center of the State of Pará*

**Summary:** 1. Introduction. 2. The Inter-American Human Rights Court case law about indigenous communal property. 2.1 Mayagna Sumo (Awas) Tingni Community v. Nicaragua case (2001). 2.2 Yakyé Axa Indigenous Community v. Paraguay case (2005). 2.3 Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (2012). 3. Indigenous territory in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court. 4. Conclusion: Judicial dialogue and resistance. 5. References

**Abstract:** This article analyzes the case law of indigenous communal property by the Brazilian Supreme Federal Court and the Inter-American Court of Human Rights. Specifically, I focus on the light of adoption of the Judicial Dialogue Theory through a theoretical and empirical approach. After a brief overview of human rights rules in Latin America, this work draws upon an original dataset of cases to discuss actions taken by the two courts. I call attention to the importance of crescent exchange among constitutional and international law in the scope of Human Rights, and the necessity of judicial dialogue between courts. However, the judicial dialogue in case law for the national court is hard but not impossible. In conclusion, I argue that the Brazilian Supreme Court is resistant to judicial dialogue with the Inter-American Court through silence which is the posture regarding not a lack of knowledge but of interest to consider the use of foreign or transnational sources.

**Keywords:** Judicial Dialogue Theory. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights. Indigenous communal property. Resistance.

### **1. Introduction**

The birth of the Inter-American Human Rights system (IAHRS) has inaugurated a new conception of international responsibility of the State in the Americas, that is to say, from the institutionalization of the system, the international responsibility of the State no longer derived only from inter-State relations but also from the possibility of individuals to demand the compliance of State obligations in regards to Human Rights, thus reproducing the European move – with the creation of the European Human Rights system – of creating supranational supervision mechanisms for Human Rights.

In the beginning, the system's main challenges concerned the reinstitution of democracy and the grave Human Rights violations that took place during the rule of authoritarian regimes. As such, the work of the bodies of the IAHRS consisted in

---

<sup>1</sup> Professor of Law, University Center of the State of Pará (CESUPA - Brazil). Ph.D. on Human Rights, Federal University of Pará. Former visiting researcher University of Wisconsin and Columbia University in the City of New York. Master degree on Human Rights, Federal University of Pará. Lawyer.

questioning government and dictatorial courts abuses, warn about structural flaws and strengthen the construction and preservation of the Democratic State.

From the 1990s on, other actors begun to more systematically use the system's protective mechanisms, which allowed for the expansion of its role, becoming a stage of activism as it shifted the focus of its institutional agenda from specific cases to work on paradigmatic cases, that is, cases that reflect social and institutional contexts of Human Rights violations and structural patterns of discrimination in the Americas – as it is the case of Indigenous people.

Indigenous people's activism in the IAHRs has made public several violations suffered in the American continent and allowed for the institutionalization of a committee in the Inter-American Commission of Human Rights (henceforth, IACHR) only to conduct on-site visits, publish general reports about the Human Rights situation in a country and special reports on a specific issue of concern and the inclusion of their claims in the jurisprudence of the Inter-American Human Rights Court (henceforth: Court).

Besides exposing negative information on Humans Rights protection for these people, such activism, by means of litigation in the Court, has provided an interpretation of the American Convention of Human Rights (henceforth: American Convention) based on its rights and those from other international treaties, such as the International Labor Organization's (ILO) Convention no.129, which achieved the status of the most important document pertaining Indigenous People, and also that these people's main claim was incorporated into the IAHRs, that is, the respect to its traditional territories.

Traditional territories were initially discussed in the Court in the *Mayagna Sumo (Awas) Tingni* community case against Nicaragua. After the judgement, other litigations have generated jurisprudential advances in the Court's interpretation, such as the *Yakye Axa* community, which provided a joint reading of the American Convention with ILO's Convention no.169, and the *Kichwa* Indigenous People of *Sarayku* against Ecuador, in which the Court expanded its interpretation as to the protection to traditional territories, developing its current understanding about the right to consultation to indigenous peoples.

These cases have contributed to the consolidation of international litigation over indigenous lands in the Court's jurisprudence, once they have provided the understanding that indigenous peoples have the right to demarcation and concession of official land titles from traditionally occupied territories<sup>2</sup>, thus broadening State obligations, as well as the reparations imposed to States, which, for having an integral – not simply patrimonial – perspective, seek to safeguard justice, the territory's rehabilitation, the right to previous consultation in projects that will possibly affect them, the reparation of other rights violated and the public recognition of international responsibility<sup>3</sup>.

In this way, this work aims to analyze the Court's jurisprudence over indigenous communal property and its reception by the Brazilian Supreme Federal Court, in the light of the adoption of the "Judicial Dialogue Theory" as an instrument of analysis of this reception and from the comparison between the judgements of the cases of the *Mayagna Sumo (Awas) Tingni Community vs. Nicaragua* (2001), the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay* (2005), the *Kichwa Indigenous People*

---

<sup>2</sup> PASQUALUCCI, J. "International Indigenous Land Rights: a critique of the jurisprudence of the American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People". *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, nº. 01, 2009, p.64.

<sup>3</sup> CALDERÓN GAMBOA, J. F. *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p.50.

of *Sarayaku v. Ecuador* (2012), and the cases of “*Raposa Serra do Sol*” Indigenous land trial (Petition 3.388-4 STF) and the Writ of Security no. 29.087 (judged by the Supreme Federal Court in September 16, 2014), in order to understand the Supreme Federal Court’s position in the dialogue with the Inter-American Court.

In order to do this, the work will be didactically structured in (1) a brief overview of the facts addressed in the Court’s judgements on indigenous communal property; (2) an analysis of the Court’s interpretation; (3) a description of the Supreme Federal Court cases; and (4) a critical analysis of the Supreme Federal Court’s position in the dialogue with the Inter-American Court.

In this sense, the methodology adopted for the selection of both Court’s cases took into account three requirements: (I) cases decided after the recognition of the Court’s competency by Brazil; (II) cases in which there is a thematic pertinence, that is, the indigenous communal property, which is the key element from which all the other rights stem; (III) the complexity of the claim, for since it is about indigenous peoples, it cannot be understood in terms of the sum of individuals, for the quality of a *people* with its own self-determination and identity must be intrinsic to this discussion, and of the peculiarities of the Latin-American context, which make cases like these a recurrent matter.

## **2. The Inter-American Human Rights Court case law about indigenous comunal property**

Indigenous people’s activism in the Inter-American Human Rights System has allowed for the creation of a right to communal property, resulting from a progressive interpretation, according to the Court, applied to the main inter-American documents: the American Declaration of the Rights and Duties of Man (henceforth: the Bogota Declaration); the Charter of the Organization of the American States (henceforth: Charter of the OAS) and the American Convention of Human Rights (henceforth: American Convention).

The first case in which the Court has adopted such positioning was in the *Mayagna Sumo (Awas) Tingni* community against Nicaragua, in 2001. This case’s judgement represents a true framework for traditional peoples’ litigation in the IAHRs, once it is the first of a series of judgements about the right to territoriality institutionalized through the jurisprudential creation of the institution of the communal property

Other Court’s judgements about indigenous communal property that must be highlighted are the *Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*, in 2005, for allowing for the joint interpretation of the American Convention and the ILO Convention no.169, and the *Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador*, in 2012, when the Court considered the right to consultation to indigenous peoples as a right derived from the protection of traditional territories.

These are the judgements I will analyze in the work. In this sense, firstly, I will expose the facts from each case in order to present the Court’s position.

### **2.1 Mayagna Sumo (Awas) Tingni Community v. Nicaragua case (2001)**

The case’s petitioner is the Indigenous people Awas Tingni, of the Mayagna/Sumo ethnicity, composed by more than six hundred people, settled in the Caribbean Atlantic Coast of Nicaragua, in the North Atlantic Autonomous Region (NAAR), which, in 1995, file a complaint to the IAHRs against the State of Nicaragua for granting a concession of their lands to the “Sol del Caribe S.A.” company (SOLCARSA) without their previous consent<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> This demand was initiated in October 1995 before the IACHR, which, two months later, received a petition of injunction by the petitioners. In the next year, other indigenous communities of the NAAR adhered to this petition. The IACHR held two meetings between the parties aiming for a conciliation, to no avail. At the third meeting, the petitioners requested that the State grant no more concessions in the territory and initiate the demarcation process

This case was presented to the Court by the IACHR in 1998. In August 2001, the Court has convicted the State of Nicaragua for the violation of the right to judicial protection (article 25 of the American Convention) and the right to property (article 21), in connection with the obligation to respect the rights provided by the American Convention and the duty to adopt the domestic legal dispositions (articles 1.1 and 2 of the American Convention).

It is a concern of this study to analyze the Court's interpretation on the right to property (article 21)<sup>5</sup>. Regarding this article, by adopting a "progressive interpretation" and not restrictive of the American Convention, the Court has considered that the article protects the right to property, in a sense that comprises both the rights of the members of indigenous communities in the framework of the communal property as it is recognized by Nicaragua's Political Constitution.

The Court considers that according to this Political Constitution, the Awas Tingni community has a right to communal property over the lands it occupies. Furthermore, Nicaragua's domestic legislation considers communal property as comprising the lands, waters and woods which have traditionally belonged to the Atlantic Coast communities, being inalienable, as well as under a restraint of mortgage, and cannot be donated, sold nor subject to taxation. Community members have the right to cultivate and use the good it generates with their work in the communal property. However, despite such recognition, Nicaragua has not guaranteed a specific procedure to implement it.

The Inter-American Court borrowed this concept from the Nicaraguan Constitution without making any distinctions or approximations to the right to territoriality of indigenous peoples and without observing if there was, at the international level, existent treaties regulating the matter, such as ILO's 169 Convention.

---

in the lands of the communities, differentiating them from State-owned lands. The State announced the creation of the National Commission of Demarcation and invited them to participate. In 1997, the IACHR held a hearing in which the petitioners Stated that forest operations yet continued and requested their visitation *in loco*, but this was not met. In March 1998, the IACHR issued a report recognizing that the State of Nicaragua had not complied with the obligations disposed in the American Convention on Human Rights and recommended that the State adopt, in its legal system, a procedure of demarcation and granting of title deeds for indigenous territory that would be acceptable for the involved peoples; that it suspend all activity related to the title deed granted to the SOLCARSA and that it initiate a dialogue with the petitioners for the purpose of conciliation within a month. Since the State did not comply with the recommendation, the IACHR presented the case to the Inter-American Court of Human Rights in June.

<sup>5</sup> In relation to article 25 of the American Convention on Human Rights, the Inter-American Court understood that judicial protection requires not only the formal existence of judicial means, but also that these are effective, which is why it recognized the violation of this article from two parameters: (1) first, because, in Nicaragua, there is not effective procedure to delimitate, demarcate and grant titles on indigenous territories, so much so that, since 1990, there has not been any granting of title deeds involving indigenous people in the whole State, and (2) the second, regarding the absence of specific legislation on the exercise of the rights of indigenous peoples, which made it impossible to adopt an effective judicial resort so that the communities could question the State for having disposed of their lands, without their consent, in a contract of concession for the SOLCARSA to exploit them. The Inter-American Court interpreted this article in conjunction with the general obligation to adapt one's internal law to the American Convention (articles 1.1 and 2 of the Convention), understanding that Nicaragua had not adopted adequate measures to demarcate the indigenous territory and had not conceded a reasonable term for the judicial appeals interposed by the representatives of the *Mayagna* people. For this, the Court considered indispensable for Nicaragua to make effective the rights recognized in the Political Constitution and in the Nicaraguan legislation in conformity with the American Convention, and for the country to adopt, in its internal law, the legislative and administrative measures and those of any other character that may be necessary to create an effective mechanism of delimitation, demarcation and granting title deeds for this People's territory, according to its customary law, values, uses and customs.

In addition, the Court has not substantiated why it employed the institute of communal property to interpret the American Convention. It simply explained that among indigenous peoples there is a communal tradition over collective property over land, which belongs not to the individual, but to the group and the community; and that there is a close relationship between indigenous peoples and their territories, which must be recognized and understood as foundational to their culture, spiritual life, integrity and economic survival, for such relation is not simply a matter of ownership and production, but a spiritual and material element of which should be fully enjoyed in order to assure the preservation and transmission of their cultural legacy to future generations.

The Court thus concluded that there was a violation of the article 21 of the American Convention, because it deals with a communal property right that was disrespected to the detriment of the *Mayagna* people, and that the State should delimit, demarcate and grant title deed over their territory, thus abstaining from acting in such a way that it would be prejudicial to the existence, value, use and enjoyment of those resources located in the geographic zone in which its members work and live.

## **2.2 Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay case (2005)**

The Court thus concluded that there was a violation of the article 21 of the American Convention, because it deals with a communal property right that was disrespected to the detriment of the *Mayagna* people, and that the State should delimit, demarcate and grant title deed over their territory, thus abstaining from acting in such a way that it would be prejudicial to the existence, value, use and enjoyment of those resources located in the geographic zone in which its members work and live.

Another important example of litigation was the case of *Yakye Axa* indigenous community against Paraguay, in 2005, since it consolidates the joint application of the American Convention and the ILO Convention no.169, in a context involving indigenous peoples and for expanding the content of communal property rights.

This case has as petitioner the indigenous community *Yakye Axa*, a part of the *Lengua Enxet Sur* people, a sedentary people which has ancestrally occupied the region of the Paraguayan Chaco. The petitioners submitted a complaint to the IAHR<sup>6</sup> against the State of Paraguay for having handed their territory to individuals since the year of 1996, leading between 28 and 57 families of the *Yakye Axa* people to settle by a roadside in conditions of extreme poverty, some suffering from malnutrition, anemia and other illnesses, and not being able to fulfill their cultural ceremonies and subsistence activities. The remaining group was either in nearby villages or dispersed in other places in the Paraguayan Chaco.

The case was taken to the Court in the year of 2003. The Court has convicted the State of Paraguay in the year of 2005 for the violation of the Rights to a Fair Trial

---

<sup>6</sup> The complaint initiated in the year of 2000. In the following year, the IAHR made a recommendation for the State to adopt precautionary measures in favor of the *Yakye Axa* people, aiming at suspending a judicial order that prohibited entry into the territory that they were claiming and consume its water, having only permission to remain where they were settled, but that was not done. In 2002, the IACHR declared the case admissible, published the report on the merit and recommended that the State should, within two months: delimit, demarcate and granted a title deed over the territory of the petitioners; adopt necessary measures to solve the conditions of misery suffered by the People; establish an effective judicial resort for the reclamation of traditional territory and indemnify the victims individually. After the refusal from the State of Paraguay in meeting the recommendations, the case was taken to the Inter-American Court in 2003.

and Judicial Protection (articles 8 and 25) <sup>7</sup>, the right to life (article 4.1.)<sup>8</sup> and the right to property (article 21 of the American Convention).

As for the violation of the right to property (article 21), the Court revisits its interpretation on the *Mayagna* case, as well as the institute of the *communal property*, provided by the Nicaraguan Constitution, and identifies that the case is about the violation of the right to communal property and that the American Convention, because it is a "living instrument which interpretation must follow the evolution of times and nowadays living conditions", must be interpreted in consonance with like treaties and with the system of which it is part. The Court used this approach to analyze the American Convention jointly with the ILO Convention no.169, a document which Paraguay has ratified.

The Court emphasizes the close relation between the *Yakye Axa* people and its territory, recognizing that its culture corresponds to a particular way of life, a particular way of being, seeing and acting in the world, for this relation cannot be justified only because the territory provides this community main means of subsistence, but also because it is an integral part of its cosmology, religiosity and cultural identity, being thus an ancestral right of the *Yakye Axa* people that relates with its members own survival and a State duty, as prescribed in the article 13 of the ILO Convention no.169.

Still according to the Court, there is in the Paraguayan Constitution a recognition of the relation between indigenous territory and cultural identity, one that still lacks sense due to the absence of a physical delimiting of property. The Court also States that while the State is unable, for concrete and justified reasons, to adopt measures to develop traditional territory and to give resources to indigenous peoples,

---

<sup>7</sup> The violation of the right to judicial guarantee and protection (articles 8 and 25 of the American Convention) was analyzed by the Inter-American Court from a double perspective: (1) the existence or not of an effective procedure for the indigenous peoples to claim their territories, by which the Court considered that the administrative procedure in Paraguay was ineffective, that the acting of the competent State authorities was not compatible with the principle of proportionality, considering that the procedure took approximately twelve years, and that the actions interposed by the *Yakye Axa* leaders, for being accessory, depending on the administrative procedure, were also ineffective to solve demands with that thematic, and (2) whether the criminal procedure that was inStated respected the judicial guarantees consecrated in the American Convention; as the petitioners could only rely on a public defender two years after the process was initiated, there was injury to the right to defense, which, in and of itself, already constitutes a violation of judicial guarantees.

<sup>8</sup> On the violation of article 4.1 of the American Convention, regarding the right to life, the Inter-American Court understood that the State, by having the position of a guarantor, must adopt positive and concrete measures, oriented towards the satisfaction of the right to a dignified life, especially when regarding people in a situation of vulnerability and risk, for which the attention must be a priority, as was the case of the *Yakye Axa* People, who lived in conditions of extreme misery as a consequence of the lack of land and access to natural resources, since the settlement in which they were forced to remain in order to wait for the resolution of their claim was very precarious, lacking resources related to the right to health and to food, impacting the right to a dignified existence and the basic conditions for the exercise of other Human Rights, such as the right to education and to cultural identity. Besides that, the Court recognized that the State must assume a special position of guarantor, with more carefulness and responsibility, when it comes to children. And, about the *Yayke Axa*, the Court declared that the State of Paraguay had the obligation to provide basic conditions to ensure that the situation of vulnerability in which the community was found, for the lack of a territory, would not limit the children's development and life project. Besides the children, the Court also acknowledged the violation of the right to life relative to people of advanced age, who deserve special consideration for being important that the State adopt measures destined to keep their functionality and autonomy, guaranteeing the right to adequate feeding, access to clean water and to health, especially those who possess chronic diseases or are at a terminal phase, since, in the *Yakye Axa* People, oral transmission of culture to new generations is a task of the elderly.

the compensation to be granted must have as main orientation the land's meaning to these peoples, and be a product of a consensus between invested peoples, which was not verified in the case.

The Court thus concluded that Paraguay's violation of article 21 of the American Convention was due to the lack of an effective guarantee to the *Yakye Axa* people's right to *Communal property*, as there was no recognition, in practice, of the relation between the territory being vindicated to their traditions, oral expressions, customs, rituals, traditional knowledge, philosophy and history, once that the members of the community pass this immaterial patrimony on to the next generation, and as such it is constantly recreated.

It is worth noting that in this case, the Court had the opportunity to employ the right to traditional territories provided by ILO Convention no.169 and thus to withdraw from the Nicaraguan institute of the communal property, which would provide a more coherent interpretation of the right to territoriality to international law, as well as had the opportunity to institutionalize in its jurisprudence an internationally known concept, but has not done that, hence opting for converting the Nicaraguan provision into a right to communal property embraced by the American Convention, as it did in the *Mayagna* case.

The Inter-American Court considered that since the State of Paraguay was unable to guarantee the communal property it harmed *Yakye Axa* people's right to life, once that it deprived them from the possibility of providing their own subsistence, from the use and enjoyment of those natural resources that are necessary to obtaining clean water and to the practice of traditional medicine. In addition, the State has not adopted positive measures to safeguard community member's Human Rights during the period they remained landless, while those that have been adopted, such as medical services and food, were insufficient.

In 2006, a year after the publication of the judgement, the *Yakye Axa* people requested the Court an interpretation judgement in regard to two issues: (1) the reach of the obligation to identify and deliver traditional territory's content; and (2) the deadline due to the identification of the territory and the constitution of the fund dedicated to land acquisition.

In relation to the first request, the Court declared that the State of Paraguay has the role of delimiting, identifying and granting title deed to the territory. But it must take into account the values, uses, customs and the customary law of an indigenous people in relation to its territory. In this way, if the identification process determines that the territory belonging to a specific community is in a private person's possession, the State must maximize the possibility of expropriation, and the impossibility of doing this must be reasonably justified. In this case, the State will be committed to acquire alternative lands, to be chosen via consensus within the community.

In what concerns the second request, the Court sustained the view that Paraguay has the obligation to delimit, grant title deed and transfer free of costs the traditional lands of the *Yakye Axa* community within three years. If, during this period, it becomes proven and reasonably justified that those lands are in private hands and that there is no means to expropriate them, the State will have a year to establish a fund that will provide the cash amount necessary to the purchase of alternative land to be chosen by the indigenous communities.

### **2.3 Kichwa Indigenous People of Sarayaku v. Ecuador (2012)**

In what concerns the second request, the Court sustained the view that Paraguay has the obligation to delimit, grant title deed and transfer free of costs the traditional lands of the *Yakye Axa* community within three years. If, during this period, it becomes proven and reasonably justified that those lands are in private hands and that there is no means to expropriate them, the State will have a year to establish a fund that will provide the cash amount necessary to the purchase of alternative land to be chosen by the indigenous communities.



The *Kichwa of Sarayaku* against the State of Ecuador case comprises the judicial claim made by the Kichwa people, which comprises two communities that share the same linguistic and cultural traditions: the Napo-Kichwa people and the Kichwa de Pastaza people, both being politically organized in community assemblies<sup>9</sup>, and are located in the Ecuadorian amazon region, by the Bobonaza river, a place of difficult access, but that contains lands that were adjudicated by the State in 1992, where these peoples live according to their customs and traditions.

The claim was presented to the IAHRC in 2003 by the Association of the Kichwa People of Sarayaku (Tayjasaruta), the Center of Economic and Social Rights (CESR) and the Center for Justice and International Law (CEJIL)<sup>10</sup>.

According to the IARHC, the case comprises the concession by the State of a permission to a private oil company to explore oil in the Sarayaku people's territory, in the 1990s, without previous consultation and consent. During the exploration, powerful explosives were used at several points of the indigenous territory, which created a risk to the population, prevented it from seeking its subsistence means and limited its movement and cultural expression rights. In addition, the case also deals with the alleged lack of judicial protection and inobservance of judicial guarantees.

In 2010, the IARHC presented the claim to the Court, which condemns the State of Ecuador in June 2012, for the violation of the rights to consultation, indigenous communal property and cultural identity (according to article 21 of the American Convention in relation to articles 1.1. and 2); for having seriously jeopardized the rights to life and personal integrity (articles 4.1. and 5.1. of the American Convention)<sup>11</sup>, in relation to the obligation of safeguarding the right to communal property, in terms of articles 1.1 and 21 of the American Convention, and for the violation of the rights to judicial guarantees (articles 8.1 e 25 of the Convention in relation to article 1.1)<sup>12</sup>.

Unlike the aforementioned judgements, the Court does not indicate the Convention's articles that were violated but the rights provided by the document. The relevance of this observation is because it is in this case that the Court will cement its interpretation on the right to consultation in its intersections with other rights – a strategy adopted due to the inexistence of a literal provision for this right in the American Convention.

The Court considers that it should determine whether the State observed and properly guaranteed the rights of the Sarayaku people, that would have been violated

<sup>9</sup> The Assembly's Statute has been recognized and registered by Ecuador in 2004, the same year in which they were recognized as Original Kichwa of Sarayaku people.

<sup>10</sup> The Admissibility Report was approved in October 13th, 2004 and the Report on the Merits in December 18th, 2009.

<sup>11</sup> On the right to life and personal integrity, the Court sustained that the first imposes to the State "special obligations... which can be determined based on the particular needs for protection of the holder of the right, due either to their personal status or to the specific situation in which they find themselves." (p.69). However, this does not implicate in the State being responsible for every situation in which there is a risk to the right to life, which means that the Court admits that the State must decide according to its priorities and resources. Hence, to recognize State's positive obligation, it must be established in the facts that authorities knew or should have known about the existence of an "immediate and certain" risk and that they did not take the necessary measures to prevent or avoid such risk. The State violated this right when it allowed for the placement of explosives and in not removing them despite precautionary measures imposed by the Court in June 2005. In relation to the threats to individuals of the Sarayku people, the Court considered that there was not enough evidence of the claims attributed to the State, as well as of the claim of torture. In what concerns the right to personal liberty, the claims concerning the illegal detention of four members of the Sarayaku people also lacked sufficient evidence.

<sup>12</sup> The Court held that the flaws in the investigations over the reported facts show that State authorities did not act with due diligence and that the State did not guaranteed an effective remedy, nor that the competent authority decided on the alleged rights, nor did it execute the necessary measures

by the hiring of a private company to the prospection and exploration of oil in their territory, for the implementation of the contract and other related events. Distinctly from other cases addressed by the Court, the right of the Sarayaku people to its territory is not questioned, since it was widely recognized by the State in its domestic acts and not contested during the process in the IARHC. The Court initially analyses the right to indigenous communal property, based on article 21 of the American Convention and from which it bases the analysis of other rights, such as (1) the right to indigenous communal property; (b) State obligation to guarantee the right to consultation of the Sarayaku people; (c) right to cultural identity; (d) obligation to adopt provisions of domestic law; (e) freedom of movement and residence; and (e) freedom of thought and expression, political rights, and economic, social and cultural rights.

As to the right to indigenous communal property, the Court maintains its understanding about the merits of this right, in that it "protects the close relationship between indigenous peoples and their lands", since it recognizes that "indigenous peoples have a community-based tradition related to a form of communal collective land ownership", and this protection offers a guarantee that they can continue "their traditional way of living, and that their distinctive cultural identity, social structure" and that there is a special relationship between the Sarayaku people and its territory.

This "intrinsic connection" with their territory makes the protection of the right to property necessary to guarantee the survival of indigenous peoples, which is to say, this is also a matter of protecting the natural resources located in it, which allow them to maintain their way of life, that is, their "physical and cultural survival, as well as the development and continuity of their cosmovision". For this reason, the lack of access to territories may lead to several violations of Human Rights, leading the indigenous peoples to situations of extreme lack of protection.

When determining the existence of the special relationship of the Sarayaku People with their territory, the Inter-American Court utilized criteria already established in their jurisprudence: a) there are many ways to express this relationship (traditional usage or presence, through spiritual or ceremonial bonds; sporadic settlements and crops; traditional forms of subsistence; usage of natural resources): b) the relationship must be possible, that is, the community members cannot be impeded, for reasons other than their will, from conducting those activities that reveal the persistence of the relationship with their traditional lands.

In *obiter dicta*, the Court reminded that eventual limits or restrictions imposed by the State to the exercise of the right to property by indigenous peoples must respect certain guidelines: they must be established by law, be necessary, be proportional and have the aim to meet a legitimate objective in a democratic society, without implicating in a denegation of subsistence as a people. However, the Court understood that it was not necessary to analyze these themes, since there were no allegations presented about them.

As for obligation (b) of the State to guarantee the right to consultation of the Sarayaku People, the Court understood that this close relationship of the indigenous communities with their territory, which carries an essential component of cultural identification, imposes its recognition and respect "as differentiated social and political actors in multicultural societies". This right to one's culture or cultural identity bases the recognition of the right to consultation. Therefore, "one of the fundamental guarantees to ensure the participation of indigenous peoples and communities in decisions regarding measures that affect their rights and, in particular, their right to communal property, is precisely the recognition of their right to consultation, which is established in ILO Convention No. 169, and other complementary international instruments.", for example, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

To sustain this interpretation, the Inter-American Court highlighted that Human Rights treaties are "living instruments, whose interpretation must follow the evolution of times and the current conditions of life", according to article 29 of the

American Convention and the Vienna Convention<sup>13</sup>. Besides this, the Court makes reference to the articles of Convention no. 169 that are related to the case and lists the members of the OAS which have ratified it already (15), besides mentioning internal law dispositions on the right to consultation or the right to communal property and many judicial decisions that recognize the right to consultation even in countries that had not ratified the ILO Convention. This allowed the Court to conclude that "the obligation to consult, in addition to being a treaty-based provision, is also a general principle of international law".

This duty to consult, that involves any administrative or legislative measure that affects the rights of indigenous peoples, as well as the obligation to ensure the rights of indigenous peoples to participation in the decisions related to their interests, find themselves in direct relation to the general duty of ensuring the free and total exercise of the rights recognized in the American Convention (article 1.1). This means that the State must structure its norms and institutions so that consultation to indigenous communities may be conducted effectively, according to the international parameters on the matter. The right to consultation and participation must be ensured in all phases of planning and development of the project, so that the indigenous peoples can truly participate and influence the decision-making process. Because of this, the State shall be responsible for monitoring, controlling and protecting this right.

Next, the Court delimits the application of the right to consultation in this case and verifies if the actions taken by the company meet the following criteria: (1) previous character of the consultation<sup>14</sup>; (2) good will and objective to reach an

---

<sup>13</sup> Therefore, when interpreting a treaty, the Court considers not only the agreements and instruments formally related to it (article 31.2 of the Vienna Convention), but also the system in which it is registered (article 31.3 of the same Convention). In the same way, the Court uses treaties that are directly related to the protection of Human Rights, even if they originated from another system. The Court also invokes the article 24 of the American Convention (equality before law), to affirm that, to guarantee the rights of indigenous peoples, States must take into consideration "the specific characteristics" that differentiate them from the general population and constitute their cultural identity, and that the same should be done by the Court.

<sup>14</sup> According to article 15.2 of Convention 169, consultation must be done before the State executes or authorizes any program of prospection and exploration of the resources existent in indigenous lands. The Inter-American Court understands that the consultation must be done "in the first steps of the plan of development or investment and not only when the necessity comes to obtain the community's approval, if it is the case, since early notice allows an adequate time for discussion inside the communities and to give an appropriate response to the State". The Court cites opinion of the Committee of Experts of the ILO, besides national legislation and jurisprudence, in this sense.

agreement<sup>15</sup>; (3) adequate and accessible consultation<sup>16</sup>; (4) study on environmental impact<sup>17</sup> and that (5) consultation must be informed<sup>18</sup>.

Regarding (c) the right to cultural identity, the Inter-American Court acknowledges the "the close relationship that exists between indigenous peoples and their land and their traditions, customs, languages, arts, rituals, knowledge and other aspects of their identity" and that this "non-material cultural heritage" is transmitted from generation to generation. Based on the principle of non-discrimination (article 1.1 of the American Convention), the right to cultural identity is an "an ingredient and a crosscutting means of interpretation" to ensure the Human Rights of indigenous peoples<sup>19</sup>. This way, the Court considers that "the right to cultural identity is a

---

<sup>15</sup> According to article 6.2 of the Convention 169, consultations must be done with good will, aiming to reach an agreement or achieve consent over the measures. Using various documents from the ILO and from the UN (notes 244 and 245), the Court considers that consultation must be conceived as "a true instrument of participation", that it must "establish a dialogue between the parties based on the principles of mutual trust and respect, aiming to reach a consensus among them". Good will requires the "absence of any kind of coercion on the part of the State, agents or third parties that act with its authorization or acquiescence", and it is incompatible with practices of disintegration of the social cohesion of the affected communities, such as corruption, establishment of parallel leaderships and negotiations with individual members. National legislation and jurisprudence also State these criteria. Furthermore, the Court emphasizes that the obligation to consult is a responsibility of the State and it cannot be delegated to private companies or third parties, even less so when they are interested in the exploration of the resources.

<sup>16</sup> According to articles 6.1.a and 12 of Convention 169, consultation must be done through appropriate instruments and, particularly, through representative institutions, besides allowing that the peoples may comprehend and make themselves comprehended, rights also recognized in the articles 30.2 and 36.2 of the United States Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. The Inter-American Court had already Stated that procedures must be "culturally adequate, that is, in conformity with their own traditions". Using the opinion of the Commission of Experts of the ILO, the Court points that there is not a single appropriate model of procedure, but both the national and the indigenous peoples' circumstances must always be taken into consideration, and the indigenous ways of decision-making in the temporal dimension must also be respected. Said elements are also recognized in the national legislation and jurisprudence. The company's actions, wrongfully delegated *de facto* by the State, aiming to have direct relationships with some members of the Saravaku, without respecting their form of political organization, demonstrate the violation of these criteria.

<sup>17</sup> According to article 7.3 of the Convention No.169, governments must ensure that studies are carried out, in cooperation with the peoples concerned, to assess the social, spiritual, cultural and environmental impact on them of planned development activities, and the results of these studies shall be considered as fundamental criteria for the implementation of these activities. To the Court, conducting such studies is an assurance that restrictions to rights to property do not result in the denial of a people's subsistence, which means that no concession within an indigenous territory can be made unless these studies are carried out by independent entities with reasonable technical knowledge and under the supervision of the State. Studies are also important for indigenous peoples to have knowledge of risks, so that they can evaluate if they accept what is being proposed. In addition, the Court establishes that studies on environmental impacts must: be conducted in accordance with international standards and best practices; respect indigenous people's traditions and culture; be concluded before the concession. Therefore, State obligation coincides with its duty to guarantee "effective participation" of the indigenous people in the process of granting concessions. In the case under analysis, there was no participation of the Sarayaku's people, studies were conducted without State oversight, and the process' social, spiritual and cultural impacts were not considered.

<sup>18</sup> Consultation must be informed, in that people have knowledge of the possible risks of the plans being proposed. This requires that the State provides information and implicates in a constant communication between parties. This element is also recognized in national legislation and jurisprudence. The company's practices have not met these criteria.

<sup>19</sup> At this point, the Court quotes the Rio Declaration on Environment and Development, the Convention No.169, the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples and several other international documents from UNESCO, in addition to decisions by the African Commission on

fundamental right - and one of a collective nature - of the indigenous communities, which should be respected in a multicultural, pluralistic and democratic society", which was violated by the actions that affected zones of great value for the Saravaku in terms of environment, culture and their subsistence.

On the (d) obligation to adopt domestic measures, the Court recalls its jurisprudence over article 2 of the American Convention, according to which the States "not only have the positive obligation to adopt the legislative measures necessary to guarantee the exercise of the rights established in the Convention, but must also avoid enacting laws that prevent the free exercise of those rights, and ensure that laws that protect these rights are not annulled or amended".

On (e) the rights to movement and of residence, the Court understood that there was no sufficient evidence of their violation, regarding the passage of members of the Sarayaku on the Bobonaza River. In regard to the restrictions imposed by the placement of explosives, the Court understands that it must analyze them based on the right to communal property and to previous consultation, as well as in relation to the rights to life and to personal integrity.

And, finally, (f) regarding freedom of thought and expression, political, economic, social and cultural rights, the Inter-American Court decides not to discuss about the violation of these norms, understanding that the facts of the present case were sufficiently analyzed with basis on the rights to communal property, to consultation and to cultural identity.

### **3. Indigenous territory in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Federal Court**

The provisions on indigenous rights in the Constitution of 1988 enabled the Brazilian Supreme Federal Court (STF) to judge a series of cases over the matter, producing its particular interpretation on the content of these rights.

As it is widely recognized even by the Tribunal itself, the main decision of the Supreme Federal Court on indigenous rights was taken in the Raposa Serra do Sol (Petition no. 3.388) Case, judged on March 19, 2009. The extensive judgment, which has over 600 pages, demonstrates the complexity of the matter analyzed by the Tribunal and the difficulty faced by their members to compose a majority of votes, which had the divergence of Justices Joaquim Barbosa and Marco Aurélio.

Petition no. 3.388 was initiated as a popular lawsuit by Senators Augusto Botelho Neto and Mozarildo Cavalcanti, asking for the nullity of the Ordinance no. 534/2005, from the Minister of Justice, which defined the continuous model of demarcation of the Indigenous Land Raposa Serra do Sol, located in Roraima. Among other arguments, the plaintiffs questioned the administrative process of demarcation and that the reserve in a continuous area would be harmful for the State of Roraima, for national security and for the rural producers and workers who lived in the region.

The judgment declared the action partially successful, declaring the constitutionality of the continuous demarcation of the Indigenous Land Raposa Serra do Sol, but establishing a group of "institutional safeguards" which should be applied to this and to other processes of demarcation. Such safeguards were formulated from a composition of the votes of Justices Ayres Britto (Rapporteur) and Menezes Direito, obtained during the debates in the Court, which resulted in an unsystematic text which, sometimes, just repeats what was already provided by the Constitution.

---

Human and People's rights, from the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and from the European Court of Human Rights.

Despite this, the safeguards Stated in the decision constitute the parameters established by the Supreme Federal Court over demarcation of indigenous lands, as recognized in the judgment of the embargoes of declaration that were presented (see below). It is the interpretation of a fundamental bundle of indigenous rights that has been used as a precedent in the scope of the Tribunal itself.

Such jurisprudence develops, on one hand, the content of the indigenous rights provided in the Constitution, but, on the other, restricts the exercise of those rights<sup>20</sup>. After highlighting that the Constitution does not allow that the indigenous communities form "spatial circumscription or instance that carries a political dimension (...) By which none of the Brazilian indigenous communities possesses normative stature to come before the International Juridical Order as a "Nation", "Country", "Homeland", "national territory" or independent "people"", the decision recognizes the right owned by Indigenous peoples to enjoy "a land space that ensures them dignified means of economic subsistence to more effectively preserve their somatic, linguistic and cultural identity.

This vision on "ethnic identity" supports the interpretation of the Supreme Federal Court over the demarcation<sup>21</sup>, whose continuous character is in accordance with article 231, par. 1 of the Constitution<sup>22</sup>, and also contributes to avoid the "progressive elimination of the elements of a given culture (ethnocide)".

However, the demarcation is subject to two limits: a) time frame of occupation: "The Federal Constitution worked with a precise date – the date of its own promulgation (October 5, 1988) – as an irreplaceable referential for the starting point of the occupation of a given geographic space by this or that aboriginal ethnicity; in other words, for the recognition, to indigenous people, of the original rights over the lands that they traditionally occupy".

Besides that, the amplification of already demarcated land is prohibited; b) limit over the traditionality of the occupation: "It is necessary that this being collectively situated on a certain land space also bears the trait of lasting, in the spiritual and psychical sense of ethnographic continuity. The traditionality of the possession is not lost, however, where, at the time of the promulgation of the Constitution of 1988, reoccupation has not occurred only due to persistent plundering by non-indigenous peoples, which is the case of the 'eStates' situated at the Indigenous Land Raposa Serra do Sol, the occupation of which did not quench in the Indigenous peoples their capacity of resistance and affirmation of their particular presence in all the geographic complex of 'Raposa Serra do Sol'".

Besides this, the Tribunal also affirms that the exclusivity of usage of the natural resources in indigenous lands is "compatible" with the installation of public equipment, communication ways, provision of public services or of those that have public relevance, which must be processed "under the institutional leadership of the Union" and the "supporting action" of entities representing the natives, which diminishes the importance of the right to consultation, which must precede any intervention in indigenous lands, as understood by the Inter-American Court.

This imposed limitation on the right to consultation – that influences property rights as acknowledged by the Inter-American Court – also reveals itself in the bundle of safeguards of the demarcation process. On one hand, the Supreme Federal Court

---

<sup>20</sup> Due to the limit of space of this work, I will not discuss the issue of the competences of the Union, the States and the Municipalities in relation to indigenous lands, which is also analyzed by the STF.

<sup>21</sup> Although ethnic identity is recognized, the conception is nuanced in the decision when, defending the compatibility of having military installations at indigenous lands' borders, it affirms that this constitutes a "unique opportunity" to mobilize indigenous peoples in defense of national sovereignty and reinforce in them an innate feeling of Brazilianness".

<sup>22</sup> See "Art. 231, par. 1. The lands traditionally occupied by the indigenous peoples are those inhabited by them on a permanent basis, those used for their productive activities, those indispensable for the preservation of the environmental resources necessary for their well-being and those necessary for their physical and cultural reproduction, according to their uses, customs and traditions".

does not concern itself with developing the content of constitutional provisions as the hearing of the affected communities, which is required for the National Congress to authorize the exploitation of water and mineral resources in indigenous lands. On the other hand, the Tribunal expressly rejects the right to consultation: "e) the usage by natives is not above the interests of national security policy; the installation of military bases, units and posts and other military interventions, the strategic expansion of the road network, the exploration of energetic alternatives of strategic value and the protection of the riches of equally strategic nature, under discretion of the competent agencies (Ministry of Defense, having the National Defense Council been heard), shall be implemented regardless of consultation to the involved indigenous communities, as well as the National Foundation of the Indigenous Peoples (the FUNAI – Fundação Nacional do Índio); f) the acting of the Armed Forces and of the Federal Police in the indigenous area, in the scope of the respective attributions, rests assured and shall happen regardless of consultation of the respective indigenous communities or of the FUNAI". Only regarding the administration of conservation units also affected by indigenous area, the Tribunal recognizes that there must be the participation of the communities, "which must be heard".

With the filing of many embargoes of declaration, the Tribunal manifested itself again on the matter on October 23, 2013. In this decision, the Tribunal negated any transformative effect to the embargoes and simply clarified some points of its decision. Among these clarifications, contained in the abstract of the judgment, deserves attention the understanding that, although the decision given in popular action does not possess a binding effect, "in a technical sense", the judgment of the Raposa Serra do Sol case "shows the moral and persuasive strength of a decision from the highest court in the country, from which comes an elevated argumentative responsibility in the cases when the overcoming of these reasons is cogitated". Thus, the Supreme Federal Court admits that the "institutional safeguards" established in this judgment constitute a precedent that must be utilized in other cases of demarcation of indigenous areas.

This happened in the judgment of the Writ of Security no. 29.087, on September 16, 2014. In this case, the legality of the Ordinance that had declared the permanent possession of the indigenous land Guyraroka, in an area situated in Mato Grosso do Sul, to the Guarani Kaiowá People, was discussed. According to the allegations of the plaintiff, there would have been no occupation of that land by the natives, which would have been acknowledged in the anthropological report made by FUNAI itself upon declaring that the indigenous possession was "past".

In a divergent vote that conducted the majority, Justice Gilmar Mendes highlighted the fact that the Kaiowá population had lived in the claimed land until the 1940s, having been forced to abandon it "due to the pressures received by the colonizers who obtained the first title deeds in the region". Although many families had remained in the local, working for the farmers, the last families were forced to leave in the beginning of the 1980s.

From this information, and even in the scope of a writ of security, Justice Gilmar Mendes considered that these elements did not suffice to configure the existence of "traditionally occupied lands" ((article 231, par. 1), evoking in its reasoning the Precedent no. 650 of the Supreme Federal Court ("The clauses I and XI of article 20 of the Constitution do not reach lands of extinct settlements, even if occupied by natives in a distant past) and the "institutional fundamentals and safeguards" established in the decision of Petition no. 3,338, especially the "time frame of the occupation" and the "limit of traditionality of the occupation".

For the Justice, "the second limit is complementary to the first", thus, only if the land was being occupied by the natives on the date of the Constitution's promulgation is when there can be an analysis of "the effective relationship of the natives with the land that they occupy. Conversely, if they are not occupying the land on October 5, 1988, it is not necessary to assess the second limit".

One can verify that this interpretation, besides adding elements to what had been decided by the Tribunal in the Raposa Serra do Sol case, does not adjust itself to the interpretation of the Inter-American Court over indigenous rights.

#### **4. Conclusion: Judicial dialogue and resistance**

The most important precedents from the Brazilian Supreme Federal Court stray clearly from the orientations of the Inter-American Court. Such situation can be considered grave, once the State has the duty to adapt its legislation to the American Convention<sup>23</sup> and the Court is the final interpreter of this institutional instrument<sup>24</sup>.

Such divergences have led to a search for solutions to the conflicts between national and international courts by means of dialogue between them<sup>25</sup>. Since the end of the Cold War, it is observed that there has been a strengthening of communication between judges and tribunals, which can be attributed to different causes, such as the process of globalization, the expansion of democratic regimes and the creation of supranational tribunals. In Latin America, the context of re-democratization in the 1990s generated a notable reinforcement of the inter-American system of Human Rights protection, which made more relevant the jurisprudence of the Inter-American Court for the States Parties of the American Convention.

This communication may be developed in different ways, according to the degree of reciprocal engagement of the involved tribunals, and it can vary from a direct dialogue, in which there is an exchange where the positions of a court are answered by the other; monologue, in which a court's ideas and conclusions are used by others, and intermediated dialogue, in which a court spreads in a conscious way the ideas of a court to others, making the courts react to them<sup>26</sup>.

The interest of both parties in the development of this communication must be highlighted: on one side, the Inter-American Court does not possess its own instruments to implement its decisions, which makes necessary the cooperation of the national authorities for this execution, including the Judiciary Power. On the other side, the national courts must also accept their responsibility so that the State does not become in default with its international obligations.

Therefore, it is observed that, in various countries, the national tribunals have become an important institutional force in the protection of the international rule of law, making national and international juridical orders complementary. According to Nollkaemper, national courts contribute to this result when they exercise the following functions: deliberation based on international norms and resolution of conflicts over their application; conventionality control; determination and development of international law<sup>27</sup>.

Considering the common problems involving the interpretation of Human Rights, courts also have incentives to learn the jurisprudence of their peers in order

<sup>23</sup> See "Article 2. Domestic Legal Effects. "Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms".

<sup>24</sup> See "Article 62.3. "The jurisdiction of the Court shall comprise all cases concerning the interpretation and application of the provisions of this Convention that are submitted to it, provided that the States Parties to the case recognize or have recognized such jurisdiction, whether by special declaration pursuant to the preceding paragraphs, or by a special agreement".

<sup>25</sup> BURGORGUE-LARSEN, L. *El diálogo judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013.

<sup>26</sup> SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review, vol. 29, p. 99-137, 1994.

<sup>27</sup> NOLLKAEMPER, A. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.



to improve the quality of their decisions and ensure their legitimacy. These latter elements facilitate the transformation of judicial communication into dialogue. This situation is not only a question of national tribunals using precedents from the Inter-American Court, but also of the existence of an interaction, in which the national Judiciary aims to make its decisions using the jurisprudence of the Court and vice-versa, recognizing that both precedents possess persuasive authority<sup>28</sup>.

In this new context of crescent exchange among internal and international law in the scope of Human Rights, Vicky Jackson identifies three different attitudes that are adopted as a course of action by the Judiciary as much as by other national authorities<sup>29</sup>: a) Resistance: considers that only juridical norms that were adopted in accordance to procedural rules of each juridical community must be utilized in the interpretation of law. To this attitude, international or foreign law is irrelevant for the application of the Constitution, since the aim is to avoid an amplification of the powers of the judge, to defend the specificity of the Constitutional and the development of one's own constitutional culture. This resistance would manifest itself in the form of indifference, characterized by the absence of interest in using international sources, in the form of active resistance, when there is a refusal to use these sources;

b) Convergence: considers that internal constitutional law is a place for the implementation of international juridical order or a participant in a decentralized process of transnational convergence of rules. Placing itself at the opposite pole of resistance, this attitude proposes an identification between national and international juridical norms. According to the author, one of the greatest influences on this posture refers to the utilization of international instruments of Human Rights as models for the internal guarantees of rights. In which concerns us more closely, the attitude of convergence is facilitated when the institutional texts require interpretation according to Human Rights treaties or when they incorporate rights from these instruments;

c) Engagement: aims to increase the judges' capacity to make a more informed and impartial deliberation over the content of their constitutional rules, recognizing both possibilities of harmony and dissonance between their interpretation and that developed in the international scope. In this attitude, international law is conceived more as a "tool for reflection" than as a group of rules that impose themselves hierarchically. Though similar, engagement is not equal to dialogue, since it does not require reciprocity: a court may get itself involved with the work of other courts or experiences of other political communities or international instruments of Human Rights, without expecting a response. This means that the authority attributed to the jurisprudence from international bodies is more persuasive than binding, but it can contribute to better understand internal law. The attitude of engagement can assume two forms: deliberative, when there is no obligation to use international law, but that allowed by the Judiciary, and relational, when there may be an obligation to take international sources into account, but not necessarily to follow them.

In the cases under analysis, it is not difficult to conclude that the Supreme Federal Court adopts a posture of resistance to dialogue with the Inter-American Court, which means the risk of future convictions for the Brazilian State, besides reducing the protection to indigenous rights in our country. I shall see this point with more detail concerning the criteria for restriction of communal property.

The Inter-American Court understands that, although communal property deserves the State's special protection, this is a right that can be restricted. In this

---

<sup>28</sup> SLAUGHTER, A. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

<sup>29</sup> JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

regard, the Court developed criteria containing a series of specificities, that States Parties must respect for that restriction to be legitimate.

There are four general criteria for evaluating the possibility of restriction to communal property: (a) reasons of public utility or social interest; (b) payment of fair indemnification; (c) accordance with parameters established by law and (d) in face of the special cultural relationship of the indigenous peoples with their lands, it must also be analyzed if traditions and customs will be significantly affected.

The first criterion refers to (a) reasons of public utility or social interest and it has relation to the article 21 of the American Convention, which expressly mentions that the right to property may be subordinated to the "social interest". However, for the Inter-American Court, these reasons of public utility or social interest comprehend all means that provide a better development of a democratic society; thus, States have the duty to utilize all instruments at their reach that implicate in attitudes and obligations which are adequate to the American Convention and that affect the indigenous peoples' rights the least, having in mind that concepts such as "public order" or "common good", derived from the concept of "general interest", when invoked as fundaments to restrict Human Rights, must be object of an interpretation strictly limited to the fair demands of a democratic society, considering the distinct interests there existent and the necessity to preserve the final objective of the American Convention<sup>30</sup>.

The second criterion regards (b) the payment of fair indemnification, since the mere limitation of the use and enjoyment of any property is sufficient to generate to right to indemnification, and such requirement is already expressed in article 21 of the American Convention. This criterion is considered by the Inter-American Court as a General Principle of International Law, that stems from the necessity to reach a balance between the general interest and the owner's rights, and must be adequate, fast and effective.

And, in regard to communal property, payment must occur, preferentially, by lands equivalent to those restricted, since, in the event of an impossibility to return, in all possible cases, such peoples must receive lands whose qualities and juridical statues are equivalent to the lands that were previously occupied, allowing them to satisfy their needs and ensure the development of their future. When the interested peoples prefer to receive an indemnification in cash, this shall be granted with appropriate guarantees<sup>31</sup>.

The third criterion is about (c) accordance with parameters established in law. Article 21 of the American Convention stresses that the use and enjoyment of the right to property, as well as its restriction, must be subordinated to the law. Therefore, the predominant understanding in the Inter-American Court is that the law may not provide all the possible hypotheses in which the State may intervene in communal property, but there must be parameters established in law that legitimate this conduct from the State and do not violate the rights of the Traditional Peoples, since "this right supposes that every limitation measure must be exceptional.

---

<sup>30</sup> That is, the restriction to legally established communal property must answer to "an imperative public interest", which is not restricted to the mere fulfillment of a useful and timely purpose, demanding that State action verify if the protection of indigenous peoples' rights is being implemented even in face of a restriction of their right and, most importantly, if there is the least possible intervention in their territory. This is necessary so that these terms of open texture are not used without foundation or with empty grounds with the sole purpose of violating Human Rights, because this restriction can only be authorized when the fulfillment of this criterion occurs in a concrete and reasoned way, so that an indefinite concept is not allowed to be used to restrict Human Rights.

<sup>31</sup> The Court understands that when reparations are paid on lands, these must be in accordance with affected peoples' customs and traditions, in view of the fact that, in spite of being a State's decision (whether in land or money in kind), after actually consulting the traditional peoples, it should not be based only on economic aspects, but also on cultural and social aspects, so that impact of this restriction is the least possible.

Exceptionality must be necessary in every restriction measure for the achievement of a legitimate objective in a democratic society”<sup>32</sup>.

And, finally, the fourth criterion provides that (d) in face of the special cultural relationship of the indigenous peoples with their lands, it must also be analyzed whether traditions and customs will be significantly affected, given that the Inter-American Court understands that the land belonging to indigenous peoples surpasses patrimonial value, since the right to property here discussed evolves to the way how indigenous peoples identify themselves, seeing that the relationship with the land is not merely a question of possession and production, but indeed a material and spiritual element which they must fully enjoy in order to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations.

Therefore, the fact of the limitation to property being a threat to these peoples’ survival or not must be taken into account, considering that, as there is a relationship of identification between the indigenous peoples and their territory, in this restriction, it must be observed whether their customs and traditions are going to be negatively affected. Besides that, it must be analyzed whether the lands that are being offered as compensation can provide instruments that enable the execution of the life project of these peoples.

The exposition of these criteria corroborates the posture of resistance adopted by the Supreme Federal Court, since the conditions proposed do not dialogue with the restriction criteria created by the Inter-American Court, besides there not being a based construction or deconstruction for its non-utilization.

When the STF does not utilize those criteria as parameters, there is a *resistance* that can be classified as a *passive resistance* manifested through *indifference/silence*, which is the posture regarding not lack of knowledge but of interest and willingness to consider the use of foreign or transnational sources, that is, the rejection of their relevance<sup>33</sup>.

This posture fosters an isolation of the Supreme Federal Court in a global context of interaction between courts, being that a posture incompatible with the *reception*, since this model weakens the Inter-American System, considering that being its signatory requires from the Judiciary Power the duty of coherence and *dialogue* with this system.

## 5. References

- BURGORGUE-LARSEN, L. *El diálogo judicial: máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa, 2013.
- CALDERÓN GAMBOA, J. F. *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013, p.50.
- JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- NOLLAEMPER, A. *National courts and the international rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- PASQUALUCCI, J. “International Indigenous Land Rights: a critique of the jurisprudence of the American Court of Human Rights in light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People”. *Wisconsin International Law Journal*, vol. 27, nº. 01, 2009, p.64.

<sup>32</sup> It is necessary to analyze if restriction parameters, which have already been previously established in law, are in accordance with the purposes of a democratic society and with the goal and purposes of the American Convention.

<sup>33</sup> JACKSON, V. *Constitutional engagement in a transnational era*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.33.

SLAUGHTER, A. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

SLAUGHTER, A. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review, vol. 29, p. 99-137, 1994.

## **Interpretação, absolvição criminal e improbidade administrativa**

*Interpretation, criminal acquittance and administrative improbity*

**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>1</sup>**

*Universidade Federal do Paraná (UFPR)*

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)*

**Alice Silveira de Medeiros<sup>2</sup>**

*Universidade Federal do Paraná (UFPR)*

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais; 2. A questão da interpretação em termos gerais; 3. A questão da interpretação frente ao disposto no art. 21, § 4º, da LIA; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

**Resumo:** Com a entrada em vigor da Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992, houve a ampliação das hipóteses de comunicabilidade das decisões criminais nas ações de improbidade administrativa. Agora, na forma do § 4º, do art. 21, da Lei de Improbidade Administrativa, a sentença criminal absolutória que se refira aos mesmos fatos, “confirmada por decisão colegiada”, impede o trâmite da ação de improbidade, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386, do Código de Processo Penal. Discute-se acerca da interpretação desse dispositivo, com o objetivo de identificar um sentido compatível com a ordem constitucional democrática.

**Palavras-chave:** Improbidade Administrativa; Absolvição criminal; Comunicabilidade; Ordem constitucional democrática.

**Abstract:** Since the enactment of Law nº 14.230/2021, which amended Law nº 8.429/1992, the possibilities of communication with the Criminal Law in administrative improbity actions have increased. Now, according to article 21, paragraph 4, of the administrative improbity law, an acquittal decision in a criminal case that refers to the same facts, “confirmed by a bench decision”, prevents the prosecution of an improbity case if it meets any acquittal hypothesis specified in

---

<sup>1</sup> Professor 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. Advogado. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6532-2460>

e-mail: [jacinto@mirandacoutinho.adv.br](mailto:jacinto@mirandacoutinho.adv.br)

<sup>2</sup> Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pós-graduada em Contratações Públicas pela Universidade de Coimbra (UC). Especialista em Licitações e Contratos Públicos com Tópicos Especiais em Direito das Concessões pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogada. Atualmente é Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB/PR.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9347-9844>

e-mail: [alice@mirandacoutinho.adv.br](mailto:alice@mirandacoutinho.adv.br)

article 386 of the Criminal Proceeding Code. The article discusses the interpretation of this prescription, to find a compatible sense with democratic constitutional order.

**Keywords:** Administrative Improbability; Criminal Acquittance; Communicability; Democratic Constitutional Order.

## 1. Considerações Iniciais

Não foram poucas as mudanças operadas pela Lei nº 14.230/2021<sup>3 4</sup> no estatuto próprio dos denominados atos de improbidade. Atendendo, em boa medida, a antigos reclames da doutrina especializada, o legislador ordinário interveio reformulando o tratamento reservado a temas tanto de direito material, quanto processual. Particularmente, conferindo maior organicidade e coerência à dinâmica persecutória, ele ampliou as hipóteses de comunicabilidade de decisões referidas aos mesmos fatos firmadas em outras esferas; e estabeleceu, também, diretrizes para o equacionamento das sanções que tendem a amenizar situações de *bis in idem*, há muito, visíveis.

As disposições dos artigos 3º, § 2º<sup>5</sup>; 12, §§ 6º e 7º<sup>6</sup>; 17, §10-D<sup>7</sup>; art. 17-C, V<sup>8</sup>; 18-A, I e II<sup>9</sup>; e do art. 21, § 5º<sup>10</sup>, dão mostras disso, ou seja, de que agora a lei contempla inúmeros mecanismos de acerto (equacionamento) da

<sup>3</sup>BRASIL. Lei nº 14.230 de 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>4</sup>BRASIL. Lei nº 8.429 de 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>5</sup>Artigo 3º da Lei nº 14.230/2021: as disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (...) § 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

<sup>6</sup>Artigo 12 da Lei nº 14.230 de 2021: "Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...) § 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos. (...) § 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*. In: BRASIL. Lei nº 14.230 de 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>7</sup>Art. 17: A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (...) § 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

<sup>8</sup>Art. 17-C: "A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil): (...) V - considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente".

<sup>9</sup>Artigo 18-A: "A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte: I - no caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu; II - no caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, o juiz somará as sanções".

<sup>10</sup>Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: (...) § 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

proporcionalidade das sanções. O art. 21, § 3º, por outro lado, tornou vinculantes para o juiz da improbidade, além das sentenças penais<sup>11 12</sup>, as sentenças civis que concluam pela negativa de autoria ou materialidade. Tudo, impelindo o aplicador a entrar no fluxo de uma corrente de moderação.

Agora, o § 4º, do art. 21, textualiza aquela que – talvez – seja a *modificação mais significativa* trazida pela nova lei, em matéria de comunicabilidade de decisões firmadas por outras autoridades judicantes. Por meio dele, ficou estabelecido que a absolvição criminal impede o trâmite da ação de improbidade, “havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”. Assim, a princípio, a sentença criminal absolutória que verse sobre os mesmos fatos repercutirá sobre a ação de improbidade, independentemente de qual tenha sido o inciso do art. 386, do CPP, declinado como fundamento na parte dispositiva.

Nada obstante, na redação deste dispositivo, o legislador inseriu um detalhe que demanda maior atenção. Nos termos § 4º, do art. 21, não será qualquer absolvição criminal que comprometerá o curso do processo da ação de improbidade correlativa, mas aquela “confirmada por decisão colegiada”. E o que isso significa, precisamente? Ou melhor: o que isso *pode* significar? Para verticalizar ainda mais a análise, pergunta-se: como interpretar o § 4º, do art. 21, da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei nº 14.230/2021, num sentido compatível com a ordem constitucional democrática? Ao que tudo indica, para tentar salvar o preceito da qualificação de absurdo, há de se ter uma solução pela via da interpretação.<sup>13</sup>

## 2. A questão da interpretação em termos gerais

A resposta para os questionamentos acima levantados não é de fácil objetivação. Mesmo que a racionalidade subjacente ao ordenamento aceitasse uma aplicação da lei fundada na mera literalidade do texto, não seria. Pelo motivo simples de que a linguagem é incapaz de apreender um significado único e preexistente<sup>14</sup>. Mas quando se trata de uma racionalidade que reclama unidade sistêmica – como é aquela que reveste a Constituição da República de 1988 e o ordenamento jurídico que concentra nela os seus fundamentos de validade –, a dificuldade aumenta, embora não cobre do intérprete nenhum esforço anormal.

Para perceber, todavia, que se trata de algo que exige um pouco mais de reflexão, de uma forma ou outra, vale lembrar que apesar das decisões colegiadas serem, geralmente, aquelas proferidas em grau de recurso, os Tribunais detêm

<sup>11</sup>A única coisa que já se fazia antes, com base no art. 935, do Código Civil (“[a] responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”). In: BRASIL. *Lei nº 10.406/2002*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>12</sup>Em compasso com a previsão do art. 935, do Código Civil, o art. 66, do Código de Processo Penal (“[n]ão obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”), também já dava base para a comunicação de sentenças penais absolutórias fundadas na inexistência de materialidade. In: BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689 de 1941*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>13</sup>Com uma frequência incomum, nos últimos tempos isso (desconexão entre o texto e a realidade) ocorreu muito na estrutura legislativa do Brasil, por conta do pouco conhecimento dos próprios legisladores. Cada vez mais os textos, lançados de modo apressado e impensado, refletem posições e interesses particulares de pessoas físicas e jurídicas. Trata-se de um problema de difícil solução, mas que deve ser enfrentado o mais rápido possível.

<sup>14</sup>No mesmo sentido MIRANDA COUTINHO, J. N. “Superinterpretação como abuso de direito (inconstitucional) no processo penal brasileiro”, *Cadernos de Direito Actual*, n. 18, p. 98-106, 2022, p. 103.

competência originária em determinadas hipóteses. Logo, há casos que se submetem a julgamento colegiado desde a primeira instância. Por outro lado, a imensa maioria dos processos criminais não comporta remessa necessária<sup>15</sup>. Isso implica chance de restar constituída a coisa julgada – e, portanto, estabelecida a máxima garantia possível em torno da imutabilidade da decisão –, com o trânsito em julgado da sentença absolutória, ainda em primeiro grau. Basta que o órgão do Ministério Público encarregado não interponha o recurso cabível. E ele poderia jogar com isso? Ou seja, fiando-se no pressuposto de que a extensibilidade de uma decisão absolutória apenas seria invocável, no plano da ação de improbidade, quando “confirmada por decisão colegiada”, ele poderia, deliberadamente – e, presumivelmente, para prejudicar o réu – optar por não recorrer? A potestade punitivo-repressiva investida nesse agente admite a escolha de uma tal estratégia processual? Em termos mais abertos, uma proposta de aplicação que tomasse por irremediáveis os paradoxos decorrentes da interpretação literal de um dispositivo – tais como esses –, poderia reivindicar legitimidade? Se sim, dentro dos quadros de qual padrão de legitimidade?

O valor da interpretação difere a depender do gênero interpretativo (jurídico, histórico, artístico etc.) que esteja em cena, assim como as suas finalidades. Como, numa analogia, Ronald Dworkin ajuda a elucidar, “[a] interpretação de pulsos de luz como uma mensagem tem uma finalidade completamente diferente daquela da interpretação dos mesmos pulsos como uma expressão artística”<sup>16</sup>. O sucesso de cada gênero de interpretação, nessa perspectiva, além de se vincular a critérios distintos, depende de que os objetivos (intrínsecos e de justificação<sup>17</sup>) que lhe individualizam sejam bem compreendidos. Não há juízo interpretativo independentemente válido. A validade de qualquer juízo interpretativo prescinde do recurso a uma justificação ligada a um complexo de valores, nenhum dos quais, igualmente, é válido, por si<sup>18</sup>. Essa justificação e esse complexo de valores reverberam como condicionante de legitimidade.

Não há dúvida de que o gênero interpretativo em questão é o jurídico. Engana-se, porém, quem acha que, a partir dessa especificação, qualquer encadeamento lógico de ideias ensejará adequada interpretação da lei; e, da mesma forma, aquele que se não dá conta de que a deficiência estrutural de alguns raciocínios compromete a solidez de conclusões que aparentam ser das mais óbvias. A soma de dois ou mais argumentos de evidência manifesta não garante um fechamento inequívoco para toda e qualquer fundamentação. Por vezes, ao revés,

---

<sup>15</sup>Em que pese discutível, eis as hipóteses (excepcionais) de remessa necessária previstas no art. 574, do Código de Processo Penal: “Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: I - da sentença que conceder *habeas corpus*; II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411”. In: BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm), acesso em 23 dez. 2022.

<sup>16</sup>DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 228.

<sup>17</sup>Ainda com Ronald Dworkin, tem-se que “compreensão significa interpretação”. Nas palavras dele, “[a] interpretação difere da ciência por postular uma finalidade, não somente no vocabulário de suas proposições como também em seus critérios de sucesso”. Como explica o mesmo autor “[q]uando investigamos qualquer coisa (...), nosso objetivo intrínseco é o de descobrir a verdade de alguma coisa. Se não tivéssemos esse objetivo, não estaríamos investigando. Mas também podemos identificar objetivos que justificam a investigação: os objetivos ou finalidades que, segundo acreditamos, justificam a tentativa de descobrir aquela verdade”. Na interpretação, segundo Dworkin, esses dois objetivos se fundem, sendo que os objetivos de justificação se encontram no âmago do sucesso; e as diferenças de objetivos de justificação e de aspirações se traduzem, automaticamente, em diferenças de método. Agora, para evitar confusões, cumpre, sumamente, elucidar que, para Dworkin, dentro desse quadro de ideias, “verdadeiro” significa “o máximo sucesso”. In: DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, *Ob. Cit.*, pp. 231-234.

<sup>18</sup>DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, *Ob. Cit.*, p. 234.



induz a engano e concede falsa sustentação a conclusões desconexas ou mesmo indefensáveis<sup>19</sup>. Por quê?

Porque à tarefa de situar a interpretação dentro do seu respectivo gênero sucede uma outra. Deve-se arregimentar, depois, um conjunto de pressupostos sobre os objetivos dessa prática (interpretativa), para que se possa, então, sustentar que a solução proposta realiza tais objetivos melhor do que qualquer outra. Nessa segunda etapa reside o *busílis*. Uma única falha na identificação dos pressupostos operantes e o resultado pode ser o inverso do almejado.

Para que isso não aconteça, as perguntas certas precisam ser feitas; e as perguntas certas derivam das premissas que a racionalidade do sistema impõe sejam adotadas. Além disto, a certeza sobre o acerto na formulação dessas perguntas não induz, objetivamente, ao acerto das respostas. Uma mesma pergunta pode ter relevância em diferentes contextos – quando encaixados no mesmo gênero, especialmente –, mas as respostas também devem contar àquelas premissas. A partir delas, ainda que a linguagem dê vazão a uma gama de possibilidades, muitas serão objetáveis. Justo, por não concorrerem para a satisfação dos objetivos com os quais se relacionam (elas, as premissas).

Em abreviada síntese, os textos têm escopos em vista dos quais devem ser compreendidos; e é o contexto quem indica quais são eles<sup>20</sup>. Logo, sem ou longe do contexto apropriado e dos escopos que a ele se conectam, aquilo que, por si, rejeita a qualidade de descomplicado – a tentativa de extrair o maior acerto possível da interpretação –, torna-se impraticável.

Quando o objeto desse labor é uma regra jurídica que não oferece um *standard* de adjudicação minimamente bem definido, é preciso redobrar a atenção<sup>21</sup>.

<sup>19</sup>Para sustentar a conclusão – contrária à racionalidade e o exposto teor do texto constitucional – de que as disposições da nova LIA não devem ter eficácia retroativa, por exemplo, o Ministro Relator do ARE 843989 – que gerou o Tema de Repercussão Geral nº 1199 –, recém decidido pelo Supremo Tribunal Federal, usou do argumento de que “a corrupção corrói a República, a própria essência da democracia”. Acredita-se que ninguém seriamente comprometido com a democracia discordaria disso. Agora, apesar de evidente, a toda prova, na arena de uma discussão onde a interpretação cobra respeito a um padrão de legitimidade ligado aos ditames de uma Constituição de matriz garantista, esse argumento não passa – para dizer o mínimo – de um frágil apelo retórico. Admitido como um argumento hábil, sem a devida contextualização, ele serve para respaldar toda sorte de conclusões. In: STF. *Notícias*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=491779&ori=1>. Acesso em 20 dez.2022.

<sup>20</sup> GADAMER, H-G. *Hermenêutica da Obra de Arte*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 31-33.

<sup>21</sup>A noção de situações *standard* é utilizada por Lênio Streck para distinguir as ocorrências do mundo prático que o intérprete soluciona a partir de uma espécie de objetivação causal-explicativa, pautando-se naquilo que se pode entender como tradição legítima (questões que as teorias discursivo-argumentativas classificam como “casos simples”, porque solvíveis “dedutivamente”), daquelas que lhe causam estranheza – ou pelo menos deveriam –, por demandarem a superação daquilo que, no plano ôntico, encontra-se objetivado (ocorrências que superam as situações consideradas *standard*). Trata-se, nas palavras do autor, “da hipótese de horizontes distintos, a qual provocará o ‘choque hermenêutico’, quando algo estranho ao seu horizonte se lhe apresenta, circunstância que faz com que o intérprete ponha em questão seus pré-juízos (obviamente, se ele tiver condições pré-compreensivas para tal)”; “faz o intérprete estranhar o que lhe era familiar e, ao mesmo tempo, interpela-o para que torne familiar o que lhe surge como estranho”. Ainda com Lênio Streck, tem-se, neste sentido, que, “[e]stando o intérprete inserido em uma tradição (legítima) do Direito, em que os juristas reintroduzem no mundo jurídico o mundo prático sequestrado pela regra (para utilizar apenas estes componentes que poderiam fazer parte da situação hermenêutica do intérprete), a resposta correta advirá dessa nova fusão de horizontes, envolvendo a principiologia constitucional. O caso concreto demanda uma série de análises, que ultrapassem o raciocínio causal-explicativo, buscando no ethos principiológico a fusão de horizontes demandada pelo estranhamento que provoca essa nova situação. Antes de qualquer outra análise, deve-se

Poder-se-ia dizer, na situação de que ora se trata, que existe – sim – uma hipótese de adjudicação *standard*, qual seja, aquela da sentença penal absolutória confirmada em segunda instância, por decisão colegiada. Para isso, no entanto, além de ter de assumir ascendência sobre a “decisão colegiada” como vetor de significação, o vocábulo “confirmada” precisaria ficar imbuído de um significado demasiado restrito. Só que limitada por ele, a aplicação do dispositivo seria tão rasa, que geraria problemas de índole constitucional. Sim, porque a existência de uma gama de casos passíveis de decisão colegiada em primeira instância; e a chance, noutros casos, de haver coisa jugada antes de um julgamento colegiado, não são variáveis de baixo relevo. Ao contrário, de plano, desvelam a premência da abertura de um espectro mais amplo de sentidos.

As ocorrências da vida prática que se não encaixam nos *standards* das regras positivadas não devem ser, necessariamente, destacadas do seu campo de abrangência. A depender do contexto (dos objetivos entregues à interpretação, nessa ou naquela conjuntura), podem reclamar ampliação do espaço “significativo” que controla o discurso de adjudicação.

### **3. A questão da interpretação frente ao disposto no art. 21, § 4º, da LIA**

Seguindo neste trilhar, cumpre – ainda antes de arriscar respostas –, perquirir acerca dos objetivos que a ressalva trazida no dispositivo em análise poderia se prestar a cumprir (legitimamente), no âmbito de um modelo persecutório adequado aos postulados do paradigma do Estado Constitucional. Isso não inclui uma qualquer tentativa de decifrar os pensamentos que passavam pela cabeça do legislador ou os desejos que ele nutria – se é que tinha algum<sup>22 23</sup> – quando decidiu que a introduziria no texto legal<sup>24</sup>. O importante mesmo para que a interpretação

---

sempre perquirir a compatibilidade do dispositivo legal com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia. Deve-se sempre perguntar se, à luz da Constituição, a regra jurídica é aplicável à hipótese (ao caso)”. In: STRECK, L. L. *Verdade e Consenso*, 6ª ed, Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 342-344.

<sup>22</sup>Como alerta Ronald Dworkin, “[h]oje, a maioria dos juristas inteligentes considera absurda a noção de que a correta interpretação de uma lei depende dos estados mentais dos legisladores que aprovaram. Os juristas de fato mencionam a ‘intenção da legislação’ quando explicam como pensam que determinada lei deve ser interpretada. Mas, quando mencionam a intenção da lei, não podem estar se referindo ao que os legisladores tinham em mente enquanto votavam. Muitos legisladores nem sequer entendem as leis nas quais votam; e os que as entendem são movidos por suas motivações políticas – agradar aos eleitores, aos financiadores, aos líderes do partido – quanto pelos princípios ou programas políticos que os juristas podem enxergar nas leis por eles aprovadas”. In: DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, *Ob. Cit.*, p. 197.

<sup>23</sup>Ainda, conforme o mesmo autor, “[a] interpretação jurídica não é dominada pelos estados mentais concretos dos legisladores e de outras autoridades, porque a melhor compreensão do objetivo da interpretação das leis e de outros dados legais faz com que a maioria das coisas que essas autoridades concretamente pensam ou pretendem não venha ao caso de modo algum”. In: DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho*: justiça e valor, *Ob. Cit.*, p. 228.

<sup>24</sup>Por sinal, se, apenas por curiosidade, busca-se alguma explicação nos registros de tramitação do Projeto de Lei (PL nº 2505, anterior PL nº 10887/2018), verifica-se que o § 4º, do art. 21, não fazia parte do texto original proposto no âmbito da Câmara dos Deputados, mas já integrava o projeto, com a redação que acabou aprovada, desde a Subemenda Substitutiva Global de Plenário enviada ao Senado. Durante a tramitação nessa segunda Casa Legislativa, chegaram a ser apresentadas duas propostas de emenda (nº 14 e nº 38) visando a supressão desse dispositivo. A justificativa declinada pelo Presidente Relator para a rejeição de ambas é de notável acerto, *verbis*: “observo que o princípio da independência das instâncias, salvo o disposto no § 4º do artigo 37 da Constituição, é construção doutrinária e jurisprudencial com base na legislação em vigor, de modo que seus contornos estão plenamente à disposição da opção política própria da liberdade de conformação do legislador ordinário. Noutras palavras, desde que a lei não prejudique a ação penal cabível por causa de ação de improbidade administrativa – como é defeso por força do § 4º do artigo 37 da Constituição – pode o legislador, como no caso, estabelecer hipóteses de interdependência entre as instâncias cível,

alcance êxito é que ela realize os objetivos que se lhes apresentam como meta – e, reflexamente, circunscrevem-lhe os limites –, amoldando-se, assim, ao padrão que lhe condiciona a legitimidade. É por isto que o exercício da contextualização prévia é da maior relevância.

Com Hans-Georg Gadamer – quem, antes de Dworkin, aliás, mostrou que a compreensão e a interpretação, além da aplicação, reúnem-se num processo unitário<sup>25</sup> –, tem-se que, nas situações em que se conturba ou dificulta o acordo do intérprete com o criador para transladar qualquer entendimento, é com o *sentido* que ele mais deve se preocupar, de modo a não lhe deturpar<sup>26</sup>; e isso não pressupõe uma “congenialidade”. Nas palavras do autor, “[o] milagre da compreensão consiste, antes, no fato de que não é necessária a congenialidade para reconhecer o que é verdadeiramente significativo e o sentido originário de uma tradição. Somos, antes, capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala”<sup>27 28</sup>.

Gadamer explica, também, que a existência de uma certa tensão entre o texto proposto e o sentido que a sua aplicação obtém no momento concreto da interpretação, é algo constitutivo para a hermenêutica jurídica. Só que a pretensão da lei – eis a questão – não é a de ser entendida historicamente, mas a de ser concretizada em sua validade jurídica. É, precisamente, isso o que a interpretação deve viabilizar<sup>29</sup>; e o que lhe deve pautar, para tanto, ainda seguindo Gadamer, “é a função que aquilo que é fixado por escrito possui de acordo com o seu próprio conteúdo para a ordem jurídica e para a sua defesa”<sup>30</sup>. Essa atividade compreensiva

---

criminal e administrativa. Cumpre ressaltar, porém, que, na situação específica dos efeitos das sentenças civis e penais produzirem efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa de autoria, o próprio Supremo Tribunal Federal já o vem reconhecendo (*vide* RCL nº 41.577, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/03/2021)”. Apesar disso, nada se cogitou acerca dos entraves para a operatividade dessa regra de comunicabilidade expandida que decorreriam da ressalva nela contida. *In*: Senado Federal. *PL 2505 de 2021*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&disposition=inline#Emenda55>. Acesso em: 20 dez.2022.

<sup>25</sup>GADAMER, H.G. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª ed., Vozes: Petrópolis, 1997, p. 460.

<sup>26</sup>GADAMER, H.G. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, *Ob. Cit.*, p. 560.

<sup>27</sup>GADAMER, H.G. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, *Ob. Cit.*, p. 464.

<sup>28</sup>Num outro texto que, de alguma maneira, reflete a mesma ideia, Gadamer ensina que “[a] leitura já pressupõe desde sempre determinados processos antecipatórios de apreensão de sentido e possui em si enquanto tal uma determinada idealidade. Assim como conseguimos ler manuscritos, apesar de cada um possuir a sua própria escrita individual, ou assim como prosseguimos em geral a leitura sem nos deixarmos perturbar por erros de impressão. O inferno dos erros de impressão é a prova mais conhecida para o fato deveras consolador de que somos portados em geral por um contexto compreensivo e prosseguimos a leitura para além da precariedade fática do estado visível dos sinais. Isto tem naturalmente os seus limites, mas em seus limites se mostra algo da teologia de sentido que dirige a leitura”. *In*: GADAMER, H.G. *Hermenêutica da Obra de Arte*, *Ob. Cit.*, p. 117.

<sup>29</sup>Na passagem seguinte, Gadamer aponta que isso implica que o texto ou a lei, para serem compreendidos adequadamente – ou seja, de acordo com a suas específicas pretensões –, precisam ser compreendidos em cada instante e situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, segundo ele, “compreender é sempre também aplicar”. *In*: GADAMER, H.G. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, *Ob. Cit.*, p. 461.

<sup>30</sup>Essa é uma colocação, também, retirada de um outro trabalho de Gadamer. Ela aparece como a derradeira conclusão de um raciocínio que começa com a mesma advertência: “o fato de que o jurista, por exemplo, em relação àquilo que é escrito – o código, o livro de leis ou o que quer que seja –, não remonta de maneira alguma às intenções originais do legislador para a interpretação da lei. Não passa de uma forma secundária e mais do que duvidosa de fomentar a interpretação das leis o fato de se estudar, por exemplo, as atas das comissões legisladoras no parlamento moderno. Um historiador e não um jurista é que teria de ser satisfazer com a

deve se desenvolver, portanto, num campo próprio de sentidos. É preciso ter o cuidado de situar e significar o texto dentro do contexto que assume nele (ou seja, nesse campo próprio de sentidos) a sua representação. Não é pouco – e, por vezes, em situações limítrofes, essa tarefa poderá se tornar mais delicada –, mas é o que faz toda a diferença.

Os Estados, como lembram José Manuel Sérvulo Correia e Francisco Paes Marques, “não apresentam uma unidade pré-existente, são antes complexas organizações ordenadas e estruturadas através de diretrizes jurídicas, designadamente jurídico-constitucionais”<sup>31</sup>. Do ponto de vista dos postulados do Estado Constitucional – que nada mais são do que as diretrizes jurídicas operantes e a fonte primária de sentido das regras positivadas –, uma aplicação da lei fundada em pressupostos legalistas é inapta e implica retorno ao Estado Legislativo<sup>32</sup>.

Por conseguinte, uma interpretação do § 4º, do art. 21, da LIA, que se esgotasse numa checagem puramente formal – limitada à procura de respostas afirmativas ou negativas para questionamentos do tipo: “a decisão foi colegiada?” ou “a decisão foi confirmada por colegiado?” –, não atenderia aos seus padrões de legitimidade. Em suma, porque dentro desse específico cenário paradigmático, a adequação material da interpretação extraída dos textos também importa. O produto dela precisa fazer prova da existência de um alinhamento orgânico, isto é, de que se põe em harmonia com os elementos estruturantes do sistema. Precisamente, aquilo que forja a racionalidade que lhe é característica.

Esses elementos, além de confluírem para a formação da base de legitimação da intervenção estatal, submetem-na a feixes de deveres e limites distinguíveis no tempo e no espaço. Neste aspecto, deve-se reconhecer que a temporalidade pode – e precisa – desempenhar a função (instrumental) de chave de compreensão. Afinal, tudo encaminha na direção de que é inviável dar aplicação adequada às regras e princípios do ordenamento – o que impõe trabalhar para não comprometer a sua

---

reconstrução das intenções originais do legislador. O que está em questão para o jurista é a ‘ratio legis’”. In: GADAMER, H.G. *Hermenêutica da Obra de Arte*, Ob. Cit., p. 116.

<sup>31</sup>SÉRVULO CORREIA, J. M.; PAES MARQUES, F. *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 101.

<sup>32</sup>Tal como descreve Paulo Otero, ao tratar da “desmistificação da perfeição da lei” e da “erosão do mito liberal”, no cenário (jurídico) oitocentista, a lei, como “expressão da vontade geral da coletividade”, aparecia revestida de um “mito de perfeição”. “[O] ‘império da lei’ era, afinal, a síntese da vontade soberana de um modelo de ‘Estado legislativo-parlamentar’”. A lei traduzia, segundo os postulados liberais, um produto da razão, revelação de uma verdade absoluta pelos mais idóneos representantes da sociedade. (...). Perante uma lei que tudo podia fazer, desconhecendo limites materiais de actuação, tanto mais que o carácter estatutário dos próprios textos constitucionais oitocentistas poucos condicionamentos comportavam à disciplina legislativa das matérias sobre as quais um Estado mínimo sentia necessidade de regular, e sem qualquer controlo judicial da sua validade jurídica, desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a uma quase divinização da lei”. A “profunda evolução do significado e do valor da Constituição” e a “radical mudança do modelo de Estado”, ao longo todo o século XX, porém, fizeram erodir o assinalado “mito liberal de perfeição da lei”; e determinaram a reformulação do papel e da força da lei. O “alargamento do campo material regulado pelo texto constitucional”, na passagem de um sistema de Constituições orgânicas ou estatutárias para um sistema de Constituições programáticas, nas palavras do autor, “veio a determinar um correlativo estreitamento da liberdade decisória do legislador e da sua consequente soberania, encontrando-se a lei vinculada a respeitar um conjunto significativo de imperativos constitucionais que lhe determinam proibições de agir ou, em alternativa, lhe ordenam que discipline certas matérias à luz de indicações precisas contidas no próprio texto da Constituição, verificando-se até que algumas vezes o legislador exerce uma função executiva da Constituição em condições de subordinação decisória idênticas às que existem na relação entre um regulamento de execução e a respectiva lei”. E, como observa Paulo Otero, ainda, “[a] Constituição brasileira de 1988 é, neste preciso aspecto, o exemplo mais perfeito de um verdadeiro fenómeno de administratização da função legislativa”. In: OTERO, P. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 152-155.

coesão e coerência internas<sup>33</sup> –, sem considerar os textos legais em sua historicidade. Ou, mais precisamente, sem se nortear pela linha de sentido (interpretativo) que define a matriz de racionalidade do sistema em que eles estão inseridos. As normas não poderiam – jamais puderam – ficar guardadas nas palavras dos textos de lei. Pela razão insuplantável de que elas (as palavras) não são imunes às contingencialidades, tampouco podem ser predispostas a manter acepções inalteráveis<sup>34</sup>.

Pois bem.

No paradigma do Estado Constitucional, a dinâmica das relações mantidas, tipicamente, entre soberanos e súditos não serve de baliza para a atuação do Estado. No núcleo do sistema, lugar que era, antes, simbolicamente – e sob a redoma do brocardo *in claris cessat interpretatio*<sup>35</sup> – ocupado pela *lei*, veio a figurar a *pessoa*. Um outro *princípio diretor*, representativo de um novo contexto e da superação do “império da lei” – nomeadamente, a *centralidade da pessoa* – passou a imperar e a obrigar o Estado. Ao fim e ao cabo, como o *fundamento do fundamento* ou – como se queira – como o *limite dos limites*<sup>36 37</sup>. Assim, se hoje alguém que interprete diz

<sup>33</sup> Acerca disto, tem-se, ainda em concordância com Paulo Otero, que: “[n]um sistema jurídico fundado no princípio da unidade, a existência de incompatibilidades entre as suas normas deve sempre ser evitada e, caso não seja possível prevenir, devem tais antinomias ser eliminadas, restaurando-se, deste modo, a coerência interna do ordenamento jurídico. (...). A unidade do ordenamento não é, por consequência, um dado adquirido para sempre, antes se assume como uma conquista renovável ou um resultado a atingir em cada interpretação ou aplicação do Direito”. In: OTERO, P. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Ob. Cit., p. 645.

<sup>34</sup>No mesmo sentido: STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, 2ª ed., Casa do Direito, Belo Horizonte, 2020, p. 185.

<sup>35</sup> Como se, em alguma circunstância, fosse possível acessar o conteúdo, em si (literal), de um texto; e, assim, cingir a aplicação a uma pura ou neutra aplicação, prescindindo de qualquer interpretação. A superação da hermenêutica clássica – e a consequente admissão da incapacidade de rendimento desse artifício argumentativo (*in claris cessat interpretatio*) –, como assevera Lênio Luiz Streck, “implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o seu sentido, isto é, que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). As palavras não ‘carregam’ o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre o texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização”. In: STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica (...)*, Ob. Cit., p. 139.

<sup>36</sup>Ingo Wolfgang Sarlet explica, neste sentido, que o nosso constitucionalismo, caracterizado por uma Constituição de cunho marcadamente compromissório, elevou a “dignidade da pessoa humana à condição de fundamento de nosso Estado democrático de Direito”, sendo que, a despeito desse conteúdo compromissório, a Constituição “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Segundo o mesmo autor, “assiste inteira razão aos que apresentam a dignidade da pessoa humana como critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional”. Por outro lado, aponta que “[t]al função da dignidade da pessoa humana, contudo (critério material de legitimidade da ordem constitucional) já decorre de sua condição de princípio fundamental na sua dimensão objetiva, que, embora também opere como referencial para os direitos e garantias fundamentais, com esses não necessariamente se confunde”. In: SARLET, I. W. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 10ª ed, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2019, pp. 95-97.

<sup>37</sup>Seguindo na mesma toada, embora com referência (direta) à Constituição portuguesa de 1976, José Carlos Vieira de Andrade sustenta que há “uma unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada no domínio dos direitos fundamentais”, da qual decorre a “possibilidade de uma construção normativa coerente, capaz de integrar num quadro geral a interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais respectivos”, sendo que, nesta perspectiva, pode-se dizer que “os direitos fundamentais constituem um sistema ou uma ordem”. Mas essa ordem ou sistema se estrutura com referência a um princípio, o qual lhe dá

algo que não podia (ou não devia), mas diz, invoca-se, desde o 'lugar' do *fundamento do fundamento*, a impossibilidade de dizer, por exemplo, qualquer coisa sobre qualquer coisa<sup>38</sup>.

Destarte, se fosse para ilustrar essa viragem, não seria equivocado imaginar que o desenho da métrica de funcionamento ideal da Administração Pública, no quesito subordinação, teria que apresentar esses polos (súdito e soberano) invertidos, já que, agora, o Estado está para o cidadão – nem de longe, comparável a súdito –; e não o contrário<sup>39</sup>. Por isso, inclusive, nos espaços em que se manifesta a potestade punitivo-repressiva (comumente identificada como *ius puniendi*), impõem-se-lhe, na presença de determinados direitos e garantias, especial deferência.

Tanto é que a nova LIA veio a assegurar, textualmente, já no art. 1º, § 4º, que: “aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”. Na prática, os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador conformam o regime jurídico a que se submete, em sentido amplo, qualquer intervenção repressiva. E eles proveem – justo – dos dispositivos constitucionais e legais que resguardam direitos e garantias aos acusados em geral frente a qualquer investida punitiva, incluídos aqueles decorrentes de tratados e convenções internacionais incorporados ao ordenamento jurídico, com respeito ao disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”).

Afora o fato de que dispositivos legais concessivos de direitos admitem – só por isto; e não de hoje – interpretação ampliada<sup>40</sup>. Trata-se de um postulado (esse,

---

fundamento. “Não representa, por isso, uma unidade puramente lógica ou funcional, mecânica ou sistêmica, mas sim uma unidade axiológica-normativa, uma unidade de sentido cultural, como é próprio da unidade de um (sub-) sistema jurídico”. Por outro lado, conforme explica o autor, os “preceitos relativos aos direitos fundamentais, ao constituírem posições jurídicas subjectivas, exprimem *também* o reconhecimento e a garantia de um conjunto de *bens* e *valores* que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos constitucionais respectivos”; e “esses bens e valores não se amontoam nem pura e simplesmente se somam, ainda que apareçam espalhados por múltiplas normas concretas. Há ou tem que haver uma qualquer ordem entre eles, uma qualquer unidade que dê coerência e sentido a essa *cultura constitucional*. A unidade política fundamental não pode *constituir-se* se não tiver um significado material, uma razão-de-ser, nem poderá subsistir se não tiver uma razão-de-dever-ser-assim. A vida dos homens em sociedades não suporta uma qualquer organização de sentido que por puros factos de poder, exige uma ordenação de sentido que corresponda a um entendimento geral do mundo e das coisas, ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações. A Constituição de uma sociedade política só o é, pois, verdadeiramente, só terá força constituinte, se representar esse entendimento (ou consenso) e aquela unidade”. In: ANDRADE, J. C. V. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 106-107.

<sup>38</sup>No mesmo sentido: MIRANDA COUTINHO, J. N. *Observações sobre sistemas processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018, pp. 63-78.

<sup>39</sup>Após o segundo pós-guerra (mundial), na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional – quando ocorre no Direito Público um “giro copernicano” –, pretendeu-se, segundo José Manuel Sérvulo Correia e Francisco Paes Marques “refundar a ordem jurídica em torno da ideia de indivíduo como ponto de partida de todo o pensar e construir da ordem política, rejeitando a ideia do homem como apenas um membro do Estado e, sobretudo, como objeto do Estado”. Os mesmos autores, registram, ainda, que: “[o]s direitos fundamentais foram a componente que mais decisivamente influenciou na evolução do Direito Administrativo do pós-guerra. Os direitos fundamentais actuam como limites às habilitações normativas administrativas, guiam o exercício da discricionariedade administrativa, impõem obrigações de conduta à Administração e servem para a resolução de colisões normativas”. In: SÉRVULO CORREIA, J. M.; PAES MARQUES, F. *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 102 e 104.

<sup>40</sup>No mesmo sentido: MIRANDA COUTINHO, J. N.; SILVEIRA DE MEDEIROS, A. “O regime administrativo-sancionador e a retroatividade da nova lei de improbidade”, In: ALVES, Adamo Dias; BAHIA, Alexandre; GOMES, David F. L.; PEDRON, Flávio Quinaud; CORBY, Isabela

de que as leis que conferem direitos comportam interpretação ampliativa) tão primário que remonta ao *Codex Iuris Canonici*<sup>41</sup>. Hoje, resulta do primado de isonomia, não por coincidência, o derivativo mais emblemático do princípio da igualdade no ambiente do Estado Constitucional<sup>42</sup>.

Da atuação do Ministério Público em juízo, nesta quadra, pelo múnus que carrega, a ordem constitucional cobra mais do que a boa-fé objetiva e a lealdade próprias das relações jurídico-processuais originadas de conflitos de interesses particulares. Não fosse a sujeição ao *princípio da conformidade*, tem-se que o órgão ministerial ainda exerce um duplo encargo no campo punitivo-sancionatório. A atribuição da função de acusar não lhe despoja do dever de zelar pelo resguardo dos direitos individuais em causa; ao contrário. E, assim, ele fica responsável pela conservação de um delicado equilíbrio. Aliás, não há outro lugar onde o papel de fiel da balança lhe sirva melhor. A qualidade do advogado que explora uma brecha procedimental em benefício do seu cliente pode até ser a *perspicácia*, mas a do órgão do Ministério Público que emprega tática parecida é o *ardil*. Afinal, fora de uma lógica de matriz estatista, não há o que lhe justifique um tal conduta, senão causas pessoais. Eis, por sinal, a importância de significar as coisas sempre dentro dos seus respectivos contextos.

Daí que a letra crua da lei pode até permitir interpretações que redundem numa extrema liberdade decisória para o agente acusador – de repente, até de fazer valer as suas próprias convicções, contra os interesses do réu, diante de um impasse –, mas, a depender dos objetivos que justifiquem essa prática interpretativa, ela desembocará numa via de aplicação proibida. A mesma coisa ocorrerá com uma interpretação que acabe promovendo o exato oposto da finalidade a que se destina. Como seria a de abrir passagem para decisões conflitantes, quando o seu objetivo precípuo fosse – como parece ser o caso – o de bloqueá-las.

Uma interpretação literal e descontextualizada da previsão do § 4º, do art. 21, da LIA, faria menor a segurança jurídica decorrente de uma decisão transitada em julgado, do que aquela (incipiente) que recobre uma decisão ainda passível de reforma pelos Tribunais Superiores; ou até do que aquela proveniente de uma decisão colegiada de primeira instância. Visto pelas lentes da racionalidade do sistema e dos objetivos que ela (a previsão legal em apreço) poderia visar, isso seria um contrassenso. Sem falar no enorme risco de uma tal interpretação resultar na

---

(Coord.). *Teoria Crítica da Constituição*: Constitucionalismo Por Vir e Democracia Sem Espera, em homenagem a Marcelo Cattoni, Conhecimento, Belo Horizonte, 2022, p. 29-60.

<sup>41</sup>“*Leges quae poenam statuunt, aut liberum iurium exercitium coarctant, aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi*”, nos termos do Can. 18.

<sup>42</sup>Neste sentido, ao discorrer acerca da igualdade na história dos Estado de Direito, indo do Estado liberal para o Estado social democrático, Jorge Reis Novais explica que: “[q]uando consagra o princípio da igualdade e vincula o Estado à sua observância, a Constituição coloca limites (negativos e positivos) ao legislador aos restantes poderes públicos. Se a norma constitucional proíbe a desigualdade de tratamento, essa limitação abrange todos os poderes estatais: do legislador ao juiz, nenhum deles pode tratar os cidadãos de forma inigualitária”. Indo mais adiante, o autor acrescenta que: “[o] legislador democrático do Estado social está intrinsecamente limitado e condicionado pelas exigências de igualdade, tanto quando impõe sacrifícios, como quando distribui benefícios (...). A igualdade do Estado social não é mais tratar tudo e todos da mesma forma, mas passa a ser entendida, num lema sempre repetido, como igualdade material traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*. Fica claro que a generalidade nem é condição suficiente nem necessária da igualdade. Uma lei dotada da característica formal de generalidade pode ser tão profundamente inigualitária – desde que trate indiferentemente situações e pessoas cuja extrema desigualdade fáctica exigiria as correspondentes diferenciações de tratamento – quanto uma lei individual e concreta pode ser uma verdadeira exigência de igualdade, desde que a situação e a pessoa em causa sejam tão particulares e especiais que exijam um tratamento correspondentemente individualizante”. In: NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 73 e 75.

atribuição de tratamento desigual a pessoas em situação fática idêntica, só por estarem – para sua sorte ou azar – submetidas a regras de divisão de competência diferentes. Ao fim e cabo, convir com algo assim seria o mesmo que avalizar um método perverso de “legitimar” indevida restrição a direitos.

É certo que a reversão, em segunda instância, de uma decisão absolutória cujos efeitos já tivessem alcançado outras esferas, traria inúmeras complicações, ao passo que a confirmação do entendimento firmado na sentença, pelo colegiado *ad quem* – ao qual, inclusive, cabe o reexame de todo o conjunto probatório integrante dos autos, em regra –, diminui a margem de erro dessa opção legislativa por uma comunicabilidade sacramentável antes do esgotamento das vias recursais existentes. Induvidosamente, o sentido que não deve escapar do texto passa perto disso. Tendo-se em foco um estatuto legal que se destaca pelo potencial de agregar coerência à ingerência repressiva estatal e reduzir decisões conflitantes, a pendência real de um evento (na prática, o julgamento de um recurso interposto), capaz de alterar os contornos de um provimento jurisdicional, é um fator relevante, que se não deve desprezar. Em prol da mais concreta segurança jurídica possível, inúmeras razões recomendam aguardar o seu implemento.

O ponto é que: nenhum acontecimento processual ostenta maior aptidão para garantir concretude à imutabilidade de um provimento jurisdicional do que a coisa julgada. Logo, não se pode, simplesmente, admitir – numa espécie de ruptura sistêmica seletiva – que a interpretação de um dado preceito, do qual se espera a promoção do mais elevado nível de seguridade, possa, numa escala hierárquica, apresentar a coisa julgada em posição inferior àquela ocupada por uma decisão recorrível, mesmo que colegiada. Até porque a coisa julgada, na hipótese, adicionalmente, solidifica a presunção de inocência.

Os textos de lei sempre terão lacunas, brechas, imprecisões, aberturas e desafios para o mais preparado dos intérpretes. A textura porosa é inerente à linguagem. Depende-se do apego a certos parâmetros – e de que haja clareza acerca deles –, por conta disso. Não para instituir fórmulas ou congelar sentidos, mas para que se consiga, em alguma medida, contornar o incontornável, de modo a concretizar conteúdos programáticos.

É indiscutível que a nova LIA não abdica completamente da velha máxima da independência entre as instâncias, tampouco que a atenuação para o *bis in idem*, na vertente processual, foi mais tímida do que aquela referida ao seu aspecto material. Mas está claro que a fisionomia dessa propugnada independência mudou; e é pela via da aplicação que se poderá chegar mais próximo do sentido do texto. Nenhuma mudança de orientação consegue sair do mundo abstrato de outra forma. Destarte, sem desrespeitar os limites da função criativa – o que seria se sobrepor ao legislador –, cumpre aos intérpretes zelar para que a dubiedade dos vocábulos inseridos nos textos de lei não inviabilize o atingimento das finalidades que lhes são confiadas e a própria coesão do ordenamento.

#### **4. Considerações Finais**

A reforma da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) poderia ter seguido variados caminhos; e levado a que a chamada independência entre as instâncias, mantida a sua vigência, adquirisse outros significados. A opção político-legislativa, entretanto, foi essa que se vê estampada nos novos dispositivos colocados em vigor com a promulgação da Lei nº 14.230/2021. Nisso, não se pode mexer pela via da aplicação.

Se, na visão do legislador, a intervenção de um órgão colegiado corresponde a um meio hábil de assegurar maior consistência ao juízo absolutório, ele poderia, por exemplo – com o que expandiria a proteção contra o *bis in idem* –, ter concebido uma fase preliminar de verificação típica e adequação das hipóteses de concurso, dirimível por um corpo de julgadores. Mesmo os juízos de mérito poderiam ser firmados em colegiado. Com as técnicas de julgamento em plenário virtual já instituídas sequer seria necessário, para tanto, aumentar o quadro de pessoal do



Poder Judiciário. A unificação posterior das sanções aplicadas – opção feita pelo legislador nessa última reforma –, com certeza, atende à vedação ao *bis in idem* em grau menor, principalmente, na vertente processual.

Não parece que o § 4º, do art. 37, da CR<sup>43</sup> (“os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”), ao discriminar as sanções aplicáveis aos atos de improbidade, tenha, indiretamente, imposto a necessidade de instauração paralela de múltiplos processos. A concepção de um rito procedimental que canalizasse numa única via a persecução de atos de ilicitude compartilhada – mas em substância identificados –, conduzindo a condenações que englobassem a aplicação de todas as sanções cabíveis, seria, plenamente, factível, constitucionalmente falando. Da mesma forma, uma técnica processualística que extraísse proveito de alguma espécie de coordenação entre as instâncias competentes para ingerir sobre os mesmos fatos, sem prejuízo da aplicação das sanções pré-estabelecidas na Constituição, mas sem sobreposição.

Para avançar nessas direções ou em outras, no entanto, seria necessária outra reforma. Agora, só para colmatar os problemas redacionais detectados nos textos vigentes, bastam as vias de controle (concentrado e difuso) de constitucionalidade. Por meio delas, parece perfeitamente possível resolver as questões que a ressalva do § 4º, art. 21, da nova LIA, suscitam, impedindo que de sua aplicação resulte vulneração à unidade do ordenamento.

No contexto de um ordenamento jurídico arrimado em postulados do paradigma do Estado Legislativo daria, facilmente, para conviver com uma aplicação que encerrasse uma interpretação (legalista) mecânica do texto desse dispositivo. Quiçá, poder-se-ia admitir se tratar de algo legítimo. Mas não no contexto de um ordenamento vinculado ao paradigma constitucional, tal qual o ordenamento jurídico brasileiro, onde isso poderia – como pode – corroer a unidade interna do sistema; e, no extremo, vilipendiar aquele que é o seu princípio reitor, dado o aval para um modo de ingerência estatal repressiva anti-isonômica em que resultaria.

Em uma última palavra, parece necessário respeitar o *status* que ordenamento concedeu à *coisa julgada* conferindo a esse dispositivo interpretação conforme à Constituição, o que implica, em benefício do réu, extrair dela os mesmos efeitos que foram atrelados pelo legislador à absolvição “confirmada por decisão colegiada”.

## 5. Referências

- ANDRADE, J.C.V.D. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1987.
- BRASIL. Lei nº 14.230 de 2021. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-022/2021/lei/l14230.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-022/2021/lei/l14230.htm). Acesso em 20 dez.2022.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em 20 dez.2022.
- BRASIL. Lei nº 8.429 de 1992. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8429.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm). Acesso em 20 dez.2022.

<sup>43</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 dez.2002.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 dez.2002.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689 de 1941*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 20 dez.2022.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.
- GADAMER, H.G. *Hermenêutica da Obra de Arte*. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- GADAMER, H.G. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 3ª ed., Vozes, Petrópolis, 1997.
- MIRANDA COUTINHO, J.N.D. "Superinterpretação como abuso de direito (inconstitucional) no processo penal brasileiro", *Cadernos de Direito Actual*, n. 18, p. 98-106, 2022.
- MIRANDA COUTINHO, J.N.D.; SILVEIRA DE MEDEIROS, A. "O regime administrativo-sancionador e a retroatividade da nova lei de improbidade", *In: ALVES, A. D.; BAHIA, A.; GOMES, D.F.L.; PEDRON, F.Q.; CORBY, I. (Coord.). Teoria Crítica da Constituição: Constitucionalismo Por Vir e Democracia Sem Espera. Em homenagem a Marcelo Cattoni*, Conhecimento, Belo Horizonte, 2022, p. 29-60.
- MIRANDA COUTINHO, J.N.D. *Observações sobre sistemas processuais penais*, Observatório da Mentalidade Inquisitória, Curitiba, 2018.
- NOVAIS, J.R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.
- OTERO, P. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2017.
- Senado Federal. *PL 2505/2021*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9022430&disposition=inline#Emenda55>. Acesso em 20 dez.2022.
- SÉRVULO CORREIA, J.M.; PAES MARQUES, F. *Noções de Direito Administrativo*, Vol. I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2021.
- STF. *Notícias*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=491779&ori=1>. Acesso em 20 dez.2022.
- SARLET, I. W. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2019.
- STRECK, L.L. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*, 2ª ed., Casa do Direito, Belo Horizonte, 2020.
- STRECK, L.L. *Verdade e Consenso*, 6ª ed, Saraiva, São Paulo, 2017.

## **Projeto Florença de Acesso à Justiça: uma atualização necessária frente a virada tecnológica no direito**

*Florence Project of Access to Justice: a necessary atualizaton in the face of the technological turn in law*

**Heres Pereira Silva**<sup>1</sup>

**Paulo José Pereira Torres Carneiro da Silva**<sup>2</sup>

**Wilson Tadeu de Carvalho Eccard**<sup>3</sup>

*Universidade Estácio de Sá*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O estado da arte do acesso à justiça. Do Projeto Florença de Acesso à Justiça à contemporaneidade. 2.1 Revisitando as ondas renovatórias do acesso à justiça à luz da realidade brasileira. 2.2. Renovando as ondas renovatórias para além do Projeto Florença de acesso à justiça: o acesso dos operadores do direito à justiça e a internacionalização da proteção aos direitos humanos. 3. O tecnológico acesso à justiça: a tecnologia é realmente uma nova onda renovatória? 4. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O trabalho examina o direito fundamental de acesso à justiça a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, conhecido como o Projeto Florença de Acesso à Justiça. Neste sentido, busca-se compreender o estado da arte deste direito fundamental procurando verificar se os obstáculos encontrados na pesquisa do Projeto Florença foram superados e quais os novos obstáculos que precisam ser superados para que se revele possível falar em um real acesso à justiça. Em especial, a virada tecnológica é objeto específico de estudo, uma vez que vem sendo tratada, acriticamente, como uma onda renovatória, quando, na verdade, pode constituir-se em verdadeiro obstáculo ao acesso à justiça.

**Palavras-chave:** acesso à justiça; ondas renovatórias; virada tecnológica

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito na Linha de Pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo da Área de Concentração Direito Público e Evolução Social no Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* da Universidade Estácio de Sá - PPGD-UNESA (CAPES 5). Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNESA (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2010). Advogado, militante no Estado do Rio de Janeiro. Coordenador de Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá - *Campus* Via Brasil e Professor na Universidade Estácio de Sá (Grupo YDUQS).

<sup>2</sup> Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá; Coordenador do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá - *Campus* Copacabana; Doutor em Direito Público pela UNESA/RJ na linha de Acesso à Justiça (2021); Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional - PPGDC/UFF (2017); Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA; Advogado e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie Rio (2011).

<sup>3</sup> Doutorando pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF); Pesquisador do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Direito Constitucional Latino-Americano (LEICLA). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA e graduação em Direito pela Faculdade Mackenzie - Rio. Professor da graduação na Universidade Estácio de Sá, na Universidade Carioca - Unicarioca e professor da pós-graduação na Universidade Veiga de Almeida.

**Abstract:** The work examines the fundamental right of access to justice based on the work of Mauro Cappelletti and Bryant Garth, known as the Florence Access to Justice Project. In this sense, we seek to understand the state of the art of this right to fundamental research to verify the obstacles encountered by the Florence Project were overcome and what new obstacles need to be overcome in order to access justice in a real. In particular, a turnaround is a specific object of study, since it has been treated, uncritically, as a renewed technological wave, when, in fact, it can constitute a real obstacle to access to justice.

**Keywords:** Access to justice; renewal waves; technological turn

## **1. Introdução**

O presente trabalho visa analisar o sistema jurídico brasileiro no tocante ao acesso à justiça, a partir da obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth que foi resultado de um amplo projeto intitulado Projeto Florença de Acesso à Justiça.

Devido ao tempo em que o Projeto foi realizado e a obra escrita, parece ser necessário contextualizar o trabalho dos citados autores à contemporaneidade, verificando duas frentes: se os obstáculos verificados ao acesso à justiça foram removidos e; se surgiram novos obstáculos para os quais seja necessário pensar em novas ondas de acesso à justiça.

Neste sentido, em um primeiro momento iremos verificar o estado da arte do acesso à justiça, atacando a primeira frente por meio de uma análise do acesso à justiça no Brasil, revisitando assim as três primeiras ondas renovatórias propostas pelo referido Projeto.

Após esta análise devemos verificar as novas ondas renovatórias de acesso à justiça, o que faremos usando como base outro projeto global que visa investigar como o acesso a justiça se dá na contemporaneidade, a saber, o Global Access to Justice Project.

Neste ponto, o trabalho irá tratar das ondas renovatórias que surgem da contemporaneidade e que vem sendo investigadas pelo Projeto supracitado. No entanto, um recorte preciso ser realizado, de modo que somente as 4ª e 5ª ondas serão estudadas neste tópicos, isto é, a ética nas profissões jurídicas e o acesso dos advogados à justiça; e a internacionalização dos direitos humanos.

Isto se dá porque o interesse do presente trabalho é verificar como se dá o acesso à justiça numa era tecnológica e de digitalização da vida, o que se pretende fazer no capítulo 3.

Portanto, o objetivo geral do presente trabalho é a verificação da necessidade de atualizar a obra cappellettiana a partir dos novos desafios que se impõe ao acesso à justiça e, como objetivo específico a análise do acesso à justiça tecnológica como uma nova onda renovatória ou um obstáculo ao real acesso à justiça.

## **2. O estado da arte do acesso à justiça. Do Projeto Florença de Acesso à Justiça à contemporaneidade**

Na década de 1970, foi dado início a um projeto global sobre o problema do acesso à justiça. Capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Neste estudo foram analisados os obstáculos que se opunham ao efetivo acesso à justiça e as suas consequentes soluções práticas para este problema, isto é, justamente os obstáculos que impediam os cidadãos de ajuizarem as suas demandas e verem, assim, os seus direitos assegurados.

Dada a sua importância, o Projeto Florença de Acesso à Justiça (como ficou conhecido o estudo em comento), não pode deixar de ser um marco teórico de qualquer investigação sobre o acesso à justiça, todavia, o direito evolui e, assim, necessário conduzir o estudo para a contemporaneidade, de modo que ora devemos nos importar com soluções atuais para os velhos problemas apresentados pelo

projeto, ora devemos trazer à baila os novos obstáculos que surgem no mundo contemporâneo ao efetivo acesso, tentando assim, não apenas apontar o obstáculo, mas também oferecer possíveis soluções.

Deste modo, devemos enfrentar não mais apenas três ondas renovatórias de acesso à justiça<sup>4</sup>, as quais, como veremos parecem já ter um caminho mais ou menos robusto na legislação brasileira.

O desafio é identificar outras ondas renovatórias, a partir da experiência brasileira com relação ao direito fundamental de acesso à justiça, seja revendo as soluções já implementadas, seja oferecendo novas soluções para velhos e novos problemas (ou obstáculos, para falar a mesma língua do Projeto Florença de Acesso à Justiça).

Antes, contudo, de levantar quais seriam os novos obstáculos é importante traçarmos um panorama de como, hoje, a legislação brasileira enfrenta os obstáculos apontados por Cappelletti e Garth, para depois compreendermos quais são os problemas modernos que deverão ser enfrentados pelo ordenamento jurídico.

## **2.1 Revisitando as ondas renovatórias do acesso à justiça à luz da realidade brasileira**

Embora reconheçam que a expressão “acesso à justiça” é difícil de ser definida Cappelletti e Garth<sup>5</sup> propõem duas finalidades básicas ao sistema jurídico, sendo este então: a) o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou; b) resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Desta forma, o enfoque conceitual, segundo os citados autores, baseia-se em dois aspectos: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e; ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Neste sentido, um primeiro obstáculo ao efetivo acesso à justiça aparece naquilo que toca às custas do processo, pois o elevado dispêndio de dinheiro dificulta (quando não impede) o acesso dos pobres e, portanto, não gera resultados justos nem no plano individual e nem no plano social.

A análise deste ponto pode ser enxergada a partir de uma proposta que siga pela linha da evolução nos paradigmas estatais.

De fato, o conceito de acesso à justiça é um conceito<sup>6</sup> lógico-jurídico ou

---

<sup>4</sup> Como ficará claro mais para frente, as ondas renovatórias de acesso à justiça compunham as possíveis soluções que os autores do Projeto Florença ofereceram para os obstáculos que foram identificados. Essas ondas passavam por reformas legislativas no intuito de efetivar o acesso à justiça a todos os cidadãos em seus respectivos países. Atualmente, um novo projeto vem sendo empreendido nesse mesmo sentido, o Global Access to Justice Project, cuja pesquisa ainda está em andamento e conta, no Brasil com o apoio de instituições como a Defensoria Pública da União e do Estado do Rio de Janeiro, além de universidades, como a Universidade Federal Fluminense — UFF e Universidade de São Paulo — USP. Sobre este projeto trataremos adiante.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 8.

<sup>6</sup> O direito, sendo um produto cultural enfrentará o problema referente aos conceitos. Se, como se afirma, o direito é um produto cultural sofrerá com as especificidades de cada lugar no qual ele é colocado. Desta maneira, conceitos universais poderiam ser de difícil manutenção, uma vez que eles estariam submetidos às contingências culturais de cada ordenamento jurídico. No entanto, por mais difícil que seja abordar conceitos universais, eles podem ser úteis à compreensão daquilo que é ou que pretende ser útil para o ser humano, independentemente de sua cultura, sobre a qual o direito deverá se apropriar para regular. Assim, aqueles conceitos que, como se disse no texto, servem à compreensão do fenômeno jurídico onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, serão denominados pela ciência do direito como conceitos lógico-jurídicos ou como conceitos jurídicos-fundamentais. Por outro lado, aqueles conceitos que são construídos a partir de uma determinada cultura jurídica e extraídos de um certo ordenamento jurídico, receberão o nome de conceitos jurídico-positivos.

jurídico-fundamental<sup>7</sup>, isto é, corresponde àqueles “conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo<sup>8</sup>”.

A ideia de universalização do conceito não deixa de existir pelo fato da limitação conceitual individualmente considerada em cada ordenamento. Isto é, o conceito de acesso à justiça não deixaria de ser universal pela sua individualização em cada ordenamento jurídico vigente. Assim, a abordagem individualizada do conceito de acesso à justiça na América Latina ou no modelo europeu, por exemplo, não retiraria o seu caráter de conceito jurídico-fundamental. Na lição de Popper, “está condenada a falhar qualquer tentativa de definir nomes universais com o auxílio de nomes individuais<sup>9</sup>”.

Não obstante, de um ponto de vista pós-positivista, a relação conceitual no que toca ao acesso à justiça pode se dizer interpretativa. Dworkin<sup>10</sup> aborda a distinção entre conceitos de tipo natural<sup>11</sup> e criteriosiais<sup>12</sup> juntamente com a abordagem dos conceitos interpretativos ou interpretação conceitual. Assim é que vamos compreender o conceito de acesso à justiça como um conceito interpretativo e, com isso, não precisamos abandonar o que se disse acima, sobre a colocação acesso à justiça como conceito jurídico-fundamental, ainda que proveniente de uma teoria do direito diversa da propugnada por Dworkin.

Explicamos: Dworkin menciona que “o ato de termos em comum um conceito interpretativo é compatível com diferenças de opinião imensas e completamente irresolúveis quanto aos casos particulares<sup>13</sup>”, deste modo, a universalização do conceito de acesso à justiça dada pelo conceito jurídico-fundamental não entra em rota de colisão com o conceito interpretativo dworkiniano, visto que é justamente nas práticas sociais de cada Estado-nação que o acesso à justiça irá se revelar de modo particular.

Neste sentido, parece ser bem possível um projeto mundial de acesso à justiça (como foi o Projeto Florença e como é o Global Access to Justice Project) posto ser um conceito universal, mas analisando as peculiaridades de cada ordenamento jurídico no tocante a como cada país irá dispor de acesso dos cidadãos a um sistema justo de conflitos.

---

<sup>7</sup> Neste ponto, preferimos a manutenção da expressão conceito lógico-jurídico/jurídico-fundamental apoiados na referência aos conceitos universais e individuais propostos por Karl Popper em seu livro “A lógica da pesquisa científica”. Ademais, desenvolvemos linhas abaixo que a adoção do conceito não significa que não esteja sujeita a restrições de seu uso em uma dissertação. Reconhece-se que a adoção de conceitos universais poderia prejudicar a compreensão do acesso à justiça para certo estrato social que estaria excluído, como abordamos no capítulo 3, contudo, ficou registrada a ressalva acerca da contingência histórica e cultural que pode fazer com que o modo de operar o acesso à justiça seja diferente em cada ordenamento jurídico. Todavia, a compreensão de acesso à justiça, vista abstratamente, isto é, como o direito humano, universal, de resolver os seus conflitos deixa margem para a classificação de tal conceito como um conceito jurídico-fundamental.

<sup>8</sup> DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5. Ed. Salvador, Juspodivm, 2018, p. 53

<sup>9</sup> POPPER, K. R. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. Ed. São Paulo, Editora Cultrix, 2008, p. 67.

<sup>10</sup> DWORKIN. R. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 242.

<sup>11</sup> São conceitos que abordam aquelas “coisas que tem uma identidade fixa na natureza, tais como, substâncias químicas ou espécies animais. As pessoas têm em comum um conceito de tipo natural quando usam esse conceito para se referir ao mesmo tipo natural”.

<sup>12</sup> Por conceitos criteriosiais, Dworkin entende que são aqueles que vão definir as coisas usando um mesmo critério que identifique casos particulares. Aqui é interessante o exemplo que o autor trabalha sobre o conceito de planeta para definir se Plutão representaria ou não um planeta do sistema solar. Uma vez definidos quais seriam os critérios seria possível dizer se um elemento do espaço poderia ser considerado ou não planeta.

<sup>13</sup> DWORKIN. R. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 245

Ainda tratando da abordagem conceitual, podemos ainda compreender o conceito de acesso à justiça a partir da compreensão do paradigma estatal vigente no período em que se estuda este fenômeno<sup>14</sup>, assim falar de acesso à justiça no paradigma liberal, social ou neoliberal não resultaria num empreendimento de individualização do conceito, que permanece universal. Ademais, sendo o direito um produto cultural<sup>15</sup>, sofrerá também as contingências do momento em que é estudado.

Essa abordagem do acesso à justiça pela ótica da evolução de paradigmas estatais é importante, pois quando se fala em acesso à justiça por uma classe mais pobre, que não tem esse acesso por questões financeiras, estudar o acesso sob um paradigma de estado liberal, social ou neoliberal irá conformar as possibilidades de gerar condições ou não para tais pessoas.

No Estado de paradigma liberal há a percepção de um grande problema para o efetivo acesso à justiça, pois a construção teórica deste modelo de estado parte do pressuposto da igualdade formal. Desta forma, qualquer pretensão de garantir o acesso à justiça para quem não pudesse suportar os seus custos seria desequilibrar a balança do Estado criando desigualdade entre os jurisdicionados, ainda que concretamente fossem desiguais.

Além disso, o acesso à justiça era considerado um direito natural, portanto anterior ao Estado, daí que não necessitaria de uma ação estatal para a sua proteção. Vale dizer, no estado liberal, não há direitos prestacionais, por isso que Cappelletti e Garth chegam à conclusão de que "o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva<sup>16</sup>".

O Estado Liberal, porém, como nos conta a história será superado pelo Estado Social e o principal fator para a superação do liberalismo é o desprezo que este tem sobre o coletivo, exacerbado que é em seu individualismo egoísta.

Neste sentido, Paulo Bonavides, em obra seminal sobre o tema da evolução dos modelos de Estado aponta no sentido do texto, baseando-se, no ponto, na obra do sociólogo alemão Alfred Vierkandt asseverando que

Leva Vierkandt seu pensamento às últimas consequências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal e, encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um

---

<sup>14</sup> A contingência histórica poderia levar à falsa conclusão de que o acesso à justiça deveria ser categorizado como um conceito jurídico-positivo, todavia, a resposta deve ser negativa, na medida em que o acesso à justiça, além de direito humano básico, é também reconhecido universalmente. O que irá diferenciar de um plano histórico para outro ou de um ordenamento jurídico para outro é forma de acesso, todavia, o acesso em si, à justiça, é um conceito que cabe em qualquer lugar, onde quer que o fenômeno jurídico venha ocorrer.

<sup>15</sup> A noção do direito como produto cultural é objeto de estudo do culturalismo jurídico, que em apertada síntese trata-se de "uma proposta de superação refletida e madura (a *Aufhebung*) das visões reducionistas do Direito que permearam o Séc. XIX e a primeira metade do Séc. XX. Tanto as positivistas (em geral cientificistas), quanto as anti-positivistas (em geral afeitas às humanidades)" (COELHO, 2017, p. 124). Na tentativa de superar o positivismo, o culturalismo jurídico identifica o caráter eminentemente técnico que é dado ao direito e que se pretende independente dos fatores culturais. De fato, o direito possui um caráter técnico, mas não deve esconder o seu posicionamento como produto de uma cultura. Mitidiero (2015) nos lembra que a doutrina aponta como característica do direito a sua humanidade, que é justamente pelo fato de que o direito está no campo da cultura. Outro ponto que merece abordagem, ainda que em nota de rodapé diz respeito ao conceito de cultura que se deve ter em mente ao trabalhar o direito como produto cultural. Ainda em Mitidiero (2015, p. 26) é possível verificar que a cultura possui dois significados básicos: "o de cultura *animi* e o de civilidade. O primeiro conceito tem a ver com o refinamento do próprio indivíduo, seu desenvolvimento intelectual. Já no segundo sentido, a cultura aparece de modo mais coletivo. Ambos os conceitos servem para explicar o direito como produto da cultura.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 9

mundo de desigualdades de fato — econômicas, sociais, políticas e pessoais —, termina 'a apregoada liberdade, como Bismark já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome'<sup>17</sup>.

Interessante notar, também, que o princípio da igualdade deita raízes em movimentos operários que deram fim "à rigorosa separação entre o Estado e sociedade civil, nos termos da tópica liberal da liberdade negativa"<sup>18</sup>. Em outro trecho da obra, os autores afirmam que:

O direito do trabalho infiltrou no campo do direito um argumento de justiça, presença bizarra na concepção ortodoxa do contratualismo liberal, que procurava compensar, por meio da regulação jurídica, a parte "economicamente desfavorecida" nas relações contratadas entre empregadores e empregados. A criação desse direito novo envolverá, assim, uma revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal, conferindo a ela um viés igualitário por meio da publicização da esfera privada, cuja forma será a da economia programática dos anos 30, do que é exemplo o New Deal<sup>19</sup>.

Com base nesse aspecto podemos afirmar que o acesso à justiça a partir do Estado Liberal não era garantido de forma efetiva e nem havia o interesse de fazê-lo. É com o seu ocaso e a superação pelo Estado Social que o acesso à justiça ganha outros matizes.

Cappelletti e Garth<sup>20</sup> identificam a transformação do Estado no crescimento de tamanho e complexidade das sociedades. Viu-se a obrigação de amparar as necessidades do povo, coletivamente falando, abandonando o individualismo típico do *laissez-faire*.

Os direitos que passaram a ser garantidos nas constituições subsequentes foram aqueles sociais, tais como o direito do trabalho, que iniciou o movimento de superação do liberalismo econômico, mas não somente ele, também o direito à saúde, à segurança, à educação. E é nesses direitos básicos que o Estado é chamado a atuar positivamente<sup>21</sup>.

O acesso à justiça também passa a ser compreendido nesses direitos, ditos sociais, mas que preferimos chamá-los de direitos humanos. É que "a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação", de modo que os autores concordam em considerá-lo como "o mais básico dos direitos humanos"<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10 ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

<sup>18</sup> VIANNA, L. W. V. [et al]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, p. 15.

<sup>19</sup> VIANNA, L. W. V. [et al]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, p. 16.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 10

<sup>21</sup> Em que pese a compreensão de que o Estado Social supera o Estado Liberal, não é correta a afirmação de que os direitos sociais, em alguma medida, tenham superado os direitos negativos do paradigma liberal. Neste sentido, deve-se ter em mente que há uma cumulação de direitos de primeira geração ou dimensão com os direitos advindos da nova forma de enxergar o dever jurídico que compete ao Estado, isto é, direitos prestacionais. Por este motivo, parte da doutrina constitucionalista prefere falar em dimensões e não gerações de direitos fundamentais, já que expressão geração poderia indicar um caráter de superação dos direitos fundamentais previstos no paradigma anterior, o que levaria ao absurdo de se pensar que no Estado Social a liberdade estaria abolida, posto que superada pela nova geração de direitos.

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 12.



A afirmação acima parece óbvia do ponto de vista teórico, uma vez que não basta ofertar direitos, é preciso garanti-los por meio de uma instituição estatal de garantia tal como é o processo — e este se desenvolve no ambiente judicial.

Assim, o Estado deve garantir por meio da jurisdição a tutela dos direitos previstos na legislação, mas mais que isso, deve garantir o acesso à justiça. O primeiro passo: garantir o acesso aos mais necessitados. Esse é o conteúdo do primeiro obstáculo a ser superado.

Portanto, a primeira onda renovatória de acesso à justiça tem como objetivo tratar da representação judicial dos pobres e o primeiro dos obstáculos verificados no Projeto Florença foi aquele relacionado às custas judiciais, isto é, em que pese o Estado pagar a estrutura dos Tribunais, os juízes e os servidores, ainda assim competirá às partes o pagamento pelos seus advogados e demais custas do processo.

Basicamente pode-se afirmar que na doutrina cappellettiana o problema das custas envolve: *a) o pagamento de honorários advocatícios; b) as pequenas causas e; c) o tempo do processo.*

Quanto aos honorários advocatícios, os autores do projeto verificaram que se tratava da “mais importante despesa individual para os litigantes<sup>23</sup>”. Verificou-se, ainda, que tanto o sistema norte-americano como o britânico e demais que adotam o princípio da sucumbência são custosos. O primeiro, norte-americano, é custoso, pois representa uma despesa alta para aquele que ganhou a ação, já que não terá o reembolso do seu gasto com o advogado. No segundo caso, — dos que adotam o princípio da sucumbência — a despesa mostra-se elevada com aquele que, perdendo, terá que arcar com o seu advogado e mais o da parte contrária.

No Brasil, o problema relacionado às custas já é uma preocupação antiga. A lei 1.060/50 (ainda em vigor) concede a isenção de custas processuais e, em que pese não tratar dos honorários de sucumbência, ela não o fez, pois, o Código de Processo Civil (CPC) então em vigor à sua época já cuidava da temática, estipulando no seu art. 63 que a condenação em honorários sucumbenciais se daria apenas em casos específicos<sup>24</sup>.

O Código de Processo Civil brasileiro atual traz um tratamento muito mais completo que seu antecessor, a partir do seu art. 82, quando trata dos honorários, passando pelos arts. 98 a 102, tratando da gratuidade de justiça.

Mas o grande passo dado em direção à solução do problema informado pelos custos com advogado se deu com o fortalecimento das defensorias públicas a partir da ordem constitucional de 1988, que em seu art. 5º, LXXIV prescreve que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos<sup>25</sup>”, estabelecendo a defensoria pública como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV<sup>26</sup>” (art. 134).

Em que pese o elogiável texto constitucional, somente em 2012 o Brasil passou a ter defensoria pública em todos os Estados da Federação, sendo as últimas unidades federativas a criar defensoria pública o Estado do Paraná, em 2011 e o Estado de Santa Catarina, em 2012, ou seja, mais de duas décadas de atraso.

O art. 98 do ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional 80/2014 prevê em seu art. 98, §1º que “no prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades

---

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 18.

<sup>24</sup> Rezava o art. 63 do Código de Processo Civil de 1939 que “sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988.

<sup>26</sup> BRASIL. *Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988.

jurisdicionais, observado o disposto no *caput* deste artigo". Tal postura exigida constitucionalmente está longe de ser uma realidade brasileira.

Dados de 2020 da Pesquisa Nacional da Defensoria Pública<sup>27</sup>, revelam que o Brasil conta com 2.628 comarcas regularmente instaladas, porém "apenas 1.162 comarcas são regularmente atendidas pela Defensoria Pública, representando 44,2% do quantitativo total". A pesquisa revelou também que "atualmente 1.393 comarcas não são atendidas pela Defensoria Pública, representando 53,0% do total". Por sua vez, as demais "73 comarcas são atendidas em caráter parcial ou excepcional pela Defensoria Pública, representando 2,8% do total".

Tais dados revelam que o Brasil ainda precisa realizar um grande esforço para que a Defensoria Pública, de fato, represente uma solução para este primeiro obstáculo. Deste modo, se mostra urgente a criação de políticas públicas de fortalecimento das defensorias, possibilitando que estas alcancem todas as comarcas.

De todo modo, a dispensa de advogado não é uma boa solução para resolver a despesa que se tem com o patrono. Não basta eliminar a causa da despesa. Vale dizer, que o advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133, CRFB/88) e, portanto, não pode a lei ou mesmo Emenda Constitucional desconsiderar a importância que um técnico tem na solução das causas.

O direito, as leis em geral, ainda são escritas por meio de códigos cujo acesso intelectual depende de um curso superior que traduza a formação profissional adequada ao enfrentamento dos diversos casos que chegam à Justiça. Daí que a sua dispensa somente se revela possível para as causas que sejam de menor complexidade, compreendida dentre aquelas que não tenham valor superior a 20 salários-mínimos.

Assim é que até mesmo os Núcleos de Primeiro Atendimento<sup>28</sup> dos fóruns também devem priorizar em sua composição advogados que possam aconselhar juridicamente o ajuizamento da causa ou mesmo ofertar auxílio na confecção da petição inicial. Tal oferta de auxílio jurídico pode ficar à cargo de convênios firmados com as universidades para que elas paguem os profissionais e os Tribunais cedam o espaço físico para o atendimento. Em contrapartida, alunos do curso de direito poderiam aprender a prática forense.

Não se desconhece essa prática no Judiciário fluminense, contudo, nem todas as comarcas são atendidas e muitas delas contam com servidores e estagiários do Tribunal que apenas cumprem uma função mecânica, tal como um balcão administrativo, correspondente a entregar ao jurisdicionado um formulário para que ali seja veiculada a sua pretensão. O que se propõe aqui é que se leve a sério tais políticas públicas para o incremento do acesso à justiça e, conseqüentemente a sua melhora qualitativa.

O segundo problema, ainda relativo à representação judicial dos pobres, são as custas processuais. A utilização de defensores públicos como solução para aqueles que não podem pagar um advogado não supre um segundo aspecto deste primeiro obstáculo (quicá o primeiro aspecto), isto é, "os custos a serem enfrentados nas ações [que] cresce na medida em que se reduz o valor da causa"<sup>29</sup>.

À época, os autores identificaram que na Alemanha uma causa de US\$ 100,00 (cem dólares) estaria estimada em aproximadamente US\$ 150,00 (cento e cinquenta

---

<sup>27</sup> ESTEVES, D. [et al]. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2021*. Brasília: DPU, 2021. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/> Acesso em: 20.10.2022, p. 31.

<sup>28</sup> O Núcleo de Primeiro Atendimento (NPA) é um órgão dos Juizados Especiais Cíveis que presta atendimento ao público em geral, interessados em ajuizar ações de menor complexidade no sistema de juizados. A maioria dos NPA's são compostos por advogados contratados pelas Universidades e que, por meio de convênio com o Tribunal, utilizam o espaço para o ensino da prática forense ao seu alunado. Em contrapartida prestam o serviço gratuitamente aos jurisdicionados.

<sup>29</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 19.

dólares), ao passo que se o valor da causa fosse de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares), as custas seriam de US\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos dólares)<sup>30</sup>

Em terras brasileiras a solução veio pela via do sistema de juizados especiais cíveis e criminais, competentes para julgamento das causas de menor complexidade. Mas é a partir dela que o sistema se desenvolve e que passa a ser replicada em âmbito federal com a edição, em 2001, da Lei 10.259 criando os juizados especiais em âmbito federal. Em 2009 a Lei 12.153 foi responsável pela criação dos juizados especiais de Fazenda Pública.

Cabe mencionar que os juizados especiais têm assento constitucional também, revelando a importância da Constituição do Brasil no tocante a preocupação com o problema do acesso à justiça. O art. 98, I da CRFB/88 é o dispositivo que traduz tal preocupação, determinando que os entes federados criem os juizados especiais, com competência para ações de menor complexidade e crimes de menor potencial ofensivo.

Ademais, não se pode esquecer que os juizados dispensam a contratação de advogado para as causas que compreendam o valor de 20 salários-mínimos, contribuindo assim para superação do obstáculo que reflete o custo do processo. A ideia inicial dos Juizados Especiais era trazer uma justiça célere e acessível a todos, mas parece ter contribuído com algo a mais: o aprofundamento da presença do Poder Judiciário no cotidiano da sociedade brasileira.

Traçando um paralelo com a obra cappellettiana os juizados especiais, teoricamente, cumprem com a missão de solucionar o obstáculo imposto pelo baixo valor da causa em relação ao custo para propor este tipo de ação. Ao reduzir o custo com advogado, que está dispensado e, com a isenção *ex lege* das custas processuais — que somente são cobradas em caso de recurso da parte —, demandar para suprir pequenas lesões é uma realidade para o cidadão brasileiro.

A capilaridade dos juizados especiais no Brasil é outro ponto de interesse, já que eles visam a aproximação do Poder Judiciário aos cidadãos. Dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dão conta de que os Juizados Especiais Estaduais representam 12,7% da Justiça Estadual e 8% do total nacional, o que significa, em números absolutos, 1.217 Juizados Especiais Estaduais. Já na Justiça Federal, os juizados representam 19,7% da justiça federal e 1,3% do total nacional. Em números absolutos, são 194 juizados especiais federais<sup>31</sup>.

Com tais números é de se imaginar que os juizados atendem bem à população, no entanto, a prática demonstra que tal solução não resultou no sucesso esperado. Ainda amparados nos dados do CNJ no seu Relatório Anual da Justiça em Números, o tempo médio de trâmite de uma ação em juizado especial estadual é de 1 ano e 9 meses para a ação de conhecimento e mais 1 ano e 6 meses para a execução judicial (cumprimento de sentença), ou seja, mais de 3 anos para a satisfação integral do direito do autor. Tratando-se de execução extrajudicial, o tempo de espera é de 1 ano e 7 meses, em média. Já nas Turmas Recursais, o tempo de tramitação é de 1 ano e 2 meses<sup>32</sup>.

Os dados da justiça federal não diferem muito da justiça estadual, apontando o prazo médio de 1 ano e 9 meses para solução em ação de conhecimento; 1 ano e 6 meses para a execução e 1 ano e 9 meses nas Turmas Recursais<sup>33</sup>.

Este tempo alongado para solução de uma causa de menor complexidade pode se dever ao número de juízes atuantes no sistema de juizados especiais. Conforme aponta um trecho do relatório do CNJ

<sup>30</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 19.

<sup>31</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 50.

<sup>32</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 51.

<sup>33</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 63.

Dos 15.458 juízes (as) de Direito, 13.713 atuam no juízo comum, sendo 9.920 (72,3%) de forma exclusiva, 2.706 (19,7%) com acúmulo de função em juizados especiais e 1.087 (7,9%) em conjunto com turmas recursais. Magistrados (as) exclusivos em juizados especiais são apenas 1.171, ou seja, correspondem a 7,6% dos (as) juízes (as) e a 28,8% daqueles que atuam em juizados cumulativamente ou não (4.071), enquanto 194 (4,8%) acumulam com as turmas recursais. Dos que exercem jurisdição em turmas recursais (1.661), 2,5% o fazem de forma exclusiva. Na Justiça Federal, 99,5% dos (as) magistrados (as) de turma recursal são exclusivos e, na Justiça Estadual, apenas 11,2%<sup>34</sup>.

Ademais, os juizados tiveram um índice baixíssimo de conciliação, sendo reportado o percentual de 15,8%, um pouco melhor que o da justiça comum (12,5% da justiça estadual e apenas 2,2% na justiça federal)<sup>35</sup>. Tal índice é preocupante, uma vez que os Juizados Especiais têm como escopo principal a conciliação, possuindo uma audiência específica e obrigatória para tal finalidade.

Resultado disso é que nos escaninhos da Justiça temos 5.275.922 processos pendentes apenas na fase de conhecimento e mais 552.962 processos pendentes nas turmas recursais<sup>36</sup>. Já na justiça federal são mais 2.559.898 processos pendentes somando os números da fase de conhecimento e de execução e mais 697.032 processos pendentes na turma recursal, devendo-se incluir mais 3.168 processos tramitando na Turma Nacional de Uniformização<sup>37</sup>.

Embora os juizados especiais brasileiros sejam uma grande conquista, em que pese com muito atraso, da justiça brasileira, os números do Poder Judiciário têm demonstrado que tal sistema não tem dado conta de solucionar o problema das pequenas causas, o que pode ser um fator desestimulante para o cidadão que tem uma causa bagatelar.

O número de processos que hoje existem nos Juizados Especiais dificulta ou mesmo impede que haja uma maior qualidade no tramitar processual. A prática forense indica as péssimas condições nas quais os conciliadores trabalham. Com pautas enormes e sem um treinamento adequado para conciliar as partes, a audiência de conciliação acaba sendo um mero trocar de olhares indicando a ausência de proposta e a designação da próxima audiência — a de instrução e julgamento.

Os mutirões de acordo são bem-vindos, no entanto, pode ser interessante o investimento em treinamento adequado de conciliadores e a disposição adequada de tempo para que o acordo possa se desenvolver, especialmente naquelas causas em que as partes estão sem o acompanhamento de advogados ou naquelas em que o litigante habitual está presente.

Além disso, o conciliador, não raro, é um servidor que é deslocado de seu posto para suprir a demanda de conciliadores ou mesmo alunos do curso de direito, nos períodos iniciais e que não recebem um treinamento adequado. O índice pode ser melhor caso haja um servidor-conciliador profissional ou então que o treinamento aos conciliadores-estagiários-do-tribunal sejam mais bem treinados, recebendo todo o arsenal de persuasão que um bom negociador precisa ter para obter sucesso no seu mister.

---

<sup>34</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 96.

<sup>35</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 193.

<sup>36</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 56.

<sup>37</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021, p. 64.

O objetivo do acesso à justiça não é o acesso ao Poder Judiciário<sup>38</sup>, daí que o convite aos principais *players* para que promovam conciliações prévias à demanda pode ajudar a solucionar o problema sem a necessidade de ajuizamento da ação.

Claro que outros meios de solução de conflitos entre consumidores e fornecedores podem ser objeto de reformas processuais, bem como a atuação mais incisiva dos órgãos de proteção ao consumidor são soluções para este aspecto que devem ser observadas, no entanto, ofertamos pequenas alternativas que poderiam ser úteis no desenvolvimento do procedimento no Juizado Especial ou até mesmo antes dele ser iniciado. As soluções sugeridas para melhoria do sistema ora propostas irão ser traduzidas em menor tempo de tramitação do processo.

E é o que, por fim, esta primeira onda renovatória de acesso à justiça se propõe a resolver, como um terceiro obstáculo: o tempo do processo como direito fundamental não realizado.

O problema do tempo do processo não é exclusividade brasileira e diversas reformas foram tendenciosas a resolução deste obstáculo no Brasil e no mundo<sup>39</sup>. Até mesmo sistemas regionais de direitos humanos preveem tal garantia jurisdicional, citando o nosso sistema interamericano de direitos humanos como exemplo<sup>40</sup>.

De início, é interessante observar que na sociedade pós-moderna o tempo é um bem cada vez mais escasso. Vivemos em uma sociedade do cansaço, na qual a busca por produtividade e produção de conteúdo se torna cada vez mais forte.

Byung-Chul Han explica a sociedade do cansaço discordando de Hannah Arendt. Han faz uma leitura do escrito arendtiano, dizendo que ele percebe que o trabalho aniquila a possibilidade de agir do homem e o degrada à um animal trabalhador, colocando-o no que ele chama de uma "passividade mortal". Assim, assevera que na pós-modernidade o *animal laborans* é "tudo, menos passivo", "é hiperativo e hiperneurótico<sup>41</sup>".

Para Byung-Chul Han então, a vida "jamais foi tão transitória como hoje. Radicalmente transitória não é apenas a vida humana, mas igualmente o mundo como tal. Nada promete duração e subsistência<sup>42</sup>". Assim, diante de uma vida transitória, na qual a complexidade da produção humana do trabalho nos exige tanto, passamos a ter pressa. A pressa leva todo o tempo.

Saindo do ambiente filosófico e entrando no reino da linguagem, algumas dificuldades semânticas surgem com a questão do tempo no processo. Inicialmente, o que significaria a expressão "dilações indevidas"; em seguida, o que se teria por "razoável" como conceito? Mas, sobretudo, o que é o tempo?

A questão do tempo é matéria que se desdobra nas mais diversas áreas do saber. Passando pela filosofia, pela linguagem e no campo da física, para comentar a noção de tempo absoluto em Isaac Newton.

No entanto, a visão newtoniana se torna superada pela relatividade do tempo em Albert Einstein. Para Einstein, o tempo passa de forma diferente a depender do

---

<sup>38</sup> Este ponto será melhor abordado e explicado a seguir, mas antecipe-se que a concepção de acesso à justiça que o trate como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário não mais subsiste diante da formulação conceitual do acesso à justiça em tempos atuais, que exige que por acesso à justiça se entenda o acesso a uma ordem jurídica justa, independentemente de ocorrer ou não nos domínios do Poder Judiciário.

<sup>39</sup> Exemplifique-se com a VI Emenda à Constituição Norte-americana que prevê ao acusado um *right to a speedy trial*; a constituição espanhola, com previsão de que todos têm direito a um processo *a un proceso público sin dilaciones indebidas* e a italiana que no seu art. 111 prevê que *La legge ne assicura la ragionevole durata*.

<sup>40</sup> A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CADH) prevê no art. 8, item 1 que "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável".

<sup>41</sup> HAN, B. *Sociedade do Cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 2015, p. 22.

<sup>42</sup> HAN, B. *Sociedade do Cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 2015, p. 23.

seu referencial, vale dizer, o tempo passará mais rápido para um corpo em movimento do que para um corpo parado, a depender de sua posição na observação.

Nesse sentido (e de acordo com nossos sentidos), a demora do processo se dá subjetivamente às partes daquele processo. Um ano sabático passará mais rápido que um ano de tramitação processual nos Juizados Especiais. Eis a relatividade do tempo.

Portanto, as dificuldades com o tempo do processo sobressaem às questões meramente legais-reformistas. Merece, portanto, uma atenção especial quanto à uma mudança estrutural, bem como uma definição normativa do que é um tempo razoável, ainda que seja uma definição em escalas.

Não é o que temos visto. O combate a este obstáculo tem sido realizado por meio de reformas processuais tendentes à sumarização dos procedimentos. Estas reformas processuais podem ser úteis como paliativo ou mesmo podem gerar resultado, mas não de maneira substancial, se outros obstáculos não forem igualmente superados.

Ademais, como asseveram a esse respeito, “raramente, a lentidão da justiça decorre da estruturação do processo, dependendo, sim, dos recursos empregados para garantir uma razoável intensidade de trabalho por todos aqueles relacionados ao processo (juiz, advogados e, fundamentalmente, serventuários)<sup>43</sup>”.

Portanto, nas reformas que sumarizam o procedimento pode haver uma dupla perda: o risco de ferir garantias constitucionais como um preço a se pagar pela celeridade, que nunca é entregue. Diga-se, ainda, que o inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB/88 — que traduz como direito fundamental a duração razoável do processo — nunca foi respaldo para tais reformas, tirando-se como exemplo a inserção da tutela antecipada no direito brasileiro com a Lei 8.952/1994.

Desta feita, dilações devem ocorrer, as garantias constitucionais dependem de um processo sem atropelos, com garantia do contraditório e oitiva de todos os interessados, no entanto, a (de)mora processual ultrapassa qualquer equilíbrio.

Por este caminho também anda Antonio do Passo Cabral, que ao comentar o art. 4º do CPC/2015, segundo o qual “as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”, faz a seguinte provocação:

Os procedimentos estatais de solução de controvérsias devem ser decididos imediatamente? O processo é feito para ser rápido e não demorar? Algum procedimento de julgamento imediato consegue respeitar direitos fundamentais igualmente basilares, como a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal? Para todas as indagações pensamos ser negativa a resposta<sup>44</sup>.

Neste diapasão, não se deve deixar de lado as técnicas de sumarização procedimental, entrega precoce do direito (quando plausível ou evidente), julgamento monocrático, improcedência *prima facie* etc., desde que para tais técnicas haja um remédio processual para evitar a violação das garantias constitucionais.

Para além dessas técnicas procedimentais, novamente em Nunes, Bahia e Pedronvemos uma possível solução ou conjunto de soluções que podem auxiliar

A eliminação de tempos procedimentais mortos (tempos de inatividade processual, em que os autos — “paralisados” — aguardam a prática de atos por serventuários do judiciário ou a tomada de decisões), além da implementação de mecanismos gerenciais para cumprimento de prazos, organização por assuntos, especialização de servidores, bem como a implementação comportamentos éticos e

<sup>43</sup> NUNES, D.; BAHIA, A.; PEDRON, F. *Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. Salvador, JusPodivm, 2021, p. 552.

<sup>44</sup> CABRAL, A. P. “A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, em VV.AA. (FREIRE, A. [et al.] Organizadores) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto*. Vol. II. Salvador, JusPodivm, 2014, p. 106.

cooperativos, comprometidos com a boa-fé por parte de advogados, defensores, ministério público e juízes são alicerces fundamentais para a concretização do referido princípio<sup>45</sup>.

Adicionalmente, outras sugestões são oferecidas pela doutrina. Uma delas é a fixação de prazos também para a autoridade julgadora, cuja inexistência no direito brasileiro é motivo de críticas de Antonio do Passo Cabral, que lembra que “a tese de que a inobservância dos prazos impróprios não gera efeitos para o órgão jurisdicional é reflexo de uma visão autoritária do Estado<sup>46</sup>”. Assim, o ordenamento jurídico deveria se movimentar no sentido da fixação de prazos para o órgão julgador e com ela a previsão de sanções para o magistrado.

Fato é que, processo demasiadamente demorado, aquele com dilações indevidas, é negativa de acesso à justiça, pois

Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teria direito<sup>47</sup>.

Dessa forma, deve-se concluir que o acesso à justiça deve superar três obstáculos, com os quais a primeira onda renovatória tenta dar conta: os custos do processo; as pequenas causas e; o tempo do processo. Cuidamos desses três obstáculos. Analisamos estes obstáculos à luz do que a legislação brasileira (e políticas públicas de promoção de justiça) já fizeram, bem como apontamos as suas falhas, sugerindo a sua colmatação.

Cumpre-nos, na sequência, analisar a segunda onda renovatória de acesso à justiça, fazendo-o também à luz do quanto já produzido no Brasil a esse respeito.

A segunda onda renovatória proposta pelo Projeto Florença de Acesso à Justiça, dispunha sobre a representação dos interesses difusos.

Já na época do Projeto Florença, Cappelletti e Garth haviam percebido um movimento de reforma do processo civil para alocação de tais direitos a partir de técnicas específicas, vale dizer, abandonando a visão tradicional de processo “como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais<sup>48</sup>” as reformas operaram rápidas mudanças, mesmo em nível mundial.

O primeiro movimento da reforma foi operado na questão da legitimidade ativa, “permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos”. Em seguida, houve uma transformação do papel do juiz, além de “conceitos básicos como a citação e o direito de ser ouvido<sup>49</sup>”. É que os interesses difusos têm na coletividade os seus beneficiados, de modo que não haveria como ouvir a todos ou citar a todos esses interessados de *per si*.

Outro conceito básico também precisou ser revisto, isto é, a coisa julgada nessas ações coletivas, posto que ela passaria a abranger pessoas que não participaram ativamente do processo.

A crítica do Projeto Florença, no tocante ao problema da defesa destes direitos, se dava porque “o Ministério Público dos sistemas continentais e as

<sup>45</sup> NUNES, D.; BAHIA, A.; PEDRON, F. *Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. Salvador, JusPodivm, 2021, p. 553.

<sup>46</sup> CABRAL, A. P. “A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil”, em VV.AA. (FREIRE, A. [et al.] Organizadores) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto*. Vol. II. Salvador, JusPodivm, 2014, p. 110.

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 20.

<sup>48</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 49-50.

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 50.

instituições análogas, incluindo o Staatsanwalt alemão e a Prokuratura soviética [estavam] vinculados a papéis tradicionais restritos e não [eram] capazes de assumir, por inteiro, a defesa dos interesses difusos". E isso porque eram "sujeitos a pressão política"<sup>50</sup>.

Essa primeira técnica, portanto, segundo o Projeto Florença e o que ela representava na época, não era efetiva o suficiente e, portanto, não contribuía para um efetivo acesso à justiça.

Uma segunda técnica foi apresentada. A técnica do Procurador-Geral Privado: tratava-se de "uma típica reforma moderna [no sentido] da admissão de ações propostas por cidadãos"<sup>51</sup> para impugnar e paralisar determinada ação de governo"<sup>52</sup>.

Por fim, uma terceira técnica foi identificada, que é a técnica do Advogado Particular do Interesse Público, que irá se subdividir em três passos para sua implementação: a) *o reconhecimento de grupos*: a formação de grupos particulares, como associações de consumidores ou de organizações para defesa do meio ambiente, por exemplo; b) *para além dos grupos existentes*: cuida do fortalecimento dos grupos, já que tão somente a sua existência não supre a lacuna; c) *a solução pluralística (ou mista)*: prevendo a dificuldade de formação de grupos particulares, sugere-se que as técnicas já existentes se unam com grupos já formados para incrementar o acesso à justiça destes interesses.

No Brasil, embora não tenhamos um Código específico para o tratamento da tutela coletiva, os interesses difusos já estão bem assegurados. Além da ação popular, que tem como legitimado o próprio indivíduo, assegurando a possibilidade de que qualquer cidadão paralise ações governamentais que se distanciem do interesse público, temos também a ação civil pública, com legitimados ativos bem atuantes.

O Ministério Público é uma instituição permanente e não sofre com pressões políticas ou de outras instituições. Ao contrário, atua com independência e tem o seu assento constitucionalmente protegido. A Defensoria Pública, a par do que tratamos em outro momento a respeito da problemática de sua implementação, também passou a ter legitimidade para propositura de ação civil pública<sup>53</sup>.

Além de Ministério Público e Defensoria Pública, são também legitimados no processo coletivo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação constituída há pelo menos 1 (um) ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção aos direitos difusos e coletivos.

É claro que o nosso sistema brasileiro de tutela coletiva precisa ser aperfeiçoado, mas certamente anda melhor do que o cenário da época do projeto Florença. Uma dessas críticas é levantada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva que asseveram o seguinte:

---

<sup>50</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 51.

<sup>51</sup> No Brasil, o cidadão somente pode ser legitimado ativo para uma ação coletiva, de forma excepcional, na ação popular, que é semelhante à esta segunda técnica identificada por Cappelletti.

<sup>52</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 55.

<sup>53</sup> A defensoria pública teve a sua legitimidade ativa inserida na lei de ação civil pública em 2007, com a edição da lei 11.448. Acerca disso, foi proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.943-DF) contra esta lei, alegando a impossibilidade da Defensoria Pública figurar como legitimada ativa, tendo em vista que o seu desempenho institucional é voltado para os necessitados, o que só é possível se verificar nas ações individualizadas, portanto, inconstitucional a lei 11.448/07 por afronta ao art. 134, CR/88. A ação foi julgada no mérito — em que pese a edição da EC 80/94 que inclui no art. 134 da CR/88, taxativamente, a possibilidade de defesa dos interesses coletivos — improcedente, com um voto da Min. Rel. Carmem Lúcia fazendo uma profunda incursão nos estudos de Cappelletti e Garth, referencial teórico, desta dissertação, garantindo assim a constitucionalidade da norma.



Também merece crítica o sistema de processo de conhecimento coletivo e execução, em se tratando de direitos individuais homogêneos, prioritariamente individual, com a ideia de que a sentença será sempre genérica, sem se cogitar de um sistema também de execução coletiva. Nem sempre haverá a ausência de determinação dos beneficiários da sentença e liquidez da condenação. Pode-se pensar, por exemplo, em sentenças condenatórias de obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa, bem como de pagar quantia certa, nas quais o objeto da obrigação já esteja determinado (MENDES, 2014, p. 288), em que não haveria uma condenação genérica e que seria possível e até recomendável uma execução de caráter coletivo<sup>54</sup>.

Mesmo não sendo imune às críticas, o sistema brasileiro de processo coletivo tem dado conta, na medida de sua função neste cenário, especialmente pela atuação do Ministério Público.

Ter um sistema de tutela coletiva auxilia no incremento de acesso à justiça, não apenas para uma realidade brasileira, mas também para o âmbito global, isso porque não é exclusividade brasileira a ocorrência de pequenas lesões aos interesses coletivos, que se vistas individualmente, são consideradas bagatelares ou de ínfima importância, de modo que se ajuizadas individualmente, não trarão qualquer desestímulo para o ofensor.

Os autores do Projeto Florença de Acesso à Justiça reconhecem que os progressos feitos por ocasião das duas ondas subsequentes foram essenciais para a incrementar o acesso à justiça. Porém era preciso ir além e é nessa terceira onda que os autores procuram ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo enfoque.

A terceira onda vai se valer da inclusão da advocacia judicial e extrajudicial, por meio de advogados públicos ou particulares, mas vai além. A terceira onda renovatória tem a proposta de “[centrar] a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas<sup>55</sup>”.

Os estudos do projeto de Florença notaram que não basta utilizar advogados para representação judicial, pois os novos direitos que surgem necessitam, na verdade, de mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis.

Segundo Cappelletti e Garth, esse novo enfoque

Encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios<sup>56</sup>.

Como se percebe a terceira onda é algo como que residual, isto é, tudo que seja inovação para o incremento do acesso à justiça e que não esteja nas duas ondas anteriores, que seriam complementares a esta terceira. Mas os autores dão pistas ou exemplos do que eles perceberam que seria ideal para o aumento do acesso à justiça em termos de reformas.

<sup>54</sup> MENDES, A. G.C.; SILVA, L. C. P. *Acesso à Justiça: uma Releitura da Obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil, após 40 anos*. Quaestio Iuris. Vol. 8, nº 3, Rio de Janeiro, 2015, p. 1827-1858. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385> Acesso em: 20.10.2022.

<sup>55</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 67-68

<sup>56</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 71.

Inicialmente, perceberam a necessidade de adaptação dos procedimentos ao tipo de litígio que se esteja querendo resolver. Nesse tocante, foge ao procedimento padrão usado para todos os conflitos, aqueles procedimentos ditos especiais. O Brasil já passou por essa reforma.

No CPC/2015, assim como no seu antecessor, já existem os procedimentos especiais que irão ser desenhados de acordo com a controvérsia das partes. O CPC deixa de prever ritos e desenha um modelo padrão de procedimento que será observado sempre que possível, mas sem deixar de prever modelos de procedimentos especiais.

Desta forma, os procedimentos especiais garantem não um acesso à justiça como acesso ao Poder Judiciário, mas sim um acesso à uma ordem jurídica justa, pois que o seu direito material será tratado a partir de uma tutela adequada aos direitos.

Outro enfoque seria a mudança nas estruturas dos tribunais ou a criação de novos tribunais. Neste ponto, no Brasil existem as varas especializadas, que podem julgar as demandas de acordo com a área do direito envolvida, como por exemplo, as varas de família, empresarial, infância e juventude, juizados do torcedor etc.

O uso de pessoas leigas ou paraprofissionais também é uma realidade na justiça brasileira. Os juizados especiais já se valem desde 1995 da atuação dos juízes leigos para o julgamento das demandas de menor complexidade.

Inobstante estas reformas produzidas e tantas outras, o número de processos apenas aumentou. Se por um lado isso corresponde a um incremento de acesso ao Poder Judiciário, pode não estar se refletindo, ao final, num acesso à justiça.

É que, como falamos alhures, o número de processos no Poder Judiciário o transforma em um ambiente de entrega tardia de justiça. Assim, Cappelletti e Garth identificaram como uma terceira onda a solução pacífica de conflitos com a "utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios<sup>57</sup>".

O ano de 2015 foi crucial para a experiência brasileira neste sentido. Neste ano foi publicado o Código de Processo Civil que no seu art. 3º permite expressamente a arbitragem (§1º); determina que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". Além disso, o CPC/2015 dedica um capítulo específico para falar dos conciliadores e mediadores judiciais.

O ano de 2015 trouxe também a reforma da lei de arbitragem, que datada de 1996 teve alguns equívocos corrigidos, além de haver permissão expressa para a arbitragem na administração pública.

Mas, para os métodos adequados de solução de conflitos, a legislação mais importante foi o marco legal da mediação no Brasil, com a edição da lei 13.140/2015, que disciplina em detalhes a mediação judicial e a mediação extrajudicial.

Ainda dedicaremos tópicos específico para tratar dos métodos de solução de conflitos, no entanto, percebemos nestas linhas que o Brasil desenvolve bem as reformas atinentes à terceira onda renovatória de acesso à justiça. Ainda que não haja um resultado sólido, é preciso lembrar que não é apenas uma onda renovatória que irá desempenhar o papel de construir um perfeito acesso à justiça, estando o nosso país, ainda, muito deficiente em outras ondas renovatórias.

À guisa de conclusão, dois pontos cruciais no tocante ao acesso à justiça, que têm a missão de aprimorar o acesso à justiça no Brasil serão tratados na seção subsequente, isto é, além de medidas para efetivar as soluções aos obstáculos apresentados nas seções anteriores, o acesso à justiça dependeria, ainda, de uma oferta de acesso aos próprios operadores do direito, assim como devem ser observados os direitos humanos no Brasil.

---

<sup>57</sup> CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 71.

## **2.2 Renovando as ondas renovatórias para além do Projeto Florença de acesso à justiça: o acesso dos operadores do direito à justiça e a internacionalização da proteção aos direitos humanos**

Como mencionado em outras linhas, o Projeto Florença de Acesso à Justiça é datado da década de 1970 e, portanto, alinhado com os problemas do seu tempo e com as soluções disponíveis na sua época, todavia, novos obstáculos se impõem sem que tenhamos ainda conseguido superar os velhos problemas.

Assim, alguns autores vêm abordando novas ondas de acesso à justiça para corrigir os novos problemas então identificados na contemporaneidade. Cite-se como exemplo a doutrina de Kim Economides que aborda uma quarta onda renovatória e o Global Access to Justice Project<sup>58</sup>, que menciona sete ondas renovatórias<sup>59</sup>, somando as três primeiras de Cappelletti.

Para os fins deste trabalho, vamos nos ater à quarta onda, de Kim Economides<sup>60</sup>; à quinta onda, mencionada no Global Access to Justice Project, pela importância dos direitos humanos na sociedade contemporânea e ao nosso principal enfoque que é o uso das tecnologias digitais para o aprimoramento do acesso à justiça. Às duas primeiras dedicaremos as próximas linhas, à esta última, por ser o nosso foco dedicaremos um capítulo específico.

Kim Economides foi Professor do Departamento de Direito, Universidade de Exeter, Inglaterra e compôs a equipe de pesquisadores do Projeto Florença, capitaneado por Mauro Cappelletti, sendo, atualmente coordenador regional pela Oceania para o Global Access to Justice Project. Economides avançou, após o projeto em diversas pesquisas sobre o acesso à justiça e, nelas pôde identificar a necessidade de verificar o acesso à justiça não apenas a partir do acesso dos cidadãos, mas também a partir do acesso dos operadores à justiça.

Aqui se deve ter a cautela de entender que não se quer abordar as possibilidades físicas, digamos assim, do advogado, isto é, do acesso que ele tenha aos Tribunais, aos gabinetes de magistrados ou mesmo seus recursos tecnológicos (isto também é um problema, mas que de forma alguma é tratado na teorização de Economides).

O problema que se enfrenta neste ponto é outro, valendo a citação nas palavras do autor: “como podem, ou devem, os advogados, por intermédio de processos legais, ir além da representação de pleitos civis individuais para articular direitos mais coletivos — políticos, civis ou, até mesmo, sociais e econômicos?”<sup>61</sup>

A metodologia usada para explicar esta quarta onda é a percepção da natureza do acesso à justiça em três elementos/dimensões: “a) a natureza da demanda dos

---

<sup>58</sup> O Global Access to Justice Project, como é afirmado no seu site na internet é um projeto global de pesquisa empírica sobre o acesso à justiça que “possui o objetivo fundamental de pesquisar e identificar soluções práticas para a problemática do acesso à justiça, formando uma rede internacional de pesquisadores advindos de todas as partes do mundo, e em uma escala global sem precedentes”. Trata-se, portanto, de um “novo Projeto Florença”, mas com maiores pretensões, até mesmo pela sua maior possibilidade de escala, já que conta com o acesso à internet. A pesquisa e os dados já apurados podem ser acessados pelo endereço eletrônico <https://globalaccesstojustice.com/>

<sup>59</sup> Além das três ondas renovatórias do Projeto Florença de Acesso à Justiça, o projeto aborda outras 4 ondas renovatórias: uma quarta onda, ética nas profissões jurídicas e acesso dos advogados à justiça; uma quinta onda: o contemporâneo processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos; uma sexta onda, iniciativas promissoras e novas tecnologias para aprimorar o acesso à justiça e; uma sétima onda, desigualdade de gênero e raça nos sistemas de justiça (ver, <https://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>).

<sup>60</sup> A quarta onda, proposta por Kim Economides é também abordada pelo Global Access to Justice Project.

<sup>61</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arq/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arq/39.pdf) Acesso em 21.10.2022.

serviços jurídicos; b) a natureza da oferta desses serviços jurídicos e; c) a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça<sup>62</sup>.

No tocante à demanda pelos serviços jurídicos, apontam-se estudos que rechaçam a ideia de que a pobreza seria uma explicação para o não uso do sistema de justiça. De fato, muitos outros elementos merecem destaque, como a informação acerca do seu direito, bem como fatores psicológicos como o medo de advogados e do ambiente de justiça ou mesmo as barreiras físicas, que impedem ou pelo menos dificultam o acesso de tribos indígenas ou moradores de áreas rurais<sup>63</sup>.

Uma alternativa de estudo do acesso à justiça se dá numa segunda dimensão, vale dizer, analisa-se o acesso à justiça não mais pela demanda, mas sim pela oferta dos serviços de justiça. De acordo com Economides, estes estudos nos ensinaram que para “compreender como os cidadãos acessam os serviços jurídicos, é necessário efetivamente entender a natureza do serviço dos advogados, suas atitudes e o estilo de serviços que oferecem<sup>64</sup>”.

Identificou-se aqui um verdadeiro vácuo, que acaba por criar um obstáculo ao acesso à justiça, isto é, os advogados normalmente atendem àqueles poderosos conglomerados empresariais, que têm como arcar com um profissional técnico do direito e os pobres são auxiliados pelos advogados pagos pelo governo, as defensorias públicas.

Esse espaço vazio se dá especialmente na área preventiva e naqueles serviços jurídicos não lucrativos. Economides não tratou de especificar quais poderiam ser esses espaços vazios, mas nem poderia, já que cada sociedade enfrenta o seu próprio contexto socioeconômico. Escrevendo para o Brasil, o autor indica que estes espaços podem ocorrer dentro das favelas, o que nos dá a pista de que se tratam daqueles direitos que num contexto econômico pode se dar pelo exemplo da falta de água encanada; problemas no aspecto das moradias; do acesso a bens e serviços estatais que estão ausentes. Fora (ou dentro também) das favelas, a defesa dos direitos individuais de pessoas pertencentes às chamadas minorias também estaria situada neste vácuo.

Além do olhar sobre a demanda e sobre a oferta, Economides nos aponta a terceira dimensão para explicar o porquê precisamos pensar numa quarta onda que envolve os profissionais do direito, que é a natureza do problema jurídico que os clientes possam desejar trazer ao fórum da justiça.

Kim Economides nota que os Tribunais não estariam preparados para lidar com certo tipo de causa que lhe chegasse para processo e julgamento. Tal percepção se encontra em linha com a segunda onda renovatória de acesso à justiça, já que Economides cita “os direitos relativos ao meio ambiente — ou ‘direitos metaindividuais’ —, por exemplo<sup>65</sup>” mencionando que não são bem representados judicialmente.

Saindo da metodologia e entrando numa terceira parte de seu texto, Economides propõe uma epistemologia para a sua teorização sobre a quarta onda renovatória de acesso à justiça. O questionamento central da sua epistemologia é:

---

<sup>62</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 64.

<sup>63</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p.66.

<sup>64</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p.67.

<sup>65</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 69.

“de quem é o ‘acesso à justiça’ de que estamos falando? Por que, governo e profissionais, deveriam se incomodar com nosso tema de ‘acesso à justiça’? Que consequências podem advir da falta de acesso?”<sup>66</sup>.

A partir deste ponto, Economides discute e questiona a legitimidade política e a legitimidade das próprias profissões jurídicas. No tocante às reformas, a pergunta subjacente questionará se elas são feitas em prol de incrementar o acesso à justiça ou tão somente visam a redução de custos com a distribuição de justiça.

À guisa de conclusão, o autor insere a sua percepção acerca da existência de uma quarta onda de acesso à justiça. Aqui, o autor irá demonstrar as condições necessárias do acesso à justiça à partir de outra perspectiva que não a da mera demanda por justiça: partirá do olhar dos operadores do direito, traçando ainda as responsabilidades do governo, das organizações profissionais e das instituições de ensino jurídico.

A pergunta provocadora e introdutória do tema é “como os advogados, que diariamente administram justiça, percebem e têm, eles mesmos, ‘acesso à justiça’?”<sup>67</sup>.

A quarta onda de renovação do acesso à justiça, tal como as três anteriores, previstas no Projeto Florença é subjacente a um obstáculo. Economides leciona que cotidianamente se ignoram as concepções mais profundas de justiça, isto é, aquelas internas ou sociais, “fazem com que a profissão ignore a relação entre justiça civil e justiça cívica”<sup>68</sup>.

Economides rejeita atualmente a ideia de que devemos partir de uma análise da oferta de serviços jurídicos, ele insiste que nesta quarta onda abram-se “novas perspectivas na definição da própria justiça”<sup>69</sup>.

O autor então irá partir de duas premissas: a) o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas e; b) uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Nestes termos, põe a questão:

Dessa forma, proponho uma mudança importante, passando das questões metodológicas para as epistemológicas ou, colocando de outra maneira, redirecionando nossa atenção, desviando-nos do acesso para olharmos para a justiça com novos olhos. A que tipo de “justiça” os cidadãos devem aspirar? Em vez de nos concentrarmos no lado da demanda, devemos considerar mais cuidadosamente o acesso dos cidadãos à justiça do lado da oferta, analisando dois níveis distintos: primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça. Tendo vencido as barreiras para admissão aos tribunais e às carreiras jurídicas, como o cidadão pode se assegurar de que

---

<sup>66</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 69.

<sup>67</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 72.

<sup>68</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 72.

<sup>69</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 72-73.



tanto juízes quanto advogados estejam equipados para fazer “justiça”?<sup>70</sup>.

Quanto ao primeiro aspecto, vale dizer, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas. Quem seriam os cidadãos que estão acessando as cadeiras das universidades? São aqueles que mergulharão nos vácuos de oferta, nos quais não há atuação de advogados particulares e nem de defensores públicos? Para Economides, é preciso fazer uma correlação entre o que falta para efetivação de direitos que os cidadãos já têm e os profissionais que estão à disposição para efetivar, fazer acessar esses direitos à justiça.

Já o segundo aspecto envolverá a responsabilização dos organismos profissionais e das instituições de ensino, exigindo deles não apenas uma atenção especial no processo de seleção de novos alunos quanto padrões mínimos de profissionalização. Estes elementos teriam a ver com a qualidade do acesso à justiça e o próprio acesso<sup>71</sup>.

A preocupação colocada por Economides é no sentido de que a formação jurídica pode estar comprometida com a obtenção de lucros. Advogados que visam tão somente o ganho financeiro poderiam fechar os olhos para o vácuo que merece atenção, para a demanda não atendida na sociedade, não cumprindo assim o seu dever cívico (justiça civil x justiça cívica).

Tece, ainda, uma crítica contra os organismos profissionais, do que é exemplo brasileiro, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que em seus estatutos da profissão e códigos de ética deve haver valores como profissionalismo humanitário e os direitos humanos. A crítica se estende também às universidades, as quais relegam ao último plano o ensino de direitos humanos.

O problema, para Economides, está no campo da ética. Para ele “é necessária, no momento, uma discussão abrangente dos valores fundamentais que deveriam governar os operadores do direito, onde quer que escolham exercer sua profissão<sup>72</sup>”.

O valor fundamental da justiça é o que mais deve ser prestigiado no pensamento de Economides, ou seja, é necessário revisitar o termo justiça para que ela possa abranger a proteção aos direitos humanos e fundamentais das classes carentes (não necessariamente carentes de poder aquisitivo, mas carentes de oferta jurídica para os direitos que ninguém quer tutelar).

A responsabilidade das instituições e dos organismos profissionais fica então evidente, pois o ambiente da universidade deveria deixar de ser um ambiente no qual o conhecimento formal das leis é transferido para que ela possa, na verdade, conformar o ensino jurídico às necessidades dos grupos excluídos, gerando assim uma abertura de horizontes para a oferta por serviços específicos. Tal responsabilidade não recai apenas sobre a universidade senão também sobre os organismos profissionais.

Porém, a pergunta pragmática que fica é: quem vai pagar a conta desses direitos? Uma resposta inicial pode ser verificada a partir da união de esforços entre o governo, os organismos profissionais e as faculdades de direito, que, agindo em cooperação podem firmar convênios para atendimento de tais demandas sociais

---

<sup>70</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 73.

<sup>71</sup> A informação então passaria a ter dois aspectos, o primeiro aspecto é a informação dos cidadãos quanto aos seus próprios direitos, algo com o que a terceira onda já se preocupa, mas a informação na quarta onda é dos profissionais do direito, isto é, aqueles que estão no mercado jurídico ofertando os serviços demandados também devem ter a informação sobre as formas pelas quais aquela situação jurídica apontada pode ser melhor resolvida e em menos tempo.

<sup>72</sup> ECONOMIDES, K. “Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?” em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022, p. 75.

gerando oferta de serviços jurídicos e, ao mesmo tempo incutindo na formação profissional a necessária atuação em prol de grupos excluídos.

A quinta onda renovatória, por sua vez, tem a ver com a internacionalização da proteção aos direitos humanos. É interessante notar, aqui, que o próprio direito fundamental de acesso à justiça é um direito humano, dos mais básicos, uma vez que garante que os direitos veiculados na norma legal sejam de fato garantidos na instituição de garantia processual a se desenvolver no Poder Judiciário.

No entanto, a abordagem de direitos humanos que se pretende realizar é aquela atinente a internacionalização, no direito brasileiro de direitos humanos reconhecidos em tratados e convenções em âmbito regional e mundial. Aqui partiremos de três pontos básicos para estabelecer uma onda renovatória de acesso à justiça que entregue justiça cívica e humanitária para os jurisdicionados: a) a adesão do Brasil à Agenda 2030 da ONU; b) a submissão do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e; c) a proteção dos direitos dos vulneráveis e o seu acesso à justiça.

Antes, porém, convém uma análise acerca do que é a internacionalização dos direitos humanos. A afirmação histórica dos direitos humanos se dá num contexto de Estado, isto é, o reconhecimento por parte de cada Estado-nação no tocante aos direitos de seus cidadãos.

De acordo com Flávia Piovesan, então, “o Direito Humanitário<sup>73</sup>, a Liga das Nações<sup>74</sup> e a Organização Internacional do Trabalho<sup>75</sup> situam-se como os primeiros marcos de internacionalização dos direitos humanos<sup>76</sup>”.

Mas é com a Segunda Guerra Mundial que a internacionalização dos direitos humanos ganha força. Dois são os instrumentos de proteção de direitos humanos que inauguram esta nova fase de internacionalização dos direitos humanos, sendo eles

A Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no quadro da ONU, constituem os marcos inaugurais da nova fase histórica, que se encontra em pleno desenvolvimento<sup>77</sup>.

No âmbito regional temos a Organização dos Estados Americanos (OEA), que é o mais antigo organismo regional do mundo, criado em 1948<sup>78</sup>. Composta por dois

---

<sup>73</sup> O Direito Humanitário fez parte de uma primeira fase de internacionalização de direitos humanos e cuidava, basicamente, de questões relativas às guerras e conflitos armados, de modo a minorar os efeitos adversos sobre os soldados e os civis que de alguma forma foram atingidos pelo conflito. O seu primeiro documento data de 1864 o qual deu ensejo, anos mais tarde, à criação da Cruz Vermelha, em 1880..

<sup>74</sup> A Liga das Nações surge em decorrência do que a humanidade presenciou no tocante à Primeira Guerra Mundial. Ela funcionava na tentativa de impedir novos conflitos, buscando a paz entre as nações. Ela terá formalmente fim em 18 de abril de 1946, mas antes mesmo de seu termo final, já estava em pleno funcionamento a Organização das Nações Unidas (24/10/1945).

<sup>75</sup> A Organização Internacional do Trabalho, OIT, surgida em 1919 com o objetivo de proteger o trabalhador assalariado, bem como impedir práticas de escravidão, permanece até hoje em funcionamento.

<sup>76</sup> PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

<sup>77</sup> COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7 ed. Rio de Janeiro, Saraiva, 2010, p.69.

<sup>78</sup> Embora criada em 1948, a OEA deita raízes na “*Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, D.C., de outubro de 1889 a abril de 1890. Esta reunião resultou na criação da União Internacional das Repúblicas Americanas, e começou a se tecer uma rede de disposições e instituições, dando início ao que ficará conhecido como “Sistema Interamericano”, o mais antigo sistema institucional internacional*”. OEA. **Quem somos?** Disponível em [https://www.oas.org/pt/sobre/quem\\_somos.asp](https://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp). Acesso em 22.10.2022.

órgãos principais, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio delas a OEA realiza a proteção regional de direitos humanos.

Já no âmbito mundial, a internacionalização dos direitos humanos, se mostra por meio da Organização das Nações Unidas (ONU), da qual o Brasil faz parte desde 24.10.1945.

Esta brevíssima incursão na internacionalização dos direitos humanos tem relações estreitas com o direito fundamental de acesso à justiça. A uma, pois se trata, o próprio direito de acesso à justiça um direito fundamental; a duas, pois é o acesso à justiça que irá garantir a efetivação de direitos humanos.

Voltando aos pontos básicos pelos quais queremos estabelecer uma quinta onda renovatória de acesso à justiça, partimos de um caráter mais amplo, isto é, de um sistema internacional mais abrangente como o é a ONU. O Brasil, como Estado-parte da Organização das Nações Unidas adere à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, cujo escopo é o fortalecimento da paz universal, com liberdade e erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões.

Foram estabelecidos 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável no Brasil. O objetivo 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes) estabelece que é objetivo do Estado brasileiro “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”. Já no objetivo do item 16.3 estabelece que deve “promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos”.

Portanto, o acesso à justiça é uma reivindicação internacional, realizada por meio de um organismo que visa a implementação de um sistema de proteção aos direitos humanos.

A partir deste objetivo, pode-se entrelaçar com o que foi verificado por Kim Economides na sua teorização acerca da quarta onda de acesso à justiça. Isto é, há grupos vulneráveis que não possuem acesso à justiça, pela falta de oferta de representação jurídica neste aspecto. Assim, a garantia da Agenda 2030 para estas pessoas é a de que o Estado brasileiro promova o acesso à justiça para todos.

Em que pese o comprometimento do Brasil com a Agenda 2030 da ONU, ainda não se trata de uma realidade falar em acesso à justiça para certa classe da sociedade.

Em segundo lugar a submissão do Brasil à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é outro ponto de relevo para a efetivação do acesso à justiça sob a perspectiva de uma quinta onda renovatória.

Neste ponto, o CNJ recomendou que os Tribunais do país seguissem as decisões da corte interamericana de direitos humanos (CNJ, Recomendação 123/2022, art. 1º, I) e no seu inciso II do art. 1º, a recomendação ainda prevê que deve haver uma prioridade para os processos envolvendo condenações do Brasil perante a Corte. Andou bem, portanto, o CNJ ao criar uma espécie de priorização para os julgamentos que envolvam a reparação às partes envolvidas em uma condenação do Estado brasileiro perante a Corte IDH.

Em terceiro lugar, a quinta onda de acesso à justiça será estabelecida no Brasil, a partir da perspectiva de proteção dos direitos dos vulneráveis. Este é o principal ponto de interseção entre a quinta e quarta ondas: a atuação no vácuo da oferta de representação jurídica.

Há que se considerar que, reconhecendo tais direitos como direitos difusos ou coletivos, no Brasil, já existem instituições que são chamadas para esta atuação, como é o caso do Ministério Público e da Defensoria Pública. Tomemos, então como exemplo a Lei de Ação Civil Pública, que no seu art. 1º, inciso IV prevê a atuação das entidades referidas para defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” e, ainda, no inciso VII quando atuará para proteção da “honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos”.

O Brasil deu passos importantes a esse respeito. A própria constituição garante no seu art. 5º, §§ 2º e 3º que o Brasil reconhece como direitos e garantias



fundamentais não só os expressos no texto constitucional como também aqueles veiculados nos tratados internacionais; bem como internaliza com força de emenda à constituição aqueles tratados de direitos humanos que passem pelo rito das emendas constitucionais.

Foi assim com o Decreto nº 10.932, de 10 de janeiro de 2022, que aprovado conforme o procedimento estabelecido no citado §3º do art. 5º promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

Interessante o destaque ao art. 10 da Convenção no qual fica disposto que Os Estados Partes comprometem-se a garantir às vítimas do racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância um tratamento equitativo e não discriminatório, acesso igualitário ao sistema de justiça, processo ágeis e eficazes e reparação justa nos âmbitos civil e criminal, conforme pertinente.

No entanto, trata-se de apenas parte do problema. A própria afirmação dos direitos LGBTQIA+; movimentos raciais; movimentos de disparidade de gênero são colocados cada vez mais em evidência, todavia, há uma parcela da sociedade que não está sendo vista.

Tomaremos como exemplo o caso da Fazenda Brasil Verde (CIDH, Sentença de 20 de outubro de 2016), no interior do Pará. Fazendeiros e capatazes mantinham pessoas em condições análogas à escravidão e mesmo depois de muita investigação, os responsáveis não foram punidos criminalmente. O processo judicial demorou tanto tempo para ser concluído que as penas foram alcançadas pela prescrição.

O caso chegou até a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, posteriormente submetida à Corte IDH. No caso, o Brasil saiu condenado a pagar as indenizações às vítimas.

Em outro caso, no qual o Brasil foi condenado, a Corte IDH verificou falhas e demora na investigação de execuções extrajudiciais de 26 pessoas por parte de Policiais Militares na Favela Nova Brasília no Rio de Janeiro em 1994 e 1995 (CIDH, Sentença de 16 de fevereiro de 2017).

Por fim, o terceiro dos dez casos de condenação do Brasil perante a Corte IDH se deu, recentemente, em 2020, no Caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil, no qual ficou constatado dentre outros pontos que

Os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas (CIDH, Sentença de 15 de julho de 2020).

A este respeito é que o Brasil deve ter como objetivo a implementação da quarta onda, alcançando também um dos aspectos da quinta onda que é o respeito ao combate às violações de direitos humanos.

### **3. O tecnológico acesso à justiça: a tecnologia é realmente uma nova onda renovatória?**

O objetivo do presente capítulo é responder ao questionamento que indaga se a virada tecnológica no direito brasileiro seria realmente uma onda renovatória — a sexta — ou se ela representaria um novo obstáculo ao acesso à justiça.

A pergunta se faz necessária, tendo em vista que o movimento de digitalização do direito<sup>79</sup> — empiricamente observado — acaba por surpreender negativamente

---

<sup>79</sup> Na verdade, o movimento de digitalização do processo é uma primeira fase da virada tecnológica operada no campo do direito processual. Embora estejamos avançando, ainda não

aqueles excluídos digitais. Mas será que há, de fato, uma necessidade de que o jurisdicionado tenha esse acesso à internet para ser contemplado com a justiça? Quais esforços são necessários para que o excluído digital tenha acesso à internet?

Todas essas indagações precisam de respostas urgentes, já que o referido movimento de virada tecnológica vem ocorrendo de forma exponencial, especialmente por ocasião da pandemia de COVID-19 que assolou o mundo no ano de 2020. Este movimento atinge, inclusive, os métodos adequados de solução de conflitos, quando realizados na formatação das On-line Dispute Resolution (ODR).

Mas antes, convém dar uns passos atrás e fazer outros questionamentos que precisam de respostas para que um caminho se desenhe na nossa frente, de modo que trilhá-lo será uma condição de possibilidade para a resposta às indagações que fizemos neste início.

Assim é importante que primeiro tenhamos em mente o que significa a virada tecnológica, não apenas no cenário jurídico, mas principalmente nele. Também é importante descobrir por que este movimento inovador vem acontecendo em um cenário tipicamente tradicional como o Poder Judiciário e, por fim, mas não necessariamente nesta ordem, precisamos entender os impactos filosóficos que a tecnologia produz no homem, pois é a partir dele que a tecnologia se desenvolve, isto é, para atender às suas necessidades.

A virada tecnológica, portanto, deve ter um sentido muito superior àquele que entende que ela se opera a partir da utilização de autos eletrônicos, que inclusive já é uma realidade desde a edição em 2006 da Lei 11.419. Esta é apenas a primeira etapa (instrumental) da virada tecnológica do Direito.

Por esta perspectiva, temos que o critério que vai definir a aplicação da tecnologia ao direito é meramente um critério de eficiência (e quiçá de sustentabilidade), isto é, o sistema de justiça opera em autos eletrônicos para que assim possa extrair eficiência, evitando amontoados de arquivos, desaparecimento de autos, redução da matéria prima (especialmente papel e tinta), dentre outros fatores que importam em eficiência processual e redução de custos.

Todavia com o crescimento exponencial da tecnologia, notadamente no tocante ao uso da inteligência artificial, a perspectiva muda e passamos a encarar, de fato, um ambiente no qual é possível falar em “tribunais online” ou como preferiremos em uma “virada tecnológica” e, aqui reside o ponto da virada, isto é, isso não acontece apenas por uma questão de eficiência ou redução de custos, mas também e principalmente por que o mundo está mudando pela tecnologia e o impacto desta mudança já está atingindo o direito.

Neste ponto, portanto, é interessante notar que ao se verificar a ocorrência de uma verdadeira fenomenologia da virada tecnológica, os impactos por ela provocados devem ser objeto de estudo da Teoria do Direito e, de forma mais específica, do Direito Processual, já que é nele que verificaremos a aplicação do direito material<sup>80</sup>.

Contudo, acreditar em um Tribunal Online e compreender a necessidade de adaptação da justiça a um modelo digital não quer dizer que não tenhamos que estudá-la criticamente, na medida em que, sem isso, podemos estar construindo um novo obstáculo ao acesso à justiça, ao invés de tirar todo o proveito da tecnologia para agregar pessoas e não excluí-las.

---

usamos inteligência artificial para decisões de mérito ou análise preditiva de crimes por algoritmos, por exemplo. Todavia, mesmo a mera digitalização dos autos, como uso da tecnologia como instrumento, já surpreendeu boa parte dos advogados, bem como algumas pessoas do público comum.

<sup>80</sup> Ainda que no ponto não haja discussão quanto à autonomia do direito processual e a sua própria cientificidade é possível que possamos afirmar que para além do entendimento do processo como ferramenta de controle/limitação do poder jurisdicional, também é possível, no plano prático, compreendê-lo como um instrumento do direito material. Em doutrina disputam-se ambas as “funções” do processo, porém, sem retirar-lhe a sua autonomia, fato incontestável é que para a realização do direito material se torna imprescindível a figura do processo.

No mesmo sentido, Maurílio Casas Maia menciona que “a sexta onda renovatória de acesso à justiça passa a analisar a tecnologia como obstáculo e facilitadora da promoção da ordem jurídica justa<sup>81</sup>”. Assim, podemos enxergar nesta sexta onda, não apenas um aprimoramento, mas também como uma produtora (ou reveladora) de vulnerabilidades e, portanto, como um obstáculo ao direito fundamental social de acesso à justiça.

Nesse ponto, não podemos falar apenas dos excluídos digitais — embora principalmente sobre eles —, mas também lembrar de outros grupos vulneráveis<sup>82</sup> como pessoas cegas, por exemplo, ou que tenham outra deficiência que as impeça de acessar à justiça digital.

Ainda sobre esta questão conceitual, é importante detalhar que um conceito de vulnerabilidade precisa ser definido, uma vez que o próprio conteúdo da palavra vulnerabilidade pode acabar se encontrando em uma vulnerabilidade linguística. Para tanto, utilizamos do conceito usado e definido por Júlio Camargo de Azevedo:

Trata-se de uma situação de predisposição a um risco social, ostentada por um sujeito ou grupo, a qual, em razão de determinantes históricas, econômicas ou culturais, favorece uma condição específica de violação de direitos humanos, reprodutora de situações de desrespeito, subjugação, assimetria de poder ou diminuição da cidadania, ofendendo a existência digna<sup>83</sup>.

Outro conceito importante é aquele trazido pelas Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade<sup>84</sup>:

Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Por isso, é dizer que a tecnologia digital, para ser uma nova onda renovatória tem que contemplar não apenas o acesso à justiça, mas notadamente a acessibilidade à justiça, promovendo no que entendemos linhas atrás pela quinta onda de acesso à justiça, os direitos humanos (neste caso, das pessoas com deficiência, vulneráveis digitais etc.)<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> MAIA, M. C. “A defensoria pública e a vulnerabilidade como obstáculo de acesso à justiça: da 1ª à tecnológica 6ª onda de acesso — reflexões sobre vulnerabilidade eletrônica e exclusão digital” em VV.AA. SOUSA, J. A. G.; PACHECO, R. B.; MAIA, M. C. (Organizadores) *Acesso à justiça na era da tecnologia*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 317.

<sup>82</sup> O termo “vulnerabilidade econômica” que utilizamos aqui, se refere àqueles que não têm condições de arcar com os ônus financeiros do acesso às tecnologias digitais. Já o termo “vulnerabilidade informacional” está associado com o termo “tecnologia da informação”, dentro daquilo que já foi mencionado sobre a informação na sociedade em rede (Byung-Chul Han e Manuel Castells). Mais adiante usaremos o termo “vulnerabilidade digital”, reconhecendo a existência de outros termos, como “vulnerabilidade cibernética”, “virtual”, “tecnológica” ou “eletrônica”.

<sup>83</sup> MAIA, M. C. “A defensoria pública e a vulnerabilidade como obstáculo de acesso à justiça: da 1ª à tecnológica 6ª onda de acesso — reflexões sobre vulnerabilidade eletrônica e exclusão digital” em VV.AA. SOUSA, J. A. G.; PACHECO, R. B.; MAIA, M. C. (Organizadores) *Acesso à justiça na era da tecnologia*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 340-341.

<sup>84</sup> As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que teve lugar em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008. As Regras de Brasília receberam atualização em abril de 2018 na Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, em Quito-Ecuador.

<sup>85</sup> À título de exemplo, por ocasião da pandemia de COVID-19, o governo brasileiro disponibilizou um valor em dinheiro para pessoas que foram duramente impactadas financeiramente, tratou-se, pois, do auxílio emergencial, pago por meio da Caixa Econômica

A exclusão digital, portanto, pode revelar um obstáculo ao acesso à justiça, desconstituindo a ideia central de que ela seria uma onda renovatória. A análise econômica do direito certamente vai apontar que os benefícios de se implementar uma justiça digital superam os prejuízos (externalidades negativas) de excluir uma parte dessa população que não tem acesso à internet, mas será que a tecnologia realmente intensifica a exclusão social?

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD 2019, revelam os problemas brasileiros no tocante ao acesso à internet e podem subsidiar o entendimento segundo o qual a virada tecnológica pode deixar muitas pessoas, especialmente os vulneráveis sem acesso à justiça.

Segundo os dados do IBGE, 12,6 milhões de domicílios brasileiros não têm acesso à internet, representando 17,3% dos lares. Destes 12,6 milhões de lares, os motivos pelos quais não havia acesso à internet, corresponderam principalmente a: "falta de interesse em acessar a Internet (32,9%), serviço de acesso à Internet era caro (26,2%) e; nenhum morador sabia usar a Internet (25,7%)<sup>86</sup>".

Ainda no relatório, aponta-se que "o motivo de o serviço de acesso à Internet não estar disponível na área do domicílio abrangeu 6,8% das residências em que não havia utilização da Internet e o motivo de o equipamento eletrônico para acessar a Internet ser caro, 5,0%<sup>87</sup>".

Portanto há uma classe de pessoas que não têm acesso à internet no Brasil, verificando-se que este número é significativo, posto que 12,6 milhões de lares não teriam acesso à internet. Os dados não apontam, mas a empiria nos mostra, que muitos dos que têm acesso à internet, o têm em forma precária com velocidades muito limitadas ou acessos muito instáveis<sup>88</sup>.

Os dados estatísticos em comento, apontam ainda que a indisponibilidade do serviço é mais imperiosa em zonas rurais do país, o que nos alerta para a necessidade de que tal como precisamos levar água e eletricidade a essa população, também se faz preciso levar o acesso à internet em boas condições de velocidade de conexão.

Portanto, para uma virada tecnológica realmente democrática é preciso que se estabeleça uma postura de emancipação dessas pessoas excluídas do acesso à internet para que possam acessar a própria justiça.

Vale dizer, a tecnologia deve ser usada como uma interface de solução tecnológica para o alcance do real acesso à justiça e deve ser oferecida em plenas condições de uso para esse estrato social vulnerável, que são os excluídos digitais.

---

Federal, que se valeu de um aplicativo para operacionalizar os pagamentos. O que vimos foram filas enormes se formando nas agências da Caixa Econômica Federal, especialmente por pessoas com dificuldades de acesso à internet (para uso do aplicativo) ou mesmo pessoas que não sabiam utilizá-lo.

<sup>86</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de amostra por domicílio contínua - PNAD 2019: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019*. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf). Acesso em: 28.10.2022, p. 6.

<sup>87</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de amostra por domicílio contínua - PNAD 2019: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019*. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf). Acesso em: 28.10.2022, p. 6.

<sup>88</sup> Os dados apontam apenas o acesso a internet e não a qualidade de tal acesso ou a taxa de velocidade em que ela opera. A pandemia da COVID-19 nos colocou em situações nas quais foi possível afirmar que a internet se tornou um obstáculo para aqueles que a tinham de forma precária. Tem-se notícias de que no dia-a-dia da prática forense, mesmo advogados tiveram problemas para realizar audiências virtuais por conta da velocidade da banda de internet. Assim, uma preocupação importante é a de definir que excluídos podem não ser apenas aqueles que não têm acesso à internet, mas também aqueles que embora tenham acesso este se opera precariamente.

E, por fim, entender que inclusão digital é um objetivo de políticas públicas estatais é se amparar no fato de que o acesso à internet gera incremento da garantia de cidadania. Especialmente pelo fato de que com o acesso à internet, o cidadão poderá acessar a cultura, aos serviços estatais e à justiça.

Desta forma é importante que a doutrina processual se debruce sobre este tema, passando a analisar a tecnologia como um fator desestimulante do acesso à justiça e oferecer meios para contornar esta situação, fazendo assim com que o acesso à justiça se torne uma verdadeira onda renovatória do acesso à justiça.

#### 4. Considerações finais

Apresentamos neste trabalho um panorama do acesso à justiça no Brasil e tentamos demonstrar que os esforços não foram suficientes para que houvesse uma superação total dos obstáculos encontrados no Projeto Florença de Acesso à Justiça.

É claro que a situação jurídica dos excluídos deste direito fundamental melhorou bastante, o que se deve ao relatório de Cappelletti e Garth, no entanto, ainda existem muitos desafios a serem superados, inclusive no que diz respeito aos três primeiros obstáculos encontrados na pesquisa.

Por outro lado, se os velhos problemas ainda não foram totalmente resolvidos, os novos problemas que vêm surgindo fazem acumular problemas para o acesso à justiça das pessoas, em especial, dos excluídos digitais.

Assim, a presente pesquisa visou atualizar o conteúdo do acesso à justiça, a partir da obra de Cappelletti e Garth, bem como analisou as demais ondas renovatórias.

No terceiro capítulo, a sexta onda renovatória também foi analisada com vistas a descobrir se, de fato, a tecnologia vai ampliar o direito fundamental de acesso à justiça. Todavia, verificou-se exatamente o contrário, vale dizer, que embora o acesso à justiça digital facilite o acesso à justiça daqueles que já têm o acesso à tecnologia garantido e com qualidade, ele não alcança da mesma forma um estrato social que não possui acesso às tecnologias digitais.

Está colocado um novo problema a ser solucionado.

#### Referências

- BRASIL. *Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988.
- CABRAL, A. P. "A Duração Razoável do Processo e a Gestão do Tempo no Projeto de Novo Código de Processo Civil", em VV.AA. (FREIRE, A. [et al.] Organizadores) *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos Sobre o Projeto*. Vol. II. Salvador, JusPodivm, 2014.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet, S. A. Fabris, Porto Alegre, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2021: anos-base 2020*. Brasília: CNJ, 2021
- BRASIL. *Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Centro Gráfico, 1988.
- DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 5. Ed. Salvador, Juspodivm, 2018
- DWORKIN, R. *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014
- ECONOMIDES, K. "Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia?" em VV.AA. PANDOLFI, D. [et al] (Organizadores) *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro, Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76. Disponível em: [http://cpdoc.fgv.br/producao\\_intelectual/arg/39.pdf](http://cpdoc.fgv.br/producao_intelectual/arg/39.pdf) Acesso em 21.10.2022.

- ESTEVES, D. [et al]. *Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2021*. Brasília: DPU, 2021. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/pesquisa-nacional-2020/analise-nacional/> Acesso em: 20.10.2022
- HAN, B. *Sociedade do Cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ, Editora Vozes, 2015
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa nacional de amostra por domicílio contínua - PNAD 2019: Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2019*. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf). Acesso em: 28.10.2022.
- MAIA, M. C. "A defensoria pública e a vulnerabilidade como obstáculo de acesso à justiça: da 1ª à tecnológica 6ª onda de acesso — reflexões sobre vulnerabilidade eletrônica e exclusão digital" em VV.AA. SOUSA. J. A. G.; PACHECO, R. B.; MAIA, M. C. (Organizadores) *Acesso à justiça na era da tecnologia*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- MENDES. A. G.C.; SILVA, L. C. P. *Acesso à Justiça: uma Releitura da Obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth a partir do Brasil, após 40 anos*. Quaestio Iuris. Vol. 8, nº 3, Rio de Janeiro, 2015, p. 1827-1858. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/19385> Acesso em: 20.10.2022.
- NUNES, D.; BAHIA, A.; PEDRON, F. *Teoria Geral do Processo*. 2. Ed. Salvador, JusPodivm, 2021, p. 553.
- POPPER, K. R. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. Ed. São Paulo, Editora Cultrix, 2008
- VIANNA, L. W. V. [et al]. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan

## **Credenciamento e regulamento: ensaio sobre natureza jurídica e atribuições de competências à luz da Constituição Federal e frente à Lei n. 14.133/2021**

*Accreditation and regulation: essay on legal nature and attributions of powers in the light of the Federal Constitution and against Statute n. 14,133/2021*

**João Victor Tavares Galil<sup>1</sup>**

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)*

**Sumário:** 1. Introito; 2. O credenciamento na Lei n. 14.133/2021; 2.1. Chamamento público; 2.2. O processo; 2.3. O regulamento do credenciamento; 3. Um outro chamamento; Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho tem o objetivo de estudar e expor o instituto do credenciamento, cuja utilização é demasiadamente utilizada de forma distorcida pela Administração Pública. Apresenta, assim, o tratamento conferido pela Nova Lei de Licitações e Contratos, para definir os limites de constitucionalidade do desenho legislativo. Não o bastante, traça a ambiguidade que o rótulo carrega no direito posto, que ultrapassa os termos da Lei n. 14.133/2021, e percebe o regime de competências constitucional que há de ser percebido de acordo com a relação que se pretende veicular pelo ato final do processo administrativo.

**Palavras chave:** credenciamento; chamamento público; contratação direta; processo administrativo; contrato administrativo.

**Abstract:** The present work aims to study and expose the accreditation institute, whose use is overused in a distorted way by the Public Administration. Thus, it presents the treatment given by the New Law of Bidding and Contracts, to define the limits of constitutionality of the legislative design. Not enough, traces the ambiguity that the label carries in the right post, which goes beyond the terms of Law n. 14.133/2021, and perceives the constitutional competence regime that must be perceived according to the relationship that is intended to be conveyed by the final act of the administrative process.

**Keywords:** accreditation; public call; direct contracting; administrative process; public contract.

### **1. Introito**

Dentre os vários méritos dos quais goza o Professor Adilson Abreu Dallari, certamente um deles foi ter enfrentado, sob relevante caráter de vanguarda, o instituto do credenciamento. Naquele momento, hoje, de certa maneira, longínquo, afirmou que haveria nele um aspecto de bruxaria. Muitos acreditavam que ele não

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor convidado do CCE-PUCRio. Membro do Centro de Estudos Jurídico-Empíricos (CEEJ). Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Contas Públicas (IBContas). E-mail: <jvtgdireito@gmail.com>. ORCID: //orcid.org/0000-0002-3090-206X

existia. Todavia, e comprovadamente, provou o consagrado professor não só a sua existência, mas a sua reincidente utilização pelo Estado Brasileiro.<sup>2</sup>

Hoje, passados cerca de 15 anos, é intuitivo que se negue a afirmação tecida pelo Professor Adilson, no ano de 2006, uma vez que não haveria razão para que se duvidasse da preocupação da doutrina por um instituto tão utilizado. Confesso que, inicialmente, assim eu pensei, mas estava errado.

A verdade é que o credenciamento assumiu uma relação extraconjugal com a Administração Pública. Tornou-se seu amante. Dele os administradores se valem, e gostam de fazê-lo, pois não carrega as “chatices” de processos mais complexos. Todavia, poucas vezes dele comentam ou assumem a frequência com que se dirigem ao seu leito. E mais: embora gostem de encontrá-lo, por muitas vezes, pouco sabem sobre ele. E quem sabe sobre o credenciamento, quando a jurisprudência o tratou pontualmente e a grande parte da doutrina ainda permanece desinteressada?

Pois bem, coube ao legislador federal, pela Lei n. 14.133/2021, reconhecida por consagrar entendimentos jurisprudenciais, tecer-lhe contornos. Sem embargo, o histórico do instituto revela que suas fronteiras ultrapassam aquelas definidas pela Lei de Licitações. Seria isso válido?

Este presente trabalho tem o intuito de analisar o credenciamento à luz devida, emanada pela Constituição Federal. Tentarei, assim, ultrapassar as linhas legisladas e publicadas em 01 de abril de 2021, a fim de verificar se a sua afirmação pelo legislador é real, ou apenas meia verdade (o que corresponderia a uma mentira inteira). Para tal empreitada, penso em analisar o seu cabimento, ou seja, se há espaço para falar-se de credenciamento não veiculado pelas enunciações da Lei 14.133/2021, definir-lhe-indo os campos de utilização válida. Não basta: desenharei, para além dos contornos legislados, aspectos de seu regime jurídico.

Utilizar-me-ei do método analítico-dogmático, valendo-me de levantamentos jurisprudenciais como auxiliares argumentativos. Não pretendo esgotar o assunto. Não tenho essa soberba ou essa ingenuidade, mas pretendo revelar a necessidade de correção da desatenção da doutrina. Em outras palavras, pretendo ensaiar um cuidado que julgo necessário para tornar interessante o assunto. Espero conseguir.

## **2. O credenciamento na Lei n. 14.133/2021**

A Nova Lei de Licitações e Contratos tem a característica de consagrar vários institutos e entendimentos jurisprudenciais em uma clara tentativa de dar roupagem estritamente legal a práticas administrativas. Justamente por ter uma redação inspirada em práticas concretas, não pôde, o legislador, dar margens a interpretações desconcentradas e oriundas do caso a caso. Justamente para evitar desgastes interpretativos e corroborar, mais ainda, com a imensa insegurança jurídica já vivida em território nacional, houve por estabelecer um imenso, e até cansativo, rol de conceitos no art. 6º do diploma legal.

Nada condenável, uma vez que a Constituição é clara ao determinar que o legislador federal edite normas gerais a respeito de licitações e contratos. Trata-se de dever de concretização da segurança jurídica no âmbito das contratações públicas, o que permite que os administrados, ao longo do território nacional, possam ter um mínimo de compreensão a respeito de como podem participar e controlar as decisões administrativas. *A contrario sensu*, define o dever de edição de normas específicas pelos entes federativos em seus âmbitos próprios. Em contrapartida, a finalidade buscada foi, justamente, a de concretização da igualdade material, de modo a respeitarem-se as várias distorções territoriais que caracterizam a República Federativa do Brasil.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>DALLARI, A. A. “Credenciamento”, en BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, v. 2, p. 38-52.

<sup>3</sup>Sobre o tema: MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 115-121.



O conceito de credenciamento, por sua vez, é conferido pelo inciso XLIII do artigo 6º. É definido como o processo administrativo de chamamento público pelo qual se convocam interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se perante a Administração Pública para executar o objeto quando convocados.

O dispositivo é de pouca clareza. Primeiramente porque, em sua última oração, insere o definido na definição, prejudicando-a, não afirmando o que é, de fato, credenciar-se. Além disso, tampouco esclarece o que é chamamento público, embora situe o termo como elemento central da definição. Por último, não define nada a respeito da prestação. Tento superar esses desafios.

### **2.1. Chamamento público**

O termo chamamento público é um termo problemático. Percebi isso quando me debrucei a respeito do processo de seleção de entidades privadas sem fins lucrativos para fins de fomento e desenvolvimento de planos de trabalho, pesquisa essa que se converteu na obra "Licitação e Celebração de Parcerias com o Terceiro Setor", publicada no ano de 2020<sup>4</sup>. Naquele momento, dentre tantas questões problemáticas, percebi que o que se chamava de chamamento público na redação da Lei n. 13.019/2014 não era nada mais, nada menos, do que um autêntico processo de licitação. Perguntei-me, então, o porquê da utilização do termo. Afinal de contas, esse havia sido o rótulo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, no lamentável julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF, para afirmar que a seleção dessas entidades, embora tivesse que concretizar os valores de impessoalidade e publicidade que regem a atividade administrativa, não deveriam converter-se em processo licitatório.

Pelo temor de fazer incidir as normas burocráticas – não necessariamente ruins – da Lei n. 8.666/93, permitiram o afastamento do regime constitucional aplicável ao conceito de licitação. Assim, permitiram que o processo fosse desenhado pelos próprios administradores, sem necessidade de prévia ponderação legislativa. Foi o que embasou a edição do Decreto Federal n. 6.170/2007. Por outro lado, a Lei de 2014, posso dizer, moralizou o rótulo de certa maneira, pois o utilizou, conferindo-lhe a pragmática de um autêntico processo licitatório. É inegável, todavia, que o aplicou a realidade jurídica distinta daquilo que se reconhecia na doutrina e na jurisprudência. Não posso, assim, afirmar que o rótulo científico de chamamento público é o que se conceituou naquele diploma.

A verdade, nua e crua, é que chamamento público é a forma de convocação ampla da administração. É um termo residual, aplicável a todas as convocações direcionadas aos administrados para a participação das decisões administrativas que não se configurem pela pretensão de estabelecer-se o dever de decisão a favor de um eventual ganhador. Tão evidente é essa afirmativa que o próprio legislador tomou cuidado com a utilização do termo, dele se valendo em apenas duas hipóteses de processos administrativos, isso é, além do credenciamento, aos procedimentos de manifestação de interesse. Assim o fez justamente pelo fato de que esses têm o condão de coletar materiais que permitam a modelagem de um futuro processo competitivo, que possa ocorrer ou não, sem que a Administração estabeleça uma competição de projetos (tal como ocorre com a modalidade licitatória de concursos), muito embora seja comum o desvirtuamento do instituto.

Eis um traço característico do credenciamento. Não é novidade, uma vez que sempre se o associou ao chamamento público. A razão é porque, em todas as vezes que se tratava de credenciamento, o que se buscava dizer é que não havia a pretensão da Administração em selecionar uma ou algumas propostas. O seu

---

<sup>4</sup> GALIL, J.V.T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 255-262.

interesse era amplo<sup>5</sup>. Assim, se posso definir a licitação como o processo público<sup>6</sup> de participação<sup>7</sup> que permita a competição, em pé de igualdade material, dos administrados, para a apresentação de propostas destinadas à celebração de um ato administrativo bilateral, posso afirmar que essa competição não existe no chamamento público e, portanto, não existe no credenciamento. Quando se afirma algo distinto dessa conclusão, o que se intenta é o desvio do regime próprio das licitações desenhado pela Constituição.

Explico melhor. Ocorre que, para tal tipo de processo, falta o pressuposto lógico da licitação. Leciona Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>8</sup> que três são os pressupostos para que se instaure o processo de licitação, cuja ausência de um deles prejudica o dever de instauração do processo. Nesses casos, diz-se que a licitação é inexigível.

Em primeiro lugar, há que haver incidência do pressuposto fático, ou seja, a existência de interessados na disputa a ser instaurada. Há, ainda, que haver interesse da Administração em selecionar apenas parte dos particulares interessados na edição do ato bilateral ou, de outro modo, haver pluralidade de ofertantes e pluralidade de objetos ou serviços para que reste configurado o denominado pressuposto lógico. Dessa forma, quando o objeto ou serviço pretendido for singular, ou seja, sem equivalente perfeito, por implicação, haverá unidade de ofertantes. Outra possibilidade de falta de pressuposto lógico dá-se quando há unidade de ofertantes, ou seja, ainda que haja vários objetos equivalentes, todos eles só podem ser fornecidos por um agente privado, que se configura como produtor ou fornecedor exclusivo. Por último, há que se verificar a presença de pressuposto jurídico, ou seja, se, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas verificadas no caso concreto, o Direito não proíbe a instauração da licitação. Em outras palavras, deve o agente público verificar se os princípios jurídicos contrários àqueles tutelados pela realização do processo licitatório, em uma ponderação, não prevalecem no resultado. Com efeito, a licitação não é um fim em si mesmo, mas meio para alcançar o interesse público, de forma que, em situações nas quais se faz contrária ao fim funcional da Administração, o Direito termina por proibi-la, como, por exemplo, o faz em razão do tempo a ser despendido ou da publicidade normalmente imposta.

Dessa maneira, percebe-se de plano: o credenciamento, sendo um processo de chamamento público, é justamente um processo caracterizado pela ausência do pressuposto lógico da licitação. Mas não basta.

## **2.2. O processo**

Não esclareci, ainda, o que significa falar-se de processo. Faço isso agora, pois julgo a questão importante. Adianto: só se faz sentido falar de processo, ou melhor, de um processo específico, quando se entende a sua finalidade. Sendo, assim, a função administrativa caracterizada pela edição de normas administrativas, veiculadas por atos administrativos<sup>9</sup>, é necessário que se entenda qual conteúdo o ato veiculará.

Explico melhor: os atos administrativos, para que sejam válidos no ordenamento jurídico, ou seja, que sua edição não se submeta a uma exigência de correção formulada pelo próprio sistema jurídico, há que atenderem a uma série de pressupostos de regularidade. Um desses pressupostos é o chamado pressuposto

---

<sup>5</sup>Nesse sentido: NIEBUHR, J. M. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2008. p. 323-325.

<sup>6</sup>SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 25.

<sup>7</sup>Sobre o processo de participação: MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 312-320.

<sup>8</sup>BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 446/447.

<sup>9</sup>GALIL, J. V. T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 132-135.

objetivo, dividido em motivo e requisitos procedimentais<sup>10</sup>. O primeiro diz respeito ao fato jurídico que implica na exigência ou na autorização do exercício normativo, enquanto o segundo faz referência aos atos jurídicos previamente praticados antes do exercício normativo analisado. Apesar de os conceitos não se confundirem, a enorme relação entre os dois permite que se elucide o procedimento a partir dos requisitos procedimentais, isso porque, enquanto os requisitos se referem aos atos jurídicos que devem ser praticados de forma antecedente a um ato específico, o procedimento diz respeito a todo o conjunto de atos editados de forma sucessiva, teleologicamente vinculados à edição de um ato conclusivo<sup>11</sup>. Perceba-se: os requisitos são partículas que, juntas, compõem o procedimento. Disso, por sua vez, se constata que, pelo procedimento, é possível a verificação da legitimidade da edição do ato, o que facilita o seu controle pela população e pelos órgãos competentes, já que se torna visível o panorama cronológico da forma como se dá a atuação administrativa.

Há que se perceber as notas próprias de procedimento e de processo a ponto de justificar a própria diferenciação estabelecida no texto constitucional. Não se presumem palavras inúteis nos textos normativos, de forma que resta reconhecer que o constituinte atribuiu distintos significados a distintos significantes, ou seja, por que se valeu da palavra “processual” ao delimitar as competências privativas da União, pelo art. 22, I, e as competências concorrentes, pelo art. 24, X, ao mesmo tempo em que afirmou competir concorrentemente legislar sobre “procedimentos e matéria processual”, conforme art. 24, XI, tido como o critério normativo para a adoção da expressão, segundo Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz<sup>12</sup>.

Importantes nomes da doutrina caracterizaram o processo como o procedimento com exercício do contraditório. Posicionaram-se a favor dessa opinião, de forma geral, Romeu Felipe Bacellar Filho<sup>13</sup> e, antes dele, Hely Lopes Meirelles<sup>14</sup>. De fato, nunca se contestou que o processo era procedimento, mas a nota de diferenciação entre os termos não foi posicionada em lugar comum. Com esse esforço da doutrina, superava-se a ideia de fungibilidade semântica, pois haveria algo a mais.

Observa Ricardo Marcondes Martins a impossibilidade de se restringir o elemento adicional ao procedimento para a formação do conteúdo jurídico de processo a exercício de contraditório<sup>15</sup>. Essa conclusão, conforme o próprio autor, pode ser extraída das lições de Niklas Luhmann e de sua obra denominada “Legitimação pelo Procedimento”<sup>16</sup>, segundo as quais a legitimidade de uma decisão proferida pelos detentores do poder – que pode ser estendido ao conceito de dever do Estado Social e Democrático de Direito – é alcançada quando permitida a participação dos interessados, sendo esses, no caso em estudo, a própria sociedade. Essa constatação deixa evidente que não basta a sucessão de atos passíveis de

---

<sup>10</sup>BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 325-330.

<sup>11</sup>MARTINS, R. M. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, 150.

<sup>12</sup>FERRAZ, S; DALLARI, A. A. *Processo administrativo*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 2012, p. 53.

<sup>13</sup>O autor defende a presença do contraditório como nota diferenciadora (BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 50).

<sup>14</sup>De maneira não muito distinta, Hely Lopes Meirelles afirma ser o procedimento a forma como se desenvolve o processo, que seria a sucessão de atos destinados a obtenção de uma decisão final a respeito de uma controvérsia (MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 41 ed, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 801).

<sup>15</sup>MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 275-280. Na seara da Teoria Geral do Processo, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco estendem o conceito de processo à jurisdição voluntária (CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 29 ed, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 180/181).

<sup>16</sup>LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, UnB, 1980, p. 13.

controle, mas é necessária também a participação dos administrados de forma a que se façam concretos os princípios democráticos e republicanos evidenciados na Constituição Federal. Portanto, conclui o autor paulista, a nota do contraditório é, em realidade, direito à participação, participação essa que, à primeira manifestação do administrado, cria uma relação jurídica que vincula duas situações jurídicas, uma do manifestante e outra do agente público, dotada de ônus, poderes, faculdades, sujeições e deveres<sup>17</sup>. Essa relação, que permite a formação do conteúdo de um ato de forma democrática e segura aos ditames da função estatal, é estabelecida também na licitação. Não há o que se negar: tal como qualquer processo administrativo, a licitação também se configura com base em um procedimento e a formação de relações jurídicas, todos vinculados com a finalidade de produzir o ato conclusivo que, no caso, é a edição de um ato administrativo bilateral.

Poderia, eu, dizer aqui que, faltando o pressuposto lógico da licitação, basta reconhecer o credenciamento como o requisito procedimental de edição de atos administrativos bilaterais marcados pela inexistência de competição qualificada pela intenção de contratação de todos. Afinal de contas, o art. 79, próprio para desenhar o regime do referido processo, deixa claro, em seu *caput*, que o processo ali previsto se destina a contratações, ou seja, à formação de atos administrativos bilaterais. Credenciar-se, assim, seria apresentar-se para tal finalidade.

Essa afirmação traz, sem embargo, a necessidade de três reflexões. A primeira delas é reparar que existe, claramente, uma ambiguidade quanto ao uso do termo pela própria Lei de Licitações. Isso porque, uma vez que credenciar-se é apresentar-se para a finalidade de formação de um ato administrativo bilateral possível, percebe-se que o credenciamento passa a ser tido pelo legislador como espécie de processo, ou mais especificamente, espécie de chamamento público, e também é o ato que, podemos dizer, atesta o cumprimento de requisitos pelos particulares capazes de, no futuro, celebrarem os contratos administrativos. Essa ambiguidade não é a única existente quanto ao termo, como demonstrarei ao longo deste trabalho.

Restam dois problemas. O primeiro deles diz respeito à previsão do parágrafo único do dispositivo, no sentido de que os “procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento”. A segunda é que, com base nas experiências doutrinárias e no que se consagrou na doutrina, a afirmação legal me parece reduzida, o que pode induzir os aplicadores a reconhecerem a incidência de normas incompatíveis com certas situações. Passo a enfrentar a primeira.

### **2.3. O regulamento do credenciamento**

A nova lei de licitações define, nos incisos dos art. 79, as três hipóteses de utilização do credenciamento. Faço minhas as palavras de Ricardo Marcondes Martins<sup>18</sup>: em razão da inexigibilidade de licitação, por falta de pressuposto lógico, desnecessária a previsão legal. Isso porque é simplesmente descabido, sem sentido, falar de licitação nas hipóteses de contratações paralelas e não excludentes e nas hipóteses de seleção a critério de terceiros. Sem embargo, a redação do art. 74, IV, é infeliz, uma vez que o que se credencia não são objetos, mas pré-habilitados, que cumprem os requisitos tidos como necessários, desde que razoáveis.

Na hipótese de contratações paralelas e não excludentes, o legislador, para evitar que uns administrados sejam mais bem beneficiados do que outros, rompendo-se com a racionalidade do credenciamento, determina que, diante da ausência de permissão da contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, em razão

---

<sup>17</sup>MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. Op cit., p. 280-285. Essa mesma posição é defendida na recente obra de Cândido Rangel Dinamarco sobre o Código de Processo Civil de 2016 (DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 135/136).

<sup>18</sup>MARTINS, R. M. “Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out.-dez. 2021, p. 28/29.

das características do objeto, sejam adotados critérios objetivos de distribuição da demanda. Além disso, nas hipóteses citadas, a lei ainda exige que no edital de chamamento público sejam previstos os valores das contratações.

Todavia, a última das hipóteses, referente à hipótese de mercados fluidos, possui constitucionalidade duvidosa, pois, como afirma o professor paulista, se o benefício administrativo “não vai ser estendido a todos os habilitados por escolha da própria Administração, há pressuposto lógico para licitar, descaracterizando-se o instituto do credenciamento”<sup>19</sup>. Parece-me que, em casos dessa natureza, seja devida a justificação pelo administrador das razões para não se realizar, por exemplo, licitações com critério de julgamento tipo “maior desconto”.

Não me interessa, nesse momento, tratar das contingências próprias das previsões do art. 79 do diploma. Tenho a intenção de demonstrar que o credenciamento não se restringe àquilo veiculado pela nova Lei de Licitações. Sob essa ótica, o dispositivo tem um imenso defeito, fruto de uma mania do legislador – e da doutrina – de ignorarem a composição das competências referentes à matéria de processo de contratação desenhadas pela Constituição. Os incisos do parágrafo único definem regras gerais, referentes à divulgação do edital de chamamento público, a critérios de distribuição de demanda, conforme já mencionado, à adoção de condições padronizadas de contratação e, como também já dito, definição do valor da contratação, ao dever de registro de cotações de mercado, à necessidade de autorização expressa do Poder Público para a contratação de terceiros pelo credenciado e, por último, à admissão de fixação de prazos para a denúncia das partes. Em seu mesmo teor, no *caput* do parágrafo, afirma que à atenção a essas regras serão especificadas em regulamento, instrumento esse editado, sob exercício abstrato de competência do administrador<sup>20</sup>.

Essa fórmula, também seguida em outras legislações, como é o caso da Lei n. 13.019/2014, desobedece à determinação constitucional de que normas específicas sejam ditadas pelo legislador local, não pelo Chefe do Executivo, como é o caso do ato mencionado, sobre o qual reza o art. 84, IV, da Constituição Federal.

Como dito, a opção do constituinte, ao estabelecer a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, destina-se a preservar a segurança jurídica e os interesses nacionais sem, em contrapartida, ferir o princípio da igualdade no tocante aos membros da federação. Em melhores palavras, é inerente ao princípio da igualdade a própria distinção, já que, por mais incoerente que possa ser essa oração sob leitura apressada, sabe-se que a igualdade meramente formal, sem levar em conta as distinções inerentes entre os sujeitados à norma, é clara fonte de injustiças.

Pois bem, normas gerais podem dizer respeito tanto à generalidade de indivíduos quanto à generalidade de comportamentos a serem normatizados – o que quer dizer que não está regulada uma ação que se exaure, mas uma que se prolonga no tempo e abarca determinados comportamentos outros, conforme exposição de Norberto Bobbio<sup>21</sup> – mas para o tratamento do dispositivo há que se entender, ainda, que as normas editadas pela União de forma privativa têm o condão de tutelar a permanência da unidade federal e criar um campo minimamente seguro juridicamente para que os cidadãos possam influenciar a atividade administrativa ao longo do território por meio de relações jurídicas estabelecidas entre o administrado e o administrador.

Há, no entanto, que se levar em conta as especificidades regionais de um país tão desigual. De fato, um prazo considerado razoável para cidades como São

<sup>19</sup>MARTINS, R. M. “Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out.-dez. 2021, p. 28/29.

<sup>20</sup>Sobre o tema: CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 13.

<sup>21</sup>BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*, 2 ed, São Paulo, Edipro, 2014, p. 177.

Paulo e Rio de Janeiro pode não ser, e frequentemente não o será, para municípios no interior do Estado do Amazonas ou do Pará, atendidos por escassa malha rodoviária e inseridos em contextos de alta concentração de mercado. É em razão disso que a Constituição exige que os demais entes tratem aspectos caros à sua própria realidade e se dotem de características procedimentais próprias e compatíveis com seu âmbito interno, de forma a fazer com que a descentralização territorial do poder possa, realmente, servir-se a fins democráticos.

Essas previsões, longe de serem meros devaneios da doutrina, encontram suporte em claríssima redação constitucional. Como se percebe da simples leitura, o art. 22 da Constituição Federal de 1988 introduz o rol de competências privativas do legislador federal. Assim, destaca-se, não se tratam de competências da União, mas competências que devem ser exercidas pelo legislador federal, uma vez que o constituinte se valeu do verbo "legislar". Do mencionado rol, o inciso XXVII veicula que o objeto de tal competência é o estabelecimento de normas gerais de licitação e contratação. *A contrario sensu*, como adiantado, as normas específicas devem ser editadas pelo legislador local, não pelo administrador. Ou seja, nem mesmo para normas específicas, é admitida a figura do regulamento, pois esse, sendo ato administrativo, só é editado em razão de exercício de função administrativa.

Dois esclarecimentos devem ser realizados para o esclarecimento dessa exposição. O primeiro diz respeito à utilização do termo "contratação". O segundo diz respeito à espécie de regulamentos válida no direito brasileiro.

Alguns aspectos não que ser abordados para a completa compreensão da natureza jurídica do processo licitatório. Em primeiro lugar, há que se dizer por que a licitação, pela linguagem constitucional, se configura como um processo público, de forma que se impossibilite sua denominação, ao menos no significado constitucionalizado, a condutas semelhantes no âmbito da iniciativa privada. Em segundo lugar, aproveitando muito do que já se disse, há que se esclarecer o motivo de dizer que tal processo público é destinado à "contratação".

A Constituição de 1988, de reconhecido conteúdo democrático e marco do fim da Ditadura Militar, foi a primeira da história nacional a constitucionalizar o termo<sup>22</sup>. Até então, o signo de licitação só havia conquistado lugar no ordenamento por meio de normas infralegais. O texto que vigia na época era o veiculado pelo Decreto n. 2.300/1986, que não definia o instituto, mas apresentava conteúdo que forneceu subsídio considerável para o texto da Lei n. 8.666/93. Sob a redação do revogado art. 3º, verifica-se a finalidade do processo em selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração em respeito aos princípios da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e demais princípios correlatos. A vinculação do termo aos vetores de direito público, no entanto, não é monopólio da produção nacional. Héctor Jorge Escola, por exemplo, afirma que só se pode entender o instituto quando se reconhece a possibilidade de oposição ou concorrência entre todos os particulares que dela participam, em similares condições e possibilidades e de forma que todo o processo se faça público<sup>23</sup>. Interessante que tanto esse autor bem como seus conterrâneos, Eduardo García de Enterría e Tomaz-Ramón Fernández, reconhecem ser a licitação apenas um dos vários processos de competição entre administrados destinados à seleção pela Administração Pública<sup>24</sup> que, no entanto, ganha tamanha relevância pela doutrina de forma a fazer com que, regra geral, os estudiosos acabem remetendo o estudo do gênero ao estudo da espécie<sup>25</sup>. O vínculo do signo com os princípios administrativos, por sua vez, revela acerto da posição de Carlos Ari Sundfeld que

<sup>22</sup>ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 83.

<sup>23</sup>ESCOLA, H. J. *Compendio de derecho administrativo*. vol II. Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 656/657.

<sup>24</sup>ENTERRÍA, E. G; FERNANDÉZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015, p. 706.

<sup>25</sup>ENTERRÍA, E. G; FERNANDÉZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015, p. 706.

nega a possibilidade existencial de uma licitação na seara privada<sup>26</sup>. É uma relação de dever público, pois sua instauração não se confere em discricionariedade do agente administrativo, mas em vinculação<sup>27</sup>. Regra geral, o processo de seleção há que ser instaurado e a possibilidade de seu afastamento só se dá nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, adiante tratadas.

A nota distintiva entre a licitação e os demais processos análogos da Administração, conforme os doutrinadores espanhóis, é também acatada pela redação constitucional. Os dispositivos constitucionais sobre o tema (art. 22, XXVII, art. 37, XXI, art. 173, III, e art. 175, *caput*, todos da Constituição Federal) o relacionam à edição de um ato administrativo bilateral. Como, no entanto, já era de se esperar, a redação se fez atécnica: utilizou-se dos termos “contratos” e “contratação”. Não há que se deixar enganar: os significados técnicos a serem extraídos por trás da literalidade dizem respeito, respectivamente, ao ato editado cujo conteúdo é formado a partir da manifestação de particular e ao processo por ele concluído. Portanto, o ato conclusivo do processo de licitação não pode ser qualquer ato a não ser, por força da redação constitucional, à seleção de um particular para a edição de um ato bilateral. Apesar de não reconhecer o contrato nos termos aqui defendidos, a maioria da doutrina se posiciona em relação ao fato de que a Administração não se vale da licitação para a edição futura de ato unilateral<sup>28</sup>. No entanto, a tradição de se imaginar o direito público como direito privado resulta em outro equívoco, pois há aqueles que acreditam, como é o caso de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Régis Fernandes de Oliveira, que o fim da licitação é tão somente selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração<sup>29</sup>, como se essa possuísse interesses destoados dos particulares, que restassem desconsiderados, e visasse apenas o melhor custo-benefício possível. Essa visão, no entanto, não se sustenta perante o regime publicista. A atuação administrativa deve ser economicamente responsável, mas sua atuação eficiente também deve levar em conta todo o ordenamento jurídico e, assim, permitir o acesso igualitário de todos à concorrência pelo posto de selecionado, preenchido após um julgamento objetivo e pré-estabelecido<sup>30</sup>.

Não se está a defender que a instauração de um processo impessoal de seleção, baseado em critérios objetivos e pré-fixados deva se dar somente no âmbito licitatório. Afirmar isso é incidir no fato denunciado por Carlos Ari Sundfeld, em julgar o gênero pela espécie. O sistema normativo exige que sejam respeitados os princípios da isonomia e da publicidade, dentre outros, essenciais para a seleção administrativa,

---

<sup>26</sup>SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 25.

<sup>27</sup>Afirma Adilson Abreu Dallari: “O princípio da isonomia, por si só e independentemente de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação” (DALLARI, A. A. *Aspectos jurídicos da licitação*, 6 ed, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 33). Não se concorda que a licitação seja instaurada em razão do princípio da isonomia por si só, visto que os princípios estão sempre em conflito. É inegável, no entanto, a importância que a Constituição lhe conferiu de forma a tornar claro que a instauração do processo licitatório é, amplamente, a regra.

<sup>28</sup>SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, Op cit., p. 15.

<sup>29</sup>Extraí-se esse entendimento dos próprios conceitos apresentados pelos eméritos juristas. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello afirma ser a licitação o “procedimento administrativo, preliminar à celebração de acordo de vontade entre partes, relativo a dado objeto, e em princípio, obrigatório, para as entidades públicas, a fim de apurar a melhor oferta a respeito, entre as propostas dos nele acaso participantes” (BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Da licitação*, São Paulo, Bushatsky, 1978, p. 33).

<sup>30</sup>Afirma Lúcia Valle Figueiredo que a publicidade na licitação é de imperatividade absoluta, pois caso contrário não haveria concorrência, ou haveria sob arbitrariedades do Poder Público. Com a publicidade de regras pré-estabelecidas, assegura-se a isonomia do processo e a ampla disputa para a seleção do Poder Público (FIGUEIREDO, L. V. *Direitos dos licitantes*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 1992, p. 49/50).

sendo desnecessário o comando expresso para tal<sup>31</sup>. O que se está a dizer é que a aplicação do conceito se vale apenas para a edição de atos bilaterais, sendo contratos ou convênios, distinção essa não realizada pelo constituinte quando tratou da licitação.<sup>32</sup>

A restrição aos atos bilaterais tem efeitos normativos, pois, ao fazê-lo, a Constituição destinou regramento próprio à questão. Em primeiro lugar, editou regra abstrata de estrutura à União, conferindo-lhe competência privativa para editar normas gerais a respeito do processo licitatório. E foi enfática: em todas as modalidades, vedando a criação de novas modalidades pelas demais entidades<sup>33</sup>. Além disso, determinou que as hipóteses de dispensa fossem estabelecidas em lei, conforme redação do art. 37, XXI.

Quanto aos regulamentos, já afirmei que, diferentemente do defendido pela doutrina clássica, os atos administrativos não se restringem a atos concretos e individuais. Pelo contrário: é totalmente possível a edição de atos gerais e abstratos. Sua edição confere-se em exercício de função administrativa, de forma que se exige do administrador a ponderação diante do caso concreto atenta aos princípios formais vigentes pela prévia ponderação legislativa ou por sua omissão. Em sua estrutura, a hipótese se refere a casos que se repetem no tempo<sup>34</sup>, de modo que se tornam fontes ininterruptas de normas. Dentre esses atos destacam-se os decretos, cujo conteúdo se confere na norma introduzida que recebe o nome de regulamentos, cuja edição é de competência privativa de Chefe do Executivo.<sup>35</sup>

Não há substrato constitucional capaz de validar a distinção doutrinárias referente a três espécies de regulamentos, ou seja, referente aos regulamentos

---

<sup>31</sup>Interpreta-se dessa maneira as palavras de Carlos Ari Sundfeld, ao afirmar que o dever de licitar existiria mesmo diante da ausência de normas expressas (*Licitação e contrato administrativo*, op cit., p. 18). Por reconhecer que o autor se vale dos princípios constitucionais, estende-se a conclusão para todo processo seletivo da Administração Pública. No mesmo sentido, Eros Roberto Grau afirma que o fundamento da licitação provém do princípio da isonomia assim como o fundamento dos concursos públicos, que se pautam na própria ideia de República, que abole quaisquer privilégios e garante formalmente a igualdade de oportunidade de acesso a todos, sempre quando houver uma concorrência instaurada diante da Administração Pública (GRAU, E. R. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 15/16).

<sup>32</sup>A afirmação, como um todo, tem um importante efeito dogmático: a aplicação de certas regras de competência ao instituto de licitações que não se fazem presentes em demais processos de seleção. Insiste-se: não se nega que o Texto Maior exija, como concretização de seus valores positivados, o processo impessoal, previamente estabelecido legalmente, para que se escolha um particular. Ainda que só tenha se expressado a respeito das licitações e dos concursos, a interpretação dos dispositivos referentes aos institutos permite ao intérprete resolver a lacuna constitucional, ou seja, a incompletude contrária ao programa estabelecido pelo constituinte (CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2017, p. 1235). Há, no entanto, que se perceber que, para esses processos, a Constituição não foi tão rígida quanto o foi para a licitação, destinada à edição de atos bilaterais. Não instituiu, assim, a competência privativa da União para editar normas gerais, o que, por certo, resulta em maior autonomia dos entes federados para editarem seus próprios processos administrativos. Afinal, vale ter em mente que, como afirma Ricardo Marcondes Martins (*Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 321-322), a Constituição Federal, diferentemente do que fez com relação aos processos jurisdicionais, permitiu o tratamento dos processos administrativos de cada ente por meio deles próprios. É o que vale para que se conclua: o constituinte foi mais rígido em relação ao processo destinado à edição de atos bilaterais com particulares do que o foi em relação aos processos que resultem em edição de atos unilaterais.

<sup>33</sup>MONTEIRO, V. *Licitação na modalidade pregão*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 70.

<sup>34</sup>Afirma Diógenes Gasparini que os atos abstratos, também chamados normativos, são aqueles que dispõe sobre casos que podem repetir-se" (GASPARINI, D. *Direito administrativo*, 14 ed, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 79).

<sup>35</sup>GALIL, J. V.T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*. Rio de Janeiro, CEEJ, 2020, p. 239-241.



autônomos, aos regulamentos autorizados e aos regulamentos executivos<sup>36</sup>. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>37</sup>, se fosse permitido ao Executivo agir em inobservância das estipulações legais, fragilizar-se-iam as garantias individuais e a própria concepção da separação de poderes. A lógica invalida regulamentos delegados e autônomos, pois se não se permite agir à sombra das decisões legislativas, que devem ser sempre consideradas, também não se permite ao administrador editar ato cujo conteúdo deveria ser disposto por lei, ainda que se trate de lei delegada (art. 68 da CF/88). Essa autorização deturparia a própria lógica do constituinte e enfraqueceria o viés normativo do Texto Maior. Em outras palavras, se a Constituição atribui à lei inserir determinadas normas no mundo jurídico, não pode o legislador infraconstitucional decidir dar-lhe outra função.

Apesar de alguns autores se manifestarem contrários à exclusividade dos decretos executivos<sup>38</sup>, fato é que o Texto Constitucional, por meio de seu art. 84, IV, não deixa dúvidas. Mesmo as alíneas do inciso VI do mesmo artigo, inseridas pela Emenda Constitucional n. 32/2001, não contribuem para a classificação tripartite. Primeiramente porque a hipótese da alínea "b" só ocorre porque lei anterior instituiu os cargos, enquanto a alínea "a" diz respeito à mera organização interna de órgãos e competências já criadas por lei<sup>39</sup>.

Note-se, portanto, que ainda que, validamente, tais atos se caracterizem pela abstração, a ponderação que proporciona sua edição não se confunde com a ponderação legislativa. Tampouco se confunde com a ponderação exercida previamente à edição de um ato concreto. O regulamento tem o condão de conferir aplicabilidade à lei, conferir-lhe condições para ser executada. A ponderação efetuada leva em conta os princípios incidentes sobre a fixação de condições necessárias ao cumprimento de normas legislativas, não sobre o ato concreto no qual se dá a aplicação. Trata-se, portanto, de instrumento pelo qual o Poder disciplina sua própria administração em atenção às decisões do legislador que, por sua vez, se não editou lei, é de se entender que não há o que regulamentar. A omissão será afastada no caso concreto, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, mas o regulamento se mantém fiel execução das ponderações legislativas, tal como enuncia o art. 84, IV, da Constituição Federal.

Conferir tal tarefa ao legislador é evitar, justamente, que se transformem, pela análise subjetiva do administrador, as regras relativas ao processo destinado à contratação, facilitando a captura da Administração Pública, uma vez que o processo de edição e de transformação de regulamentos é notoriamente mais brando que o de edição e de promulgação de uma lei. Assim sendo, embora não seja uma afirmativa tautológica, conferir a competência de definição de regras ao legislador é impedir, em considerável medida, a mudança caso a caso destinada ao favorecimento de alguns administrados em relação a outros, o que poderia ser feito, inclusive, para

---

<sup>36</sup>CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*. São Paulo, RT, 1981, p. 13.

<sup>37</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 353-355 e 364.

<sup>38</sup> Por exemplo: CYRINO, A. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 115; BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2014, p. 140 e GRAU, E. *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 188/189.

<sup>39</sup> De qualquer forma, o constituinte reformador se utilizou do mesmo significante para distinto significado do que havia consagrado a Constituição. Devido a esse motivo, concorda-se com Ricardo Marcondes Martins que, por sua vez, não lhes reconhece o caráter de regulamentos e os rotula, assim, de regulamentos impróprios (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal, Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 110).

fins eleitoreiros, tão comuns em um país de cotidiano neocoronelista, dominado por milícias de todos os tipos, que se estendem desde as margens da Baía da Guanabara até os rincões da Cabeça de Cachorro.

O parágrafo único, ao determinar que as especificações das normas gerais sejam tratadas por regulamento, parece “queimar etapa”, em linguagem prosaica. Incide em inconstitucionalidade, por desrespeito à norma de estrutura prevista no Texto Maior. Para evitar as invalidades em âmbito próprio, deve, o legislador local, dispor das normas específicas necessárias. Vale lembrar, antes de tudo, que o credenciamento tem, como finalidade, a contratação. Insisto: é vazio tratar um processo sem perceber a sua destinação, uma vez que a função administrativa é conceituada pela edição de atos administrativos. A finalidade de contratação faz incidir o desenho constitucional de competências, que deve ser respeitado. Isso porque, o próprio ato de credenciamento, percebido como a marca do processo homônimo, embora tenha caráter unilateral, editado não a partir da manifestação de um particular para a concepção do conteúdo de um contrato administrativo, mas por um medo *check-up* de requisitos, é destinado também para a contratação, finalidade verdadeira do processo movimentado.

### **3. Um outro credenciamento**

Os poucos trabalhos existentes indicam que o credenciamento tem larga utilização desde antes das previsões da Lei n. 14.133/2021. As ponderações legislativas se devem ao atual diploma que, no entanto, deu tratamento ao signo destinado àquilo que se pretendia, ou seja, às contratações. O risco com essa opção do legislador tem um efeito pragmático: induzir os intérpretes à falsa crença de que tudo aquilo a que se confere o nome de credenciamento é regido pelo art. 79 recentemente promulgado, atitude essa que desconsideraria a finalidade do processo desenvolvido.

Explico melhor: imagine-se uma linha do tempo. Nela há três marcas, indicando pontos temporais. O primeiro é o edital de chamamento público. Ele se destina ao credenciamento. Apresentando-se os particulares, e verificados os requisitos, se os credenciam. A partir daí instaura-se a relação que levará ao ato da contratação. Esse é o desenho da Lei de 2021, que tem o ato em tela como requisito procedimental da contratação fruto de inexigibilidade de licitação. Todavia, está aí uma outra ambiguidade referente ao uso do termo credenciamento.

Ocorre que nem sempre é esse o desenho apresentado nas situações que se referem ao credenciamento, pois, muitas vezes, não é essa relação contratual que é pretendida. A finalidade é outra, como se pode perceber do estudo de Adilson Abreu Dallari<sup>40</sup>. Nele, o autor paulista dá vários exemplos de credenciamentos destinados a conferir a possibilidade para que o particular se destine ao desenvolvimento de atividades materiais, a título próprio, instrumentais ao exercício da ordenação administrativa<sup>41</sup>. Trata-se, assim, de um ato unilateral que não se destina a preparar a formação de um ato administrativo bilateral. Daí em diante, o que haverá é tão somente o estabelecimento das relações contratuais entre o particular credenciado e o particular consumidor.

Trago alguns exemplos. Um deles é o referente ao regime da Resolução CONTRAN n. 358 DE 13/08/2010, que dispõe a respeito de credenciamento de entidades públicas e entidades privadas para o processo de formação, qualificação, atualização e reciclagem de candidatos e condutores<sup>42</sup>. É o que também ocorre

---

<sup>40</sup>DALLARI, A. A. “Credenciamento”, em BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo, Malheiros, 1997, v. 2, p. 38-52.

<sup>41</sup>Utilizo a terminologia empregada em SUNDFELD, C. A. *Direito administrativo ordenador*, 1 ed, São Paulo, Malheiros, 2003, por acreditar que seja mais precisa do que “poder de polícia”.

<sup>42</sup>O exemplo tem gênese no trabalho já citado de Adilson Abreu Dallari (*supra*, rodapé nº. 2), com legislação atualizada.

quanto ao credenciamento de entidades perante a Comissão Nacional de Residência Médica para a prestação de cursos referentes, nos termos da Lei n. 6.932/1981. Em ambas as situações, não há a prestação de um serviço público ao particular, mas o desenvolvimento de uma atividade privada que, por sua vez, é executada por um particular autorizado a emitir um título jurídico em favor do contratante. Nem a prestação, nem mesmo o título emitido, têm caráter de contrato administrativo. Nenhum deles veicula uma relação bilateral entre o particular e o Estado.

Outro exemplo é a prática existente no desenvolvimento do serviço funerário no Município de São Paulo. Na capital paulista, diferentemente de outras capitais, o serviço funerário é um serviço público, conforme Lei n. 8.383/76, prestado diretamente por entidade autárquica, o Serviço Funerário do Município de São Paulo, infelizmente conhecido por seu histórico de captura por interesses privados. Por ele, conforme disposto em Lei Municipal n. 17.180/2019, credenciam-se clínicas de tanatoestética, também conhecidas como clínicas de tanatopraxia. Por mais que possam, as clínicas, prestarem os serviços a outros serviços funerários, oriundos de fora dos limites da capital paulista, embora economicamente desinteressante, para prestarem seus serviços aos usuários da autarquia municipal, devem credenciar-se perante essa. O ato, não obstante a falta de autorização legal para tal, tem efeitos regulatórios (ainda que se possa discutir a sua natureza de prestação de serviço público municipal por autorização), permitindo assim que os motoristas de traslado se dirijam até essas clínicas com os corpos destinados ao procedimento estético. Por mais paradoxal que possa parecer, a atividade mantém característica de atividade econômica enquanto não é prestada de maneira acessória, como afirmado pela Resolução 14/SFMSP/2019, para o serviço funerário paulistano.

Independentemente da natureza jurídica da atividade prestada, o que importa reconhecer é que, a família, ao contratar um serviço de uma dessas clínicas, estabelece uma relação jurídica com ela da qual já não participa mais o Estado. O papel desse está em relação jurídica anterior, denominada de credenciamento pela resolução mencionada, mas obviamente não tem caráter de relação contratual, não havendo espaço para definições de cláusulas baseadas em propostas apresentadas pelos particulares ou, mesmo, a definição de equações econômico-financeiras. Tampouco, ainda, há a configuração da Administração como cliente do serviço, uma vez que o Estado nada recebe e nada paga pelo desempenho dos particulares.

Outro exemplo, também do Serviço Funerário do Município de São Paulo, é a exploração de salas de velório. Essa atividade também pode ser prestada por entidades privadas credenciadas, conforme previsão do art. 3º, §2º, da Lei n. 17.180/2019. Poderia discutir se se deve à prestação de serviços públicos por autorização, de constitucionalidade duvidável, ou se se trata de autorização para o desempenho de atividade econômica. Meu objetivo aqui não é traçar reflexões a respeito da atividade, em si, utilizada como pano de fundo. A minha intenção é deixar claro que as realidades jurídicas são distintas daquelas nas quais, por exemplo, credenciam-se vários restaurantes para fornecimento de almoço para os servidores, a quem cabe entregar “vales” no estabelecimento que serão, depois, liquidados pelo próprio setor financeiro do órgão em benefício da empresa privada. É distinto também de situações nas quais se credenciam postos de gasolina ou estacionamentos para uso dos motoristas em trabalhos externos para determinada entidade. Nessas situações, o que difere é que, de fato, estabelece-se uma relação contratual entre a Administração e o credenciado pois, no fim, quem esteve em contato direto com o particular foi um agente que tornou presente o Estado na relação.

Em situações como aquelas referentes a autoescolas e prestadoras dos programas de residência médica, a relação contratual é direta com o administrado. Não há relação triangular – como ocorre no regime das concessões de serviço

público<sup>43</sup> -, pois a Administração não se encontra figurada. Seu papel se limita ao ato de credenciar, que, por ambiguidade, resultará na edição de um veículo introdutor de normas que será chamado de credenciamento<sup>44</sup>, embora destina-se a veicular, por exemplo, conteúdos referentes a autorizações. Todavia, não dirigir-se-á à formação futura de um contrato administrativo.

Pois bem, seria um equívoco afirmar que a relação contratual integra o Poder Público. Concluir dessa maneira é concluir que um administrado pode, sem delegação, editar um ato administrativo. Como já me manifestei antes, o contrato não deixa de ser um ato administrativo qualificado pelo fato de ter seu conteúdo constituído por manifestações do Estado e do particular, o que não é o caso que se apresenta<sup>45</sup>. Isso leva a uma conclusão central pois, como eu disse, entender o processo é entendê-lo no exercício da função pública, ou seja, entendê-lo de acordo com o ato final a ser produzido. Se destinado à formação de contratos administrativos, incide-se a rede de competências constitucionais destinada às contratações públicas. Se não, incide-se o regime referente à edição de atos unilaterais por si só, o que quer dizer que a seleção pode sim ser especificada em regulamento.

Como já se consagrou na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, invocar um conceito jurídico é invocar um conjunto de normas<sup>46</sup>. Um conceito é uma síntese, um grupo de normas classificadas e reunidas em conjunto de acordo com critérios específicos. Tem-se, assim, o instituto. Assim, posso concluir: o credenciamento da Lei de Licitações é destinado à formação de contratos administrativos. Carrega assim as inconstitucionalidades referentes ao regime das contratações. A interpretação conforme, aqui, só poderia beneficiar o regime do credenciamento alheio a contratos administrativos no âmbito da União, não vinculando os demais entes, uma vez que o processo administrativo não é de tratamento exclusivo do legislador federal. Assim sendo, não restam dúvidas de que, por mais que compartilhem características comuns, o que justificaria um estudo conjunto e até mesmo a ambiguidade do termo, não se pode dizer, principalmente para os demais entes federativos, que há apenas um credenciamento, aquele da Lei n. 14.133/2021.

## Referências

- ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*, São Paulo, Malheiros, 2015.
- BACELLAR FILHO, R. F. *Processo administrativo disciplinar*, 4 ed, São Paulo, Saraiva, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, O. A. *Da licitação*, São Paulo, Bushatsky, 1978.
- BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 3 ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2014.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. São Paulo, Edipro, 2014.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7 ed, Coimbra, Almedina, 2017.
- CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, RT, 1981.
- CARRAZZA, R. A. *O regulamento do direito tributário brasileiro*, São Paulo, RT, 1981.

---

<sup>43</sup>Fenômeno esse estudado em ANDRADE, L. Q. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo, Malheiros, 2015.

<sup>44</sup>Sobre os veículos introdutórios de normas: MOUSSALLEM, T. M. *Fontes no direito tributário*. 2 ed. São Paulo, Noeses, 2006, p. 125-128.

<sup>45</sup>GALIL, João Victor Tavares. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*. Op cit., p. 297.

<sup>46</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35 ed, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 308.

- CINTRA, A. C. A; GRINOVER, A. P; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 29 ed. São Paulo, Malheiros, 2013.
- CYRINO, A. *Delegações legislativas, regulamentos e administração pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2019
- DALLARI, A. A. "Credenciamento", en BANDEIRA DE MELLO, C. A. (coord.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 2, São Paulo, Malheiros, 1997., p. 38-52.
- DALLARI, A. A. *Aspectos jurídicos da licitação*, 6 ed, São Paulo, Saraiva, 2003.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*, Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2017.
- ENTERRÍA, E. G; FERNANDÉZ, T. R. *Curso de direito administrativo*, Tomo II, São Paulo, RT, 2015.
- ESCOLA, H. J. *Compendio de derecho administrativo*, vol II, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- FERRAZ, S; DALLARI, A. A. *Processo administrativo*, 3 ed, São Paulo, Malheiros, 2012.
- GALIL, J. V. T. *Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, Rio de Janeiro, CEEJ, 2020.
- GASPARINI, D. *Direito administrativo*, 14 ed, São Paulo, Saraiva, 2012.
- GRAU, E. R. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da Lei*, São Paulo, Malheiros, 1995.
- GRAU, E. *O direito posto e o direito pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.
- LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília, UnB, 1980.
- MARTINS, R. M. *Regulação Administrativa à luz da Constituição Federal*, São Paulo, Malheiros, 2014.
- MARTINS, R. M. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, São Paulo, Malheiros, 2015.
- MARTINS, R. M. "Inexigibilidade de licitação à luz da Lei 14.133/21", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, nº. 19, out/dez. 2021, p. 28/29.
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*, 41 ed, São Paulo, Malheiros, 2015.
- MONTEIRO, V. *Licitação na modalidade pregão*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 2010.
- MOUSSALLEM, T. M. *Fontes no direito tributário*, 2 ed, São Paulo, Noeses, 2006.
- NIEBUHR, J. M. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- ROSILHO, A. *Licitação no Brasil*. São Paulo, Malheiros, 2013.
- SUNDFELD, C. A. *Licitação e contrato administrativo*, 2 ed, São Paulo, Malheiros, 1995.
- SUNDFELD, C. A. *Direito administrativo ordenador*, 1 ed, São Paulo, Malheiros, 2003.

## **A valoração das provas no *Habeas Corpus* (HC 164.493) e os efeitos no Processo Penal brasileiro: a decisão de suspeição pela Corte do ex-juiz Sérgio Moro**

*The Habeas Corpus (HC 164.493) evidence analysis in brazilian criminal procedure: the partiality decision by Court against former judge Sérgio Moro*

**Sarah Gonçalves Ribeiro<sup>1</sup>**

**Augusto Jorge Siqueira Elias<sup>2</sup>**

*Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – Brasil*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A importância do *Habeas Corpus* para o processo penal: as espécies preventivo e liberatório; 3. Análise de casos: *Habeas Corpus* no processo penal brasileiro; 4. Os efeitos da concessão de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro via *Habeas Corpus* para o Processo Penal brasileiro; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a estudar os efeitos da análise de provas via *Habeas Corpus* no processo penal brasileiro. Será feita uma avaliação mais detalhada do HC nº 164.493, que reconheceu a parcialidade do ex-juiz Sérgio Moro. Além disso, far-se-á um estudo dos efeitos causados pelo alargamento do campo de abrangência do remédio constitucional. Nesse intento, resolveu-se analisar de forma detalhada a doutrina, legislação e a jurisprudência brasileira, com a finalidade de identificar possíveis desvios na utilização do *Habeas Corpus*. Para isso, utilizou-se método de abordagem comparativa, histórica e científica.

**Palavras chave:** *Habeas Corpus*; provas; Sérgio Moro; HC 164.493; suspeição.

**Abstract:** This article aims to study the effects of the analysis of evidence by *Habeas Corpus* in the Brazilian criminal procedure. Will be made a detailed analysis of the *Habeas Corpus* nº 164.493, who confirmed the existence misconduct by former judge Sérgio Moro. Besides, will be made a study of the effects caused by the relaxation in the rules for the procedural remedy. For it was decided to analyze the Brazilian legislation and jurisprudence in detail to identify deviations in the instrument use. For this, a comparative, historical and scientific approach was used.

**Keywords:** *Habeas Corpus*; Sérgio Moro; evidence; HC 164.493; partiality.

---

<sup>1</sup>Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Assessora de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

<sup>2</sup>Mestrando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Advogado.

## 1. Introdução

Instrumento de garantia da liberdade de ir, vir, estar ou permanecer, lesada ou ameaçada de lesão, o *Habeas Corpus* figura no rol dos “remédios constitucionais” de nossa Lei Maior. Fruto do conflito entre o poder de deter das autoridades estatais e a luta contra violações à liberdade individual, a contestação de atos ilegais de cerceamento por meio de *Habeas Corpus* provoca debates acalorados há séculos<sup>3</sup>.

Ressonando desde a *Magna Charta* da Inglaterra<sup>4</sup> aos quatro cantos do mundo, os debates sobre a autoridade estatal e a extensão dos seus poderes sobre o indivíduo sempre são cheios de novidades. Em nosso próprio tempo<sup>5</sup>, e não menos que em anteriores<sup>6 7</sup>, juristas e acadêmicos concorrem para a construção de uma doutrina sobre quem goza da proteção desse instrumento, qual a competência adequada para o julgamento, qual a jurisdição do *Habeas Corpus*, e, se os seus limites devem mudar durante eventual Estado de emergência.

No Brasil, Dom João VI, expediu, por ocasião de seu retorno a Portugal e em reação aos arbítrios cometidos por Governadores e Juízes, o Decreto de 23 de maio de 1821, ordenando “(...) *que desde a sua data em diante nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente*”<sup>8</sup> (sic).

---

<sup>3</sup>Segundo Pontes de Miranda, os princípios essenciais do *habeas corpus* moderno advém das conquistas daqueles britânicos que, diante das arbitrariedades sofridas diariamente por ordem da coroa e de seus xerifes, “soube[ram] tirar do velho e bárbaro latim daquele trecho o germe de várias leis inestimáveis, que os tempos e as lutas aprimoraram”. In: PONTES DE MIRANDA, F.C. *História e Prática do Habeas Corpus*, 3ª ed., José Konfino, Rio de Janeiro, 1955, p. 11.

<sup>4</sup>“Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut dissaisietur, aut ultragetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec semper eum ibimus, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negábimus, aut differemus rectum aut justitiam”, (“Nenhum homem livre será detido, feito prisioneiro, colocado como fora da lei ou exilado e nem de forma alguma arruinado, nem procederemos nem mandaremos proceder alguém contra ele, exceto mediante julgamento dos seus pares e de acordo com a lei da terra. A ninguém venderemos, a ninguém negaremos, a ninguém adiaremos direito ou justiça”). In: THOMSON, R. *An Historical Essay on the Magna Charta of King John*, 1ª ed, John Major, Londres, 1829, pp. 82-83.

<sup>5</sup>Cabe lembrar uma declaração polêmica feita no ano de 2018 pelo Ministro do STF Luis Roberto Barroso, segundo o qual “não é papel de nenhuma Corte Constitucional no mundo julgar 10 mil HCs por ano. É inexplicável. Não há sentido nisso. Jurisdição constitucional não é feita para julgar *habeas corpus* originariamente”. In: MIGALHAS. “Barroso critica STF como 4ª instância: Jurisdição constitucional não é feita para julgar HC”, *Migalhas*, 11 abr. 2018, p. 11, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/278265/barroso-critica-stf-como-4--instancia---jurisdicao-constitucional-nao-e-feita-para-julgar-hc>, acesso em: 10 jun. 2021.

<sup>6</sup>ZERNIERI, M.B. & TIOSSO, P.A. “O Habeas Corpus e a advocacia na defesa dos presos políticos na ditadura militar”, *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, ed. 105, fev./mai. 2013, DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2013v15e105-7>, disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/70>, acesso em: 11 jun. 2021, p. 151-179.

<sup>7</sup>CAVALCANTE DA COSTA, R.J. & SOUZA BERNARDO, R. “Habeas Corpus sob enfoque histórico: a disciplina conferida ao remédio constitucional durante o regime militar”, *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 12, n. 1, 1ª ed, 2014, disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/53/53>, acesso em: 11 jun. 2021, pp. 565-579.

<sup>8</sup>Brasil. *Império do Decreto de 1821*, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim-23-5-1821.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-23-5-1821.htm), acesso em: 12 jun. 2021.

A Constituição de 1824 consignou essas proteções em seu Artigo 179, inciso VIII<sup>9</sup>, mas não trouxe expressamente o termo *Habeas Corpus*. Interessante pontuar que o Código Criminal de 1830 previu tipos penais relacionados ao *Habeas Corpus*<sup>10</sup> antes mesmo do termo vir a ser devidamente consagrado na legislação pátria, em 1832, com a promulgação do Código de Processo Criminal<sup>11</sup>.

Adotado na Constituição de 1891, o *Habeas Corpus* elevado à condição de garantia constitucional a fim de proteger o indivíduo que sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. Necessário notar que o dispositivo não trouxe remissão ao direito de ir e vir, nem à liberdade de locomoção. O texto também não fez referência à prisão, ao constrangimento corporal, ou à liberdade física propriamente dita.

Para Ruy Barbosa<sup>12</sup>, proponente de uma visão expansiva do emprego do *Habeas Corpus*, essas ponderações eram inócuas, uma vez que no texto constitucional, em oposição ao dispositivo semelhante da Constituição Imperial:

“Não se falla em prisão, não se falla em constrangimentos corporaes. Falla-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coacção e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coacção, por um desses meios, ahí está estabelecido o caso constitucional do *habeas-corpus*. Quaes são os meios indicados? Quaes são as origens da coacção e da violência, que devem concorrer para que se estabeleça o caso legitimo do *habeas-corpus*? Ilegalidade ou abuso de poder. Si de um lado existe a coacção ou a violência e de outro lado a ilegalidade ou o abuso de poder; si a coacção ou a violência resulta de ilegalidade ou abuso de poder, qualquer que seja a violência, qualquer que seja a coacção, desde que resulte de abuso de poder, seja qual elle for, ou de ilegalidade, qualquer que ella seja, é inegável o recurso do *habeas-corpus*”.

O então Ministro do Supremo, Pedro Lessa, trouxe entendimento mais moderado do tema, ao ampliar a aplicabilidade do *Habeas Corpus* ao campo da

---

<sup>9</sup>A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”(sic). In: Brasil. *Constituição política do Império do Brazil de 1824*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm), acesso em: 12 jun. 2021.

<sup>10</sup>Os arts. 183 a 188 versam sobre violações ao *habeas corpus*, desde a recusa da concessão pelos juizes até a recusa de auxílio no cumprimento por qualquer cidadão maior de dezoito e menor de cinquenta anos.

<sup>11</sup>Presente no título VI, os art. 340 e ss emolduram as questões de forma e processo da ação, quesitos de ilegalidade da prisão, assim como formalidades da ordem de soltura e subsequente audiência, e os procedimentos quanto à recusa de cumprimento da ordem.

<sup>12</sup>Estados Unidos do Brasil. *Annaes do Senado Federal de 1915*, disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1915/1915%20Livro%201.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1915/1915%20Livro%201.pdf), acesso em: 12 jun. 2021, p. 143.



garantia de liberdade de locomoção. No julgamento do HC nº 3.567, de 1º de julho de 1914<sup>13</sup>, ilustrou:

“Este caso é de habeas-corpus. Trata-se de garantir a liberdade de locomoção contra uma ordem que o paciente allega que é contrária á lei. Conhece, pois, do pedido. (...) Quando se applicava o instituto de habeas-corpus tal como este foi instituido pela lei em todos os povos que o adoptaram, sem excepção de um só, a liberdade de pensamento, a de consciencia e a religiosa eram tão garantidas como hoje. E' evidente que a liberdade de pensamento, a da consciencia e a religiosa podem ser violadas de dois modos: ou pela coacção á liberdade de locomoção, impedindo-se que o jornalista, o typographo e os mais cmpregados do jornal penetrem no edificio da folha ou pratiquem quaesquer outros actos de locomoção, necessarios á publicação do jornal, ou que o orador vá á praça publica, ou suba á tribuna onde tem de fallar, que o adepto de certas idéas religiosas se afaste do lugar onde lhe offendem as crenças, que o sectario de um culto se entregue aos actos do culto externo, dependentes da liberdade de movimentos, ou por outros quaesquer meios, pelo embaraço ao exercicio de outros direitos, tolhendo-se, por exemplo, a construção de edificios que tenham a fórma de templo, apprehendendo-se numa typographia todos os exemplares de um livro, exigindo-se para nomeação para certos cargos publicos, ou para todos, ou para todos, a profissão de certa fé religiosa”(sic).

Desde então o instituto figurou em todas as Constituições do Brasil, mesmo que cerceado – por força do Ato Institucional nº 5 – ao longo de nove anos e dez meses<sup>14</sup>. Posteriormente a isso, a preocupação se volta – em curioso simulacro das questões debatidas no início do século passado – para o desmedido uso de *Habeas Corpus* no processo brasileiro, como meio ordinário de impugnação, em detrimento das vias recursais próprias, quando não há nem mesmo ameaça concreta e imediata, senão remota e eventual, ao direito de locomoção, entupindo as cortes e sufocando magistrados com as montanhas de solicitações de informações para instrução do *writ* nas cortes superiores.

Aqueles que defendem esse uso, frise-se, ainda que sem risco iminente de prisão do paciente, lastreados na jurisprudência das Cortes Superiores, vem se valendo do *Habeas Corpus* para impugnar todo e qualquer ato processual que se realize, em qualquer grau de jurisdição, até o trânsito em julgado da condenação. Há ainda que se pontuar que mesmo depois do trânsito em julgado, é possível a impetração para atacar algum aspecto da condenação que dispense dilação probatória.

Foram distribuídos em 2020 cerca de 81.920 *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça e de 14.295 no Supremo Tribunal Federal, segundo as estatísticas disponibilizadas pelos tribunais na *internet*<sup>15</sup>. A situação dos Tribunais Estaduais e

<sup>13</sup>STF. “Acórdãos e Decisões”, *Revista do Supremo Tribunal Federal*, disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1273>, acesso em: 13 jun. 2021, p. 266.

<sup>14</sup>SPIELER, P. & QUEIROZ, R.M.R. *Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985*, Edição do Autor, Curitiba, 2013, p. 40-46.

<sup>15</sup>Brasil. *Constituição Federal*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>, acesso em: 12 jun. 2021.

regionais não é diferente. Como exemplo, o advogado apela de uma sentença e, ao observar eventual discussão, muitas vezes não prequestionada, impetra *Habeas Corpus*, obrigando o julgador da próxima instância, segundo a atual jurisprudência das Cortes Superiores, ao exame de ambos.

Nesta análise pretende-se responder seguintes questões: o *Habeas Corpus* é uma ação necessária para o processo penal brasileiro? Seria possível dizer que há uma tendência de alargamento do campo de abrangência para a concessão do *Habeas Corpus* no Brasil? Se sim, e entrando no caso do HC nº 164.493, da suspeição do ex-juiz Sérgio Moro, seria possível afirmar que o *Habeas Corpus* era o instrumento adequado para julgar o caso? E por fim, quais os efeitos da decisão?

## **2. A importância do *habeas corpus* para o processo penal: as espécies preventivo e liberatório**

O *Habeas Corpus* é uma ação constitucional, destinada a coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder voltado ao constrangimento da liberdade de ir, vir, estar e permanecer, nas esferas cíveis e penais. Encontra previsão no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, e, é regulada no Capítulo X, do Título II, do Livro III, do Código de Processo Penal. Conforme ensina Heráclito Antônio Mossin, apesar de haver sensíveis diferenças entre o texto constitucional e o infraconstitucional, as palavras utilizadas acabam por equivaler-se e integrar-se para a garantia da máxima do *ius manendi eundi veniendi*; o *ius manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*<sup>16</sup>. Importante salientar que a despeito da posição ocupada no Código de Processo Penal, no rol dos Recursos, o *Habeas Corpus* é ação própria<sup>17</sup>, de conhecimento, declaratória ou constitutiva – em razão da prestação jurisdicional pleiteada – exteriorizado em procedimento sumaríssimo<sup>18</sup>.

Devido a seu caráter próprio, podemos considerá-lo como uma garantia fundamental, muito mais que mero direito<sup>19</sup>. Segundo Gustavo Badaró, a legitimidade ativa pode ser exercida tanto pela vítima da violação – na qualidade de paciente – quanto por terceiro em seu favor, na qualidade de impetrante, incluído o Ministério Público. Essa abertura é evidenciada, inclusive, no Estatuto da OAB, que exclui a impetração do *Habeas Corpus* das atividades privativas da advocacia<sup>20</sup>.

<sup>16</sup>MOSSIN, H.A. *Compêndio de Processo Penal*, 1ª ed, Manole, Barueri, 2010, p. 851.

<sup>17</sup>MOSSIN, H.A. *Ob. Cit.*, pp. 853-854.

<sup>18</sup>TUCCI, R.L. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, p. 420.

<sup>19</sup>Guilherme Nucci explica que o *habeas corpus* possui natureza assecuratória, semelhante à garantia do devido processo legal, e – por isso – além daquela natureza meramente declaratória do direito (E.g. Direito à liberdade). Para o magistrado “O Estado reconhece a existência do direito, afirmando-o em norma jurídica. A garantia é instituída pelo Estado, não existindo naturalmente antes da norma que a criou. Num panorama amplo, o direito é uma garantia e esta também é um direito. É in conteste que a liberdade é um direito, mas também a garantia de uma sociedade livre; o *habeas corpus* é uma garantia da liberdade, porém um direito do cidadão, quando deseja utilizá-lo. Entretanto, a diferença estabelecida entre direito e garantia é didática e classificatória, permitindo a mais adequada visão dos direitos e garantias humanas fundamentais”. In: NUCCI, G.D.S. *Habeas Corpus*, 2ª ed, rev., Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 25.

<sup>20</sup>Frise-se, ainda, o ensinamento de Espínola Filho, para o qual: “nem mesmo a capacidade civil é exigida; ao menor, ao surdo e mudo sem instrução, ao interditado, se reconhece a qualidade de impetrante, desde que as suas condições pessoais lhes permitam a manifestação de vontade”. In: BADARÓ, G.H. *Processo Penal*. 3ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 913.

Por esse caráter, também, o *Habeas Corpus* projeta-se para além da esfera penal e das ações de agentes do Estado para atingir também os atos de particulares contra particulares. Essa projeção tem como base o próprio texto constitucional, que versa sobre violações ou ameaças ao direito de ir e vir em decorrência de ilegalidade ou abuso de poder. A ilegalidade, no entanto, pode ser cometida por qualquer pessoa<sup>21</sup>. É o que ocorre em casos que envolvem internações em asilos, hospitais, ou em clínicas para tratamento de dependência química, impedimento de ingresso em clubes e colégios por atraso, proibição de saída de funcionário de propriedade rural por dívida, etc.

A urgente necessidade da construção de um corpo probatório na propositura da ação, sem qualquer possibilidade de dilação temporal, é sinal da sumariedade da instrução e andamento do processo. O pedido de informações à autoridade coatora é facultativo, por previsão do Código de Processo Penal<sup>22</sup>, e somente é previsto para aqueles *Habeas Corpus* de competência originária dos tribunais. Por analogia, aplica-se aos casos de *Habeas Corpus* impetrados perante o juiz de primeiro grau<sup>23</sup>. Conforme decidido pelo STF<sup>24</sup>:

“A ação de ‘habeas corpus’ - que possui rito sumaríssimo - não comporta, em função de sua própria natureza processual, maior dilação probatória, eis que ao impetrante compete, na realidade - sem prejuízo da complementação instrutória ministrada pelo órgão coator - subsidiar, com elementos documentais pré-constituídos, o conhecimento da causa pelo Poder Judiciário. A utilização adequada do remédio constitucional do ‘habeas corpus’ impõe, em consequência, seja o ‘writ’ instruído, ordinariamente, com documentos suficientes e necessários a análise da pretensão de direito material nele deduzida”.

Há duas espécies de *Habeas Corpus* no processo penal brasileiro: liberatório e o preventivo. O liberatório pode ser utilizado quando há “*ordem ilegal ou abuso de poder já perpetrados, cuja coação concretizou-se (ou está em vias de se concretizar)*”<sup>25</sup>. O preventivo pode ser ajuizado “*contra ameaça de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, visando prevenir a sua materialização*”<sup>26</sup>. Ressalta-se que no preventivo a ameaça de constrangimento deve ser objetiva, e plausível. Para Renato Brasileiro de Lima “*se não forem apontados atos concretos que possam*

<sup>21</sup>Nesse sentido: Costa Manso, Pedro Lessa, Aureliano Guimarães, João Mendes Jr., Magalhães Noronha, Hélio Tornaghi. In: TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal*, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, pp. 695-696.

<sup>22</sup>Nas palavras de Fernando Tourinho Filho: “Impetrado o *writ* e estando o pedido em ordem, isto é, conforme ao disposto nas alíneas *a*, *b* e *c* do § 1º do art. 654, o Juiz, ou o Tribunal, se entender necessário, poderá requisitar à autoridade tida como coatora as informações sobre o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade ambulatoria, por violência ilegal, deduzido no *petitum*. Recebidas as informações ou dispensadas, será o habeas corpus apreciado dentro de 24 horas, se o órgão julgador for Juiz singular, ou na primeira sessão, se Tribunal” In: TOURINHO FILHO, F.D.C. *Ob. Cit.*, p. 685.

<sup>23</sup>BADARÓ, G.H. *Op. Cit.*, p. 917.

<sup>24</sup>Brasil. *Habeas Corpus* nº 68.698, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1520537>, acesso em: 15 de jun. 2021.

<sup>25</sup>BRASILEIRO DE LIMA, R. *Manual de Processo Penal*, 7º ed., Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 1818.

<sup>26</sup>BRASILEIRO DE LIMA, R. *Ob. Cit.*, p. 1819.

*causar direta ou indiretamente, perigo ou restrição de locomoção de um paciente, num caso concreto, mas apenas hipoteticamente será inviável a utilização do Habeas Corpus*<sup>27</sup>. Ainda, que é “manifestamente incabível a utilização de Habeas Corpus, em sua versão preventiva, quando o alegado risco à liberdade de locomoção for meramente hipotético”<sup>28</sup>.

O efeito do *Habeas Corpus* preventivo está previsto no artigo 660, §4º, do Código de Processo Penal, que diz “se a ordem de habeas corpus for concedida para evitar ameaça de violência ou coação ilegal, dar-se-á ao paciente salvo-conduto assinado pelo juiz”<sup>29</sup>. Desse modo, o salvo-conduto só pode ser concedido quando o paciente sofrer real risco de pena preventiva de liberdade injustamente. Destaca-se a Súmula 695 do Supremo Tribunal Federal “não cabe ‘habeas corpus’ quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

Nota-se que, no Brasil, há uma tendência de alargamento do campo de abrangência para a concessão do remédio constitucional. A principal preocupação se faz nos seus eventuais efeitos negativos, uma vez que a sua banalização pode causar um retrocesso ao Estado Democrático de Direito.

### **3. Análise de casos: Habeas Corpus nas Cortes Superiores.**

As Cortes Superiores pacificaram o entendimento de que o *Habeas Corpus* constitui uma ação constitucional e deve ser utilizado em casos excepcionais. Dessa forma não se considera adequado o exame aprofundado da matéria fática, tampouco a dilação probatória<sup>30</sup>.

“A ação de ‘habeas corpus’ constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Precedentes”<sup>31</sup>.

Para exemplificar necessidade do *Habeas Corpus* no processo penal brasileiro, o HC 461.468-SP<sup>32</sup> se trata de um pedido de trancamento por inépcia da denúncia. Refere-se a um Procurador do Estado que após emitir um parecer jurídico para a aprovação de uma licitação, foi denunciado pela prática prevista no artigo 1º, inciso I, do Decreto-Lei nº 201 de 1967, referente as hipóteses de crimes de responsabilidade do Prefeito Municipal. Posteriormente, a Procuradoria Geral do Ministério Público Federal se posicionou contrário a concessão, por entender que a alegação de inépcia do paciente não se encaixava nos termos do artigos 41, do Código de Processo Penal, tampouco no do artigo 5º, inciso LV, da Constituição

<sup>27</sup>BRASILEIRO DE LIMA, R. *Ob. Cit.*, p. 1819.

<sup>28</sup>BRASILEIRO DE LIMA, R. *Ob. Cit.*, p. 1819.

<sup>29</sup>Brasil. *Decreto-Lei nº 3.689 de 1941*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm), acesso em: 26 jun. 2021.

<sup>30</sup>Brasil. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 177.016 – São Paulo*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753659733>, acesso em 25 jun. 2021.

<sup>31</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>32</sup>Brasil. *Habeas Corpus 461.468*, disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+461468&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+461468&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO), acesso em: 24 jun. 2021.

Federal. Segundo ele, as condutas descritas na denúncia se moldaram aos tipos penais sugeridos e a atipicidade da conduta deveria ser comprovada no curso do processo, para que fosse possível a produção das provas e a manutenção do devido processo legal<sup>33</sup>.

Na contramão, destaca-se o polêmico *Habeas Corpus* 105.905/MS<sup>34</sup>, que chamou a atenção por se tratar de legitimidade ativa do Ministério Público Federal<sup>35</sup>, e foi assumido pela Advocacia Geral da União. Trata-se de um brasileiro e corréus que foram condenados no Paraguai por roubo, lavagem de dinheiro e associação criminosa. O condenado, ao retornar ao Brasil, utilizou o dinheiro proveniente do crime para compra de bens no País, “cujo montante totaliza US\$ 11.132.100,00 (onze milhões, cento e trinta e dois mil e cem dólares), o Governo paraguaio formalizou pedido de extradição do nacional brasileiro e de sequestro dos bens por ele adquiridos”<sup>36</sup>. A Advocacia Geral da União se manifestou pela impossibilidade concessão da extradição e propôs, sequencialmente, uma cautelar para atender o pedido de sequestro de bens. Nessa toada, o Juiz Federal *deferiu* o pedido de sequestro de bens. O paciente, por sua vez, recorreu ao STJ, sustentando a usurpação de competência pela Justiça Federal, o pedido foi acolhido pelo então presidente do STJ “*apenas para suspender a praça, mantendo-se, até ulterior deliberação, a determinação de sequestro dos bens e a designação do fiel depositário*”<sup>37</sup>. Contra a decisão que cassou a limitar e negou o seguimento, impetrou-se *Habeas Corpus* pela AGU, pedindo a concessão de *exequatur*, tendo em vista “*a impossibilidade de dar cumprimento à diligência ou à prática de atos requeridos por Estado estrangeiro com base em Acordo de Cooperação Mútua Internacional*”<sup>38</sup>. O STF concedeu a ordem de *Habeas Corpus* para “*afastar o ato de constrição, sem prejuízo de submissão do pleito ao Superior Tribunal de Justiça*”<sup>39</sup>.

Nessa linha, faz-se referência a outros *Habeas Corpus* impetrados com fundamentações curiosas, como:

“*Habeas corpus* para preservação do direito de imagem do acusado – ordem concedida – (STJ, 6a Turma, HC 88448/DF, Rel. Og Fernandes, j. em 6/05/2010); *habeas corpus* para anulação de ordem de sequestro de bens, determinando a derrubada de todas as penhoras – ordem concedida – (STF, 1a Turma, HC 105.905/MS, Rel. Marco Aurélio, j. em 11/10/2011); *habeas corpus* contra decisão que reconhece a colidência de teses defensivas, promovendo a substituição do advogado comum aos coautores – ordem negada – (STJ, 6a Turma, HC 113.433/SP, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 21/06/2011); *habeas corpus* para impedir exame psiquiátrico

<sup>33</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>34</sup>Brasil. *Habeas Corpus* 105.905 - Mato Grosso do Sul, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1573875>, acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>35</sup>MPF. *Persecução patrimonial e administração de bens*, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/gts-encerrados/gt-medidas-cautelares/docs/Manual%20GT%20Medidas%20Cautelares%20Reais%20-%20persecucao%20patrimonial.pdf>, acesso em: 24 jun. 2021.

<sup>36</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>37</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>38</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>39</sup>Brasil. *Idem*.

em sede de procedimento administrativo disciplinar – pedido não conhecido pelo Relator – (STJ, 1a Turma, HC 170.366/PE, Rel. Teori Albino Zavascki, decisão monocrática, d. 08/08/2011); *habeas corpus* para assegurar o direito de visita em presídio – ordem concedida – (STF, 2a Turma, HC 107.701/RS, Rel. Gilmar Mendes, j. 13/09/2011); *habeas corpus* para inclusão de um terceiro no polo passivo de ação penal instaurada por crime de estelionato – ordem negada – (STF, 1a Turma, HC 108.175/SP, Rel. Cármen Lúcia, j. em 20/09/2011); *habeas corpus* para negar autorização de aborto fora das hipóteses legais, tendo o nascituro como paciente – ordem concedida e o aborto negado – (STJ, 5a Turma, HC 32159/RJ, Rel. Laurita Vaz, j. em 17/02/2004); *habeas corpus* preventivo para impedir a submissão de motorista de veículo automotor ao teste do bafômetro – ordem negada – (STJ, 5a Turma, HC 140.861/SP, Rel. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13/04/2010); *habeas corpus* para a obtenção de porte de arma por guardas municipais – pedido não conhecido pelo Relator – (STJ, 5a Turma, HC 145.107/SP, Rel. Adilson Macabu, j. em 20/03/2012); *habeas corpus* para obtenção da carteira da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, sem prestar o exame de ordem necessário – pedido não conhecido pelo Relator – (STF, 2a Turma, HC 109.327/RJ, Rel. Celso de Mello, decisão monocrática, d. em 04/08/2011); entre outros<sup>40</sup>.

O recente *Habeas Corpus* 164.493/PR<sup>41</sup>, que tratou da suspeição do então juiz federal Sérgio Moro, demonstra que questões fático-probatórias são analisadas na eventualidade<sup>42</sup>. A polêmica do *Habeas Corpus* vem chamando a atenção das Cortes Superiores, como destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, em decisão, dizendo que há um “alargamento do campo de abrangência do remédio heroico”<sup>43 44</sup>.

#### **4. Os efeitos da concessão de suspeição do ex-juiz Sérgio Moro via *habeas corpus* para o processo penal brasileiro**

O procedimento para a arguição da suspeição do magistrado está delimitada nos artigos 96 e ss do Código de Processo Penal<sup>45 46</sup>. No caso do ex-juiz, o pedido de

<sup>40</sup>ROCHA BRANDÃO, D.J. “Controvérsias acerca da utilização do Habeas Corpus no sistema jurídico brasileiro”, *Revista do Ministério Público do Ceará*, disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01-2015/Articulista/DeborahJulyanneRochaBrandao.pdf>, acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>41</sup>Brasil. *Habeas Corpus* 164.493 – Paraná, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447799/false>, acesso em: 22 jun. 2021.

<sup>42</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>43</sup>Brasil. *Habeas Corpus* 107.701 – Rio Grande do Sul, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891>, acesso em: 22 jun. 2022.

<sup>44</sup>“Não raro, esta Corte depara-se com a impetração de *habeas corpus* contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento; indiciamento de determinada pessoa em inquérito policial; recebimento da denúncia; sentença de pronúncia no âmbito do processo do júri; sentença condenatória etc”. In: Brasil. *Idem*.

<sup>45</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>46</sup>“É plenamente possível a arguição da suspeição do juiz mesmo antes do início do processo. Considerando a possibilidade de intervenção da autoridade jurisdicional durante o curso das investigações, sobretudo na decretação de medidas cautelares, e considerando que tais medidas só podem ser decretadas por um juiz competente e imparcial, é evidente que a suspeição pode ser arguida mesmo antes do início da persecução criminal in judicio. (...) Se, no entanto, o juiz suspeito assumir a competência para o julgamento do feito durante o curso do processo, em virtude de licença, promoção ou convocação, por exemplo, do juiz antecessor,

exceção foi negado duas vezes pelo TRF-4<sup>47</sup>, em 2018. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski consta em aberto no Conselho Nacional de Justiça pedidos contra o ex-juiz, todos da 13ª Vara Federal, com previsão de julgamento para o dia 11 de dezembro<sup>48</sup>. O advogado da defesa de Lula, ainda, impetrou *Habeas Corpus*, objetivando acelerar a concessão da suspeição. O Ministro demonstrou a preocupação quanto ao caso ainda não ter sido decidido pelo CNJ.

“Antes de vir para o Plenário, acabo de receber um levantamento de processos que estão pendentes no Conselho Nacional de Justiça, que são dezenas de pedidos movidos contra o ex-juiz da 13ª Vara Criminal de Curitiba, que foram condensados num só processo e que será julgado agora no dia 11 de dezembro - pelo menos, este é o anúncio que consta da pauta - no Conselho Nacional de Justiça. E a matéria a ser apreciada, basicamente, uma delas diz respeito a este tópico. Portanto, nós, a depender do que vamos decidir aqui neste *habeas corpus*, podemos eventualmente ou influenciar ou, de certa maneira, desautorizar o julgamento do CNJ, embora - todos sabemos disso - trate-se de um julgamento de natureza administrativa apenas”<sup>49</sup>.

Além disso, ressaltou que a concessão da suspeição possui uma natureza complexa, pois, pela primeira vez, a Corte estava analisando a possibilidade desse pedido via *Habeas Corpus* “*todos sabemos que existem instrumentos próprios, em nossa sistemática processual, para lidar com esse problema, nomeadamente, a exceção de suspeição. Portanto, é um tema absolutamente novo*”<sup>50</sup>. Para Gustavo Badaró “*embora o CPP inclua o Habeas Corpus entre os recursos, predomina o entendimento de que se trata de ação constitucional, que tem por objeto a proteção do direito de liberdade de locomoção*”<sup>51 52</sup>.

“O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante

---

*devem as partes opor a exceção tão logo tomarem conhecimento da falta de imparcialidade do magistrado*”. In: BRASILEIRO DE LIMA, R. Ob. Cit., p.1144.

<sup>47</sup>Para o advogado do ex-presidente, Moro teria se tornado suspeito ao participar como palestrante do evento Lide Brazilian Investment Fórum, em Nova York, em maio deste ano. A defesa alegou que a participação de Moro era um ato de natureza política-eleitoral, uma vez que evento teria ligação com o político e candidato a governador de São Paulo, João Dória Jr., e que em sua palestra o magistrado teria feito referência à prisão de Lula”. In: Brasil. Operação Lava-Jato: TRF-4 nega dois pedidos de suspeição contra juiz Sérgio Moro feitos pela defesa de Lula, disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=13763&tw=1](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13763&tw=1), acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>48</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>49</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>50</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>51</sup>BADARÓ, G. *Manual dos recursos penais*. 3ª ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018, p. 529.

<sup>52</sup>Brasil. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 437.522 – Paraná*, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595906656/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-437522-pr-2018-0036681-5/inteiro-teor-595906667>, acesso em: 25 jun. 2021.

ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus”<sup>53</sup> (grifo nosso).

Sem adentrar no mérito da decisão colegiada quanto a suspeição, limitando-se a análise processual, a concessão de suspeição do HC nº 164.493 não respeitou as regras processuais do instrumento. O Ministro Marques Nunes salientou isso na sua decisão, observou que além da violação do contraditório, houve uma sobreposição de instância, uma vez que competência era do TRF-4. Para ele o *Habeas Corpus* não era o instrumento adequado para a análise em questão, pois demandava o exame de provas que ainda não haviam sido valoradas na origem<sup>54</sup>.

A maioria do colegiado seguiu o voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, que determinou “a anulação de todas as decisões de Moro no caso do triplex do Guarujá, incluindo os atos praticados na fase pré-processual, por entender que ele demonstrou parcialidade na condução do processo na 13ª Vara Federal de Curitiba (PR)”<sup>55</sup>. A Ministra Carmem Lúcia discordou apenas quanto ao pagamento das custas judiciais, entendendo que apesar de “reconhecida a quebra do dever de imparcialidade, não houve a possibilidade de manifestação do juiz, por se tratar de julgamento de suspeição em HC”<sup>56</sup>.

A decisão sobre a suspeição causou divergência entre especialistas, para alguns ela foi correta, como ressaltou, Lenio Streck, “o STF pode ter salvado o futuro do Direito”<sup>57</sup>, para outros, como Paulo Cunha Bueno, “o julgamento de hoje ressent-se de grave vício processual. A suspeição do ex-juiz jamais poderia ter sido apreciada por via de Habeas Corpus”<sup>58</sup>.

O caso concreto abre precedentes para o uso do *Habeas Corpus* como recurso, banalizando o devido processo legal, ao se vislumbrar uma decisão mais “rápida”. A principal reflexão colocada neste estudo é que o processo penal deve ser utilizado visando os interesses da Nação<sup>59</sup>, temos que pensar no processo penal com uma dupla funcionalidade: um freio ao livre arbítrio do Estado, mas principalmente, que ele não se torne inefetivo à prestação jurisdicional e acabe criando, em seu lugar, sobreposição de discussão de assuntos quando eles deveriam ser debatidos no processo.

---

<sup>53</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>54</sup>As alegações de suspeição contra Moro já foram objetos de análise, inclusive pelo Supremo em recurso contra decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4)”. In: Brasil. *Idem*.

<sup>55</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>56</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>57</sup>Conjur. *Decisão do STF sobre a suspeição de Moro é exaltada por especialistas*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/decisao-stf-suspeicao-moro-exaltada-especialistas>, acesso em: 25 jun. 2021.

<sup>58</sup>Brasil. *Idem*.

<sup>59</sup>“Nesta perspectiva, um ‘processo para o cidadão real’ que vise evitar a colocação do sujeito como homo sacer, deve ser um processo que sirva para todos os sujeitos e nessa medida, sirva para a nação e, levando em conta que se vive numa sociedade excludente e de ‘tradicional’ despreocupação para com o cidadão, como é a brasileira. O processo deve servir principalmente para proteger dos abusos – públicos e particulares”. In: GUIMARÃES, R.R.C. “Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro”, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 424.



## 5. Considerações Finais

Conforme exposto, reitera-se o notável alargamento do campo de abrangência para a concessão do *Habeas Corpus* no Brasil. Semelhante às ideias defendidas por Ruy Barbosa no início do século passado, hoje vemos o uso da ação para qualquer ato entendido como violência ou coação oriundas de ilegalidade ou abuso de poder.

Desse modo, analisando o caso do HC nº 164.493, concluímos que o procedimento deveria ser o de Execução de Suspeição, de competência do TRF-4. A decisão sobre a suspeição do ex-juiz, via *Habeas Corpus*, violou o contraditório. Nota-se que essa prática vem se alargando nos dias de hoje, porém, como analisado acima, pode causar uma série de retrocessos à segurança jurídica do País. No caso em tela houve notória sobreposição de instância, fruto do ativismo jurídico, que abriu precedentes para a banalização do devido processo legal, principalmente pela violação ao contraditório, além disso, a possibilidade de utilizar o instrumento como recurso.

Vale ressaltar que o *Habeas Corpus* deve ser interpretado como uma ação excepcional, porém, a urgência se faz necessária apenas nos casos restrição de liberdade. Ocorre que, quando a qualquer momento, todos acreditam que hajam questões urgentes nos seus processos, o sobrelotamento de *Habeas Corpus* causa um prejuízo aos casos realmente urgentes.

Por fim, deve-se interpretar o processo penal como um instrumento para a Nação, pois deve estar presente a sua dupla funcionalidade: criar freio ao livre arbítrio do Estado, e também que ele não torne efetiva a sua prestação jurisdicional. No caso do Lula, nota-se a criação de precedentes para uma sobreposição de instância com análise de provas, que causou violação ao contraditório e sobreposição de jurisdição, em prejuízo ao bom andamento do devido processo legal.

## 6. Referências

- ATIENZA, M. *Curso de argumentação jurídica*, Alteridade, Curitiba, 2017.
- ATIENZA, M. *As razões do direito: Teoria da argumentação jurídica*, 2º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2016.
- BADARÓ, G.H. *Processo Penal*. 3ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- BADARÓ, G.H. *Manual dos recursos penais*, 3º ed., Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2018.
- BRASILEIRO DE LIMA, R. *Manual de Processo Penal*, 7º ed., Jus Podivm, Salvador, 2019, p. 1818.
- Brasil. *Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 437.522 – Paraná*, disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595906656/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-437522-pr-2018-0036681-5/inteiro-teor-595906667>, acesso em: 25 jun. 2021.
- Brasil. *Habeas Corpus nº 68.698*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1520537>, acesso em: 15 de jun. 2021.
- Brasil. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 177.016 – São Paulo*, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753659733>, acesso em 25 jun. 2021.

- Brasil. *Habeas Corpus* 164.493 – Paraná, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447799/false>, acesso em: 22 jun. 2021.
- Brasil. *Decreto-Lei nº 3.689 de 1941*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm), acesso em: 26 jun. 2021.
- Brasil. *2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Tríplex* disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>, acesso em: 24 jun. 2021.
- Brasil. *Habeas Corpus* 461.468, disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+461468&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo\\_visualizacao=RESUMO](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+461468&b=ACOR&p=false&l=10&i=5&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO), acesso em: 24 jun. 2021.
- Brasil. *Súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf), acesso em: 19 jun. 2021.
- Brasil. *Império do Decreto de 1821*, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/dim-23-5-1821.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim-23-5-1821.htm), acesso em: 12 jun. 2021.
- Brasil. *Operação Lava-Jato: TRF-4 nega dois pedidos de suspeição contra juiz Sérgio Moro feitos pela defesa de Lula*, disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=13763&tw=1](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=13763&tw=1), acesso em: 25 jun. 2021.
- Brasil. *Constituição política do Império do Brasil de 1824*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm), acesso em: 12 jun. 2021.
- Brasil. *Jurisprudência em teses*, disponível em: [https://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf](https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudência%20em%20teses%2036%20-%20Habeas%20Corpus.pdf), acesso em: 19 jun. 2021.
- Brasil. *Habeas Corpus* 105.905 – Mato Grosso do Sul, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1573875>, acesso em: 22 jun. 2021.
- Brasil. *Habeas Corpus* 107.701 – Rio Grande do Sul, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1845891>, acesso em: 22 jun. 2022.
- Brasil. *Habeas Corpus* 164.493 – Paraná, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur447799/false>, acesso em: 22 jun. 2021.
- Brasil. *Constituição Federal*, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/>, acesso em: 12 jun. 2021.
- CAVALCANTE DA COSTA, R.J. & SOUZA BERNARDO, R. "Habeas Corpus sob enfoque histórico: a disciplina conferida ao remédio constitucional durante o regime militar", *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 12, n. 1, 1º ed, 2014, disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/53/53>, acesso em: 11 jun. 2021.
- CARRIÓ, G. R. *Derecho y language*, Abeledo, Perrot, 1971.

- Conjur. *Decisão do STF sobre a suspeição de Moro é exaltada por especialistas*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/decisao-stf-suspeicao-moro-exaltada-especialistas>, acesso em: 25 jun. 2021.
- DWORKIN, R. *A justiça da toga*, Martins Fontes, São Paulo, 2019.
- Estados Unidos do Brasil. *Annaes do Senado Federal de 1915*, disponível em: [https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais\\_Republica/1915/1915%20Livro%201.pdf](https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1915/1915%20Livro%201.pdf), acesso em: 12 jun. 2021.
- GUIMARÃES, R.R.C. "Atividade probatória complementar do juiz como ampliação da efetividade do contraditório e da ampla defesa no novo processo penal brasileiro", *Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, 2015.
- GUIMARÃES, R.R.C. & RIBEIRO, S.G. "A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. Revista Brasileira De Direito Processual Penal", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, pp. 147-174, DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i1.329>, 2020.
- GUIMARÃES, R.R.C. & RIBEIRO, S.G. "O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais", *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, pp. 835-872, DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i2.323>, 2020.
- HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 20ª ed., Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2019.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 8ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- MÁRTIRES COELHO, I. *Interpretação constitucional*, 4ª ed, Saraiva, São Paulo, 2011.
- MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*, 2ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- MIGALHAS. "Barroso critica STF como 4ª instância: Jurisdição constitucional não é feita para julgar HC", *Migalhas*, 11 abr. 2018, p. 11, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/278265/barroso-critica-stf-como-4-instancia-jurisdicao-constitucional-nao-e-feita-para-julgar-hc>, acesso em: 10 jun. 2021.
- MIRANDA GONÇALVES, R; GONÇALVES RIBEIRO, S; & MACEDO NETO, N.R.D. "A supremacia do interesse público no combate a COVID-19 e as controvérsias na aplicação da Teoria do Garantismo Penal de Ferrajoli". *Revista de Direito da Cidade*, vol. 12, nº 4, pp.2579-2599, ISSN 2317-7721.
- MPF. *Persecução patrimonial e administração de bens*, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/gts-encerrados/gt-medidas-cautelares/docs/Manual%20GT%20Medidas%20Cautelares%20Reais%20%20persecucao%20patrimonial.pdf>, acesso em: 24 jun. 2021.
- MOSSIN, H.A. *Compêndio de Processo Penal*, 1ª ed, Manole, Barueri, 2010.
- NUCCI, G.D.S. *Habeas Corpus*, 2ª ed, Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. *História e Prática do Habeas Corpus*, 3ª ed., José Konfino, Rio de Janeiro, 1955.
- ROCHA BRANDÃO, D.J. "Controvérsias acerca da utilização do Habeas Corpus no sistema jurídico brasileiro", *Revista do Ministério Público do Ceará*, disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/Edital-01->

- 2015/Articulista/DeborahJulyanneRochaBrandao.pdf, acesso em: 22 jun. 2021.
- SPIELER, P. & QUEIROZ, R.M.R. *Advocacia em tempos difíceis: ditadura militar 1964-1985*, Edição do Autor, Curitiba, 2013.
- STF. "Acórdãos e Decisões", *Revista do Supremo Tribunal Federal*, disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/1273>, acesso em: 13 jun. 2021.
- THOMSON, R. *An Historical Essay on the Magna Charta of King John*, 1º ed, John Major, Londres, 1829.
- TUCCI, R.L. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.
- TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal*, 34ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, 5º ed., Sergio Antonio Fabris Editos, Porto Alegre, 2008.
- ZERNIERI, M.B. & TIOSSO, P.A. "O Habeas Corpus e a advocacia na defesa dos presos políticos na ditadura militar", *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 15, ed. 105, fev./mai. 2013, DOI: <https://doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2013v15e105-7>, disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/70>, acesso em: 11 jun. 2021.

## **Cegueira deliberada e o Due Process of Law** *Willful blindness and the Due Process of Law*

**Marcelo Carita Correra**<sup>1</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O livre-arbítrio. 3. O elemento subjetivo. 4. Cegueira deliberada: conceito e aplicação no direito estrangeiro. 5. Cegueira deliberada no Brasil. 6. Críticas. 6.1. Ativismo judicial e princípio da legalidade. 6.2. Tomada de posição. 7. Due process of law. 7.1. Propostas para transplante da teoria para o direito continental. 8. Conclusão. 9. Referências.

**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 a teoria da cegueira deliberada, construção do *common-law* que, desde os anos 2000, tem sido utilizada no direito continental da Espanha e do Brasil. O estudo revelou que a teoria permite equiparar a conduta de evitar o conhecimento do caráter ilícito com o próprio conhecimento. No *common-law* dos Estados Unidos, desde 2011, a teoria é utilizada em outros ramos do direito (não somente o penal). No direito continental analisado no artigo (Brasil e Espanha), o instituto tem sido aplicado como equivalente ao dolo eventual. A pesquisa revelou que a aplicação da teoria gera violação do princípio da legalidade e do devido processo legal, pois amplia indevidamente a incidência da norma penal (considera uma conduta culposa como dolosa), bem como transfere ao acusado o ônus probatório de demonstrar que não conhecia efetivamente o caráter ilícito. O instituto, portanto, somente pode ser acolhido se relacionado à culpa.

**Palavras-Chave:** devido processo legal, cegueira deliberada, dolo eventual, culpa consciente, princípio da legalidade.

**Abstract:** This paper, produced on the logical-deductive method and based on a bibliographic review of national and foreign authors, as well as on decisions of Brazilian and foreign courts, seeks to analyze the theory of willful blindness, which, since the 2000s, has been used in the continental law of Spain and Brazil. The study revealed that the theory allows the punishment of the agent that avoids the knowledge. In the common law of the United States, since 2011, the theory is used in other branches of law (not just criminal law). In continental law (Brazil and Spain) the institute has been applied as equivalent to knowingly. The research revealed that the application of the theory generates, even in the common-law, a violation of the principle of legal reserve and the due process of law. The institute can only be accepted if it is related to recklessness.

**Keywords:** due process of law, willful blindness, knowledge, recklessness, fair warning.

---

<sup>1</sup>Doutorando em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Especialista em Direito Penal-Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (2019). Especialista em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito (2016). Especialista em Direito Tributário pela PUC-SP (2005). Professor Convidado da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Procurador Federal em São Paulo.

## 1. Introdução

O tema desenvolvido no presente artigo, produzido com fundamento no método lógico-dedutivo e por meio de revisão bibliográfica de autores brasileiros e estrangeiros, bem como em decisões de tribunais brasileiros e estrangeiros, refere-se ao instituto da cegueira deliberada (*willful blindness*), que foi criado no direito costumeiro (*common-law*), mas tem apresentado cada vez mais relevância nos sistemas de direito continental do Brasil e da Espanha (países cujos ordenamentos jurídicos foram analisados).

A referida teoria implicou análise sobre o elemento subjetivo do tipo penal (dolo e culpa, para o direito brasileiro). Para o direito costumeiro, o propósito (*purposely*), a consciência (*knowingly*), a imprudência (*recklessness*) e a negligência (*negligently*), conforme o Código Penal Modelo dos Estados Unidos da América (Estados Unidos)<sup>2</sup>.

O estudo adotou como premissa o modelo finalista de teoria do delito, que possui os seguintes elementos: fato típico, antijuricidade e culpabilidade. Para a referida teoria, conduta humana é uma ação voltada a uma determinada finalidade. Dolo e culpa são elementos do fato típico, nos termos preconizados por Welzel<sup>3</sup>. A finalidade (conceito geral, uma qualidade da ação) é a atividade humana dirigida conscientemente em função de um fim<sup>4</sup>.

O ponto fulcral do presente estudo foi determinar como a teoria (há quem afirme tratar-se não de teoria, mas de construção costumeira<sup>5</sup>) da cegueira deliberada implica alterações no elemento subjetivo do tipo penal e quais as consequências dessas alterações para o direito penal e para o direito processual penal.

Garantias constitucionais estariam sendo violadas, haveria presunção da existência de dolo, a culpa consciente estaria sendo transformada em dolo eventual, como tratar a prova da cegueira deliberada no âmbito do processo penal, haveria uma verdadeira inversão de ônus probatório, esses são questionamentos que a aplicação da teoria da cegueira deliberada gera quando confrontada com o modelo de direito continental.

Para desenvolvimento do tema foi analisada a conduta humana e o livre-arbítrio, atrelada a uma breve abordagem do conceito de dolo e culpa no Brasil, Espanha e nos Estados Unidos (país acolhido como representante do modelo de *common-law*).

Ato contínuo, referida teoria fora submetida ao teste de constitucionalidade para, especialmente diante de uma eventual presunção em matéria penal, analisar sua compatibilidade com o estado de inocência, distribuição do ônus probatório e paridade de armas no processo penal.

Foi possível concluir que a teoria da cegueira deliberada, ao fim e ao cabo, determina a punição de condutas culposas como dolosas. No aspecto processual penal, verificou-se a violação do devido processo legal (*due process of law*), na medida em que, ao órgão acusatório, restaria, somente, o dever de demonstrar a vontade de evitar o conhecimento do caráter ilícito (seja uma vontade deliberada ou simples omissão), devendo o réu fazer prova de que não tinha conhecimento da natureza ilícita do fato.

---

<sup>2</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: [https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC\\_Provisions/model\\_penal\\_code\\_defaults.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_defaults.htm). Acesso em: 11 jun. 2020.

<sup>3</sup>WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 27.

<sup>4</sup>WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, passim.

<sup>5</sup>LUCCHESI, G. B. *A Punição da Culpa a Título de Dolo. O Problema da Chamada "Cegueira Deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 183.

Por fim, foram formuladas propostas de modificações legislativas (Brasil e Espanha) e de interpretação (*common-law*), de forma a permitir a acomodação da referida teoria nos respectivos ordenamentos jurídicos.

## 2. O livre-arbítrio

Hegel<sup>6</sup> afirma que a liberdade é inerente ao homem (sujeito racional). Sartre<sup>7</sup> afirma que "homem é liberdade". Essa liberdade se manifesta por meio da vontade livre que, por sua vez, se revela por meio da conduta. Para Hegel<sup>8</sup>, a ação é a objetivação da vontade. É essa vontade que controla o fluxo causal, de modo que o resultado é obra do sujeito.

Se ação é vontade, em princípio, o que estiver contido nessa vontade será atribuído ao sujeito. Cabe notar a crítica de Fabio André Guaragni<sup>9</sup> no sentido de que o conceito de ação de Hegel<sup>10</sup> incorpora o conceito de culpabilidade. O entendimento de Hegel<sup>11</sup> seria incompatível com os crimes culposos, na medida em que o resultado não decorreria da vontade do agente. Esse empecilho teórico é superado com a adoção da premissa de Karl Larenz<sup>12</sup>, que afirma ser possível imputar ao agente aquilo que é objetivamente previsível em função da conduta. Larenz<sup>13</sup> determina a previsibilidade como critério da imputação. Assim, as consequências objetivamente previsíveis são, portanto, atribuíveis à pessoa, enquanto ser racional.

Os ensinamentos acima expostos adotam a premissa que o ser humano é livre para decidir seu agir, de forma que pode optar pela observância da lei ou pelo comportamento transviado. Luiz Luisi<sup>14</sup> afirma que o sistema vigente tem alicerce na dignidade da pessoa humana e "põe como centro do nosso direito penal, o homem, visto como ser livre, ou seja, capaz de autodeterminar-se".

Ocorre que essa premissa tem sofrido ataques de duas ordens. Em primeiro lugar, as ciências biológicas e, em segundo lugar, da criminologia (criminologia radical). Busca-se demonstrar que a liberdade no agir humano não passa de um 'dogma' criado com a única e exclusiva finalidade de permitir a manutenção do sistema jurídico estatal.

---

<sup>6</sup>HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

<sup>7</sup>SARTRE, J. P. *L'existentialisme est un humanisme*, Ed. Gallimard, Paris, 1996, p. 39.

<sup>8</sup>HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed., Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

<sup>9</sup>GUARAGNI, F. A. *As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um Estudo da Conduta Humana do Pré-Causalismo ao Funcionalismo Pós-Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 129.

<sup>10</sup>HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed., Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

<sup>11</sup>HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003, passim.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed., Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997, passim.

<sup>12</sup>LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970, passim.

<sup>13</sup>LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität."*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970, passim.

<sup>14</sup>LUISI, L. *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003, p. 38.

A evolução da neurociência<sup>15</sup> leva à teste a premissa que o ser humano possui livre-arbítrio e pode decidir pela conduta conforme ou contrária ao direito. O subconsciente pode, a princípio, ter influência decisiva na conduta humana, o que derrubaria a premissa da liberdade de conduta e da necessidade de impor um castigo. Sebastián Borges de Albuquerque Mello<sup>16</sup> afirma:

Essa é a dimensão com a qual o direito se depara: a descoberta de que a maior parte daquilo que cada pessoa faz ou sente não está sob o seu controle consciente. A consciência é apenas a menor parte daquilo que revela o cérebro, e a maioria das operações cerebrais – inclusive algumas daquelas relacionadas a tomada de decisões – está acima do espaço da mente consciente. O cérebro é visto como um órgão que toma decisões sem que nossa consciência perceba.

Na verdade, segundo entendemos, até o momento, não se pode afirmar a inexistência de livre-arbítrio ao ponto de decretar que se trata de um mero 'dogma', onde as pessoas teriam, ao fim e ao cabo, 'sorte' ou 'azar' de ter uma constituição psicológica que as levassem a cumprir a lei ou a praticar crimes. Benjamin Libet<sup>17</sup>, ao realizar estudo sobre o tema da consciência e liberdade, afirma:

Os achados deveriam, conseqüentemente, serem tomados não como antagonistas ao livre-arbítrio, mas antes como afetando a visão de como o livre-arbítrio poderia operar. Processos associados com responsabilidade individual e livre-arbítrio 'operariam' não para iniciar um ato voluntário, mas para selecionar e controlar os resultados volitivos (tradução nossa).

O autor não afirma que o homem age mediante uma programação que vai incidir sempre diante do 'gatilho' proporcionado pelo meio. A questão colocada está, em nosso sentir, muito mais no processo de formação da vontade. Conforme afirma Joana Gonçalves Coelho<sup>18</sup>, ao realizar análise do estudo de Benjamin Libet:

Se a vontade consciente tem um papel privilegiado na determinação da ação, a precedência da atividade cerebral inconsciente em relação à intenção de agir não implica a negação do livre-arbítrio. Apenas deveríamos deslocar o foco, ou seja, o livre-arbítrio está na possibilidade de interferir nos acontecimentos cerebrais inconscientes que precedem a ação, portanto, não está na capacidade de 'iniciar um ato voluntário', mas sim no poder de controlar a realização ou não do ato.

Por outro viés, o livre-arbítrio é atacado pela Criminologia Radical, que possui o diferencial de vincular "o fenômeno criminoso à estrutura de relações sociais, mediante conexões diacrônicas entre criminalidade e condições sociais necessárias e suficientes para sua existência"<sup>19</sup>. O que determinaria o crime seria,

---

<sup>15</sup>RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbítrio e Direito Penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2018, passim.

<sup>16</sup>MELLO, S. B. de A. "Da Psicanálise à Neurociência: Do Fim ao Fim da Culpabilidade na Doutrina Ibérica? Uma Visão Crítica", *Conpedi Law Review*, v. 1, 2015, p. 88

<sup>17</sup>LIBET, B. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action", *The behavioral and brain sciences*, v. 8, 1985, p. 529.

<sup>18</sup>COELHO, J. G. "Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet", *Principia*, v. 18, n. 1, 2014, p. 157. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/135483>>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>19</sup>SANTOS, J. C. *A Criminologia Radical*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981, p. 52.



portanto, a condição social em que o ser humano se insere. Ryanna Pala Veras<sup>20</sup> sintetiza essa relação entre sociedade e direito da seguinte forma:

O crime nasce de um conflito entre diversos grupos. Um grupo politicamente influente elege seus valores como mais importantes e, para a defesa desses valores, promove a elaboração das leis penais. Os representantes desse grupo dominante tornam criminosas as condutas próprias dos grupos mais fracos, que antes desrespeitavam seus interesses, colocando contra eles então toda a força do poder estatal. O direito penal torna-se, portanto, um instrumento do grupo dominante para estabelecer seu domínio sobre um grupo minoritário.

A Criminologia Radical afasta o livre-arbítrio, mas não envereda por questão de neurociência. O foco de sua argumentação é social. Em outras palavras, a estrutura social e as relações de poder são replicadas no direito, especialmente no direito penal, que vai tomar os comportamentos das minorias como crime; comportamentos que, na verdade, surgem das condições socioeconômicas.

Essa linha de pensamento vai se alimentar das premissas de Karl Marx<sup>21</sup> quando afirma que “as formas jurídicas, assim como as formas de Estado, não podem ser compreendidas por si mesmas, nem pela dita evolução geral do espírito humano, inserindo-se, pelo contrário, nas condições materiais de existência” e Evgeny Pachukanis, quando afirma que “isso significa também que a forma jurídica, em sua forma desenvolvida, corresponde precisamente às relações sociais burguesas-capitalistas”<sup>22</sup>. Ou seja, a criminologia radical toma como premissa a Teoria Crítica do Direito na visão de Karl Marx<sup>23</sup>.

Não acolhemos esse entendimento, pois não verificamos a relação plena entre direito e poder econômico dominante. A título de exemplo, podemos verificar a questão do racismo nos Estados Unidos. Segundo a análise exposta por Kabengele Munanga<sup>24</sup>, houve a adoção de ações afirmativas, inclusive com mudanças nas leis de relações de trabalho, de forma a endereçar os interesses de classes menos favorecidas e historicamente exploradas e discriminadas.

Assim, se diante da sociedade atual a Teoria Crítica do Direito estivesse correta, como seria possível admitir a adoção de direitos sociais e a ‘*affirmative action*’, na medida em que os referidos instrumentos jurídicos são, exatamente, medidas que reduzem o âmbito de poder das elites dominantes.

Por fim, em função de considerarmos uma teoria absolutamente superada, não vamos abordar o determinismo nos termos do Positivismo Criminológico, conforme pensamento de Cesare Lombroso<sup>25</sup>, que defendia a existência de “homens normais” e o “homem delinquente”. A mesma premissa fora adotada no pensamento de Enrico Ferri<sup>26</sup>, no que tange à ausência de livre-arbítrio<sup>27</sup>. No Brasil,

<sup>20</sup>VERAS, R. P. *Os crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006, p. 120.

<sup>21</sup>MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, 3ª ed, Tradução de Maria Helena Barreiros Alves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 04.

<sup>22</sup>PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Tradução de Sílvio Donizete Chagas, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988, p. 68.

PACHUKANIS, E. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, Tradução de Edith Hajós, Ed. Verlag, Freiburg, 2003, p. 109.

<sup>23</sup>ARAÚJO, T. C. M. “O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI”, *Revista EMERJ*, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 372.

<sup>24</sup>MUNANGA, K. “O anti-racismo no Brasil”. (Munaga, K. coord.), *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*, Ed. Edusp, São Paulo, 1996, passim.

<sup>25</sup>LOMBROSO, C. *L'uomo Delinquente*, Ed. Passerino Editore, Lazio, 1897, passim.

<sup>26</sup>FERRI, E. *Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime*, 2ª ed., Tradução de Paolo Capitanio, Ed. BookSeller, Campinas, 1999, passim.

<sup>27</sup>FERRI, E. *Teoria della imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1881, passim.

anote-se, a título exemplificativo, que Raymundo Nina Rodrigues<sup>28</sup> seguia essas premissas.

Assim, para fins do presente estudo, adotamos como premissa a afirmação de que a conduta humana, necessária ao conceito de crime, decorre do livre-arbítrio.

### **3. O elemento subjetivo**

Segundo a teoria do delito aqui adotada (finalista), a vontade é o pilar da ação final. A relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado é, por si só, insuficiente. O dolo (ação humana destinada a um fim) e a culpa (ação humana cujo fim poderia ser evitado) integram o tipo.

No Brasil, os conceitos de dolo e culpa estão previstos no artigo 18 do Código Penal<sup>29</sup>. Há “crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” e há crime culposo quando “o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia”. Anote-se a crítica de Luis Greco<sup>30</sup> no sentido de que, em função da redação sumária, no que tange ao dolo e à culpa, a lei nada resolveu, o que demanda o recurso ao artigo 20, §1º, do mesmo diploma legal, que disciplina o erro de tipo, de forma a estabelecer, para configuração do dolo, a extensão do conhecimento sobre a ilicitude.

Um aspecto que merece atenção é como identificar a existência de crimes culposos e dolosos. Para a legislação brasileira, quando há o estabelecimento de um crime, existe, somente, a previsão de punição para o crime doloso; o crime culposo, para existir, demanda que a lei, expressamente, contenha a previsão. Exemplo dessa situação está no artigo 121 do Código Penal<sup>31</sup>, quando trata do crime de homicídio e estabelece, expressamente, o tipo culposo.

Ao tratar do crime culposo na teoria finalista, Maurach<sup>32</sup> entende que, no crime doloso, há uma perfeita congruência entre os componentes objetivos e subjetivos da conduta típica. No crime culposo, o que efetivamente se realizou não correspondeu à vontade do autor da ação, de sorte que se observa um desvio no processo causal, de tal monta relevante, que implica nítida separação entre esses delitos.

Não se desconhece a celeuma na busca de um critério objetivo para a diferenciação entre a culpa consciente e o dolo eventual. Guilherme de Souza Nucci<sup>33</sup> afirma: “trata-se de distinção teoricamente plausível, embora, na prática, seja muito complexa e difícil. [...] Em sã consciência, distinguir entre culpa consciente e dolo eventual é uma tarefa de pura adivinhação”. No mesmo sentido, Bitencourt<sup>34</sup> pondera que “os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da teoria do delito”.

Contudo, esse ponto, não apresenta relevância determinante no estudo em comento, uma vez que a teoria da cegueira deliberada não busca estabelecer um

<sup>28</sup>RODRIGUES, R. N. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, Ed. SciELO - Centro Edelstein, São Paulo, 2011, passim.

<sup>29</sup>BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>30</sup>GRECO, L. “Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe”. (Puppe, I. coord.), *A distinção entre dolo e culpa*, Tradução de Luís Greco, Ed. Manole, Barueri, 2004, p. xvii.

<sup>31</sup>BRASIL. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>32</sup>MAURACH, R. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, p. 530.

<sup>33</sup>NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*, 14ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014, p. 141/143.

<sup>34</sup>BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*, 14ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 100.

critério objetivo para diferenciar dolo (eventual) e culpa (consciente). O instituto trata, na definição de Glanville Williams<sup>35</sup>, do apenamento de um agente por um determinado fato típico quando “ele suspeita do fato; percebe a sua probabilidade; mas se contém na obtenção da confirmação final, pois almeja poder negar conhecimento a respeito do evento. Isto, e apenas isto, é cegueira deliberada” (tradução nossa). Ou seja, trata-se do apenamento do agente como se o conhecimento da ilicitude estivesse presente.

No *common-law* dos Estados Unidos, o equivalente ao elemento subjetivo (estados mentais) é tido como *mens rea*<sup>36</sup>, que não possui um conceito geral para todos os casos, mas trata, em breve síntese, do grau de conhecimento da ilicitude e do propósito do agente na realização do ilícito. O termo foi debatido pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *United States v. Morissette*<sup>37</sup>. Anote-se que, juntamente com o *mens rea*, se faz necessária a presença do *actus reus*, que seriam os elementos externos da conduta<sup>38</sup>.

Guilherme Brenner Lucchesi<sup>39</sup>, analisando o que poderia ser considerado como elemento subjetivo no *common-law* dos Estados Unidos, afirma que, nos Estados Federados que reformaram a legislação penal com base no Código Penal Modelo, a *mens rea* foi abandonada e o termo substituído por ‘*culpability*’:

Um dos objetivos da reforma da legislação penal nos Estados Unidos promovida por Herbert Wechsler e pelo *American Law Institute* foi o de abandonar de uma vez por todas o uso da expressão *mens rea*. O termo não é utilizado no Código Penal Modelo, e os Comentários ao Código publicados pelo Instituto refutam seu uso, preferindo-se o termo *culpability*.

Ana Lara Camargo de Castro<sup>40</sup>, ao tratar da criação dos tipos penais nos Estados Unidos, afirma que “onde não há codificação moderna, a linguagem ambígua e a imprecisão dos elementos do crime são mais frequentes, e a consulta aos *common-law cases* históricos é por vezes necessária para se desvendar a *rationale* por trás do tipo”. Essa constatação justifica uma maior flexibilidade interpretativa da *mens rea*, situação que não se pode transportar ao direito brasileiro.

O Código Penal Modelo dos Estados Unidos<sup>41</sup> estabelece as seguintes categorias para determinação do requisito equivalente ao elemento subjetivo: (a) propósito (*purposely*), (b) consciência (*knowingly*), (c) imprudência (*recklessness*) e (d) negligência (*negligence*). Não se pode fazer uma correspondência direta entre esses elementos com os conceitos de dolo e culpa do direito continental, uma vez que “se está tratando de sistemas de imputação de todo distintos, desenvolvidos ao longo de processos históricos diferentes, e, segundo e principalmente, porque os conteúdos dessas categorias de imputação não correspondem umas às outras”<sup>42</sup>.

<sup>35</sup>WILLIAMS, G. *Criminal Law: The General Part*, 2ª ed., Ed. Stevens & Sons Ltd., London, 1961, § 57, p. 150.

<sup>36</sup>DRESSLER, J; GARVEY, S. P. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7ª ed, Ed. West, St. Paul, 2016, p. 158.

<sup>37</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Morissette*, v.342, p.246, 1952.

<sup>38</sup>LOVELESS, J. *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 4ª ed, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 32.

<sup>39</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 93; 102.

<sup>40</sup>CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D’Plácido, Belo Horizonte, 2019, p. 24.

<sup>41</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: [https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC\\_Provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm). Acesso em: 11 jun. 2020.

<sup>42</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 100.

Sheila Jorge S. de Sales<sup>43</sup> afirma que *recklessness* ocorre “quando o agente prevê o injustificado risco e a possível superveniência do dano, mas não se abstém de praticar a conduta hábil a realizá-lo, sendo irrelevantes os moventes que o teriam levado a desprezar o risco”.

Guilherme Brenner Lucchesi<sup>44</sup>, em uma análise comparada do direito continental e do *common-law*, destaca que “*recklessness* aparenta ser uma categoria intermediária entre dolo eventual e culpa consciente, podendo abarcar situações de fato que estariam inseridas em ambas as categorias sempre que o autor agir sabendo do risco criado por sua conduta”.

Cabe destaque para o conceito de *recklessness*, na medida em que, em nosso entender, trata-se do principal elemento da teoria da cegueira deliberada, uma vez que referida teoria toma situações que se encaixam no conceito de *recklessness*, mas determina a punição como se estivesse presente o *knowledge*, o que, por sua vez, desencadeia questionamentos sobre violação ao *due process of law*.

Poderia ser afirmado que os questionamentos sobre a legitimidade da cegueira deliberada são ‘falsos dilemas’, na medida em que a função da teoria não seria permitir a incidência de um tipo penal onde, a princípio, haveria um fato atípico, mas somente qualificar a conduta (*recklessness* ou *knowledge* e, para o direito continental, dolo e culpa).

Essa afirmação, em nossa opinião, não se coaduna com a melhor técnica, visto que há diversos tipos penais no Brasil que somente são considerados fatos típicos se praticados com dolo (não há previsão da forma culposa). Temos, como exemplo, o crime de lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9.613/98<sup>45</sup>).

Mesmo no *common-law* dos Estados Unidos, *negligence* e *purpose* são exceções que demandam previsão expressa<sup>46</sup>. Há tipos penais, mesmo nos Estados Unidos, que exigem a vontade direta<sup>47</sup>. De fato, “no direito penal americano, em geral, toda vez que o legislador não inclui na definição de crime algum modo de responsabilidade subjetiva, presume-se que o autor será responsabilizado se agir no mínimo com *recklessness*”<sup>48</sup>.

A título de comparação, o Código Penal Espanhol<sup>49</sup>, no seu artigo 301, item 3, permite a punição por “imprudência grave”, o que podemos tratar como culpa, nos termos da legislação do Brasil. A norma espanhola afasta, ao menos no que tange à lavagem de dinheiro, a discussão da cegueira deliberada como forma de ampliação do fato típico. Anote-se que, apesar da nossa opinião, o Tribunal Supremo da Espanha já adotou a teoria da cegueira deliberada em caso envolvendo lavagem de dinheiro<sup>50</sup>, de forma a permitir a punição do delito por dolo.

---

<sup>43</sup>SALES, S. J. S. “Anotações sobre o estudo da Recklessness na Doutrina Penal Italiana: Por uma Terceira Forma de Imputação Subjetiva?”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, 2017, p. 130.

<sup>44</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 192.

<sup>45</sup>BRASIL. Lei 9.613 de 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm). Acesso em: 12 set. 2022.

<sup>46</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 102.

<sup>47</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 181.

<sup>48</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 110.

<sup>49</sup>ESPANHA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.

<sup>50</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 33/2005. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 23 set. 2022.

#### 4. Cegueira deliberada: conceito e aplicação no direito estrangeiro

A cegueira deliberada, termo utilizado no Brasil, decorre da teoria da *willful blindness*, desenvolvida no direito costumeiro inglês e dos Estados Unidos. O instituto consiste, na sua aplicação no direito continental, em reconhecer a existência de dolo (eventual) àquele que, apesar de existirem fundadas razões para suspeitar da ilicitude de uma conduta, adota posturas para, deliberadamente, evitar o conhecimento sobre a ilegalidade (por exemplo, a origem ilícita de bens adquiridos em dinheiro na hipótese de crime de lavagem de dinheiro). Não há que se falar em cegueira deliberada quando não estão presentes a elevada probabilidade do conhecimento da ilicitude e a medida concreta para evitar o referido conhecimento<sup>51</sup>.

Guilherme Brenner Lucchesi<sup>52</sup>, ao tratar da teoria em questão, afirma que "é possível condenar o autor por um crime que exige *knowledge*, mesmo que ele não tenha conhecimento do fato ou da circunstância elementar do delito [...] permite a satisfação do requisito mental dos crimes que exigem *knowledge*". Sérgio Valladão Ferraz<sup>53</sup> afirma que não existe, no *common-law* dos Estados Unidos, a aplicação da teoria para casos de *recklessness*, somente incide para o elemento *knowledge*. A rigor, o que se pune não é a prática de um fato típico doloso, mas a conduta deliberada de evitar o conhecimento sobre a ilicitude de um fato<sup>54</sup>.

Os aspectos acima expostos, em nosso entender, são características fundamentais da teoria que afastam, por completo, quaisquer relações com a responsabilidade penal objetiva e com a *action libera in causa*, como a aproximação apontada por Spencer Toth Sydow<sup>55</sup>.

Não se pode afirmar a existência de responsabilidade penal objetiva ou *action libera in causa* quando alguém possui elevada probabilidade de conhecimento e, em função dessa situação, adota um agir deliberado para evitar o conhecimento da ilicitude.

Spencer Toth Sydow<sup>56</sup> estabelece uma divisão entre cegueira deliberada e ignorância deliberada. Na primeira hipótese, haveria uma premeditação do agente que trabalharia sua ignorância acerca de situações futuras. Isto é, deliberadamente busca evitar conhecimento de ilegalidade futura com a expectativa de evitar incriminação. Por sua vez, a ignorância deliberada estaria presente quando o agente opta por se manter em real situação de desconhecimento, embora presente a dúvida sobre a ilicitude.

Julgamos que a diferenciação não apresenta relevância para o estudo do tema, na medida em que, seja com intenção deliberada ou com dúvida sobre a ilicitude, o fato é que o agente, conscientemente, opta por não conhecer a ilicitude de elemento do tipo. Se a atitude premeditada é mais repreensível que a atitude daquele que simplesmente não busca esclarecer uma situação e opta por praticar a conduta, essa diferença deve ser considerada pelo julgador na dosimetria da pena.

---

<sup>51</sup>HUSAK, D. N.; CALLENDER, C. A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality", *Winconsin Law Review*, 1994, *passim*.

<sup>52</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 182; 184.

<sup>53</sup>FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 189;191.

<sup>54</sup>BECK, F. "A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, set. 2011, p. 47.

<sup>55</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 212-214.

<sup>56</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 245-254.

A primeira manifestação da teoria em questão no direito inglês remonta a 1861, no caso *Regina v. Sleep*<sup>57</sup>. Conforme afirma Renato de Mello Jorge Silveira<sup>58</sup>, a referida decisão realizou a “equiparação da abstenção de se buscar o devido conhecimento, como sendo o próprio e o devido conhecimento”, a mesma opinião é partilhada por Edwards<sup>59</sup>. Posteriormente, em 1875, no caso *Bosley v. Davies*<sup>60</sup>, houve nova manifestação do Tribunal Inglês sobre a teoria. No ano seguinte, 1876, no caso *Redgate vs Haynes*<sup>61</sup>, aplicou-se a teoria da cegueira deliberada, uma vez que foi constatado que, apesar da suspeita de atividades ilícitas no estabelecimento comercial, o agente optou por nada fazer.

Em 1884, no caso *Somerset v. Hart*<sup>62</sup>, a teoria foi novamente mencionada e validada sua aplicação, embora o tribunal tenha feito uma restrição do seu âmbito de abrangência. Não permitiu a aplicação em face do proprietário de um estabelecimento quando ocorre um delito praticado em cegueira deliberada por um dos seus funcionários.

Edwards<sup>63</sup> afirma que, conforme casos *Elliot vs Osborne* (1891); *Emary vs Nolloth* (1903); *Conlon vs Muldowney* (1904); *Lee vs Taylor and Gill* (1912); *R. vs Abramovitch* (1914); *Evans vs Dell* (1937); *R. vs Garth* (1949) *R. vs Cohen* (1951); *Roper vs Taylor's Central Garages*, *Taylor vs Kenyon* (1952); *Sayce vs Coupe* (1952); até à década de 1950, a cegueira deliberada era tratada como equivalente ao conhecimento.

Para Guilherme Brenner Lucchesi<sup>64</sup> “o uso de convivência para fundamentar responsabilidade penal se assentou na jurisprudência inglesa, sendo aceita como substituto para o conhecimento efetivo da situação sob diversas denominações: “fechamento deliberado dos olhos” e “cegueira deliberada”.

No direito dos Estados Unidos, a primeira manifestação da teoria remonta a 1899, no caso *Spurr v. United States*<sup>65</sup>. Embora, em 1887, no caso *People vs Brown*<sup>66</sup>, houve menção teórica, quando o tribunal afirmou que “se surgisse um caso em que a pessoa suspeitasse de um fato e se abstinhasse de indagá-lo para não saber mais, o conhecimento podia ser deduzido” (tradução nossa). No caso *United States vs General Motors Corp*<sup>67</sup>, afirmou-se “não se pode voluntária e deliberadamente permanecer ignorante. [...] encontrando uma intenção consciente de evitar o esclarecimento, justificará acusar o denunciado com o conhecimento” (tradução nossa).

---

<sup>57</sup>EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 298.

<sup>58</sup>SILVEIRA, J. R. M. “A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato”, *Revista de Ciências Criminais*, ano 24, v. 122, ago. 2016, p. 264.

<sup>59</sup>EDWARDS, J. L. J. *Mens rea in statutory offences*, Ed. Macmillan, London, 1955, p. 196.

<sup>60</sup>EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 299.

<sup>61</sup>EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 299.

<sup>62</sup>EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 300.

<sup>63</sup>EDWARDS, J. L. J. “The Criminal Degrees of Knowledge”, *The Modern Law Review*, v. 17, nº. 4, 1954, p. 301s.

<sup>64</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 123.

<sup>65</sup>RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 67.

<sup>66</sup>ROBBINS, I. P. “The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea,” *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 197.

<sup>67</sup>ROBBINS, I. P. “The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea,” *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 197.



Posteriormente, nos anos de 1970, houve aplicação da teoria em crimes de tráfico de drogas nos casos *Turner v. United States*<sup>68</sup>, *United States v. Jewell*<sup>69</sup> e *Leary v. United States*<sup>70</sup>, afastando o argumento dos agentes de que não sabiam se tratar de droga.

Mais recentemente, no caso *United States v. Bank of New England, NA*, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986)<sup>71</sup>, houve condenação de um banco por transações ilícitas de moedas, na medida em que foram adotadas posturas para evitar o conhecimento da origem ilícitas dos ativos, embora as circunstâncias evidenciassem a prática ilícita pelo cliente.

Posteriormente, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos adotou a teoria em julgamento envolvendo questões cíveis, no caso *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A.* (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360<sup>72</sup>. O tribunal entendeu que "indiferença deliberada a um risco conhecido [...] satisfaria o elemento *knowledge* exigido pela lei federal, tendo se remetido à cegueira deliberada enquanto categoria "bem estabelecida no direito penal"<sup>73</sup>.

Seria possível afirmar que o item 2.02.7 do Código Penal Modelo dos Estados Unidos<sup>74</sup> teria regulamentado a cegueira deliberada. Referido dispositivo afirma que, quando a norma penal exigir o conhecimento para reconhecimento do ilícito, esse requisito está satisfeito quando for demonstrada alta probabilidade de ciência do caráter ilícito pelo agente. Essa hipótese equipara o efetivo conhecimento com a alta probabilidade.

Spencer Toth Sydow<sup>75</sup>, ao analisar o instituto, afirma que, durante 150 (cento e cinquenta) anos, houve evolução no conceito. Iniciou-se com o acolhimento da conduta de se abster na busca do reconhecimento da ilegalidade. Posteriormente, agregou-se ao conceito o dever de obtenção do conhecimento (poder e dever de investigar). Ato contínuo, passou-se a reconhecer a aplicação do instituto diante da vontade deliberada de evitar o conhecimento. Por fim, ampliou-se a teoria para todas as áreas do direito onde o agente deixa, deliberadamente, de diligenciar quanto à ilicitude ou o faz de forma ineficaz.

A estrutura da *common-law* permite construções como a de David Luban<sup>76</sup> que, fazendo referência à raposa e ao avestruz, estabelece uma correspondência entre a forma de ignorância e os 'elementos subjetivos' do Código Penal Modelo dos Estados Unidos. Segundo o autor, se uma pessoa age como uma raposa (busca, deliberadamente, a ignorância sobre a ilicitude para, posteriormente, alegar essa

<sup>68</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Turner v. United States*, 396 U.S. 398. 15 out. 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/>. Acesso em: 24 set. 2022.

<sup>69</sup>ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 204.

<sup>70</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>. Acesso em: 05 set. 2022.

<sup>71</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *United States v. Bank of New England, NA*, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/36/1452052/>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>72</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A.* (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360. Disponível em: <https://law.cornell.edu/supct/html/10-6.ZO.html>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>73</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 132.

<sup>74</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*. Disponível em: [https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC/Provisions/model penal code default rules.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC/Provisions/model%20penal%20code/default_rules.htm). Acesso em: 11 jun. 2020.

<sup>75</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 212-214.

<sup>76</sup>LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 967-969. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.

ignorância como defesa), ela age com *purposely*, o que permite a punição a título de dolo.

Por outro lado, continua o citado autor<sup>77</sup>, se uma pessoa age como avestruz, há duas possibilidades. Se o agente se coloca na condição de ignorância, mas praticaria o fato mesmo sabendo da ilicitude, isto é, o conhecimento sobre a ilicitude seria irrelevante, estamos diante de *knowledge*. Logo, também punível a título de dolo. Por fim, se o agente age como avestruz, mas se lhe fosse dado conhecimento pleno não praticaria o fato ilícito, estamos diante de (*recklessness*).

A construção é engenhosa e julgamos que cria uma interessante sistemática para aplicação da teoria. Contudo, há extrema dificuldade de realização de prova das intenções do agente, especialmente do 'agente avestruz'.

É possível afirmar que "a cegueira deliberada é uma categoria amplamente aceita pelas cortes federais dos Estados Unidos como circunstância suficiente para caracterizar o elemento conhecimento"<sup>78</sup>.

Na Espanha, a teoria foi acolhida pela primeira vez em janeiro de 2000<sup>79</sup>, quando a Corte Suprema julgou um caso de receptação e aplicou a teoria da ignorância deliberada, equiparando a conduta ao dolo eventual. No mesmo ano, houve julgamento envolvendo a teoria e o tráfico ilícito de entorpecentes<sup>80</sup>.

Ramon Ragués i Vallès<sup>81</sup> realizou estudo de precedentes exarados por tribunais espanhóis que nos permite concluir que, com exceção de um julgado de 2006 (que afirma que a teoria em questão não se sustenta, na medida em que ninguém pode ignorar ou desejar ignorar aquilo que conhece, STS 797/2006<sup>82</sup>), as demais decisões citadas pelo autor aceitam a referida teoria e oscilam entre a utilização como preenchimento do elemento volitivo e como preenchimento do requisito cognitivo do dolo eventual. Há, ainda, decisões<sup>83</sup> em casos envolvendo lavagem de dinheiro.

Em pesquisa realizada diretamente no banco de dados do Tribunal Supremo da Espanha, no setor de jurisprudência<sup>84</sup> e utilizando os principais verbetes sobre a teoria (*willful blindness*, *ceguera*, *ignorancia*), verificamos, em decisões proferidas a partir de 2017, a invocação da teoria da cegueira deliberada nos seguintes casos: STS 310/2017<sup>85</sup>, STS 395/2019<sup>86</sup>, STS 478/2019<sup>87</sup>, STS 528/2019<sup>88</sup>, e STS 494/2020<sup>89</sup>.

---

<sup>77</sup>LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 967-969. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.

<sup>78</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 158.

<sup>79</sup>RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 23.

<sup>80</sup>RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 25.

<sup>81</sup>RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 33 ss.

<sup>82</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 797/2006. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84316cf00fc3da35/20061214>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>83</sup>RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007, p. 46;47

<sup>84</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 13 set 2022.

<sup>85</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 310/2017. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c1287cfed792370e/20170525>. Acesso em: 13 set. 2022.

<sup>86</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 395/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b23b412c9e52948/20190809>.

<sup>87</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 478/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf2486835d7c19fa/20191106>. Acesso em: 13 set. 2022.



Aspecto relevante sobre os referidos julgados é que, em hipóteses envolvendo tráfico de drogas, a teoria foi enfrentada por alegações da defesa de erro de tipo, quando os acusados afirmavam que transportaram entorpecentes, mas o fizeram diante de erro. Ademais, a teoria foi utilizada para suportar condenações com fundamento em dolo eventual.

## 5. Cegueira deliberada no Brasil

O caso líder no Brasil envolve o furto ao Banco Central em Fortaleza<sup>90</sup>. Em 2005 uma organização criminosa furtou a quantia de R\$164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil, cento e cinquenta reais), no que foi considerado o maior furto da história do país.

O crime teve como foco um setor do banco que armazenava notas de baixo valor (R\$50,00 – cinquenta reais) e que seriam, em sua quase totalidade, destinadas à incineração, uma vez que apresentavam rasgos e defeitos.

Logo após a consumação do delito, os agentes compraram 11 (onze) veículos de uma agência de automóveis, pagando o montante de R\$730.000,00 (setecentos e trinta mil reais). Os agentes deixaram um 'saldo' de R\$230.000,00 (duzentos e trinta mil reais) para aquisição futura de veículos.

Todo o pagamento, tanto do montante principal quanto do saldo para futuras aquisições, foi feito por meio de notas de R\$50,00 (cinquenta reais) e foram trazidas ao estabelecimento por meio de sacos de tecidos, de forma improvisada e com a maior discrição possível.

Em primeira instância houve condenação dos vendedores dos veículos por lavagem de dinheiro (dissimulação e ocultação da origem ilícita dos recursos)<sup>91</sup>. Entendeu o magistrado que, apesar dos vendedores jamais terem sido informados que o dinheiro decorria do furto ao Banco Central, certamente sabiam ser de origem ilícita. Afinal, não seria factível alegar que não sabiam da origem ilícita dos valores, quando a compra é feita de forma totalmente atípica.

O recurso ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi provido e os vendedores foram absolvidos, com o afastamento da teoria da cegueira deliberada. O Tribunal afirmou, em síntese, que a teoria pode ser aplicada no Brasil, mas o caso concreto não permitiria a condenação, pois não estaria demonstrado que os vendedores sabiam da origem ilícita ou possuíam alta probabilidade de conhecer a ilicitude. A absolvição foi fundada na ausência de comprovação dos requisitos e não na impossibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada.

Spencer Toth Sydow<sup>92</sup>, ao tratar do caso em questão, afirma que o Tribunal Regional Federal afastou a aplicação da teoria no Brasil, diante da sua proximidade com a responsabilidade penal objetiva. Discordamos parcialmente do autor, na medida em que a fundamentação do acórdão estava relacionada à forma com que o magistrado de piso interpretou a teoria e não com a teoria propriamente dita. O próprio autor<sup>93</sup> afirma que o julgado colegiado reconheceu a possibilidade de aplicação do instituto, desde que seja considerado como uma forma de dolo eventual.

---

<sup>88</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 528/2019. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/80db097801e25bcb/20191119>. Acesso em: 13 set. 2022.

<sup>89</sup>ESPANHA. Tribunal Supremo Espanhol. STS 494/2020. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/443426d8d4df910c/20201026>. Acesso em: 13 set. 2022.

<sup>90</sup>BRASIL. Justiça Federal. *Furto ao Banco Central de Fortaleza*. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/noticias/noticias/2248-caso-do-furto-ao-banco-central-completa-10-anos>. Acesso em: 13 set. 2022.

<sup>91</sup>BRASIL. Justiça Federal. *Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0*, 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, Sentença.

<sup>92</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 219.

<sup>93</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 220.

Outro caso envolvendo a teoria foi o chamado 'mensalão'<sup>94</sup>, que envolve um sistema de corrupção envolvendo partidos políticos que, mensalmente, recebiam recursos financeiros para fornecer o número de votos necessários para aprovação de propostas encaminhadas pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Especificamente sobre o crime de lavagem de dinheiro, há a seguinte menção à teoria<sup>95</sup>:

A admissão do dolo eventual decorre da previsão genérica do art. 18, I, do Código Penal, jamais tendo sido exigida previsão específica ao lado de cada tipo penal específico. O direito comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (*willful blindness doctrine*). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos. [...] Em termos gerais, a doutrina estabelece que age intencionalmente não só aquele cuja conduta é movida por conhecimento positivo, mas igualmente aquele que age com indiferença quanto ao resultado de sua conduta. No Direito brasileiro, pratica crime doloso tanto quem age com consciência e vontade de realizar o tipo penal objetivo como aquele que assume o risco de produzir o resultado delitivo (art. 18, I, do Código Penal).

Trata-se, em nosso entender, de uma decisão fundamentada em uma leitura apressada da teoria originada no *common-law*. A corte máxima do Brasil simplesmente equiparou a cegueira deliberada ao dolo eventual e, uma vez que se admite, por construção dogmática, o conceito de dolo eventual no Código Penal Brasileiro (artigo 18), seria possível a plena aplicação da teoria no Brasil.

Em primeiro lugar, a teoria em debate não pode ser equiparada ao dolo eventual. O 'berço' do instituto (*common-law* da Inglaterra) sequer conhece o conceito de dolo eventual. Aliás, a teoria do delito é estranha à tradição costumeira, tanto da Inglaterra como dos Estados Unidos.

Essa transposição pura e simples, com uma tentativa de 'encaixe' da teoria em algum artigo do Código Penal Brasileiro, revela violação ao princípio da legalidade, na medida em que, ao Poder Judiciário, não cabe inovação do ordenamento jurídico, muito menos quando essa inovação implica ampliação do âmbito de incidência da norma penal.

Ana Lara Camargo de Castro<sup>96</sup> ressalta que, mesmo no sistema do *common-law* dos Estados Unidos, não se admite mais a criação de tipos penais pelo costume. Acolhe-se o *fair warning*, equivalente ao princípio da legalidade e anterioridade do modelo continental. Assim, a ampliação da incidência de um tipo penal pela aplicação de uma teoria gestada em ambiente totalmente diverso não é admissível.

Segundo pesquisa realizada diretamente no *site* do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, tomando decisões colegiadas proferidas

<sup>94</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>95</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*, p. 5288; 52912. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>96</sup>CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019, p. 24.

desde 2017 e utilizando os principais verbetes (*willful blindness*, cegueira deliberada e ignorância deliberada), podemos constatar o acolhimento da teoria. O Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1793377/PR<sup>97</sup>, afirmou:

Ademais, consabido que a denominada teoria da cegueira deliberada, criação doutrinária e jurisprudencial, preconiza que é possível a condenação pelo crime de lavagem de capitais, ainda que ausente o dolo direto, sendo admitida a punição a título de dolo eventual, desde que presentes alguns requisitos, a saber, que o agente crie consciente e voluntariamente barreiras ao conhecimento da intenção de deixar de tomar contato com a atividade ilícita, se ela vier a ocorrer, quando teria plenas condições de investigar a proveniência ilícita dos bens.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisões colegiadas afirmando que a teoria é acolhida no Brasil no AgRg no AREsp 1810066/AL<sup>98</sup>, APn 940/DF<sup>99</sup> e AgRg no REsp 1669311/SP<sup>100</sup>. Verifica-se dos julgamentos uma equiparação da teoria em questão ao dolo eventual.

No Supremo Tribunal Federal, além do já citado caso 'mensalão', houve menção à teoria nas decisões colegiadas AP 975<sup>101</sup> e AP 996<sup>102</sup>. Verifica-se, novamente, uma equiparação da teoria ao dolo eventual.

## 6. Críticas

O sucesso da teoria perante a Suprema Corte dos Estados Unidos e da Espanha não autoriza o afastamento das críticas. Afirma-se, em tom de repúdio, que a teoria implica presunção de conhecimento da ilicitude, o que seria inviável na esfera penal<sup>103</sup>.

Em função da impossibilidade de presunção, a cegueira deliberada somente poderia ser equiparada a uma conduta culposa (grave negligência ou imprudência), mas jamais ao dolo, conforme manifestação de Juarez Tavares<sup>104</sup>.

Sérgio Moro, ao tratar do tema<sup>105</sup>, em sentido contrário ao exposto, reconhece a presença de dolo eventual quando verifica "presentes os requisitos

<sup>97</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1793377/PR*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900206201&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 set. 2022.

<sup>98</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1810066/AL*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202003500787&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>99</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 940/DF*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903722302&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>100</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1669311/SP*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701066285&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>101</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 975*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4927582>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>102</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AP 996*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em: 29 set. 2022.

<sup>103</sup>ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, passim.

<sup>104</sup>TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, Ed. Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018, p. 270-271.

<sup>105</sup>MORO, S. F. "Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem". (Baltazar Júnior, J. P.; MORO, S. F. coords.), *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas*

exigidos pela doutrina da 'ignorância deliberada', ou seja, a prova de que o agente tinha conhecimento da elevada probabilidade da natureza ilícita".

Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini<sup>106</sup>, ao tratarem do fenômeno da cegueira deliberada na lavagem de dinheiro, afirmam que é possível equiparar o instituto ao dolo eventual, desde que presentes dois requisitos. O primeiro é a criação consciente e voluntária de barreiras ao conhecimento para evitar ter ciência do caráter ilícito da operação e o segundo é ter a consciência (representação) de que essas condutas vão facilitar a prática de atos ilícitos, isto é, representação de que essas barreiras vão facilitar a ocorrência de crimes.

Sérgio Valladão Ferraz<sup>107</sup> ao tratar da aplicação da cegueira deliberada no âmbito da teoria do delito, de natureza continental, especialmente aos conceitos de dolo e culpa, afirma que só haveria que se falar na aplicação do instituto quando o agente possuísse conhecimento equivalente ao dolo eventual e organizasse sua conduta de modo a colocar em dúvida a configuração do dolo no momento da execução do delito futuro. Ou seja, propicia que o delito venha a ser praticado no futuro, sem que tenha qualquer representação sobre os elementos do tipo objetivo durante o cometimento dos atos executivos.

O autor afirma que, dada a necessidade de algum grau de conhecimento da probabilidade da ilicitude, bem como diante dos requisitos do dolo eventual, a cegueira deliberada só faz sentido para delito futuro.

Concordamos com Guilherme Brenner Lucchesi<sup>108</sup> quando afirma que "a equiparação do desconhecimento, ainda que diante de um dever legal de conhecimento, amplia o conceito legal de dolo, contrariando a regra geral que exige conhecimento para a configuração do dolo, diante da conjugação das regras dos arts. 18 e 20 do Código Penal".

Entendemos que a aplicação da cegueira deliberada no Brasil é indevida. O conceito amplo e abstrato de *mens rea* como equivalente a um elemento subjetivo do crime permitiu, no sistema costumeiro, a construção de uma teoria que permite tomar a probabilidade da ilicitude como conhecimento. Ainda que tenhamos críticas a essa construção que, simplesmente, presume um requisito essencial do crime, o fato é que ela decorre de uma interpretação histórica de um conceito aberto.

A dificuldade da aplicação de um instituto do *common-law* em um regime de direito continental demonstra as consequências dos transplantes entre sistemas jurídicos distintos<sup>109</sup>.

Segundo a obra de Watson<sup>110</sup>, há uma estrita ligação entre as normas, a sociedade e a cultura. Contudo, os legisladores terminam por criar leis que não possuem uma ligação direta com a sociedade cujo comportamento se pretende regular, mas sim com a cultura jurídica da elite dominante. Cita<sup>111</sup>, como exemplo, o caso da Turquia, onde a cultura jurídica da elite impôs a adoção da legislação da Suíça como modelo para o Código Civil, uma vez que os dirigentes do país possuíam laços com aquele país. O recurso ao modelo da Suíça não se deu porque,

---

*especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 101.

<sup>106</sup>BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 144; 145; 146.

<sup>107</sup>FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 282-283.

<sup>108</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 228.

<sup>109</sup>WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

<sup>110</sup>WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

<sup>111</sup>WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, p. 115.

do ponto de vista jurídico-social, seria a norma mais adequada para o contexto social.

A transposição de uma lei tomada de outra sociedade (outro contexto cultural) implica que, embora a estrutura normativa seja a mesma, os efeitos dessa norma podem ser diferentes. Anne Peter e Heiner Schwenke<sup>112</sup> reforçam a necessidade de contextualizar o estudo envolvendo regimes jurídicos distintos com a cultura legal de cada país.

É por essa razão que, quando utilizamos os transplantes de institutos jurídicos, esse trabalho deve ser feito sempre mediante a pesquisa do contexto social de onde a norma foi criada e de onde se pretende introduzi-la, de forma a realizar as adaptações necessárias para a finalidade e eficácia que se pretende. Conforme Guilherme Brenner Lucchesi<sup>113</sup>, “não se pode simplesmente querer transplantar ao Brasil – ou a qualquer outro sistema jurídico de matrizes distintas – a cegueira deliberada sem verificar o papel a ser desempenhado”.

### 6.1 Ativismo judicial e princípio da legalidade

Parece-nos que a introdução da cegueira deliberada no Brasil busca acolher o movimento de ‘lei e ordem’, mas sem a participação do Poder Legislativo e dos demais setores da sociedade. Referido movimento consiste na implementação de um direito penal máximo, praticamente uma antítese do abolicionismo penal, onde a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos é ampliada, especialmente, com incremento na sanção penal correlata e o endurecimento das normas processuais penais de restrição cautelar de liberdade<sup>114</sup>.

Ocorre que esse movimento jamais pode se dar por incentivo do Poder Judiciário que, utilizando-se indevidamente da função legislativa, busca, por meio da interpretação, reescrever as normas jurídicas.

Da mesma forma não se pode permitir que o sentimento coletivo de insegurança autorize o Poder Judiciário, ainda que por construções teóricas elaboradas, como é o caso da teoria da cegueira deliberada, a ampliar a abrangência de normas de direito penal de caráter punitivo.

Há, no Brasil atual, um notório sentimento de insegurança (muitas vezes em função da divulgação de índices de criminalidade pela *mass media*), que estimula um movimento que imputa a solução da situação ao reforço da sanção penal, isto é, a ampliação das normas penais. A mesma opinião é compartilhada por Silva Franco<sup>115</sup>.

Essa situação se torna ainda mais grave quando constatamos a “disfunção narcotizante”, nos termos de Merton e Lazarsfeld<sup>116</sup>, onde o ser humano perde o protagonismo na construção de conclusões e passa a, passivamente, receber as informações fornecidas pela *mass media*.

No ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de lei ordinária para criar norma penal pode ser extraída da interpretação conjunta dos artigos 5º, II e XXXIX; 22, I; 62, §1º, “b”; todos do texto magno<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup>PETER, A.; SCHWENKE, H. “Comparative Law Beyond Postmodernism”, *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, Nº. 4, 2000, passim.

<sup>113</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 179.

<sup>114</sup>VALENTE, M. M. G. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo. O Progresso ao Retrocesso*, Almedina, São Paulo, 2016, p. 58.

<sup>115</sup>SILVA FRANCO, A. *Crimes Hediondos*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, p. 32-34.

<sup>116</sup>MERTON, R.; LAZARFELD, P. “Comunicação de Massa, gosto popular e a organização da ação social”. (Lima, L. C. coord.), *Teoria da Cultura de Massa*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2000, passim.

<sup>117</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar 2021.

A necessidade da chancela democrática para estabelecimento da norma penal tem sua origem muito antes da promulgação da atual Carta Magna. As primeiras manifestações do princípio da legalidade podem ser fixadas na Constituição de Maryland de 1776<sup>118</sup> e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>119</sup>.

Cesare Bonesana<sup>120</sup>, em 1764, afirmou que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

O princípio da legalidade foi também inserido como premissa dos crimes do Direito Internacional Penal, conforme se verifica do Estatuto de Roma<sup>121</sup>. Trata-se de importante evolução na limitação do poder punitivo, na medida em que os Tribunais Internacionais anteriores ao Tribunal Penal Internacional utilizaram costumes para realizar a imputação penal<sup>122</sup>.

A norma penal, portanto, somente deve ser criada por lei, respeitando o princípio da legalidade estrita, garantindo a participação da vontade popular na formação e, sobretudo, observando a segurança jurídica do jurisdicionado. A afirmação de que ao Poder Judiciário é devido interpretar a lei não permite que o referido poder amplie a incidência de dispositivos de natureza penal com fins incriminatórios. Nesse sentido é a posição de Luis Regis Prado<sup>123</sup>.

Não se desconhece a obra de David A. Strauss sobre a ‘Constituição Viva’<sup>124</sup> e a necessidade de interpretação das normas jurídicas diante do contexto socioeconômico, especialmente nos países de direito costumeiro. Mas, há limites que essa interpretação não pode ultrapassar. A liberdade humana é um direito natural<sup>125</sup> que se contrapõem a uma potente força do Estado (restrição de liberdade pelo *jus puniendi*).

Note-se que, para sustentarmos nossas afirmações, nem mesmo é preciso debater sobre o chamado ativismo judicial, que, sob o manto da interpretação das normas, pode ser definido como “participação intensa do Poder Judiciário, inclusive com ingerência sobre os demais poderes, através de decisões que interferem diretamente na regulamentação da vida em sociedade e nas políticas públicas estatais”<sup>126</sup>.

Apesar de o ativismo judicial ser um campo fértil para estudo, parece pacífico que não há ativismo judicial capaz de justificar a criação de normas penais. Julgamos que, para quem admite sua validade, o ativismo judicial somente deve ser aceito nas hipóteses de definidas por Luis Roberto Barroso<sup>127</sup>:

<sup>118</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição de Maryland de 1776*. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/ma02.asp](https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp). Acesso em: 14 jan. 2021.

<sup>119</sup>FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 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: 14 jan. 2021.

<sup>120</sup>BECCARIA, C. B. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de Néelson Jahr Garcia, Ed. Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001, p. 10;11.

<sup>121</sup>BRASIL. *Estatuto de Roma*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 03 abr 2020.

<sup>122</sup>TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005, passim.

<sup>123</sup>PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 459.

<sup>124</sup>STRAUSS, D. A. *The Living Constitution*, Ed. Oxford University Press, New York, 2010, p. 17.

<sup>125</sup>RESENDE, A. J. “Conceito e Evolução Histórica do Direito Natural”, *JURÍDICA*, Ano III, nº 3, 2015, passim.

<sup>126</sup>ANDRADE, M. D; BRASIL, C. “Delimitando o Ativismo Judicial: Acepções, Críticas e Conceitos”, *Quaestio Iuris*, v. 11, nº. 04, 2018, p. 3285.

<sup>127</sup>BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 07 set. 2022, p. 06.



A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ainda que se admita essa interferência do Poder Judiciário em temas que, diante da literalidade da Constituição, estariam a cargo do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, não se pode admitir, sob qualquer fundamento, interferência na esfera penal. Os princípios da legalidade e da anterioridade na criação de tipos penais são garantias fundamentais que não admitem redução pelo Poder Judiciário.

Nem mesmo a invocação da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy<sup>128</sup> poderia justificar ampliação de incidência de norma penal, na medida em que a aplicação da referida teoria não seria capaz de, sem violar o conteúdo material mínimo, reduzir o âmbito de incidência do princípio da legalidade de forma proporcional.

Afinal, uma situação é admitir que o Poder Judiciário, interferindo no âmbito de decisão do Poder Executivo, decida sobre a construção de um muro entre dois países<sup>129</sup>, outra bem diferente é determinar, por meio de interpretação, o que se considera como crime.

## 6.2 Tomada de posição

Podemos afirmar que, em nosso entender, no direito brasileiro, a aplicação da teoria da cegueira deliberada é inconstitucional, pois implica uma interpretação que equipara condutas destinadas a evitar o conhecimento da ilicitude com o próprio conhecimento.

Toma uma conduta culposa (negligência ou imprudência) como dolo, gerando uma indevida ampliação da incidência penal. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma espécie de ativismo judicial que, ao arrepio da Constituição, cria tipos penais, uma vez que determina a incidência da sanção penal destinada a crimes dolosos em condutas culposas.

Essa afirmação encontra suporte em J. Edwards<sup>130</sup> e Ira P. Robbins<sup>131</sup>, quando, analisando o sistema do *common-law* e a teoria em debate, verificam uma aproximação com o *recklessness* e não com *knowledge*. Os referidos autores não vislumbram, na conduta acolhida pela cegueira deliberada, um comportamento capaz de se enquadrar no conceito de 'conhecimento' nos moldes do Código Penal Modelo dos Estados Unidos. O comportamento de quem age em cegueira deliberada seria compatível com a negligência ou até mesmo imprudência. Transportando esse raciocínio para o direito continental, vislumbram culpa e não dolo.

---

<sup>128</sup>ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, p. 93-94.

<sup>129</sup>BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 07 set. 2022, p. 02.

<sup>130</sup>EDWARDS, J. L. J. "The Criminal Degrees of Knowledge", *The Modern Law Review*, v. 17, Nº. 4, 1954, p. 303-306.

<sup>131</sup>ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 223.

Ragués I Vallés<sup>132</sup> afirma que:

ignorância deliberada *stricto sensu* parece cair em uma situação intermediária, especialmente quando o sujeito partiu da suspeita inicial de que ele possa prejudicar algum interesse indeterminado, mas tal suspeita não se mostrou motivo suficiente para ele confirmar a existência de tal risco e, se necessário, evitar conduta prejudicial.

Sérgio Valladão Ferraz<sup>133</sup> afirma que a cegueira deliberada, na estrutura do *common-law* dos Estados Unidos, está situada entre *recklessness* e *knowingly*, sendo indevida a afirmação de que o instituto deve ser sobreposto sobre qualquer um desses institutos jurídicos. Afinal, segundo o autor, os requisitos para aplicação da teoria, especialmente a ciência da probabilidade da ilegalidade e vontade de manter-se ignorante, afastam o autor do *recklessness*, mas não permitem afirmar a existência do *knowingly*.

Concordamos com a posição de Luis Greco<sup>134</sup> quando afirma que a teoria, dentre outros problemas, não permite determinar o início da tentativa (quando há o início da violação do bem jurídico protegido).

Entendemos que, seja no sistema do *common-law* ou no sistema continental (Espanha e Brasil), a aplicação da cegueira deliberada, nos moldes em que reconhecida pelos tribunais, é indevida. No sistema do *common-law*, não se pode acolhê-la, pois o comportamento é de negligência e não de conhecimento. No direito continental, trata-se de conduta que se amolda à culpa e não ao dolo. A ausência de definição legal de dolo e culpa, no ordenamento jurídico espanhol, embora permita uma aproximação com a teoria da cegueira deliberada nos mesmos moldes do *common-law*, não é suficiente para garantir o acolhimento do instituto nos termos em que a jurisprudência tem feito.

Por fim, é importante destacar que eventuais propostas de modificação dos critérios da cegueira deliberada, como as sugestões de Spencer Toth Sydow<sup>135</sup> (inclusão, dentre outros, da necessidade de uma motivação egoística e ilícita que manteve o agente em ignorância), são incapazes de solucionar a impossibilidade de aplicação da referida teoria no modelo continental, na medida em que, mesmo que referidas propostas reduzam o âmbito de incidência da cegueira deliberada, ao final, esbarram no princípio da legalidade, uma vez que é da essência da referida teoria modificar critérios de imputação de tipo penal com o viés ampliativo.

## **7. Due process of law**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, chamada de constituição cidadã, reestabeleceu as premissas democráticas do Brasil. A dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado.

Processo Penal é matéria de ordem constitucional. Nelson Nery Junior<sup>136</sup> afirma que o processo deve ser analisado à luz das tarefas fundamentais da Constituição – integração, organização e direção jurídica – e do caráter dirigente e diretamente aplicável dos direitos fundamentais.

<sup>132</sup>RAGUÉS I VALLÉS, R. "Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 2013, p. 32.

<sup>133</sup>FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018, p. 189;191.

<sup>134</sup>GRECO, L. "Comentario al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Sección I, 2014, p. 75-76.

<sup>135</sup>SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 202.

<sup>136</sup>NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 38.



José Frederico Marques<sup>137</sup> pondera que: “nesse conjunto de normas e preceitos agasalhados no texto constitucional é que a ciência processual vai haurir a seiva de que se alimentam seus postulados e regras fundamentais.”

Alexandre Moraes da Rosa e Sylvio Lourenço<sup>138</sup> afirmam que “as regras do jogo democrático devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque com ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são), não se transige, não se negocia, defende-se.”

Claus Roxin<sup>139</sup> afirma que “o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição de um Estado” (tradução nossa). De fato, “é indubitável que o Direito Processual Penal é o Direito Constitucional em movimento”<sup>140</sup>.

É obrigatória, pois, uma “harmonia conteudista” entre o Código de Processo Penal e a Lei Fundamental<sup>141</sup>. Por fim, Canotilho<sup>142</sup> afirma que: “a ideia de garantia contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do procedimento e limites de revisão, quer das situações de necessidade constitucional”.

Aury Lopes<sup>143</sup> afirma que “o processo não pode mais ser visto como simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.

Hassemer<sup>144</sup> pondera que “as formalidades do processo penal não são meras formalidades. Em seu núcleo, são formas protetoras de interesses da totalidade dos intervenientes no processo penal e, antes de tudo, do imputado”.

É preciso questionar se a teoria da cegueira deliberada é compatível com o devido processo legal e pode ser inserida em um processo penal de cunho garantista, como aquele inaugurado pela Constituição do Brasil (artigo 5, LIV)<sup>145</sup> e presente nos Estados Unidos (emendas V e VI)<sup>146</sup>, Reino Unido (Magna Carta)<sup>147</sup> e Espanha (artigo 24 e 25)<sup>148</sup>.

No que tange ao *common-law*, tomando os Estados Unidos como paradigma, (onde o júri também pode decidir matéria de direito), Guilherme Brenner Lucchesi<sup>149</sup> elaborou estudo de como é feito o questionamento sobre o reconhecimento da cegueira deliberada. Como exemplo, podemos citar o seguinte grupo de quesitos:

- 1) A seguir, gostaria de explicar algo sobre a comprovação de conhecimento por um acusado. (2) Ninguém pode evitar responsabilidade por um crime ao deliberadamente ignorar o

<sup>137</sup>MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, Ed. Bookseller, Campinas, 1997, p. 80.

<sup>138</sup>ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 71.

<sup>139</sup>ROXIN, C. *Derecho procesual penal*, Ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 10.

<sup>140</sup>TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, 26ª. ed., v 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 32.

<sup>141</sup>ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 157.

<sup>142</sup>CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª Ed, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 888.

<sup>143</sup>LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*, 9ª. Ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2012, p. 72.

<sup>144</sup>HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colômbia, 1998, p. 82.

<sup>145</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 24 set 2022.

<sup>146</sup>ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 24 set 2022.

<sup>147</sup>MCLLWAIN, C. H. “Due Process of Law in Magna Carta”, *Columbia Law Review*, v. 14, nº. 1, 1914, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1111001>. Acesso em: 24 set. 2022.

<sup>148</sup>ESPAÑA. *Constituição*. Disponível em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008). Acesso em: 24 set. 2022.

<sup>149</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada “cegueira deliberada”*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 163-171.

que é evidente. Se os Senhores se convencerem que o acusado deliberadamente ignorou uma elevada probabilidade que \_\_\_\_\_, então os Senhores podem decidir que ele sabia \_\_\_\_\_. (3) Para decidir de tal maneira, os Senhores devem se convencer para além de uma dúvida razoável que o acusado tinha ciência de uma elevada probabilidade que \_\_\_\_\_, e que o acusado deliberadamente fechou os olhos ao que era óbvio.

Quanto ao entendimento dos Tribunais dos Estados Unidos sobre o tema, diante da análise dos precedentes citados neste artigo, podemos concluir que, para reconhecimento da cegueira deliberada, é fundamental demonstrar que havia elevada probabilidade de o agente estar diante de uma ilicitude e que foram adotadas medidas para afastar esse conhecimento. Essa conclusão é referendada por Guilherme Brenner Lucchesi<sup>150</sup>.

Sobre a Espanha, o estudo dos julgamentos do Tribunal Supremo Espanhol, especialmente nossa pesquisa diretamente no banco de dados do referido tribunal, tomando como data de corte o ano de 2017 em diante, permitiu constatar que a alegação de cegueira deliberada é contraposta com alegações de erro de tipo, o que demonstra a busca pela teoria como forma de sobreposição ao conceito de dolo eventual.

No Brasil, apesar da sua recente introdução, verifica-se, nos mesmos moldes da Espanha, uma equiparação com o dolo eventual. A jurisprudência chega a afirmar que a teoria teria suporte no Código Penal, na medida em que haveria previsão legal de dolo eventual.

Essa construção, em nosso entender, simplesmente anula o devido processo legal, pois realiza uma indevida equiparação entre probabilidade do conhecimento do ilícito e prova do conhecimento, impondo à defesa uma prova diabólica da inexistência de conhecimento. Logo, no Brasil, a aplicação da teoria não encontra suporte.

Quanto aos demais países estudados, nenhum regime jurídico afastou o ônus acusatório da prova dos elementos da cegueira deliberada. O problema que se constata é que, diante da grande abstração dos requisitos essenciais do instituto (elevada probabilidade de o agente estar diante de uma ilicitude e adoção de medidas para afastar esse conhecimento), a decisão sobre a presença dos requisitos não oferece um parâmetro objetivo seguro.

Assim, ao órgão acusatório caberia demonstrar a probabilidade de conhecimento da ilicitude e condutas que indiquem uma vontade de não conhecer o ilícito. Caberia à defesa afastar esses elementos, demonstrando que, de fato, o agente não conhecia as circunstâncias, o que, em nosso entender, como já afirmado, constitui indevida inversão do ônus probatório.

Rui Aido<sup>151</sup>, ao tratar dos julgados do Tribunal Supremo da Espanha, afirma que “não pode ser concebível a ausência de critérios e a forma desprovida de rigor com que o tribunal fez alusão à *willful blindness*”. Essa constatação impõe o reconhecimento da violação ao *due process of law*, na medida em que a ausência de rigor na utilização do instituto dificulta, de forma demasiada, o contraditório.

Gisele Mendes de Carvalho e Gerson Faustino Rosa<sup>152</sup> afirmam que “reduz-se consideravelmente as exigências de prova em alguns delitos, eximindo o julgador de indicar os indícios incidentes na verificação das regras de experiência que autorizam a condenação. Trata-se, portanto, de referencial demasiadamente elástico”.

<sup>150</sup>LUCCHESI, G. B. *A punição da culpa a título de dolo. O problema da chamada "cegueira deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 171.

<sup>151</sup>AIDO, R. *Cegueira Deliberada*, Dissertação de Mestrado, Faculdade da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 81.

<sup>152</sup>CARVALHO, G. M.; ROSA, G. F. “Uma análise Crítica da Teoria da Cegueira Deliberada à Luz do Princípio da Imputação Subjetiva”, *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018, p. 1607.

De fato, com exceção de exemplos extremos, onde as circunstâncias revelam nitidamente os requisitos da cegueira deliberada, vislumbramos uma zona cinzenta (especialmente nos crimes de lavagem de dinheiro) que impossibilita superar o requisito da 'dúvida razoável' do *common-law*, o que, em nossa opinião, deveria atrair o princípio da presunção de inocência.

O que a teoria da cegueira deliberada promove é a possibilidade de a acusação provar uma negligência (ou imperícia) e obter a condenação por dolo eventual. Trata-se de uma indevida equiparação e que, como aqui demonstrado, viola o *due process of law*.

### 7.1 Propostas para transplante da teoria para o direito continental

Por fim, vamos responder ao questionamento sobre a viabilidade do transplante da teoria em questão para o direito continental (brasileiro e espanhol).

Inicialmente é preciso fazer uma observação em relação à aplicação do instituto no *common-law*. Conforme determinado no capítulo anterior, temos críticas à teoria. Julgamos que, para adequação da teoria ao princípio da legalidade e ao *due process of law*, é preciso realizar duas alterações.

Quanto ao direito material, é preciso relacionar a cegueira deliberada ao *recklessness*, afastando a invocação do *purposely* e do *knowingly*. Essa alteração é essencial para, em nosso entender, evitar uma indevida ampliação da incidência da norma penal.

No que tange ao processo penal, a alteração seria o estabelecimento de um *standard* probatório<sup>153</sup> rígido para reconhecimento da teoria, determinando o afastamento do instituto quando verificada dúvida com o mínimo de fundamento. Em outras palavras, a 'dúvida razoável' deve ser interpretada de forma favorável ao réu.

Sobre o direito continental (brasileiro e espanhol), é preciso ressaltar que, em capítulo precedente, já apontamos a razão pela qual a importação de institutos jurídicos não apresenta os resultados esperados, usando a obra de Alan Watson<sup>154</sup> como marco teórico.

A utilização da teoria da cegueira deliberada em ordenamentos de tradição de direito continental somente pode ser feita mediante transplante com modificação legislativa, sendo inviável recorrer à interpretação comparativa.

Assim, considerando a necessidade de adaptação do instituto ao ordenamento jurídico de direito continental, entendemos que a solução demanda, necessariamente, modificação na legislação vigente.

Quanto ao Brasil, nossa sugestão é uma modificação do artigo 18 do Código Penal, com a introdução de um parágrafo, com a seguinte redação: considera-se culposa a conduta do agente que demonstre elevada probabilidade de conhecimento da ilicitude e reste demonstrada a adoção de medidas voltadas a evitar o pleno conhecimento, ainda que tais medidas sejam de cunho omissivo.

Quanto ao processo penal, para respeito ao devido processo legal, é fundamental que a aplicação da teoria seja afastada diante de dúvidas razoáveis sobre a presença dos elementos acima apontados, sob pena de violação do princípio da inocência.

No Direito Espanhol, a sugestão é uma modificação do Código Penal<sup>155</sup>, no seu artigo 5º. Embora julguemos que dolo e imprudência são conceitos que deveriam ter definição legal, para fins de viabilização da cegueira deliberada na Espanha, bastaria a inclusão do artigo 5 bis com a seguinte redação: considera-se imprudente a conduta do agente que, diante da elevada probabilidade de

<sup>153</sup>RAMOS, J. G. G. *Curso de processo penal norte-americano*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 192-193.

<sup>154</sup>WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993, passim.

<sup>155</sup>ESPAÑA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.

conhecimento da ilicitude, adote medidas para evitar o pleno conhecimento, ainda que ainda que tais medidas sejam de cunho omissivo.

Sobre o aspecto processual penal, bem como ponderamos em relação à legislação do Brasil, é imprescindível, sob pena de violação do princípio da inocência, que a verificação dos requisitos seja bastante rigorosa por parte do Poder Judiciário, com prevalência do princípio da presunção de inocência.

## **8. 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, analisar e definir o conceito do instituto da cegueira deliberada, que é uma criação do *common-law* da Inglaterra, com desenvolvimento nos Estados Unidos. Definido o conceito, houve análise da compatibilidade com os princípios fundamentais de processo penal, especialmente o devido processo legal e a presunção de inocência. Ato contínuo, analisou-se a aplicação perante o regime de direito continental, nos ordenamentos do Brasil e Espanha.

Como conhecimento prévio e necessário ao estudo do tema, houve análise da natureza da conduta humana e da existência do livre-arbítrio, bem como da presença do elemento subjetivo para a prática do fato típico. Restou demonstrado que, apesar das evoluções da neurociência e dos entendimentos sobre a inexistência de liberdade na conduta (o contexto social determinaria a conduta), foi possível concluir que o homem é livre, possui livre-arbítrio e, portanto, é responsável pelas suas condutas.

No direito costumeiro, berço do instituto em foco, o estudo revelou que não há uma teoria do delito nos moldes que conhecemos no direito continental, bem como não há o conceito de dolo e culpa. O equivalente ao elemento subjetivo (estados mentais) é tido como *mens rea*, embora não tenha uma definição geral.

Nos Estados Unidos verificou-se que o Código Penal Modelo pretendeu abandonar o conceito de *mens rea*, substituindo-os pelas seguintes categorias: (a) propósito (*purposely*), (b) consciência (*knowingly*), (c) imprudência (*recklessness*) e (d) negligência (*negligence*). Com fundamento em estudo bibliográfico, conclui-se que diversas unidades federativas dos Estados Unidos reformaram suas legislações com base no Código Modelo. A *mens rea* foi abandonada e o termo substituído por '*culpability*' que, em termos de comparação com o modelo continental, pode ser equiparado ao elemento subjetivo.

A teoria da cegueira deliberada é aplicada quando uma pessoa tem ciência da elevada probabilidade da existência de um fato elementar de um delito, mas deliberadamente adota condutas voltadas a impedir a efetiva ciência. Nessa situação, considera-se presente o conhecimento (*knowledge*), ou seja, considera-se satisfeito o requisito mental dos crimes que exigem *knowledge*.

O estudo revelou que o instituto, com mais de 150 (cento e cinquenta) anos, sofreu modificações. Sua aplicação teve início, na esfera penal, com a abstenção da busca do reconhecimento da ilegalidade como elemento suficiente para reconhecimento do *mens rea*. Ato contínuo, acolheu-se a teoria não somente na abstenção, mas também diante da conduta deliberada de impedir o conhecimento da ilicitude e, por fim, ampliou-se a teoria para todas as áreas do direito onde o agente deixa deliberadamente de diligenciar quanto à ilicitude ou o faz de forma ineficaz.

No direito continental aqui estudado (Brasil e Espanha), o instituto passou a ser utilizado nos anos 2000, como forma de reconhecer a existência de dolo (eventual) quando existissem fundadas razões para suspeitar da ilicitude de uma conduta, mas o agente adotasse posturas para, deliberadamente, evitar o conhecimento.

É importante constatar que, tanto no Brasil quanto na Espanha, a teoria foi aplicada pelos órgãos jurisdicionais sem um amplo estudo dogmático. Na Espanha, se verifica a aplicação, no Tribunal Supremo, em casos envolvendo tráfico de

drogas e em crimes econômicos. No Brasil, chama a atenção a utilização do instituto como uma forma de permitir a punição por lavagem de dinheiro, na medida em que o país não prevê a forma culposa do crime. Importante constatar que, na Espanha, apesar de existir a figura culposa do crime de lavagem de dinheiro, a teoria também foi invocada nessa hipótese.

Revelou-se que a teoria, mesmo no sistema do *common-law*, é passível de críticas. Foi possível, em nosso entender, demonstrar que, ao fim e ao cabo, se determina a punição por dolo quando, na verdade, estamos diante de uma conduta culposa. Em termos de *common-law* dos Estados Unidos, pune-se por *knowledge* uma conduta que se coaduna com o *recklessness*.

No que tange ao direito processual penal, foi possível concluir que a aplicação da teoria pode gerar uma verdadeira inversão do ônus da prova. A partir do momento que se admite a sanção diante da demonstração da alta probabilidade do conhecimento do ilícito, transfere-se à defesa a prova (diabólica) de que não se tinha conhecimento (nem mesmo provável).

O estudo revelou que, especialmente no Brasil, a teoria foi usada como um 'verniz teórico' para viabilizar um movimento de expansão penal (praticamente um movimento de 'lei e ordem') gestado pelo Poder Judiciário. Utilizou-se de notícias divulgadas pela *mass media*, especialmente sobre a impunidade e corrupção, como suporte para, por meio de interpretação, promover um ativismo judicial com enfoque na ampliação da incidência das normas penais incriminadoras.

Portanto, a teoria da cegueira deliberada, nos moldes em que é atualmente aplicada, tanto no *common-law* como no direito continental, não encontra suporte no princípio da legalidade e no princípio do devido processo legal.

Quanto ao *common-law*, o estudo formulou uma proposta de modificação, determinando a aplicação da teoria em questão como equivalente ao *recklessness*. Sobre o aspecto do direito processual penal, a aplicação da teoria demanda a reformulação do *standard* probatório, com postura rigorosa das cortes sobre a 'dúvida razoável'.

No Brasil e na Espanha a teoria somente seria possível mediante a modificação dos Códigos Penais dos respectivos países. Haveria necessidade de previsão legal da aplicação da teoria e sempre relacionada à culpa consciente e não ao dolo eventual. O processo penal deveria ser modificado para acomodar a 'dúvida razoável' nos termos determinados no *common-law*.

Essas providências seriam necessárias para que o 'transplante' da teoria para o regime continental fosse feito com respeito aos princípios constitucionais vigentes, especialmente a estrita legalidade e o *due process of law*.

## 9. Referências

- AIDO, R. *Cegueira Deliberada*, Dissertação de Mestrado, Faculdade da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.
- ALEX, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª ed, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015.
- ANDRADE, M. D; BRASIL, C. "Delimitando o Ativismo Judicial: Acepções, Críticas e Conceitos", *Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 04, 2018, pp. 3279-3297.
- ARAÚJO, T. C. M. "O Pensamento de Karl Marx e a Criminologia Crítica: Por uma Criminologia do Século XXI", *Revista EMERJ*, v. 18, n. 67, jan - fev. 2015, p. 356 - 375.
- BADARÓ, G. H.; BOTTINI, P. C. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e processuais penais: Comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.683/2012*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, Disponível em:

- [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_p ara\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_p ara_Selecao.pdf). Acesso em: 07 set. 2022.
- BECCARIA, C. B. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução de Nélson Jahr Garcia, Ed. Ridendo Castigat Mores, São Paulo, 2001.
- BECK, F. "A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In) Aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro", *Revista de Estudos Criminais*, n. 41, set. 2011, p. 45-68.
- BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*, 14ª ed, Ed. Saraiva, São Paulo, 2014.
- BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 07 mar. 2021.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal Brasileiro*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Lei 9.613 de 1998*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm). Acesso em: 12 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Justiça Federal, *Furto ao Banco Central de Fortaleza*. Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/noticias/noticias/2248-caso-do-furto-ao-banco-central-completa-10-anos>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Justiça Federal, *Ação Penal nº 2005.81.00.014586-0*. 11.a Vara Federal da Subseção Judiciária de Fortaleza, Seção Judiciária do Ceará, Sentença.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal 407*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2389618>. Acesso em: 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AP 975*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4927582>. Acesso em: 29 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *AP 996*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5083040>. Acesso em: 29 set 2022.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1793377/PR*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201900206201&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 1810066/AL*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202003500787&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set 2022.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *APn 940/DF*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903722302&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1669311/SP*. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701066285&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 29 set. 2022.

- \_\_\_\_\_. *Estatuto de Roma*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm). Acesso em: 03 abr. 2020.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Ed. Almedina, Coimbra, 2003.
- CARVALHO, G. M.; ROSA, G. F. "Uma análise Crítica da Teoria da Cegueira Deliberada à Luz do Princípio da Imputação Subjetiva", *Revista Quaestio Iuris*, vol. 11, nº. 03, 2018, pp. 1592-1612.
- CASTRO, A. L. C. *Plea Bargain. Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019.
- COELHO, J. G. "Livre-arbítrio e a relação mente e cérebro em Benjamin Libet", *Principia*, v. 18, n. 1, 2014, p. 153-174, Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/135483>. Acesso em: 29 set. 2022.
- DRESSLER, J; GARVEY, S. P. *Criminal Law: Cases and Materials*, 7ª ed., Ed. West, St. Paul, 2016.
- EDWARDS, J. L. J. *Mens rea in statutory offences*, Ed. Macmillan, London, 1955.
- \_\_\_\_\_. "The Criminal Degrees of Knowledge", *The Modern Law Review*, Vol. 17, No. 4, 1954, pp. 294-314.
- ESPAÑA. *Constituição*. Disponível em: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-40008). Acesso em: 24 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Acesso em: 05 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol. *STS 33/2005*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 797/2006*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/84316cf00fc3da35/20061214>. Acesso em: 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 310/2017*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/c1287cfed792370e/20170525>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 395/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8b23b412c9e52948/20190809>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 478/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/cf2486835d7c19fa/20191106>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 528/2019*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/80db097801e25bcb/20191119>. Acesso em: 13 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Tribunal Supremo Espanhol, *STS 494/2020*. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/443426d8d4df910c/20201026>. Acesso em: 13 set. 2022.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. American Law Institute. *Código Penal Modelo*, Disponível em: [https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC\\_Provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules.htm](https://www1.law.umkc.edu/suni/CrimLaw/MPC_Provisions/model_penal_code_default_rules.htm). Acesso em: 11 jun. 2020.

- \_\_\_\_\_. *Constituição de Maryland de 1776*. Disponível em: [https://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/ma02.asp](https://avalon.law.yale.edu/17th_century/ma02.asp). Acesso em: 14 jan. 2021.
- \_\_\_\_\_. *Constituição*. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm). Acesso em: 24 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. *United States v. Morissette*, v.342, p. 246, 1952.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. *Turner v. United States*, 396 U.S. 398. 15 out. 1969. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/396/398/>. Acesso em: 24 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/>. Acesso em: 05 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. *United States v. Bank of New England, NA*, 640 F. Supp. 36 (D. Mass. 1986). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/640/36/1452052/>. Acesso em 23 set. 2022.
- \_\_\_\_\_. Supreme Court. *Global-Tech Appliances, INC. v. SEB S.A.* (nº 10-6) 594 F. 3d. 1360. Disponível em: <https://law.cornell.edu/supct/html/10-6.ZO.html>. Acesso em: 23 set. 2022.
- FERRAZ, S. V. *O valor da cegueira deliberada no sistema de imputação brasileiro: a cegueira deliberada como indicador qualificado do significado do dolo*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.
- FERRI, E. *Teorica della imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Ed. Zanichelli, Bologna, 1881.
- \_\_\_\_\_. *Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime*, 2ª ed., Tradução de Paulo Capitanio, Ed. BookSeller, Campinas, 1999.
- FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 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: 14 jan. 2021.
- GRECO, L. "Algumas observações introdutórias à "distinção entre dolo e culpa", de Ingeborg Puppe". (Puppe, I. coord), *A distinção entre dolo e culpa*. Tradução de Luís Greco, Ed. Manole, Barueri, 2004.
- \_\_\_\_\_. "Comentario al artículo de Ramon Ragués", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, Sección I, 2014, p. 67-78.
- GUARAGNI, F. A. *As Teorias da Conduta em Direito Penal. Um Estudo da Conduta Humana do Pré-Causalismo ao Funcionalismo Pós-Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- HASSEMER, W. *Crítica al derecho penal de hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Colômbia, 1998.
- HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, 1ª ed, Tradução de Orlando Vitorino, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Fenomenologia do Espírito*, Volume único, 2ª ed, Tradução de Paulo Meneses, Ed. Vozes, Petrópolis, 2003.



- HUSAK, D. N.; CALLENDER, C. A. "Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality," *Winconsin Law Review*, 1994, p. 29-70.
- LARENZ, K. H. *Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, 4ª ed, Ed. Scientia Verlag, Germany, 1970.
- LIBET, B. "Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action", *The behavioral and brain sciences*, v. 8, 1985, p. 529-566.
- LOMBROSO, C. *L'uomo Delinquente*, Ed. Passerino Editore, Lazio, 1897.
- LOPES JUNIOR, A. *Direito Processual Penal*, 9ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.
- LOVELESS, J. *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 4ª ed, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- LUBAN, D. "Contrived Ignorance", *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, v. 87, 1999, p. 957-980, Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1751>. Acesso em: 24 set. 2022.
- LUCCHESI, G. B. *A Punição da Culpa a Título de Dolo. O Problema da Chamada "Cegueira Deliberada"*, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.
- LUISI, L. *Os princípios Constitucionais Penais*, 2ª ed, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003.
- MARQUES, J. F. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, Ed. Bookseller, Campinas, 1997.
- MARX, K. *Contribuição à Crítica da Economia Política*, 3ª ed, Tradução de Maria Helena Barreiros Alves, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- MAURACH, R. *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed, Ed. C. F. Müller, Karlsruhe, 1971.
- MCLLWAIN, C. H. "Due Process of Law in Magna Carta", *Columbia Law Review*, v. 14, nº 1, 1914, pp. 27-51, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1111001>. Acesso em: 24 set. 2022.
- MELLO, S. B. de A. "Da Psicanálise à Neurociência: Do Fim ao Fim da Culpabilidade na Doutrina Ibérica? Uma Visão Crítica", *Conpedi Law Review*, v. 1, 2015, p. 72-100.
- MERTON, R.; LAZARFELD, P. "Comunicação de Massa, gosto popular e a organização da ação social". (Lima, L. C. coord.), *Teoria da Cultura de Massa*, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2000, p. 109-131.
- MORO, S. F. "Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem". (Baltazar Júnior, J. P.; MORO, S. F. coords.), *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- MUNANGA, K. "O anti-racismo no Brasil". (Munaga, K. coord.), *Estratégias e Políticas de Combate à Discriminação Racial*, Ed. Edusp, São Paulo, 1996, p. 79-94.
- NERY JUNIOR, N. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 10ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- NUCCI, G. S. *Código Penal Comentado*, 14ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2014.
- PACHUKANIS, E. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*, Tradução de Sílvio Donizete Chagas, Ed. Acadêmica, São Paulo, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Tradução de Edith Hajós, Ed. Verlag, Freiburg, 2003.

- PETER, A.; SCHWENKE, H. "Comparative Law Beyond Postmodernism", *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 49, nº. 4, 2000, pp. 800-834.
- PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, 8ª ed, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019.
- RAGUÉS I VALLÈS, R. *La ignorancia deliberada em derecho penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2007.
- \_\_\_\_\_. "Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorância deliberada en Derecho penal", *Discusiones XIII: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*, 2013, p. 11-38.
- RAMOS, J. G. G. *Curso de processo penal norte-americano*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- RESENDE, A. J. "Conceito e Evolução Histórica do Direito Natural", *JURÍDICA*, Ano III, nº 3, 2015.
- ROBBINS, I. P. "The ostrich instruction: deliberate ignorance as a criminal mens rea", *The Journal of Criminal Law Criminology*, v. 81, Summer 1990, p. 191-234.
- RODRIGUES, R. N. *As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil*, Ed. SciELO - Centro Edelstein, São Paulo, 2011.
- RODRÍGUEZ, V. G. *Livre Arbítrio e Direito Penal. Revisão frente aos aportes da neurociência e à evolução dogmática*, Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2018.
- ROSA, A. M.; SILVEIRA FILHO, S. L. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- ROXIN, C. *Derecho procesual penal*, Ed. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- \_\_\_\_\_; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. *Introdução ao direito penal e ao processo penal*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007.
- SALES, S. J. S. "Anotações sobre o estudo da Recklessness na Doutrina Penal Italiana: Por uma Terceira Forma de Imputação Subjetiva?", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, 2017, p. 125-149.
- SANTOS, J. C. *A Criminologia Radical*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1981.
- SARTRE, J. P. *L'existentialisme est un humanisme*, Ed. Gallimard, Paris, 1996.
- SILVA FRANCO, A. *Crimes Hediondos*, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.
- SILVEIRA, J. R. M. "A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato", *Revista de Ciências Criminais*, ano 24, v. 122, ago 2016, p. 255-280.
- SYDOW, S. T. *A teoria da cegueira deliberada*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.
- STRAUSS, D. A. *The Living Constitution*, Ed. Oxford University Press, New York, 2010.
- TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, Ed. Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018.
- TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, 26. ed., v 1, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004.
- TRINDADE, A. A. C. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2005.
- VALENTE, M. M. G. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo. O Progresso ao Retrocesso*, Ed. Almedina, São Paulo, 2016.
- VERAS, R. P. *Os crimes do Colarinho Branco na Perspectiva da Sociologia Criminal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2006.

- WATSON, A. *Legal transplants: An approach to comparative law*, 2ª ed, Ed. University of Georgia, Athens, 1993.
- WELZEL, H. *O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma Introdução à Doutrina da Ação Finalista*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- WILLIAMS, G. *Criminal Law: The General Part*, 2ª ed., Ed. Stevens & Sons Ltd., London, 1961.

## **A arrecadação fiscal como motivo de indignação: o fenômeno social “indignados” à luz das políticas públicas tributárias**

*Tax collection as a reason for indignation: the social phenomenon called “outraged” in the light of tax policies*

**Mario Di Stefano Filho**<sup>1</sup>

**Juliana Paganini**<sup>2</sup>

*Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O fenômeno social denominado “indignados”; 3. A desigualdade social no Brasil traduzida pelo desemprego e pela fome; 3.1 O desemprego; 3.2 A fome; 4. A indignação causada pelas políticas públicas tributárias escolhidas; 4.1 As políticas públicas como escolhas discricionárias; 4.2 As políticas tributárias como indutoras da crise de desigualdade 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo trata sobre a indignação social da arrecadação fiscal à luz das políticas públicas tributárias. Nessa linha, o trabalho tem como objetivo analisar a relação entre o movimento social “indignados” e as políticas públicas tributárias no Brasil. Isso porque tal fenômeno despertou nos jovens um anseio por ações concretas que impactassem a vida das pessoas, em especial no âmbito econômico, fazendo com que diversos setores fossem modificados. Para tanto, contou-se com o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica de livros e artigos científicos qualificados, pertinentes ao tema. Fez-se uso, também, de dados de instituições oficiais, como a Secretaria da Receita Federal do Brasil e o Instituto de Geografia e Estatística. Ao final, concluiu-se que a mobilização social frente as mais variadas situações de indignação, se constitui como importante ferramenta para transformação das realidades sociais, estando nesse rol a própria arrecadação fiscal.

**Palavras-chave:** Arrecadação fiscal; Indignados; Políticas Públicas Tributárias.

---

<sup>1</sup> Doutorando pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Mestre pelo programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas), com bolsa CAPES/PROSUC. Especialista em Direito Tributário e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Professor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. E-mail: mariodsfilho.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Doutoranda pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista PROEX/CAPES. Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Desenvolvimento Socioeconômico (PPGDS) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Bacharel em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professora da Escola Superior de Criciúma (ESUCRI). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política em Direito (NUPED/UNESC). E-mail: julianaapaganini@hotmail.com.

**Abstract:** This article deals with the social indignation of tax collection in the light of public tax policies. In this line, the work aims to analyze the relationship between the “indignados” social movement and public tax policies in Brazil. This is because this phenomenon aroused in young people a desire for concrete actions that would impact people's lives, especially in the economic sphere, causing various sectors to be modified. For that, we relied on the deductive method and bibliographic research of qualified scientific books and articles, relevant to the topic. We also used data from official institutions, such as the Federal Revenue Service of Brazil and the Institute of Geography and Statistics. In the end, it was concluded that social mobilization in the face of the most varied situations of indignation, constitutes an important tool for the transformation of social realities, being in this role the tax collection itself.

**Keywords:** Tax collection; outraged; Public Tax Policies.

## 1. Introdução

Historicamente, no âmbito das sociedades, diversas situações contrárias aos desejos das pessoas aconteceram, gerando com isso uma indignação coletiva, responsável pelas transformações de questões relacionadas às injustiças sociais, desigualdades, discriminações, entre tantas outras.

Por isso, é possível afirmar que os movimentos sociais nasceram nesse cenário de constante mudança, onde o autor Stéphane Hessel conseguiu exteriorizar em sua obra “indignados” a essência do ser cidadão, que por meio da comunicação extraoficial consegue questionar as autoridades políticas acerca de suas decisões, que por vezes acabam sendo monopolizadas sem dialogar com o principal ator afetado: a própria sociedade.

Trazendo essa realidade para o Brasil, sua conjuntura é marcada pela desigualdade social e pelo aumento gradual dos índices de pobreza, estando atrelado a isso a arrecadação fiscal que, embora se tenha uma política tributária, precisa encarar muitos desafios relacionados aos dispêndios de recursos estatais.

Assim, para alcançar o objetivo da pesquisa, qual seja analisar a relação entre o movimento social “indignados” e as políticas públicas tributárias no Brasil, dividiu-se o artigo em três partes.

Primeiramente descreve-se o fenômeno social descrito por Stéphane Hessel e desenvolvido na Espanha, denominado de “Indignados”, destacando o incentivo que o autor dá para que os jovens não se caleem diante de qualquer insatisfação social, pois isso será o combustível para a transformação das vidas humanas.

Posteriormente se analisa a situação de calamidade social em que o Brasil se encontra, apontando que tal declínio ocorre desde 2013. Assim, o cenário atual caracteriza-se pela fome e o desemprego, situação propícia para fenômenos sociais.

Por fim, aponta como as escolhas políticas acerca da tributação não só atrapalham, como impedem o Estado Democrático de Direito de se concretizar, ensejando com isso os mais variados problemas, sendo os principais atingidos àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, não somente social, mas também econômica.

## 2. O fenômeno social denominado “indignados”

Antes de adentrar no manifesto que movimentou as ruas de toda a Europa, servindo de ferramenta para a conscientização na luta em prol da democracia e dos direitos humanos, torna-se necessário discorrer sobre o contexto democrático brasileiro, sendo este garantido inclusive constitucionalmente.

Quando se fala em democracia no Brasil, é preciso que se reconheça as formas de exercício da soberania popular, sendo elas exteriorizadas por meio da democracia direta (art. 1º, § único), semidireta (art. 14, I, II e III) e indireta (art.

14, caput)<sup>3</sup>, ainda que exista uma predominância quanto à utilização desta última, não restando muito espaço para as demais.

A vontade popular então é encarada como algo forte, já que é ela quem escolhe tanto os membros do Congresso Nacional (poder legislativo), quanto os membros do poder executivo<sup>4</sup>, havendo um respeito pela vontade das pessoas independente de sua condição na sociedade.

No entanto, não basta que a Constituição Federal de 1988 contemple maneiras da sociedade participar dos acontecimentos do seu dia-a-dia, pois ainda que esse passo tenha sido uma enorme conquista para o Estado Democrático de Direito, torna-se fundamental que haja o engajamento, consciência e vontade das pessoas nesse sentido.

O que se visualiza hoje, é uma sociedade apática diante dos acontecimentos sociais, que espera dos seus governantes a solução para todos os problemas, sendo essa postura criticada por Hessel<sup>5</sup>:

Eu desejo a todos, a cada um de vocês, que tenham seu motivo de indignação. Isto é precioso. Quando alguma coisa nos indigna, como fiquei indignado com o nazismo, nos transformamos em militantes; fortes e engajados, nos unimos à corrente da história, e a grande corrente da história prossegue graças a cada um de nós. Essa corrente vai em direção de mais justiça, de mais liberdade, mas não da liberdade descontrolada da raposa no galinheiro.

Ocorre que existe uma certa confusão na relação entre a cidadania e a representação, onde se reproduz a ideia de que ao cidadão cabe tão somente votar no candidato de seu agrado, muitas vezes sem se preocupar com questões ideológicas, e ir para a casa aguardar que este resolva todas as mazelas da sociedade<sup>6 7 8</sup>.

Por esse motivo que é preciso se encarar um novo paradigma que reconheça os problemas sociais, se abra para a participação popular, legitime a indignação do cidadão, ou seja, um cenário que consiga oportunizar a concretização das diretrizes participativas que a Constituição Federal de 1988 dispõe.

Quando se pesquisa no dicionário a palavra indignação, a definição envolve sentimento de fúria ou desprezo, geralmente provocado por algo considerado ofensivo, injusto ou incorreto<sup>9</sup>.” Dessa forma, se indignar é resistir à injustiças, pois a indiferença é uma atitude extremamente prejudicial e contrária à luta dos movimentos sociais.

Portanto,

---

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 dez. 2021.

<sup>4</sup> VIEIRA, R. de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde*, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p.140.

<sup>5</sup> HESSEL, S. *Indignaos*. Barcelona: Ediciones Destino, Espanha, 2011, p. 30.

<sup>6</sup> ANDRADE, V. R. P. de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

<sup>7</sup> TOURAINE, A. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

<sup>8</sup> SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

<sup>9</sup> DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/indigna%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 03 Fev. 2022.

De onde vêm os movimentos sociais? E como são formados? Suas raízes estão na injustiça fundamental de todas as sociedades, implacavelmente confrontadas pelas aspirações humanas de justiça. Em cada contexto específico, os usuais cavaleiros do apocalipse da humanidade cavalgam juntos sob uma variedade de formas ocultas: exploração econômica; pobreza desesperançada; desigualdade injusta; comunidade política antidemocrática; Estados repressivos; Judiciário injusto; racismo; xenofobia; negação cultural; censura; brutalidade policial; incitação à guerra; fanatismo religioso (frequentemente contra crenças religiosas alheias); descuido com o planeta azul (nosso único lar); desrespeito à liberdade pessoal; violação da privacidade; gerontocracia; intolerância; sexismo; homofobia entre outras atrocidades da extensa galeria de quadros que retratam os monstros que nós somos<sup>10</sup>.

Diante de tantas situações indesejadas, fica difícil não encontrar motivos para se indignar e lutar em prol do bem comum, sendo essa uma reação natural das pessoas conscientes da real realidade à sua volta, ou seja, quando se toma essa atitude, se ultrapassa a fronteira do apenas reclamar por reclamar, e se assume um papel de protagonismo social.

Isso porque, quando a sociedade se sente parte do processo e sabe de que maneira pode atuar, acaba existindo maior engajamento e participação, contribuindo para que esta se sinta, de acordo com Gohn<sup>11</sup>, protagonista de sua história, responsável pelas questões à sua volta, desempenhando e desenvolvendo nova cultura política.

Tal protagonismo foi destaque nas reflexões de Castells<sup>12</sup>, onde para ele, a partir do momento que as emoções e o sentimento de indignação se transformam em ações concretas, o movimento social de fato passa a ocorrer, fazendo com que as pessoas tomem a frente das decisões. Para se chegar a esta conclusão o autor analisou o movimento social denominado como "Indignados de Barcelona".

O movimento social espanhol teve seu início em 2008, em uma conjuntura de crise econômica europeia. O desemprego alcançava patamares astronômicos de 22% entre a população geral e 47% entre os jovens. Como consequência da escassez de recursos, o governo prosseguia com cortes orçamentários relevantes nas áreas da saúde, educação e serviços sociais<sup>13</sup>.

Com isso um grupo de jovens interessados começou a se mobilizar no *Facebook*, auto denominando-se de Democracia Real Ya. Uma rede descentralizada de núcleos anônimos, cujo slogan era "Democracia Real Ya! Ocupe as ruas. Não Somos Mercadorias nas Mãos de Banqueiros"<sup>14</sup>.

Apesar de nenhum apoio político formal a primeira manifestação teve alta adesão: Madrid (50 mil), Barcelona (20 mil), Valência (10) e cinquenta outras cidades também tiveram manifestações. Ao final, a praça Puerta del Sol, em Madrid, foi ocupada, de maneira pacífica e sem ameaça, pelos manifestantes, que ficaram discutindo sobre políticas governamentais. No dia seguinte, a praça

---

<sup>10</sup> CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, Brasil, 2013, p. 16.

<sup>11</sup> GOHN, M. da G. M. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2005.

<sup>12</sup> CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, Brasil, 2013, p. 18.

<sup>13</sup> Ibid, p. 18.

<sup>14</sup> Ibid, p. 87.

Catalunya, em Barcelona, também foi ocupada. O movimento se espalhou por toda a Espanha, ao todo mais de cem cidades<sup>15</sup>.

O movimento recebeu amplo apoio da opinião pública e tomou vida própria, ficando conhecido como 15-M (data da primeira manifestação), mas também era identificado pela mídia como "indignados", nome inspirado na obra de Hessel, já mencionada no início do capítulo.

O problema, no entanto, era que embora as razões iniciais do movimento fossem bem claras, e os agentes bem definidos, estudantes universitários e desempregados entre 25-30 anos, faltava foco ao movimento, uma vez que reivindicações não tinham um tom uníssono, fazendo com que parecesse perdidos.

O movimento escolheu não apoiar ninguém nas eleições em 2011, nem mesmo abster-se e votar em branco, visto que era considerado um movimento "anti-político). Assim, houveram duas eleições na Espanha, as municipais e as parlamentares. O número de votos brancos aumentou (de 37% para 48%), o partido de esquerda (Psoe) perdeu 19% de seus votos obtidos na eleição anterior (2007) e a eleição parlamentar gerou uma vitória retumbante do partido de direita<sup>16</sup>.

O que a eleição mostrou é que o povo deve conciliar seus sentimentos com seus votos. Embora se enxergue um apressado ao princípio "apolítico", a mudança real depende da política em um Estado Democrático de Direito.

Para Hessel<sup>17</sup>,

É verdade, os motivos para se indignar atualmente podem parecer menos nítidos, ou o mundo pode parecer complexo demais. Quem comanda, quem decide? Nem sempre é fácil distinguir entre todas as correntes que nos governam. Não lidamos mais com uma pequena elite cujas ações entendemos claramente. É um vasto mundo, no qual sentimos bem em que medida é interdependente. Vivemos em uma interconectividade que nunca existiu antes. Mas nesse mundo há coisas insuportáveis. Para vê-las é preciso olhar bastante, procurar. Digo aos jovens: procurem um pouco, vocês vão encontrar. A pior das atitudes é a indiferença, é dizer "não posso fazer nada, estou me virando". Quando assim se comportam, vocês estão perdendo um dos componentes indispensáveis: a capacidade de se indignar e o engajamento, que é consequência desta capacidade.

Percebe-se que é uma característica comum do ser humano justificar sua ausência diante dos acontecimentos sociais através do comodismo e do conformismo, deixando que as decisões se concentrem nas mãos dos governantes que, embora sejam eleitos para falar em nome da sociedade, por vezes atuam em interesse próprio, despertando um sentimento de insatisfação geral.

Um exemplo dessa situação foi em 2013, onde diante da indignação quanto ao aumento da tarifa de ônibus, muitas manifestações foram surgindo e logo se expandiram para a reivindicação do direito fundamental à saúde, educação, segurança, bem como contra a corrupção nos diversos setores da administração pública.

Todavia, os indignados brasileiros enfrentaram os mesmos problemas que os indignados espanhóis, falta de coordenação, falta de definição e principalmente falta de disposição de aderência aos caminhos políticos convencionais. Isso gerou,

<sup>15</sup> CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, Brasil, 2013, p. 87.

<sup>16</sup> Ibid, p. 111.

<sup>17</sup> HESSEL, S. *Indignaos*. Barcelona: Ediciones Destino, Espanha, 2011, p. 32.



em 2014, a reeleição do governo do qual as manifestações começaram criticando, e posteriormente, em 2018, a vitória do candidato representando o “centrão” político.

Desde então, passados todos esses episódios, os níveis de desigualdade social aumentaram constantemente, fazendo com que muitas pessoas adquirissem cada vez mais poder econômico e outras, passassem fome, tivessem doenças relacionadas a falta de saneamento básico, além de mantimentos básicos para sobrevivência de qualquer ser humano.

A partir disso, Hessel coloca como dois, os grandes desafios da humanidade, sendo eles: a desigualdade social e os direitos humanos e a situação do planeta. Acerca da desigualdade social ele explica:

A imensa distância que existe entre os muito pobres e os muito ricos, que não para de aumentar. É uma inovação dos séculos XX e XXI. Aqueles que são muito pobres atualmente mal ganham dois dólares por dia. Não podemos permitir que esta distância continue a crescer. Esta constatação deve, por si só, dar origem a um compromisso<sup>18</sup>.

Por isso que, para limitar esse aumento gradativo da desigualdade social, torna-se necessário assumir um engajamento com o próximo, numa relação de empatia, ou seja, não é porque alguma questão não afeta a todos, que se deixará de lutar, mas pelo contrário, todos são responsáveis por tudo que acontece no interior das sociedades.

Cabe deixar explicitado aqui que, Hessel não buscou essa transformação por meio da guerra, incitando a violência, uma vez que, tendo em vista a situação sobre a Palestina e a faixa de Gaza, na Cisjordânia, onde o autor questiona se teria sido necessário o Hamas disparar mísseis, ele propõe então uma insurreição pacífica ocorrida a partir dos meios de comunicação.

Para Castells<sup>19</sup>, deve-se atentar-se ao poder de comunicação (*Communication Power*), destacado por Hessel, que nos últimos anos apresentou mudanças relevantes e deixou de estar concentrada na mídia. Essa perspectiva fica especialmente clara com a chamada “autocomunicação”, alcançada mediante os avanços tecnológicos dos aparelhos de comunicação, os *smartphones*.

Diante de uma automocomunicação em massa, dentro de uma plataforma tecnológica, há uma certa autonomia social, fazendo com que o povo não dependa das informações do Estado, o que consequentemente faz a administração pública temer, por esse motivo, as redes de comunicação, são, de fato, fontes decisivas de construção de poder<sup>20</sup>.

Logo, os movimentos sociais atuam como um contrapoder, se construindo, em um primeiro momento, mediante um processo de comunicação autônoma, livre do controle estatal, podendo ser denominados de “indignados”.

Portanto, o fenômeno social denominado “indignados” possui em sua essência um cenário de insatisfação com as injustiças sociais, com as decisões dos representantes, com a desigualdade social, dentre tantas outras questões, no entanto, muitos desafios ainda merecem ser enfrentados, estando a apatia política no topo dessa lista, uma vez que não basta o discurso vazio. Para além disso, é necessário a ação sem o emprego da violência, se utilizando dos instrumentos da democracia participativa, pois somente assim se conseguirá a passos lentos transformar a realidade social.

---

<sup>18</sup> HESSEL, S. *Indignaos*. Barcelona: Ediciones Destino, Espanha, 2011, p. 32.

<sup>19</sup> CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, Brasil, 2013, p. 16.

<sup>20</sup> Ibid, p. 12.

### **3. A desigualdade social no Brasil traduzida pelo desemprego e pela fome**

Hodiernamente, o Brasil apresenta índices de desigualdade social com resultados totalmente decepcionantes, sendo inclusive possível denominar o atual cenário de “abismo social”. Esse abismo é uma consequência natural do aumento gradual da concentração de renda no país, não afetada pela devida tributação, que acaba gerando um maior número de pessoas vivendo na pobreza extrema<sup>21</sup>.

Para comprovar a referida afirmação, fundamenta-se de acordo com dados apresentados no trabalho de Neves *et al* de 2021. O referido trabalho constatou um aumento gradual do número de famílias, no Brasil, que alcançaram a categoria denominada de “extrema pobreza”. O referido aumento se faz no período de 4 anos, 2016 a 2020. Ocasão na qual a marca saltou de 12 milhões para 14 milhões<sup>22</sup>.

Tamanha desigualdade social pode ser traduzida diante de uma análise mais aprofundada sobre dois fatores: o desemprego e a fome.

#### **3.1 O desemprego**

O desemprego, fator determinante para a consolidação de tais estatísticas de desigualdade, se encontra em um cenário onde o aumento gradual de perdas de vínculo formal de trabalho é a realidade.

A partir disso, constata-se um aumento significativo no índice de desemprego no Brasil, no período de apenas um ano. Ao final de 2019, os índices de desemprego eram de cerca de 11%, e ao final de 2020, registrou-se 14.6%<sup>23</sup>.

Dessa maneira, o aumento do índice em 3.6% no período de 12 meses é uma evidência gritante da situação escalada de desemprego.

Acerca disso, a referida insegurança laboral gera, consequentemente, um deterioração das condições de trabalho. Toma-se como exemplo, no Brasil, as plataformas digitais que instituíram a “uberização” das condições de trabalho para motoristas e entregadores de aplicativo, não proporcionando direitos básicos trabalhistas e recolhimento de contribuições previdenciárias, impedindo a devida proteção social<sup>24</sup>.

Apesar da ideologia liberal apoiar a interpretação de facilitar uma determinada ocupação de maneira autônoma, por meio das plataformas digitais, a Constituição elenca como princípio a vedação do retrocesso social. Não obstante, ainda há defensores dessas modalidades de serviço alegando uma necessidade de sustentabilidade do sistema diante tempos de crise econômica e escassez de recursos<sup>25</sup>.

Assim, sob o pretexto de situações extremas, o Estado vem redesenhando suas dimensões sociais para “níveis exequíveis”. Por isso, cabe dizer que o desemprego formal, favorece plataformas digitais exploratórias que se aproveitam dos trabalhadores e geram, consequentemente regressões sociais, apesar de vedação constitucional.

Essa conjuntura, no entanto, estava formada antes de Março de 2020,

---

<sup>21</sup> SANTOS, J. P. P. dos; STEFANO FILHO, M. Di; CASALINO, V. G. Imposto sobre grandes fortunas e fundo de combate e erradicação da pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 172-195, 2020, p. 175.

<sup>22</sup> NEVES, J. A.; MACHADO, M. L.; OLIVEIRA, L. D. de A.; MORENO, Y. M. F.; MEDEIROS, M. A. T. de; VASCONCELOS, F. de A. G. de. Unemployment, poverty, and hunger in Brazil in Covid-19 pandemic times. *Revista de Nutrição*, 2021; 34e2000170, p. 3.

<sup>23</sup> Ibid, p. 3.

<sup>24</sup> PIERDONÁ, Z. L.; FRANCISCO, J. C.; FREIRE NETO, L. de M.. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 1, p. 57-75, jan./Abr. 2020, p. 58.

<sup>25</sup> Ibid, p. 63.

data marcada pelo início da pandemia de COVID-19. Dessa forma, o isolamento social, embora necessário à época, intensificou as desigualdades sociais no Brasil, impulsionando uma crise econômica, fruto da pandemia.

À esse respeito, Buffon e Menegussi avaliam:

A Covid-19, sem dúvida alguma, é a crise mais desafiadora que a humanidade enfrenta desde a Segunda Guerra Mundial e será responsável pela maior queda na atividade econômica mundial desde a Grande Depressão. A perspectiva de retração da economia mundial é de 3% até o final de julho, e ainda pode agravar-se. Ao encontro disso, estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) preveem que a produção pode inicialmente cair entre 20% a 25%, e o consumo das famílias em cerca de um terço em diversos países. Para cada mês de confinamento, calcula-se queda de cerca de 2% no produto interno bruto (PIB)<sup>26</sup>.

Constata-se, portanto, que o cenário de desemprego formal no Brasil já era preocupante antes mesmo do advento da pandemia, a queda brusca no consumo fez com que essa situação fosse ainda pior. À vista dessa situação, salienta-se dizer que a fome é uma efeito direto do desemprego.

### 3.2 A fome

A fome no Brasil apresentava níveis consideravelmente graves antes da crise da COVID-19. Apesar disso, o Brasil apresentava um histórico eficiente de combate à fome marcado pela sua retirada do “mapa mundial da fome” em 2014, pelas Nações Unidas (ONU).

Tal êxito foi fruto de políticas públicas sociais sucessivas, como o “Bolsa Família” e de alto investimento, aproximadamente 35 bilhões de reais, ocorridas de 2002 à 2013<sup>27</sup>.

Por outro lado, desde 2014, ano da retirada do mapa da fome, os índices que representam a insegurança alimentar no país apresentam aumentos.

À esse respeito, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas dividiu o termo “insegurança alimentar” em três categorias: leve, moderada e grave. Assim, comparou-se os referidos índices dos períodos 2013 com 2017/18 e constatou-se o agravamento da insegurança alimentar nas três modalidades<sup>28</sup>.

O Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) realizou estudo que definiu que o custo de uma alimentação digna para dois

---

<sup>26</sup> BUFFON, M.; MENEGUSSI, M. C. Tributação sustentável e a COVID-19: Políticas fiscais de curto, médio e longo prazo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 271-292, set./dez. 2020, p. 273.

<sup>27</sup> RADIO SENADO, *Brasil saiu do mapa da fome produzido pela ONU*. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2014/09/16/brasil-saiu-do-mapa-da-fome-produzido-pela-onu>. Acesso em 19 jan. 2022.

<sup>28</sup> IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro, 2020 [citado 4 out 2020]. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2022, p. 22.

adultos e duas crianças é de aproximadamente R\$ 5.800,98, com uma média de R\$ 1.450,24 por pessoa aproximadamente<sup>29</sup>.

Diante dos elevados valores, pode-se afirmar que a insegurança alimentar assola o Brasil, visto que grande parte da população não tem condições financeiras de aportar tais montas para o próprio sustento.

#### **4. A indignação causada pelas políticas públicas tributárias escolhidas**

A Constituição de 1988 instaurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, determinando a responsabilização por parte do Estado na efetivação dos direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos.

Nessa linha, o Estado não pode se fazer omissor, sob pena de violação constitucional, devendo constantemente buscar a concretização desses direitos e garantias fundamentais expostos em sua constituição. Tal premissa é basilar ao Estado Democrático de Direito, que elenca, concomitantemente, ao povo brasileiro direitos fundamentais e ao Estado brasileiro deveres fundamentais<sup>30</sup>.

A partir do cenário descrito, há uma relação intrínseca entre o indivíduo e o Estado. No entanto, tal relação pode ser caracterizada como instável, pois apresenta quatro status diferentes, são eles: passivo, negativo, positivo e ativo<sup>31</sup>.

O status passivo caracteriza-se pela subordinação do indivíduo ao Estado. O status negativo depende de uma simples não-interferência estatal<sup>32</sup>. Enquanto o status positivo é definido pela exigência de prestações feitas pelo cidadão ao Estado e, por fim, o status ativo é a simples participação nas eleições.

##### **4.1 As políticas públicas como escolhas discricionárias**

Nessa linha, as prestações positivas feitas pelo Estado, para concretizar direitos previstos na Carta Magna, serão realizadas através de políticas públicas.

Sobre o instituto referido, cabe citar que: (i) estudo sobre políticas públicas tem como origem o período pós-guerra, anos 1950 nos Estados Unidos<sup>33</sup>; (ii) A disciplina é considerada multidisciplinar, pois abrange simultaneamente uma considerável variedade de temas, toma-se como exemplo ciências políticas, direito, economia, sociologia, saúde pública, finanças entre outras<sup>34</sup>; (iii) Não existe um único conceito adotado, o tema conceituação de políticas públicas é amplamente discutido e debatido e atualmente existem várias definições<sup>35</sup>.

Apesar disso, alguns conceitos se mostram consagrados pela academia, visto sua enorme contribuição para o estudo do tema. Assim, Maria Paula Dallari Bucci, conceitua política pública como:

---

<sup>29</sup> DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), *Pesquisa Nacional de Cesta Básica de Alimentos*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 09 jan. 2022.

<sup>30</sup> LIMA, R. A.; MARTINS, O. Á. F. Os deveres fundamentais e a constituição de 88: Formação precípua do Estado Democrático de Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, pp. 226-242, Jan.-Abr. 2021 p.227

<sup>31</sup> Ibid, p. 237.

<sup>32</sup> RODRIGUES, H. T.; OLIVEIRA, A. F. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n.1, pp. 51-71, Jan.-Abr. 2018. p. 54.

<sup>33</sup> SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018, p. 119.

<sup>34</sup> SOUZA, M. S. de; BUCCI, M. P. D. O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 833-855, set./dez. 2019. p. 835.

<sup>35</sup> SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018, p. 122.

Adotando o conceito de políticas públicas para o trabalho jurídico já muito debatido (BUCCI, 2013), o objeto de abordagem DPP é a ação governamental coordenada e em escala ampla, atuando sobre problemas complexos, a serviço de uma estratégia determinada, tudo isso conformado por regras e processos jurídicos<sup>36</sup>.

Entretanto, importante ressaltar que qualquer prestação do Estado têm um custo de execução, seja positiva ou negativa. Nesse sentido, até mesmo a não-intervenção estatal gera custo, pois depende de uma estrutura judiciária montada para proteger violações. Portanto, políticas públicas terão como requisito um dispêndio de recursos feito pelo Estado<sup>37</sup>.

Ademais, essa ação estatal e o gasto gerado por ela devem ser regidos pelo princípio da eficiência. Com base nisso, Limberger e Giannakos afirmam:

Pode-se afirmar, de uma forma mais simplificada, que a eficiência determina o alcance de um resultado maior (tanto em sentido quantitativo como qualitativo) com menor custo, ou seja, fazer mais e melhor com menos. É buscar sempre o alcance de um maior e melhor resultado com os recursos econômicos que se dispõe. Isto se chama otimização dos recursos<sup>38</sup>.

A partir disso, evidencia-se uma realidade de escassez de recursos no Brasil. Isso significa que, não haverá recursos suficientes para uma atuação satisfatória em todas as áreas, apesar de previsões constitucionais acerca de investimentos mínimos. Assim, fica à cargo do governante escolhas políticas de convicção ou necessidade para a alocação de recursos, denominadas "escolhas trágicas"<sup>39</sup>.

A partir disso, João Pedro Schmidt salienta que o papel político do instituto está no nome, políticas públicas vão enfrentar um problema político<sup>40</sup>. Através, então, de atos discricionários do poder público<sup>41</sup>.

#### 4.2 As políticas públicas tributárias como indutoras da crise de desigualdade

---

<sup>36</sup> BUCCI, M. P. D. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019, p. 816.

<sup>37</sup> HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999. 256 p., p. 35.

<sup>38</sup> LIMBERGER, T.; GIANNAKOS, D. B. da S. O princípio constitucional da eficiência e a transparência, analisados sob a ótica do custo da justiça: como aprimoramento de responsabilidade da entrega da prestação jurisdicional. *Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 95-105, jan./jun. 2019, p. 98.

<sup>39</sup> PIERDONÁ, Z. L.; FRANCISCO, J. C.; FREIRE NETO, L. de M.. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 1, p. 57-75, jan./Abr. 2020, p. 64.

<sup>40</sup> SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018, p. 127.

<sup>41</sup> PIERDONÁ, Z. L.; LEITÃO, A. S.; FILHO, E. T. F. P., o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 390-417, 2019, p. 414.

A execução de políticas públicas sociais, então, será diretamente ligada a capacidade de arrecadação de recursos financeiros do Estado, que o fará através da tributação<sup>42</sup>.

Todavia, as políticas públicas sociais são apenas uma espécie das várias existentes<sup>43</sup>. Desse modo, existe uma diversa gama de políticas públicas, à título exemplificativo e não exaustivo destacam-se: as políticas públicas sociais, ambientais, financeiras e tributárias.

Nesse sentido, as políticas tributárias não têm como objetivo alterar o sentido jurídico do tributo, isso seria papel da legislação tributária. Tais políticas, portanto, almejam a aperfeiçoamento do sistema tributário, para que os objetivos da República sejam cumpridos, tanto em sentido amplo, como em sentido estrito<sup>44</sup>.

Assim, quando pensamos que a tributação é o meio pelo qual o Estado vai arrecadar recursos para custear direitos sociais como saúde e educação, é possível visualizar essa nítida relação entre a tributação e políticas sociais. Contudo, faz-se necessário olhar atentamente para a origem da tributação, uma vez que ela por si só pode mostra-se contra esses objetivos fundamentais.

A partir do raciocínio aqui exposto, o tema políticas tributárias ainda não é muito discutido pela academia brasileira, seus estudos são escassos, o que faz das contribuições existentes, ainda mais relevantes.

Desse modo, a primeira percepção de política tributária é a escolha específica do meio pelo qual o Estado vai arrecadar, cujo resultado será encaminhado para o fundo público, a ser posteriormente viabilizado para políticas sociais por meio do orçamento público. Rodrigues e Kuntz chamam a política tributária de "políticas indutoras de arrecadação", que salientam que devem ser baseadas nos princípios constitucionais da isonomia ou igualdade e da capacidade contributiva.<sup>45</sup>

Já, Difini e Jobim, apesar de concordarem com o termo "políticas indutoras de arrecadação", destacam o viés político dessas ações estatais e afirmam de maneira categórica que será a escolha política da parte da população que suportará o ônus fiscal de maneira mais gravosa<sup>46</sup>.

Para ilustrar esse raciocínio, o Estado pode escolher explorar de maneira mais intensa quatro áreas: Renda, Patrimônio, Consumo e Produção. Ao escolher uma política tributária indutora sobre a Renda ou sobre o Patrimônio, estaria o Estado onerando de maneira mais severa a parte mais privilegiada da população. Por outro lado, caso escolhesse uma política tributária indutora sobre o Consumo ou a Produção, logo, incumbiria a camada da população mais carente o dever de custear os serviços públicos.

Borges, Teodorovicz, Esteche Filho e Simioni Filho, no entanto, concordam em parte com as afirmações até então trazidas. Os autores, ademais,

---

<sup>42</sup> ANSELMINI, P.; BUFFON, M. Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do 'bem comum' no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, p. 295-315, 2020, p. 301.

<sup>43</sup> SCHIER, A. da C. R.; TORRES, F. de O. A democracia procedimental deliberativa e a implementação de políticas públicas mais igualitárias. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n.1, pp. 41-62, jan./jun. 2020. 2021, p. 43.

<sup>44</sup> BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. Políticas públicas tributárias anticíclicas: Análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, n. 64, 2021, pp. 515-539, p. 518-518.

<sup>45</sup> RODRIGUES, H. T.; KUNTZ, T. G. Políticas públicas tributárias: A justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. *Revista NOMOS*, Fortaleza, v. 38.2, jul./dez. 2018, p. 160.

<sup>46</sup> DIFINI, L. F. S.; JOBIM, E. de S. L. Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 41, p. 278-304, dez. 2019, p. 286.

desenvolveram três funções da política tributária, quais sejam: alocativa, distributiva e estabilizadora <sup>47</sup>.

A função alocativa baseia-se na ideia desenvolvida por Rodrigues e Kuntz e Difini e Jobim, o simples método pelo qual o Estado vai financiar suas prestações positivas, baseando-se na função fiscal dos tributos.

Já a segunda função, denominada de distributiva, que é alicerçada na ideia de redistribuição de riqueza, através da tributação de patrimônio e renda para financiar políticas sociais, logo também é fiscal. Assim, a ideia dessa função seria basicamente uma política "Robin Hood", em que a tributação dos mais privilegiados vão custear diretamente o amparo social dos mais carentes.

Contudo, cabe destacar que a redistribuição de renda é analisada como uma função autônoma, mesmo podendo ser caracterizada como uma faceta da função alocativa, uma vez que os objetivos constitucionais elencam o combate das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza no artigo 3º da Carta Magna.

Sobre esse assunto, Theodore J. Lowi<sup>48</sup> desenvolveu uma tipologia das políticas públicas, são elas: distributivas; regulatórias; redistributivas e constitutivas. A política redistributiva tem como características intrínscas o conflito político de classes sociais pautado entre provedores de dinheiro e grupos que demandam serviços, fazendo com que sejam aprovadas no Congresso com mais dificuldade<sup>49</sup>.

Existe ainda, uma última função denominada de estabilizadora, com facetas extrafiscais, isto é, que modelam comportamento do contribuinte, e simplificadora. Assim, essa função visa a execução de políticas de aprimoramento do sistema.

Assim, observa-se uma vinculação constitucional entre política tributária e os objetivos da República. Todavia, baseando-se na literatura acerca do tema, evidencia-se que o instituto da política tributária é multifacetado, não podendo ser definido apenas pelo ato de tributar<sup>50</sup>.

Conclui-se, por conseguinte, que uma política que busque aprimorar o sistema tributário brasileiro, podendo o fazer por medidas de simplificação, por medidas fiscais instituidoras de tributos ou mesmo medidas que extinguem tributos, falar-se-á de uma política tributária.

A partir do cenário acima descrito, afirma-se que um dos meios que a Constituição Federal de 1988 elencou para concluir o objetivo da República de combater a desigualdade social e erradicar a pobreza é a política tributária. No entanto, percebe-se que a política tributária é como uma faca de dois gumes, pois se de um lado ela provê os instrumentos necessários para uma tributação mais justa, do outro ela também torna possível uma tributação mais injusta.

Ao escolher a política tributária indutora, quais sejam: Renda, Patrimônio, Consumo e Produção, o destino da camada social que arcará com o ônus tributário de maneira mais grave está selado. Assim, passamos a analisar a arrecadação fiscal do Brasil.

Considera-se a arrecadação fiscal do Brasil como regressiva, uma vez que a tributação do consumo é priorizada ao invés da tributação da renda, o que contribui para a concentração de renda.

Ora, o resultado da arrecadação dos anos de 2019 e 2020 apresenta que o

<sup>47</sup> BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. Políticas públicas tributárias anticíclicas: Análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, n. 64, 2021, pp. 515-539, p. 518-519.

<sup>48</sup> LOWI, T. J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. In: *World Politics*, Vol. 16, Issue 04, pp. 677-715 July 1963, p. 302.

<sup>49</sup> CASALINO, V. G. Economia de mercado e políticas públicas – Elementos de epistemologia à luz da obra de Theodore J. Lowi. *Revista de Direito Pública (RDP)*, Brasília, Volume 18, n. 98, p. 615-644, mar./abr. 2021, p. 626.

<sup>50</sup> PAGANINI, J.; STEFANO FILHO, M. Di. A cidadania participativa na política tributária: Uma análise da participação social no conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo. *Cadernos de Direito Actual*. Nº 16 Núm. Ordinário (2021), pp. 384-398, 2021, p. 389.

montante oriundo do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviço) aumentou de 6,85% para 7,02% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

Em contrapartida, os dados sobre a arrecadação da tributação de renda apresentam diminuição constante em suas modalidades pessoa física e jurídica: Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) de 3,95% para 3,84% e Imposto de Renda pessoa Jurídica (IRPJ) de 1,72% para 1,65%<sup>51</sup>.

A partir desses dados, pode-se deduzir que o Brasil elencou como política tributária indutora a tributação do consumo.

Ocorre que, tributar o consumo é uma modalidade odiosa e impiedosa de arrecadação, visto que a parcela mais carente da população gasta a maior parte de sua renda com o consumo de bens alimentícios, gerando, inclusive, uma contribuição proporcionalmente maior dos menos afortunados<sup>52,53</sup>. Desse modo, o combate da desigualdade social torna-se inexequível, dado o incentivo a miserabilidade que o sistema promove<sup>54</sup>.

Para ilustrar em termos práticos o malefício que essa política tributária indutora gera faz-se uma breve análise de três situações: O auxílio emergencial, o imposto sobre grandes fortunas e a tributação de dividendos.

O auxílio emergencial foi uma política social extremamente importante, visando dar dignidade e garantir a segurança alimentar no contexto da pandemia de COVID-19, alcançando 66,9 milhões de brasileiros, desses, 8,5 milhões com renda per capita de até meio salário mínimo<sup>55</sup>.

Todavia, questiona-se seriamente seus efeitos redistributivos, pois a maior fonte de custeio de tal política foi a tributação do consumo. Além disso, pode-se afirmar que os beneficiários, ao comprar alimentos foram tributados.

Conclui-se, assim, que não só a camada mais carente foi a principal fonte de custeio do auxílio, por meio da tributação do consumo, como essa camada continuou a ser tributada fazendo com que houvesse um refinanciamento do programa. Amparar aqueles que mais precisam com não é concretizado se o financiamento for oriundo das próprias pessoas que precisam ser amparadas, não há redistribuição de riquezas<sup>56</sup>.

A cerca de políticas tributárias indutoras, a nitidez da escolha brasileira não se baseiam apenas nos dados sobre o resultado de arrecadação, mas também em políticas tributárias redistributivas possível e não adotadas. Uma delas é a instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), o único imposto não

---

<sup>51</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal do Brasil, CETAD (Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros) – *Carga Tributária no Brasil 2019, Análise por Tributos e Base de Incidência*. Brasília, março de 2020. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>. Acesso em 10 Jul. 2021.

<sup>52</sup> PORTELLA, A. A.; GUIMARÃES, R. B. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa de Thomas Piketty. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, Jan-Jun, 2020, p. 116.

<sup>53</sup> OXFAM BRASIL. *Relatório "Nós e as Desigualdades"*, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: [https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?\\_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669](https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669). Acesso em: 5 jan. 2022, p. 48.

<sup>54</sup> PIERDONÁ, Z. L.; LEITÃO, A. S.; FILHO, E. T. F. P., o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 390-417, 2019, p.412

<sup>55</sup> FREIRE NETO, L. de M.; SANTOS DE LIMA, P. L.; PIERDONÁ, Z. L. COVID-19, Emergency aid as a laboratory for the restructuring of social Protection in Brazil. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 05, n. 62, pp. 193-205, 2020, p. 198.

<sup>56</sup> SANTOS, J. P. P. dos; STEFANO FILHO, M. Di; CASALINO, V. G. Imposto sobre grandes fortunas e fundo de combate e erradicação da pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 172-195, 2020, p. 182.



instituído<sup>57</sup>. Além dele, cabe citar a isenção do Imposto de Renda sobre Pessoas Físicas dos dividendos recebidos de empresa, sendo o Brasil e a Estônia os únicos países que realizam essa modalidade de isenção<sup>58</sup>.

Desse modo, partindo da premissa do Estado Democrático de Direito, na qual o sistema representativo permite a participação popular direta na democracia, devem ser eleitos representantes que tenham pautas redistributivas<sup>59</sup>. Ainda sim, cabe dizer que esse cenário completamente caótico e inconstitucional deve, ao longo de tempo, gerar a indignação de seu povo,

## 5. Conclusões

O movimento social “indignados” tem como gatilho principal a luta contra a desigualdade e injustiças sociais, sendo uma reação natural utilizando os meios tecnológicos avançados. Assim, pode-se analisar o movimento concreto na Espanha em 2011. Apesar disso, o movimento não consegue fazer com que jovens tenham grande adesão política, o que consequentemente traz poucos resultados práticos, uma vez que as mudanças dentro de uma democracia representativa partem do voto.

Em 2013 o Brasil presenciou uma tentativa do movimento “indignados” e suas características foram muito parecidas, ou seja, não possuíam financiamento nem qualquer liderança. Portanto, acabou, infelizmente, gerando o mesmo resultado do episódio espanhol, permanência política do mesmo grupo responsável pelas situações econômicas adversas.

Todavia, desde 2013 a situação social no Brasil apresentou uma significativa piora nos índices de fome e desemprego, e além disso, a pandemia de COVID-19 serviu para agravar tal situação.

Dessa forma, o trabalho buscou analisar a relação entre o movimento social “indignados” e as políticas públicas tributárias no Brasil.

Ocorre que, ao observar os resultados de arrecadação do Brasil, constata-se que os mais pobres são quem mais suportam o ônus tributário, por meio da tributação de bens básicos alimentares. A conjuntura, então, se resume à fome e a impiedosa tributação dos alimentos, o que acaba gerando mais fome.

Um movimento social, a partir do exposto, poderia requerer que a Constituição de 1988 fosse colocada em prática, posto que o combate às desigualdades sociais e a erradicação da pobreza são objetivos da República.

Arelado a isso, as políticas redistributivas não são implantadas, como o Imposto sobre Grandes Fortunas e a tributação dos dividendos, sendo que a falta dessas políticas, sem dúvidas, contribui para a grande concentração de renda existente no país.

Concluiu-se, por conseguinte, que um modelo de indignação tributária seria possível se transformar a realidade atual, pois é por meio de políticas tributárias que se combate ou se agrava o desemprego e a fome frutos da desigualdade social, as principais causas do movimento social elencado.

---

<sup>57</sup> Ibid, p. 174

<sup>58</sup> PORTELLA, A. A.; GUIMARÃES, R. B. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa de Thomas Piketty. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, Jan-Jun, 2020, p. 127.

<sup>59</sup> PAGANINI, J.; STEFANO FILHO, M. Di. *Democracia e política tributária no estado democrático de direito*. In: O Estado Social em Xequê: Democracia e Contemporaneidade. Org: Clarissa Tassinari, Giancarlo Montagner Copelli e Marcelo Dias Marques. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021, pp. 105-115, p. 104.

**6. Referências Bibliográficas**

- ANDRADE, V. R. P. de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ANSELMINI, P.; BUFFON, M. Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do 'bem comum' no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 15, p. 295-315, 2020.
- ARAKAKI, A. T. B.; ROSSIGNOLI, M. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da COVID-19. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 4, p. 171-190, 2021.
- BORGES, A. M.; TEODOROVICZ, J.; ESTECHE FILHO, V. G.; SIMIONI FILHO, D. L. Políticas públicas tributárias anticíclicas: Análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 02, n. 64, 2021, pp. 515-539.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 dez. 2021.
- BRASIL, *Lei nº 13.982 de 2 de Abril de 2020*. Brasília. DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.982-de-2-de-abril-de-2020-250915958>. Acesso em: 1 jan. 2022.
- BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria da Receita Federal do Brasil, CETAD (Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros) – *Carga Tributária no Brasil 2019, Análise por Tributos e Base de Incidência*. Brasília, março de 2020. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>. Acesso em 10 Jul. 2021.
- BUCCI, M. P. D. Método e aplicações da abordagem direito e políticas públicas (DPP). *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, set./dez. 2019.
- BUFFON, M.; MENEGUSSI, M. C. Tributação sustentável e a COVID-19: Políticas fiscais de curto, médio e longo prazo. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 42, p. 271-292, set./dez. 2020.
- CASALINO, V. G. Economia de mercado e políticas públicas – Elementos de epistemologia à luz da obra de Theodore J. Lowi. *Revista de Direito Pública (RDP)*, Brasília, Volume 18, n. 98, p. 615-644, mar./abr. 2021.
- CASTELLS, M. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, Brasil, 2013.
- DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), *Pesquisa Nacional de Cesta Básica de Alimentos*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 09 jan. 2022.
- DIFINI, L. F. S.; JOBIM, E. de S. L. Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 41, p. 278-304, dez. 2019.
- FREIRE NETO, L. de M.; SANTOS DE LIMA, P. L.; PIERDONÁ, Z. L. COVID-19, Emergency aid as a laboratory for the restructuring of social Protection in Brazil. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 05, n. 62, pp. 193-205, 2020.
- GOHN, M. da G. M. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2005.
- HESSEL, S. *Indignaos*. Barcelona: Ediciones Destino, Espanha, 2011.
- HOLMES, S.; SUSTEIN, C. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton Company, 1999. 256 p.

- IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Pesquisa de orçamentos familiares 2017-2018: análise da segurança alimentar no Brasil*. Rio de Janeiro, 2020 [citado 4 out 2020]. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101670.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2022.
- LIMA, R. A.; MARTINS, O. Á. F. Os deveres fundamentais e a constituição de 88: Formação precípua do Estado Democrático de Direito. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 16, n. 1, pp. 226-242, Jan.-Abr. 2021.
- LIMBERGER, T.; GIANNAKOS, D. B. da S. O princípio constitucional da eficiência e a transparência, analisados sob a ótica do custo da justiça: como aprimoramento de responsabilidade da entrega da prestação jurisdicional. *Revista CNJ*, Brasília, DF, v. 3, n. 1, p. 95-105, jan./jun. 2019.
- LOWI, T. J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. In: *World Politics*, Vol. 16, Issue 04, pp. 677-715 July 1963.
- NEVES, J. A.; MACHADO, M. L.; OLIVEIRA, L. D. de A.; MORENO, Y. M. F.; MEDEIROS, M. A. T. de; VASCONCELOS, F. de A. G. de. Unemployment, poverty, and hunger in Brazil un Covid-19 pandemic times. *Revista de Nutrição*, 2021; 34e2000170.
- OXFAM BRASIL. *Relatório "Nós e as Desigualdades"*, São Paulo, jun. 2019. Disponível em: [https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?\\_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669](https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pesquisa-nos-e-as-desigualdades/pesquisa-nos-e-as-desigualdades-2019/?_ga=2.49432036.330511726.1595133669-697185239.1595133669). Acesso em: 5 jan. 2022.
- PAGANINI, J.; STEFANO FILHO, M. Di. A cidadania participativa na política tributária: Uma análise da participação social no conselho municipal de tributos da cidade de São Paulo. *Cadernos de Direito Actual*. Nº 16 Núm. Ordinário (2021), pp. 384- 398, 2021.
- PAGANINI, J.; STEFANO FILHO, M. Di. *Democracia e política tributária no estado democrático de direito*. In: O Estado Social em Xequê: Democracia e Contemporaneidade. Org: Clarissa Tassinari, Giancarlo Montagner Copelli e Marcelo Dias Marques. Blumenau/SC: Dom Modesto, 2021, pp. 105-115.
- PIERDONÁ, Z. L.; FRANCISCO, J. C.; FREIRE NETO, L. de M.. Direitos sociais em tempos de crise: vedação ao retrocesso social e moderação judicial. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 34, n. 1, p. 57-75, jan./Abr. 2020.
- PIERDONÁ, Z. L.; LEITÃO, A. S.; FILHO, E. T. F. P., o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 02, n. 55, p. 390-417, 2019.
- PIKETTY, T. *O Capital no século XXI*. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PORTELLA, A. A.; GUIMARÃES, R. B. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa de Thomas Piketty. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, Jan-Jun, 2020.
- RÁDIO SENADO, *Brasil saiu do mapa da fome produzido pela ONU*. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2014/09/16/brasil-saiu-do-mapa-da-fome-produzido-pela-onu>. Acesso em 19 jan. 2022.
- RODRIGUES, H. T.; KUNTZ, T. G. Políticas públicas tributárias: A justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. *Revista NOMOS*, Fortaleza, v. 38.2, jul./dez. 2018.
- RODRIGUES, H. T.; OLIVEIRA, A. F. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n.1 , pp. 51-71, Jan.-Abr. 2018.
- SANTOS, B. de S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- SANTOS, J. P. P. dos; STEFANO FILHO, M. Di; CASALINO, V. G. Imposto sobre grandes fortunas e fundo de combate e erradicação da pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 172-195, 2020.
- SCHIER, A. da C. R.; TORRES, F. de O. A democracia procedimental deliberativa e a implementação de políticas públicas mais igualitárias. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 36, n.1, pp. 41-62, jan./jun. 2020.
- SCHMIDT, J. P. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018.
- SOUZA, M. S. de; BUCCI, M. P. D. O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 833-855, set./dez. 2019.
- TIPKE, K.; YAMASHITA, D. *Justiça fiscal e o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002. 128 p.
- TOURAINÉ, A. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- TURATTI, L.; BUFFON, M.; KONRAD, A. C. O mínimo existencial e o poder judiciário: Parâmetros no controle jurisdicional de políticas públicas. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação de Direito / UFRGS*. Porto Alegre, vol. XII, n. 2, p. 172-197, 2017.
- VIEIRA, R. de S. *A cidadania na república participativa: pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselhos de Saúde*, 2013. 540 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013, p.140.

## **Reflexões sobre as agências de checagem de fatos e sua responsabilização civil**

### *Thoughts on fact-checking agencies and their civil liability*

**David Cury Neto**<sup>1</sup>

*Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sobre as chamadas *Fake News* 2.1. O que são as *Fake News*? 2.2. Os perigos da disseminação de conteúdo desinformativo e a necessidade de combatê-los. 2.3. As possíveis formas de controle das *Fake News*. 3. As agências de checagem de fatos e sua responsabilização civil. 3.1. As agências de checagem de fatos. 3.2. *International Fact-Checking Network* (IFCN) e os seus princípios. 3.3. Críticas às agências de checagem de fatos. 3.4. A responsabilização civil das agências checadoras de fatos. 4. Conclusão. 5. Referências.

**Resumo:** O crescimento exponencial na disseminação de notícias falsas ou enganosas teve como necessário contrapeso a criação das agências de checagem de fatos, voltadas a desmentir boatos e esclarecer desinformações. A natural desinteligência entre quem circula *Fake News* e quem se propõe a desmenti-las originou questionamentos sobre a regularidade de tais verificações e a responsabilidade dos checadores pelos prejuízos derivados dos rótulos atribuídos ao conteúdo checado. É no âmbito dessa controvérsia que se situa o presente estudo, com o qual se busca examinar em que termos seria possível responsabilizar uma entidade checadora de fatos.

**Palavras-chave:** *Fake News* — Checagem de fatos — Responsabilidade civil

**Abstract:** The exponential growth observed on the subject of the dissemination of false or misleading news had as a necessary effect the arising of fact-checking agencies, which aimed at debunking rumors and clarifying misinformation. The natural collision between those who propagate *Fake News* and those whose primary goal is to refute them raised questions about the regularity of such verifications and the civil liability of the fact-checkers for the damages originated from the labels attributed to the checked content. The present study is situated in this context and its purpose is to examine by what terms it would be possible to hold a fact-checking entity responsible.

**Keywords:** *Fake News* — Fact-checking — civil liability

## **1. Introdução**

O fenômeno da disseminação de *Fake News* decerto não traduz um mal surgido nos dias de hoje. Bem ao contrário, a sua presença nos acompanha desde há muito e parece representar um fenômeno ínsito à própria natureza humana.

O que temos vivenciado nos últimos tempos, todavia, é um crescimento exponencial do noticiário falso e a sua constante e perceptível influência social, a

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Advogado.

ponto de grupos dele se valerem com o objetivo de lograr alguma vantagem à custa da ignorância ou desinteresse pela verdade real dos receptores da mensagem desinformativa, perpetuando, assim, uma constante e generalizada sensação de falta de credibilidade nas instituições e no jornalismo tradicional, de tal modo que o discurso enviesado seja recebido como se autêntico fosse.

Daí a relevância motivadora da criação de entidades dotadas do firme propósito de desmentir as informações incorretas ou simplesmente fantasiosas que circulam livremente, a fim de que a sociedade não seja levada a erro por nelas se fiar como justas e fidedignas.

A responsabilização civil da atividade desempenhada pelas agências checadoras de fatos ainda é tema que requer desenvolvimento e aprofundamento nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, seja à vista da sua relativa novidade, ao menos no âmbito do Direito pátrio, seja ainda em virtude das críticas já sofridas pelas entidades checadoras.

Neste cenário até aqui brevemente delineado, com o presente estudo objetiva-se contribuir com o debate sobre o assunto, com elementos que partem desde uma tentativa de delimitação das *Fake News*, passando pelas entidades checadoras, suas características e opiniões positivas e negativas e terminando com o exame dos aspectos inerentes à sua responsabilização civil.

## **2. Sobre as chamadas *Fake News***

### **2.1. O que são as *Fake News*?**

Definir o que se há de entender por *Fake News* não se revela tarefa das mais simples, à vista da enormidade de circunstâncias que envolvem a concepção respeitante à falsidade de uma dada informação trazida a público.

Por exemplo, é viável constatar uma *Fake News* a partir do ponto de vista subjetivo <sup>2</sup>, ou seja, se aquele que produziu e/ou circulou a informação tida por inverídica deliberada ou culposamente pretendeu desinformar os seus interlocutores, objetivando fazê-los enxergar uma realidade diversa daquela concretamente observável <sup>3</sup>.

Outrossim, possível se mostra apontar uma *Fake News* sob o ângulo objetivo, vale dizer, a intensão do agente propagador da desinformação é irrelevante, havendo-se, isto sim, de encarar a falsidade única e exclusivamente levando em conta os elementos da informação em si mesma considerada, particularmente verificando se a informação equívoca teria o potencial de enganar o seu destinatário ou não.

Há ainda a extensão do caráter enganoso do conteúdo circulado, que pode ser parcial ou completamente desinformativo.

Enfim, diversas são as ópticas pelas quais se pode observar esse fenômeno que tanta importância ganhou na atualidade.

---

<sup>2</sup> Bruno Terra de Moraes entende que se deve "...escoimar o conceito de fake news do seu elemento subjetivo, isto é, da intenção deliberada de propagação de notícia falsa. Afinal, não raro será difícil a demonstração da intenção de ludibriar." (MORAES, B. T. de. "Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação", in VV.AA *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*, Coords. Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé, Indaiatuba, Editora Foco, 2020, p. 186).

<sup>3</sup> Sob o ponto de vista subjetivo, Paulo Brasil Menezes (MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed., São Paulo, Editora Jus Podivm, 2021, p. 130 a 137) traz a classificação de acordo com a qual o fenômeno das *fake news* poderia corresponder a uma *misinformation*, *disinformation* e a *mal-information*. A primeira consistiria na desinformação "acidental e inadvertida", ao passo que a segunda se caracterizaria pela deliberada e consciente veiculação do conteúdo desinformativo. Por sua vez, a última delas representaria uma distorção maliciosa de fatos verdadeiros com vistas a prejudicar o público-alvo.

Na tão simples quanto escorreita perspectiva de Diogo Rais, “Fake News são notícias falsas, mas que aparentam ser verdadeiras.”<sup>4</sup>. É dizer, para o referido autor, a fim de determinar-se se estamos diante de uma notícia falsa, imperioso se mostra que o seu conteúdo pareça verídico, portanto, com a potencialidade de enganar o seu destinatário.

Já o ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, entrevê o termo *Fake News* como inadequado para representar a controvérsia que lhe é subjacente, preferindo a expressão notícia fraudulenta, “[...] por melhor exprimir a ideia da utilização de um artifício ou ardil — uma notícia integral ou parcialmente inverídica apta a ludibriar o receptor, influenciando seu comportamento — com o fito de galgar uma vantagem específica e indevida.”<sup>5</sup>.

Nesse mesmo sentido, aliás, no ano de 2018, a Comissão Europeia divulgou relatório de grupo especializado no tema das *Fake News*, no qual se sugeriu o abandono do uso desse termo para designá-las, pois falharia em expressar a amplitude e a complexidade do seu conteúdo<sup>6</sup>.

Paulo Brasil Menezes, por sua vez, entende-as como “notícias desconfiguradas, que acreditam ou que fazem acreditar em algo que é enganoso, não necessariamente intencionais, mas simuladas a partir de fatos falsos ou propriamente verdadeiros, capazes de desviar a verdade, trazer dúvidas, imprecisões e desestabilizar o espaço deliberativo.”<sup>7</sup>.

Eric de Carvalho lembra da chamada sociedade em rede, que facilitaria a criação, recriação e combinação de conteúdos, ao mesmo tempo em que possibilitaria o compartilhamento rápido e eficaz de conteúdos, destacando que “Essa lógica está presente na produção de *fake news*: combina-se imagens, textos e vídeos de forma a dar um aspecto verossímil (e frequentemente sensacionalista) a uma suposta notícia.”<sup>8</sup>.

Em sua gênese, o Projeto de Lei nº 2.630, de 2020, formalmente chamado de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet e alcunhado de Lei das *Fake News*, definia de forma textual o que se haveria de entender por desinformação: “[...] conteúdo, em parte ou no todo, inequivocamente falso ou enganoso, passível de verificação, colocado fora de contexto, manipulado ou forjado, com potencial de causar danos individuais ou coletivos, ressalvado o ânimo humorístico ou de paródia.” (artigo 4º, inciso II).

Todavia, o texto do citado projeto sofreu profundas mudanças ainda no Senado Federal e, quando nessa casa se viu aprovado, teve alterado substancialmente o seu foco das *Fake News* para a disciplina das redes sociais.

Vinícius Borges Fortes e Wellington Antonio Baldissera lembram que “[...] a mentira, a invenção, a informação manipulada ou mal-intencionada, sempre fez parte da sociedade, porém, o que mudou foi a maneira e a velocidade como se

---

<sup>4</sup> RAIS, D. “O que é ‘Fake News’”. Disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>5</sup> DIAS TOFFOLI, J. “A. Fake News, desinformação e Liberdade de expressão”, in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2a. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 18 e 19.

<sup>6</sup> Conferir a íntegra do relatório em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&qid=1525280608825&from=EN>, acessado em 31 de agosto de 2022. Sobre o tema, consultar SANTANA, I. P. L.; SILVA, M. J. S. “Responsabilidade civil das redes sociais na disseminação de fake news”, in *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019, edição on-line.

<sup>7</sup> MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed., São Paulo, Editora Jus Podivm, 2021, p. 138.

<sup>8</sup> CARVALHO, E.. “O processo de circulação de fake news”, in VV.AA *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 353, sic.

espalham, e diante disso, os efeitos que passam a exercer na sociedade e na democracia de um Estado.”<sup>9</sup>.

Com efeito, trata-se de fenômeno observado desde a Roma Antiga, na Idade Média, com as famigeradas caças às bruxas, nas Guerras Mundiais e em todas as que lhe precederam e sucederam<sup>10</sup>, incluída a mais contemporânea delas travada na Ucrânia, com enorme cobertura midiática e muitas informações desencontradas vindas de ambos os lados.

Não obstante a antiguidade dos registros de circulação de inverdades mascaradas de informação para obnubilar o julgamento dos seus receptores, a ideia mais moderna de *Fake News* originou-se de dois importantes e recentes acontecimentos ocorridos em 2016, isto é, a eleição presidencial norte-americana<sup>11</sup>, na qual guindado ao poder Donald Trump, e a controversa saída do Reino Unido da União Europeia (denominada *Brexit*)<sup>12</sup>.

Com esta breve noção sobre o que se há de entender por *Fake News*, que não se propôs a ser de fato exaustiva, passemos agora à exposição dos motivos pelos quais a sua existência e enorme penetração social ensejam complexos desafios na tentativa de obstaculizar o rápido espalhamento dos seus nefastos efeitos.

## **2.2. Os perigos da disseminação de conteúdo desinformativo e a necessidade de combatê-los**

Quando se menciona o termo *Fake News*, o primeiro instinto nos leva de maneira quase instantânea a um seu específico âmbito de atuação, dotado de enorme potencial lesivo, que é nos pleitos eleitorais, na medida em que a desinformação atua decisivamente na escolha que os membros da sociedade civil farão sobre os seus representantes.

Não por outro motivo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) tem incessantemente buscado meios de diminuir ao máximo as possibilidades de o material desinformativo em circulação atingir os eleitores e influenciá-los no exercício do seu direito de voto, seja com a criação de programa permanente de combate às

---

<sup>9</sup> FORTES, V. B.; BALDISSERA, W. A. “Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 7, nº 3, 2019.

<sup>10</sup> SANTANA, I. P. L.; SILVA, M. J. S. “Responsabilidade civil das redes sociais na disseminação de fake news”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019, edição on-line.

<sup>11</sup> “O conceito moderno de fake news ganhou forte conotação nas eleições presidenciais de 2016 dos EUA, onde o então candidato a Presidente Donald Trump utilizou os serviços da Cambridge Analytica, empresa britânica de consultoria, para disseminar conteúdo personalizado no Facebook com base nas preferências de cada usuário.” (SANTANA, I. P. L.; SILVA, M. J. S. “Responsabilidade civil das redes sociais na disseminação de fake news”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019, edição on-line).

<sup>12</sup> “A aprovação do referendo, realizado em 23 de junho de 2016, foi recebido com uma certa resistência pela comunidade internacional, ante a suposta ausência de credibilidade dos argumentos adotados para justificar o resultado. A maioria das pessoas que votou favoravelmente foram homens brancos, com baixa renda e pouca escolaridade.” (CAMBI, E.; SCHMITZ, N. N. “Pós-verdade, pós-democracia e processo”, *Revista de Processo*, vol. 301, mar/2020, edição on-line).



*Fake News* <sup>13</sup>, seja mediante a celebração de parcerias com as redes sociais <sup>14</sup>, seja ainda firmando termos de cooperação com outros poderes da República <sup>15</sup>.

Os potenciais impactos das informações falsas sobre o processo democrático são inegavelmente graves e, por isso, merecem a mais completa atenção do Poder Público e da sociedade civil, de modo a prevenir que a eleição deste ou daquele candidato seja alcançada a partir dos esforços desinformativos de alguns poucos, com o emprego de meios fraudulentos, em detrimento da vontade popular livremente manifestada (Constituição da República, artigo 1º, parágrafo único).

Não apenas o exercício do voto pode ficar comprometido pelas *Fake News*. A política acontece mesmo fora do período eleitoral, e as discussões por ela geradas devem estar sempre alheias aos descabimentos do noticiário fraudulento.

É certo, todavia, que há natural propensão, inerente à condição de ser humano, de crer em informações e dados que confirmem os próprios anseios e expectativas. É o que Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz chamam de *confirmation bias*, que traduziria um equívoco cognitivo:

As pessoas são mais favoráveis a aceitar as informações que se coadunam com o seu ponto de vista, desconsiderando a inexistência ou a insuficiência de subsídios para sustentar esse pensamento. Consequentemente, é improvável que os indivíduos repitam entendimentos contrários a seus ideais, ainda que eles tenham base científica. A tendência de confirmação de suas crenças explica a polarização de atitudes (isto é, a manutenção da divergência extrema de posições, ainda que as partes sejam submetidas a uma mesma evidência), as crenças persistentes (ou seja, a intransigência na mudança de posição, apesar da existência de prova em contrário) e as correlações ilusórias (quando se faz associações falsas entre dois ou mais eventos/situações). Nesse contexto, as inverdades beneficiam os seus produtores, tanto pelo lucro quanto pelo fato de os compartilhamentos, retweets ou a repetição de inverdades causarem a aparência de uma nova verdade e à própria ignorância <sup>16</sup>.

Nesse mesmo sentido as duras críticas de Irene Patrícia Nohara, segundo quem "...essa postura de uma humanidade embrutecida, cheia de razão e fechada em pré-compreensões do mundo, pautadas em meras convicções, pouco empenhada em analisar com maior detença as informações existentes, sendo focada muito mais

---

<sup>13</sup> A propósito conferir: [https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/rybena\\_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/at\\_download/file](https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/rybena_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/at_download/file), acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>14</sup> Recentemente a Justiça Brasileira encontrou dificuldades de estabelecer uma parceria com a rede social "Telegram" — a começar pela ausência de representante legal da empresa no Brasil —, que se cuida de um dos principais focos de circulação de noticiário fraudulento, até por isso muito utilizado para a divulgação de *fake news* de caráter eleitoral. Após decisão do Ministro Alexandre de Moraes, determinando a suspensão em todo território nacional do "Telegram", foram prontamente atendidas as exigências ao seu funcionamento, sendo dias após novamente liberado o seu funcionamento. Para mais, dentre outros conferir: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/03/4994563-alexandre-de-moraes-suspende-decisao-que-barrava-telegram.html>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>15</sup> Sobre o tema: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/04/05/camara-tse-combate-fake-news.ghtml>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>16</sup> CAMBI, E.; SCHMITZ, N. N. "Pós-verdade, pós-democracia e processo", *Revista de Processo*, vol. 301, mar/2020, edição on-line.

em argumentos que ratificam os pontos de vista iniciais, é avessa à postura dialógica, mais desejável numa democracia.”<sup>17</sup>.

A aversão a refletir sobre as próprias convicções aliada à falta de senso crítico acerca das muitas informações que a todo instante chegam fomentam a polarização, isto é, o nós contra eles, como antes explicitado, de modo a anular na prática o debate de ideias que consubstancia uma democracia sólida.

Além dos perniciosos reflexos sobre o plano político e, ademais, sobre os direitos individualmente considerados, como honra, imagem e liberdade de expressão das pessoas que se veem diretamente afetadas por informações falsas circulantes, Chiara Spadaccini de Teffé e Carlos Affonso Souza pontuam que “A desinformação mina a confiança nas instituições e nos meios de comunicação tradicionais e digitais, assim como compromete o saudável desenvolvimento das democracias.”<sup>18</sup>.

Por sua vez, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior alertam para uma espécie de guerra política (civil), “...na qual as armas mais importantes são as Fakes News justamente pela repercussão nas mídias sociais pela rapidez com que contingente enorme de pessoas são atingidas.”, razão por que constatarem verificar-se um “...marcante declínio da mídia tradicional e acentuado crescimento da mídia social por intermédio das redes sociais.”<sup>19</sup>.

O assunto leva a uma forçosa reflexão sobre o papel desempenhado pelas redes sociais, com especial destaque para a monetização de conteúdos nelas disponibilizados.

Isto porque há uma enormidade de meios pelos quais é possível ser remunerado — por vezes muitíssimo bem — em razão de conteúdos publicados na Internet, seja com anúncios, seja com a exposição de marca atrelada à imagem e ao prestígio de pessoa seguida por muitos, gerando o almejado engajamento, seja com o acesso exclusivo (e pago) a certos benefícios de interação, seja ainda pela quantidade de visualizações que um determinado vídeo tem ou cliques obtidos por certo site (*clickbait*s) que levam ao aumento de anúncios.

Embora na teoria o propósito remuneratório pelo consumo de conteúdos virtuais seja mais do que razoável e justo, na prática pode revelar-se um verdadeiro contrassenso, porquanto o que hoje se observa são canais ou usuários com grande alcance por seus inúmeros seguidores, atuando na Internet como se veículos de comunicação fossem para, sob tais vestes, deliberadamente propagar desinformação e teorias conspiratórias com vistas à obtenção de lucro com essa atividade.

Daí a arguta observação de Paulo Brasil Menezes, para quem “...é importante reconhecer que, durante o progresso civilizatório da humanidade, nunca tenha sido tão recompensadora a publicidade de inverdades e de manipulações como

---

<sup>17</sup> NOHARA, I. P. “Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das *Fake News*: regulação estatal em face dos perigos da desinformação”, in *VV.AA Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 81. O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva manifestou pertinentes observações sobre o fenômeno, asseverando que “...as fake news e seu potencial destrutivo podem ser entendidas não apenas como reforço do viés cognitivo de seu público-alvo, mas também pela temporalidade acelerada da cognição, que instaura um presente contínuo, no qual os assuntos se substituem uns aos outros com enorme rapidez. Cria-se, com isso, um ambiente que solapa a reflexividade e dificulta o exercício do pensamento analítico, que permitiria distinguir o falso do verdadeiro.” (CUEVA, R. V. B. “Alternativas para a remoção de Fake News das redes sociais”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out./dez. 2018).

<sup>18</sup> SOUZA, C. A.; TEFFÉ, C. S. “Fake News e eleições: identificando e combatendo a desordem informacional”, in *VV.AA Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 282.

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. A. “Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por *Fake News*”, in *VV.AA Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 215 e 216.

tem se mostrado a execução de tais tarefas no atual momento vivido pela sociedade global.”<sup>20</sup>.

Oportunas também as considerações de Diogo Mendonça Cruvinel sobre o assunto:

No caso de informações falsas veiculadas em *sites* de notícias (ou que aparentam ser de notícias), contudo, a questão é um tanto mais problemática. Um modelo de (mal) jornalismo praticado há algumas gerações, que baseia a veiculação de seu conteúdo apenas em parâmetros mercadológicos, por meio dos quais o mais importante é vender exemplares, é perceptível o uso de estratégias para chamar a atenção do leitor, ainda que se valendo de exageros, sensacionalismo e, em muitos casos, até de informações falsas. A lógica desse modelo, chamado de ‘imprensa amarela’ nos Estados Unidos e de ‘imprensa marrom’ no Brasil, migrou rapidamente para os portais de notícias a internet, que também passaram a criar novos elementos de realce para atrair a atenção do leitor<sup>21</sup>.

A profissionalização desse abuso de direito deve ser alvo não apenas de controle exercido pelo Poder Judiciário e pela sociedade civil como um todo, mas especificamente pelas mídias sociais, que com seus mecanismos promovem tais conteúdos e remuneram os seus autores.

Do contrário, valorizar essa espécie de “jornalismo” pode muito bem significar a derrocada dos meios tradicionais de informação, não porque outros melhores surgiram e, sim, em virtude da ilegítima sobreposição das notícias fraudulentas. Como alerta William Waack, “Não é tanto o que se produz de difamação e falsificação, mas é a perda da confiança nos meios tradicionais que torna a questão tão preocupante.”<sup>22</sup>.

Outrossim, nos tempos atuais temos assistido aos impactos do noticiário falso não apenas sobre a democracia e as liberdades comunicativas, que sofrem constantes ataques via *Fake News*, mas também quanto à saúde pública, notadamente durante a pandemia de Coronavírus-19 (COVID-19).

De todos os lados chegam informações sobre a recomendação do uso de medicamentos contra o malicioso vírus — como se se tratasse da cura definitiva desse

---

<sup>20</sup> MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed., São Paulo, Editora Jus Podivm, 2021, p. 138. A respeito, conferir também BRANCO, S. “*Fake News* e os caminhos para fora da bolha”, *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 10, n. 38, ago./out. 2017, p. 60.

<sup>21</sup> CRUVINEL, D. M. “*Fake News* e o custo da informação”, in VV.AA *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 178. Conferir também MORAES, B. T. “Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação”, in VV.AA *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*, coords. Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé, Indaiatuba, Editora Foco, 2020, p. 182 e 183: “...a velocidade da difusão responde apenas por parte do problema. Isso porque não há como se analisar o problema apenas do ponto de vista da difusão da informação, mas, também, sob o ponto de vista de quem a recebe. Cabe, assim, a indagação acerca do porquê de se conferir tamanha credibilidade a qualquer notícia que se recebe via redes sociais, sem maiores preocupações com a checagem de sua veracidade. Uma das explicações pode residir na falta de credibilidade que se tem, nos dias atuais, em relação à mídia tradicional. Esse descrédito parece proporcionar o caldo de cultura ideal para a proliferação das *fake news*, conforme afirma Claire Wardel, diretora do projeto *First draft*.”.

<sup>22</sup> WAACK, W. “*Fake News: uma visão político-jornalística*”, in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 230.

mal —, os quais, na verdade, tiveram cientificamente reconhecida a sua ineficácia para tal fim.

Ou então a farta quantidade de materiais em circulação, colocando em xeque a eficácia das vacinas contra a COVID-19, em virtude de alegados efeitos colaterais graves advindos da sua ministração, inclusive a morte súbita de quem se vacinasse, tudo com vistas a desestimular essa importante etapa do combate ao estado pandêmico.

Sobre o tema, ao comentarem uma checagem de fatos realizada pelo portal internautico do G1, Denise Paiero, André Santoro e Rafael Santos destacam quão rudimentares são certos materiais falsos sobre a COVID-19, "...a ponto de poder ser desmentido com pesquisas simples na internet. Ainda assim, a propagação das notícias falsas ultrapassa em muito a capacidade jornalística de difundir informações confiáveis." <sup>23</sup>.

Em suma, negam-se a ciência e as suas relevantes descobertas, principalmente em momento tão delicado pelo qual passa a humanidade, em benefício de informações que circulam sem a identificação de sua origem e não contam com qualquer respaldo técnico, criando, pois, enormes prejuízos sociais e alimentando, por outro lado, um estado de entenebrecimento coletivo.

Longe de serem as únicas ameaças produzidas pelo exponencial aumento das notícias fraudulentas, tais situações hão de ser debeladas para evitar o risco à democracia, que tem nas eleições dos mandatários populares e na pluralidade do debate político duas de suas manifestações mais relevantes, para que as mídias tradicionais não sucumbam frente às inverdades camufladas de noticiário cada vez mais presentes nas redes sociais e também a fim de que as políticas de saúde pública tenham efetividade e resguardecam a vida e a integridade física dos membros da sociedade.

E um dos meios pelos quais se mostra viável atingir tal finalidade é a iniciativa de checagem de fatos promovida por veículos de comunicação social em conjunto com as mídias sociais, de tal sorte que haja maior quantidade de informações fidedignas circulando, inclusive com desmentidos das inverdades fabricadas e disseminadas, que será objeto do tópico seguinte.

### **2.3. As possíveis formas de controle das *Fake News***

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ricardo Villas Bôas Cueva pondera existirem dois modelos normativos de controle, um não necessariamente excluindo o outro, vale dizer, a reserva de jurisdição (notadamente o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014) e a autorregulamentação, destacando que:

Há, por certo, um problema de subfinanciamento do Judiciário, que poderia ser minorado com o aporte de maiores recursos, mas é indubitável que as fake news e o discurso de ódio nas redes sociais constituem fenômenos de massa, para os quais não há soluções simples, seja do ponto de vista quantitativo e do aparelhamento necessário para fazer frente com eficiência e rapidez aos novos desafios, seja do ponto de vista qualitativo, considerando-se a especialização indispensável para o encontro de respostas adequadas às reclamações <sup>24</sup>.

Deveras, a submissão ao Judiciário de controvérsias relacionadas às *Fake News* parece uma luta inglória, porquanto a liturgia inerente a um processo judicial — por mais célere que seja a sua tramitação — se revela incompatível com a agilidade

<sup>23</sup> PAIERO, D. C.; SANTORO, A. C. T.; SANTOS, R. F. "As Fake News e os paradigmas do relato jornalístico", in *VV.AA Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 140.

<sup>24</sup> CUEVA, R. V. B. "Alternativas para a remoção de Fake News das redes sociais", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out./dez. 2018.

da circulação do noticiário fraudulento e a rapidez com que uma desinformação sucede à outra.

Por sua vez, a tarefa de disciplinar o combate às *Fake News* e seus efeitos nocivos é da mesma forma complexa e exige cautelas para que não traduzam atentados às liberdades comunicacionais, com censuras a regulares manifestações do pensamento e à veiculação de informações relevantes para a sociedade.

Sob o ponto de vista normativo, é certo que existem diversas iniciativas voltadas à edição de leis que disciplinem o assunto e "...que tenham capacidade de coibir ou punir os responsáveis pela difusão de notícias falsas." <sup>25</sup>.

Um dos exemplos pátrios é o já citado Projeto de Lei nº 2.630/2020, que foi aprovado pelo Senado Federal e pende de exame pela Câmara dos Deputados <sup>26</sup>, o qual se propõe a fiscalizar e controlar a utilização das redes sociais, em especial no tocante ao compartilhamento desenfreado de conteúdos e às chamadas contas inautênticas, buscando também determinar os autores das desinformações em massa para sancioná-los.

Outro consistiu na edição da Medida Provisória nº 1.068/2021, que temporariamente alterou a disciplina do Marco Civil da Internet sob o pretexto de assegurar uma melhor proteção aos usuários da Internet contra as ingerências das redes sociais na remoção de conteúdos e até de contas nelas mantidas.

A Medida Provisória foi devolvida pelo Congresso Nacional, assim perdendo a sua vigência, e o Executivo Federal reapresentou-a na forma do Projeto de Lei nº 3.227/2021, que ainda se encontra estagnado na fase inicial de tramitação.

Na Alemanha, está em vigor a Lei para a Melhora da Aplicação das Leis nas Redes Sociais (*Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken* – NetzDG), de 2017 <sup>27</sup>.

Trata-se de diploma inovador no campo da regulamentação das grandes redes sociais, visando a coibir a circulação de conteúdo falso, com apenamentos nos âmbitos administrativo e até criminal <sup>28</sup>, que versaria uma espécie de autorregulamentação regulada, por também promover a participação das entidades privadas no processo e até por isso sofre algumas críticas sobre a possibilidade de censura prévia exercida por entidades particulares <sup>29</sup>.

Ainda é possível cogitar da chamada autorregulamentação como forma de enfrentamento da problemática das *Fake News*, que se observa nos âmbitos em que a desinformação circula, notadamente as redes sociais, pela própria iniciativa dessas plataformas, até como uma necessidade dos dias atuais.

O Facebook, por exemplo, mantém parcerias com agências de checagem de fatos certificadas pela *International Fact-Checking Network* (IFCN), da qual adiante e com maiores detalhes se cuidará. Se um dos checadores parceiros estabelece que determinado conteúdo presente na plataforma da citada rede social é falso, enganoso ou traduz alguma das hipóteses tidas por irregular, o conteúdo

---

<sup>25</sup> PESSOA, A. C. S. "Uma abordagem analítica acerca das Fake News, suas consequências e responsabilização à luz da necessidade de um controle judicial efetivo", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019.

<sup>26</sup> <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>27</sup> Para um exame mais aprofundado da NetzDG, consultar EIGERT, M. "A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma", in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 161 a 191.

<sup>28</sup> NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. "Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por *Fake News*", in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 218.

<sup>29</sup> CUEVA, R. V. B. "Alternativas para a remoção de Fake News das redes sociais", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out./dez. 2018.

verificado acaba por ter sua visibilidade e oferta diminuídas, o alcance da página é restringido e, como última alternativa, a própria página é excluída da rede <sup>30</sup>.

Aqui — também e não exclusivamente — se encontram as chamadas agências de checagem de fatos, que auxiliam as redes sociais a melhor combater o nefasto fenômeno do noticiário falso.

Diogo Rais salienta ainda que algumas dessas empresas chegaram até a desenvolver robôs ou *bots* para identificar *Fake News* em circulação nas redes sociais e, ao fazê-lo, deflagram uma mensagem fruto da verificação já realizada, tendo como principal alvo os perfis com alto número de seguidores, os quais representam o maior risco de desinformar <sup>31</sup>, ao que Paulo Brasil Menezes chama de “antídotos tecnológicos” <sup>32</sup>.

De uma forma ou de outra, as abordagens que se mostram viáveis para remediar a moléstia social que são as *Fake News* recebem apoio ao mesmo tempo em que sofrem críticas, dada a complexidade do fenômeno e as dificuldades tecnológicas e sociais que, por sua própria natureza, são impostas a todos aqueles que se disponham a combatê-las.

Como bem vaticina Amanda Carolina Santos Pessoa, faz-se necessário achar um equilíbrio entre o exercício legítimo das liberdades comunicativas e a censura de conteúdos, “...de modo que a liberdade de expressão não legitime a propagação de fake news ou que o combate às notícias falsas não seja razão de cerceamento desse direito fundamental.” <sup>33</sup>.

Esse ponto desejável de estabilidade revela-se difícil de ser encontrado, haja vista que uma das principais características do noticiário fraudulento é aproximar-se ao máximo da legítima comunicação de fato relevante para induzir o destinatário a crer na sua fidedignidade e, assim, lograr o seu propósito de desinformar.

Daí a importância que, dentre outras formas aqui brevemente expostas, assumem as agências de checagem de fatos no seu intuito de identificar *Fake News* e desmenti-las ao público.

---

<sup>30</sup> “Caso o conteúdo seja classificado como uma notícia falsa, as histórias podem ter seu alcance diminuído, por meio da impossibilidade de sugestão da notícia como assunto correlato a outros ou pela diminuição de sua relevância para resultados de busca, por exemplo. Caso páginas tenham seus conteúdos reiteradamente classificados como falsos, sua habilidade de monetizar e de impulsionar as histórias será diminuída, o alcance de sua página poderá ser reduzido e, eventualmente, a página poderá ser excluída da rede social.” (CARNEIRO, G. F. S. “Autorregulação de Fake News no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 3, abr./jun. 2019).

<sup>31</sup> RAIS, D. “Desinformação no contexto democrático”, in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 266. O Autor ainda invoca o estudo de Soroush Vosoughi, Deb Roy e Sinan Aral sobre as hipóteses de intervenção exercida sobre as Fake News, que seriam, por um lado, as que “...buscam mudanças estruturais destinadas a evitar a exposição primária de indivíduos às fake news...” e, por outro, “...aquelas que visam capacitar os indivíduos a avaliar as fake news que encontram.” (p. 264).

<sup>32</sup> MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed., São Paulo, Editora Jus Podivm, 2021, p. 286.

<sup>33</sup> PESSOA, A. C. S. “Uma abordagem analítica acerca das Fake News, suas consequências e responsabilização à luz da necessidade de um controle judicial efetivo”, *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019. Sobre o tema, Diogo Rais pondera que “...se quisermos retirar as fake news teremos que fazer uma análise do conteúdo ou da mensagem que ela traz. Daí o maior de seus perigos. Se o Estado quiser remover ou impedir fake news terá de agir diante do conteúdo das mensagens. Se fizer repressivamente pelo Judiciário dependerá de uma análise caso a caso, mas se fizer abstrata e preventivamente, a agressão à liberdade de expressão será ainda maior e creio que não faremos nada diferente daqui que se chama: censura.” (RAIS, D. “Desinformação no contexto democrático”, in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 268.).

### 3. As agências de checagem de fatos e sua responsabilização civil

#### 3.1. O que são os checadores de fatos?

A sucinta definição trazida pela professora norte-americana Michelle Amazeen bem traduz o que se há de entender por checadores de fatos: “Como forma de jornalismo responsável, a checagem de fatos empenhada se compromete com a publicização de erros ou falsidades independentemente da sua origem.”<sup>34</sup>.

São, pois, entidades imbuídas do nobre objetivo “...de evitar que as *fake news* se espalhem de forma descontrolada.”, isto não obstante a excessiva e ilógica confiança que alguns nutrem na veracidade de conteúdo fraudulento que lhes chega<sup>35</sup>.

Nesse sentido, esclarecem Stela Rocha Sales e Diogo Rais que se faz imperioso o “...engajamento para ensinar e ajudar as pessoas a se manifestarem e a checarem o conteúdo...”, âmbito no qual se inserem os checadores de fatos, nele visando a “...checar as informações que circulam na rede, fazendo uma espécie de investigação da informação e comprovando sua análise indicando a falsidade ou não daquele conteúdo, podendo ocupar papel central na caça à desinformação.”<sup>36</sup>.

Por uma questão de melhor aproveitamento dos esforços necessários a desmentir falsidades em circulação, as agências de checagem em geral concentram sua análise das *fake news* em temas de maior relevância social, como regras tocantes à política e, recentemente, à saúde pública.

Traduz bom exemplo disso o denominado “Projeto Comprova”, “uma iniciativa colaborativa e sem fins lucrativos que reúne jornalistas de 42 veículos de comunicação brasileiros para descobrir e investigar informações suspeitas sobre políticas públicas, eleições presidenciais e a pandemia de covid-19 que foram compartilhadas nas redes sociais ou por aplicativos de mensagens.”<sup>37</sup>.

O início da atividade de checagem de fatos é tão incerto quanto o surgimento das *Fake News* em si, que correspondem ao seu próprio objetivo, na medida em que parece um natural contraponto à desinformação a ideia de ser necessário combatê-las e impedi-las de circular. Até como parte do senso de justiça que motivou o ser humano a disciplinar juridicamente as suas interações.

Todavia, no início dos anos 2000 surgiram nos Estados Unidos da América as primeiras entidades organizadas com dedicação exclusiva para a checagem de

---

<sup>34</sup> Tradução livre do original: “As a form of accountability journalism, dedicated fact-checking is committed to publicizing errors or falsehoods regardless of the source.” (AMAZEEN, M. A. “Revisiting the epistemology of fact-checking”, *Critical Review*, 27:1, 1-22, DOI: 10.1080/08913811.2014.993890, disponível em: <https://doi.org/10.1080/08913811.2014.993890>, acessado em 31 de agosto de 2022). Ver também: NEISSER, F. G. “Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral”, *Revista Ballot*, vol. 1, nº 2, set./dez. 2015, p. 191.

<sup>35</sup> PAIERO, D. C.; SANTORO, A. C. T.; SANTOS, R. F. “As Fake News e os paradigmas do relato jornalístico”, in VV.AA *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 139.

<sup>36</sup> RAIS, D.; SALES, S. R. “Fake News, deepfakes e eleições”, in VV.AA *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed., São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 44 e 45. Edson Francisco Leite Junior destaca que, “Ao oferecer aos cidadãos uma educação midiática que os tornem capazes de, por conta própria, checarem a veracidade de fatos que lhes são expostos, há um empoderamento desses cidadãos e lhes é garantido, assim, um direito básico e fundamental que é o direito à informação.” (LEITE JUNIOR, E. F. “O fact-checking à luz dos da teoria dos gêneros jornalísticos: o jornalismo interpretativo e seu potencial para educar para as mídias”, in VV.AA *Jornalismo, gêneros e formatos: estado da arte e diálogos contemporâneos*, orgs. Marli dos Santos et alii, Blumenau, Edifurb, 2021, p. 91).

<sup>37</sup> <https://projetocomprova.com.br>, acessado em 31 de agosto de 2022.

atos (FactCheck.org, PolitiFact e o Fact Checker), advindas da necessidade de controle das propagandas eleitorais norte-americanas <sup>38</sup>.

A partir daí muitas outras entidades surgiram não apenas em solo estado-unidense mas ao redor do globo, na medida em que a Internet e as redes sociais fizeram de todos os países locais propícios à disseminação de falsidades pelos mais diversos motivos, que se viram favorecidos pelas mazelas encontradas em cada específica localidade.

Parece indubitável que os checadores de fatos representam peça fundamental nas sociedades atuais e decerto crescerão em número e importância nos anos vindouros, haja vista a sua relevante contribuição nos cenários político e de saúde pública.

### **3.2. International Fact-Checking Network (IFCN) e os seus princípios**

Outro importante e recente marco histórico concernente a essa relevante função de checagem de fatos pode ser traçado sem maiores dificuldades em 2015, quando se criou a *International Fact-Checking Network* (IFCN), uma aliança promovida pela escola de jornalismo sem fins lucrativos Poynter Institute que já conta com mais de uma centena de entidades checadoras de fatos ao redor do mundo, as quais naquela ocasião se encontravam em franco crescimento quanto ao seu número e viram-se compelidas a unir seus esforços contra a igualmente crescente desinformação.

Aliás, o ano de sua fundação é bastante próximo dos primeiros e relevantes fatos nos quais a disseminação de *Fake News* exerceu preocupante influência em decisões sociais, como os exemplos anteriormente indicados tocantes às eleições norte-americanas de 2016 e o chamado *Brexit* do Reino Unido daquele mesmo ano.

O propósito dessa organização transnacional de checadores de fatos consistiu em estabelecer uma conexão entre as entidades para que haja uma colaboração mútua tanto voltada à capacitação de profissionais, quanto à oferta de recursos para novos projetos e iniciativas, como também à realização de eventos globais com o objetivo de constante atualização do cenário mundial relativo à desinformação e os seus perniciosos reflexos <sup>39</sup>.

A *International Fact-Checking Network* concede uma espécie de “selo de aprovação” aos checadores de fatos, o qual é anualmente revisto para determinar se continuam a ser seguidos o seu Código de Ética e Conduta e os cinco princípios eleitos pela entidade como de observância necessária na atividade desempenhada por seus membros, inseridos no seu Código de Princípios <sup>40</sup>.

São eles os compromissos (a) com o apartidarismo e a justiça <sup>41</sup>, (b) com os padrões e a transparência das fontes <sup>42</sup>, (c) com a transparência do financiamento

---

<sup>38</sup> A respeito do tema conferir: NEISSER, F. G. “Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral”, *Revista Ballot*, vol. 1, nº 2, set./dez. 2015, p. 189.

<sup>39</sup> <https://www.poynter.org/ifcn/>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>40</sup> <https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/know-more/the-commitments-of-the-code-of-principles>, acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>41</sup> Devem ser empregados os mesmos padrões e o mesmo processo em cada checagem de fato realizada, deixando os fatos levarem à conclusão sobre a veracidade ou não do conteúdo, assim como não se há de escolher um só dos lados, abstendo-se os checadores, outrossim, de tomar posições políticas.

<sup>42</sup> Não de ser apresentadas fontes suficientes e detalhadas, sempre dando preferência às fontes primárias e justificando a adoção de secundárias, de tal modo que os leitores cheguem às suas próprias conclusões a partir da checagem de fato, sempre zelando pela segurança da fonte acaso sua identificação possa trazer riscos. Isto não obstante, devem ser trazidos elementos suficientemente detalhados e compatíveis com a preservação da segurança da fonte.



recebido e de sua organização <sup>43</sup>, (d) com os padrões e a transparência da metodologia aplicada <sup>44</sup> e (e) com uma política de correção aberta e honesta <sup>45</sup>.

Ainda que vistos de maneira bastante resumida, os princípios da IFCN bem evidenciam o objetivo da existência das agências de checagem, isto é, de buscar trazer a público da forma mais objetiva e transparente, com todos os rigores técnico-jornalísticos, a informação verdadeira e completa a respeito de assuntos que se vejam deliberada ou inadvertidamente distorcidos.

Não por acaso tal relevante papel é geralmente assumido e desempenhado por empresas jornalísticas dotadas de histórica atuação nos seus respectivos países. Dentre outras, no Brasil há a “Agência Lupa”, vinculada à Revista Piauí, a primeira a obter a certificação da IFCN, e a “Estadão Verifica”, do jornal “O Estado de S. Paulo”.

É o que sustenta Bruno Terra de Moraes, segundo quem “...o sistema de checagem de fatos no Brasil é muito ligado às mídias tradicionais e é concentrado.” <sup>46</sup>.

A atividade de *fact-checking* está, pois, umbilicalmente associada ao jornalismo profissional — sendo até mesmo enquadrado em um dos gêneros jornalísticos <sup>47</sup> —, já que muito se aproximam nos seus respectivos objetivos.

Como corolário lógico dessa situação, acaba por desfrutar das mesmas garantias constitucionais asseguradas aos veículos da Imprensa (CR, arts. 5º, incs. IV, IX e XIV, e 220), tema este que possui diretos reflexos no campo da responsabilidade civil, como adiante será melhor abordado o assunto.

### 3.3. Críticas às agências de checagem de fatos

Não obstante a nobreza do motivo que ensejou à criação de agências cheadoras de fatos, qual seja, expurgar as *Fake News* ou noticiário fraudulento dos meios de comunicação, notadamente das redes sociais, tais entidades estão longe de traduzir uma unanimidade e justamente por isso sofrem críticas à sua existência e ao papel por si desempenhado.

Bruno Terra de Moraes destaca, por um lado, que são bem-vindas as agências de checagem para reduzir o credo sobre o noticiário fraudulento em

---

<sup>43</sup> Se os checadores de fatos aceitam alguma fonte de recursos, devem ser transparentes quanto a isso e assegurar que esse aporte financeiro não comprometa sua isenção, tampouco influencie o seu julgamento e a sua apresentação dos fatos. Além disso, estão obrigados a mostrar de maneira clara a sua organização interna e os meios de serem contatados.

<sup>44</sup> Os critérios e a metodologia utilizados para a seleção, pesquisa, redação, publicação e eventual correção da checagem de fatos devem ser esclarecidos pela entidade cheadora, a qual há de incentivar os leitores a encaminhar-lhe reclamações quanto ao conteúdo veiculado, com o objetivo de aperfeiçoamento da sua atividade. Compete-lhes, outrossim, ser transparente quanto aos motivos e finalidades da checagem de fatos.

<sup>45</sup> Para lograr a certificação da IFCN, as entidades cheadoras comprometem-se também a manter uma política aberta e franca de correção, publicando-a, seguindo-a à risca e evidenciando da maneira mais transparente possível para os leitores a versão corrigida e como ela está compatível com a sobredita política.

<sup>46</sup> MORAES, B. T. “Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação”, in VV.AA *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*, coords. Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé, Indaiatuba, Editora Foco, 2020, p. 188.

<sup>47</sup> Edson Francisco Leite Junior pontua que a checagem de fatos corresponderia a um gênero interpretativo de jornalismo, que teria a “...intenção de esclarecer e desfazer enganos, dando a essas iniciativas de *fact-checking*, um papel educativo, na iniciativa de trazer ao leitor informações necessárias para decisões políticas e/ou cotidianas.” (LEITE JUNIOR, E. F. “O fact-checking à luz dos da teoria dos gêneros jornalísticos: o jornalismo interpretativo e seu potencial para educar para as mídias”, in VV.AA *Jornalismo, gêneros e formatos: estado da arte e diálogos contemporâneos*, orgs. Marli dos Santos et alii, Blumenau, Edifurb, 2021, p. 91).

circulação. Pondera, todavia, que "...concentrar tais espaços de checagem na grande mídia ou limitar tal checagem aos conteúdos on-line e/ou virais acarreta insuficiência no combate às notícias falsas.", arrematando que a própria grande mídia também seria responsável pela produção e disseminação de noticiário falso <sup>48</sup>.

Já Gustavo Ferraz Sales Carneiro entrevistou o problema das agências checadoras de fatos na diminuta transparência dos seus critérios na análise da falsidade ou veracidade do conteúdo checado, assim como indica a sua falta de legitimidade, "...uma vez que, apesar de serem certificadas por instituição, novamente não há transparência sobre qual o processo de certificação nem quanto aos potenciais conflitos de interesses envolvidos na checagem." <sup>49</sup>.

Em recente sentença proferida no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que decidido o litígio instalado entre a "Revista Oeste" e a agência "Aos Fatos" <sup>50</sup>, o magistrado sentenciante deu razão à revista-autora, que havia recebido da agência checadora o rótulo de falso para duas publicações feitas, uma a respeito do chamado "tratamento precoce" como forma de combate à Covid-19 e outra relativa às queimadas na Amazônia.

A agência de *fact-checking* "Aos Fatos" foi condenada a retirar qualquer menção à falsidade atribuída ao material veiculado pela "Revista Oeste", bem como a indenizar os danos materiais (a serem apurados em liquidação) e morais (R\$ 50.000,00) ocasionados em razão da checagem de fatos.

Nas palavras do magistrado sentenciante, a atividade a "Aos Fatos" "...opera com a indisfarçável intenção de censurar as demais fornecedoras de conteúdo...", no caso apontando tratar-se de concorrentes no mercado de comunicação social. E ponderou Sua Excelência que "Aspirações de proteger a sociedade, não só contra notícias falsas, mas contra qualquer potencial ameaça, desde um ponto de vista supostamente isento e superior, flertam perigosamente com o totalitarismo.", razão por que, sob a óptica da Constituição da República de 1988, entendeu que a categorização de "...outras empresas jornalísticas como propagadoras de 'fake news' é materialmente inconstitucional."

Portanto, é fácil notar que a atividade de *fact-checking* enfrenta resistências na sua inserção social, uma vez que pode ser vista como uma forma de censura da liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa, bem como é por vezes entendida como forma de concorrência desleal no campo das empresas de comunicação social, ao revés de constituir uma ferramenta útil para expurgar desinformações em circulação.

### **3.4. A responsabilização civil das agências checadoras de fatos**

Linhas acima observou-se que as agências checadoras de fatos exercem uma atividade que, na essência, hoje é desempenhada por veículos de comunicação social do chamado jornalismo profissional.

Salientou-se, outrossim, que o *fact-checking* estaria inserido no gênero do jornalismo interpretativo, que tem o intuito pedagógico de elucidar conteúdos

---

<sup>48</sup> MORAES, B. T. "Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação", in VV.AA *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*, coords. Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé, Indaiatuba, Editora Foco, 2020, p. 190.

<sup>49</sup> CARNEIRO, G. F. S. "Autorregulação de Fake News no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 3, abr./jun. 2019. Ainda no tema da falta de transparência, o mesmo autor avalia não existir "...possibilidade de auditoria da arquitetura de algoritmos do Facebook que construiu o ambiente propício à proliferação das desinformações. O que é possível perceber é que a iniciativa da empresa busca dar uma resposta ao problema que passe ao largo da construção que tem sido feita cuidadosamente desde sua fundação, que busca o condicionamento de seus usuários a interações infundáveis em seu 'território virtual'."

<sup>50</sup> TJSP, Processo nº 1039788-63.2021.8.26.0100, Quadragésima Primeira Vara Cível do Foro Central da Capital do Estado de São Paulo, sentença proferida em 30/03/2022.

potencialmente desinformativos a fim de que os seus destinatários tenham elementos suficientes para formar um juízo crítico a respeito das informações que lhes chegam e, ademais, expressar o seu pensamento livre de quaisquer influências negativas do noticiário fraudulento em circulação.

A conclusão que daí se extrai é a natural aproximação do regime jurídico da responsabilização civil que se atribui à Imprensa, vale dizer, as agências checadoras estariam submetidas às mesmas disciplinas constitucional e legal inerentes às liberdades comunicacionais, como a ponderação dos interesses constitucionalmente tutelados, a vedação à censura e a intervenção mínima do Estado.

A atividade em si, de checar a veracidade de conteúdos, sob uma óptica abstrata, não se reveste de ilicitude que comprometa a sua própria existência.

Muito pelo contrário, atende ao interesse público ao buscar um equilíbrio no campo do debate político, ao desmistificar conjecturas lesivas à saúde pública e, no geral, ao aspirar a entrega à população de informações fidedignas, porque verificadas segundo os parâmetros exigidos no jornalismo executado profissionalmente, de modo a conferir a todos os subsídios necessários à manifestação autêntica e esclarecida do pensamento.

Aqui reside a importância da principiologia estabelecida pela *International Fact-Checking Network* (IFCN), a ser observada pelos checadores de fatos que lhe são vinculados e até mesmo servir de inspiração para aqueles que com tal instituição não possuam qualquer vínculo. Constituem princípios que propõem a retirada da subjetividade na análise do conteúdo checado, ao mesmo tempo em que exortam a transparência quanto a fontes, a financiamento e a metodologias empregadas na realização desse mister jornalístico.

Por sua vez, não parece viável cogitar de alguma inconstitucionalidade na atividade de checagem de fatos <sup>51</sup>, sob o pretexto de que traduziria uma espécie de censura, vedada pela Carta Magna.

O simples fato de um checador indicar que determinado conteúdo é falso, enganoso ou outra espécie de rótulo por si só não importa censurá-lo, em especial se inexistentes restrições à sua exposição e circulação.

Todo conteúdo inserido na rede mundial de computadores está sujeito a opiniões convergentes ou divergentes, inclusive críticas mais contundentes sobre as premissas adotadas, as conclusões tiradas de determinada situação ou mesmo se a informação compartilhada espelha a realidade. Nem por isso tal conduta é reputada ilícita.

Não é diferente o trabalho eminentemente jornalístico de desmentir boatos e corrigir informações inverídicas, enganosas ou descontextualizadas, em especial se desse conteúdo o seu responsável obtém algum retorno financeiro.

Em verdade, se alguma informação sujeita à verificação das agências checadoras se mostra de fato inverídica ou, utilizando-se de acontecimentos reais, promove desinformação com distorções da realidade fica caracterizado o abuso do direito (artigos 187 e 927 do Código Civil), seja no exercício da liberdade de expressão do pensamento, seja ainda nas liberdades de comunicação social, que não se mostram absolutas, motivo por que são passíveis de ensejar a responsabilidade pelos danos causados e até mesmo a sua remoção se estiverem acessíveis na Internet.

Esta a razão pela qual o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) estabelece como princípios orientadores do uso da rede mundial de computadores,

---

<sup>51</sup> Ao abordar o tema da censura e as *Fake News*, Paulo Brasil Menezes pondera que “....as notícias contrárias às verdades, sim, merecem extirpação do cenário democrático. Assim, as *fake news* podem sofrer restrições constitucionais. O controle com critérios amplamente discutidos pelos atores que compõem o quadro social não pode ser entendido como censura, e sim como regulação.” (MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed., São Paulo, Editora Jus Podivm, 2021, p. 263).

dentre outros, a "...responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;" (artigo 3º, inciso VI) e prega se respeitem "...os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;" (artigo 2º, inciso II).

Além disso, em seu conhecido artigo 19, prevê ser viável tornar indisponível o conteúdo infringente que seja encontrado no âmbito de atuação do provedor de aplicações da Internet, o qual poderá ser responsabilizado civilmente pelos prejuízos da sua inação frente a ordem judicial específica que lhe seja dirigida.

Portanto, se o material checado está sujeito ao mais, isto é, à responsabilização na forma de indenização e até mesmo de remoção do conteúdo abusivo da Internet, certamente se mostra passível do menos, que neste caso corresponde à checagem de fato para apurar se contém ou não uma desinformação.

Da mesma forma, acaso se constate, na análise do caso concreto, alguma espécie de abuso de direito no desempenho do mister de checagem de fatos, por exemplo o equívoco grave e inescusável na apuração dos acontecimentos analisados, a utilização de fontes inidôneas de informação para contrapor a suposta desinformação ou a dolosa imputação a determinado veículo ou pessoa de espalhar conteúdo falso ou enganoso que se sabia traduzir regular expressão do pensamento, o chegador estará igualmente sujeito a responder pelo seu excesso (artigos 187 e 927 do Código Civil), indenizando os prejuízos e eventualmente tendo a sua checagem excluída da Internet se lá se viu publicada.

Convém registrar que existe a possibilidade de a agência checadora ter alguma relação estabelecida com mídias sociais, de tal forma que o exame factual de determinado conteúdo existente na plataforma da rede social leve à adoção de providências como a vinculação da checagem de fatos à informação tida por fraudulenta ou enganosa, a redução de sua visibilidade e impulsionamento nos resultados de busca, a sua indisponibilidade e até mesmo a advertência ao usuário e a suspensão da sua conta, tudo de acordo com a previsão contida nos termos e condições gerais da rede social.

Há uma ação em curso no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em que se discute exatamente a questão tocante ao chamado *shadowban*, uma espécie de restrição de visibilidade aplicada de modo temporário pela plataforma da mídia social ao conteúdo ou à conta do usuário que viola algum dos termos e condições gerais e, assim, não é entregue aos demais usuários com a frequência ou grau de exposição anteriormente observado.

No citado litígio <sup>52</sup>, o ex-Secretário Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura e Capitão da Polícia Militar da Bahia, André Porciuncula Alay Esteves, acionou judicialmente o Facebook, a Agence France Presse e o jornal on-line português O Observador, porque na sua conta mantida na mencionada rede social havia publicado uma suposta capa da revista norte-americana Time contendo o Presidente da República do Brasil como personalidade do ano <sup>53</sup>, que foi alvo de checagem de fatos e considerada uma informação falsa, exatamente em virtude de tratar-se de uma montagem, como reflexo disso sofrendo restrições de exposição na rede social e a tarja de falsidade da informação.

Segundo o autor da ação, seria uma publicação revestida de tom humorístico, uma brincadeira, e que, por isso, não traduziria informação falsa passível de limitações impostas ao seu livre exercício do direito de manifestação do pensamento, justificativa encampada pelo juiz ao antecipar a tutela pretendida pelo autor <sup>54</sup>.

<sup>52</sup> TJDF, Processo nº 0702108-78.2022.8.07.0014, Vara da Circunscrição Judiciária do Guará, Distrito Federal.

<sup>53</sup> [https://www.instagram.com/p/CXMv\\_7zot38/?utm\\_medium=copy\\_link](https://www.instagram.com/p/CXMv_7zot38/?utm_medium=copy_link), acessado em 31 de agosto de 2022.

<sup>54</sup> "Não se pode olvidar, jamais, do combate às *fake news* realizado pelas redes sociais conjuntamente às empresas terceirizadas, prática em voga dada a disseminação de informações falsas sobre os mais variados assuntos (política, ciência, cultura, etc.). Entretanto, o controle de postagens online deve obediência ao regramento vigente, sendo vedada a prática

O caso é emblemático e bem evidencia as dificuldades inerentes ao tema das *Fake News*, pois não há controvérsia sobre a falsidade do conteúdo veiculado pelo autor da ação e checado pela agência de *fact-checking*. Afinal, cuida-se de uma montagem, como confessado desde a petição inicial.

O debate havido entre as partes limita-se a determinar a finalidade perseguida pelo ex-Secretário Nacional de Cultura ao veicular em sua conta na rede social esse “meme de internet”, como referido pelo juiz de direito oficiante.

Na época em que essa postagem foi realizada (07 de dezembro de 2021), houve muita controvérsia acerca do tema, pois a referida imagem circulou quer para exaltar o chefe do Executivo Federal por sua vitória na enquete popular do site da revista norte-americana, quer para descredibilizar as informações trazidas pelos institutos de pesquisa quanto à popularidade do referido mandatário.

Exatamente por essa grande repercussão é que houve a checagem de fatos realizada pela Agence France Presse <sup>55</sup>, para refutar os boatos de que o Presidente da República do Brasil figurara na tradicional capa da Revista Time, desfazendo a confusão que então se instalara nas redes sociais entre uma eleição internautica aberta ao público e a escolha dos editores da revista, esta, sim, a única a sempre influenciar quem estampa a capa do indigitado semanário.

Por fim, outra questão tormentosa é a verificação de fatos que recaia sobre conteúdos de pessoas ou veículos que, sob as vestes de órgão de comunicação social exercente do chamado jornalismo profissional, disseminam *Fake News* a pretexto de trazerem a público informações socialmente relevantes e, com isso, obtêm retornos financeiros vinculados à quantidade de acessos e à maior exposição nas mídias sociais, ou então logram para si ou para terceiros benefícios de ordem não-pecuniária.

É bem verdade que, nos tempos atuais, o jornalismo deixou de ser exclusividade de alguns poucos e bem definidos veículos de comunicação social.

O maior tempo dedicado às mídias sociais fez com que a população passasse a delas obter as informações do seu interesse, ambiente no qual não se exigem os mesmos requisitos a serem observados para que tal atividade se estabeleça e desenvolva-se.

Logo, é natural o surgimento de pessoas ou grupos que se dediquem à prática jornalística — ainda que de maneira puramente informal, como de ordinário ocorre nas mídias sociais —, com a finalidade de propagar acontecimentos dotados de interesse público e suas opiniões a respeito.

Entretanto, tais situações não podem escudar jornalistas de formação ou aqueles que lhes fazem as vezes ou mesmo proprietários de um veículo de comunicação social internautico, que se valem reiteradamente de desinformações para satisfazer interesses próprios e/ou de terceiros, assim logrando vantagens econômicas dessa atividade, com anúncios e a chamada monetização de conteúdos nas redes sociais.

Como já observado, uma das características primordiais das *Fake News* é assemelhar-se a um conteúdo fidedigno, em virtude disso levando o seu destinatário a incidir em erro sobre a realidade. Da mesma forma representa um de seus propósitos desacreditar a imprensa tradicional para atender aos desalumiados interesses de quem as fabricou e pôs em circulação.

---

de limitação de conteúdo/acesso por ação direta — ofuscamento, retirada, sinalização — e indireta — bloqueio de visualizações, alcance de usuários, *shadowbanning* — sem o devido respaldo legal e contratual, sobretudo diante da ausência de legislação tendo por objeto a regulamentação sobre o tema (*fake news*).” (decisão proferida aos 28 de março de 2022 pelo juiz de direito Paulo Cerqueira Campos).

<sup>55</sup> <https://checamos.afp.com/http%253A%252F%252Fdoc.afp.com%252F9UC9L9-1>, acessado em 31 de agosto de 2022.

Esse cenário brevemente delineado evidencia a complexa problemática que o tema suscita, pois, sob todas as perspectivas há riscos consideráveis a serem levados em conta e mitigados.

Por um lado, as liberdades de expressão do pensamento e de comunicação, valores dos mais caros na sociedade democrática; do outro, além desses mesmos direitos inerentes às liberdades comunicacionais, existem bens jurídicos que igualmente demandam tutela, como a própria democracia sob o aspecto da higidez das eleições e do respeito à autoridade de suas instituições, o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Via de efeito, para fins de responsabilização civil e a tutela dos interesses controvertidos, o exame sobre eventuais abusos de um lado ou de outro revela-se puramente casuístico, o que indica as enormes dificuldades remediar o assunto de maneira abstrata, com a edição de lei visando ao enfrentamento das desinformações, ao mesmo tempo em que torna evidente a importância do trabalho desenvolvido pelas agências de checagem de fatos de tentar contrapor às *Fake News* informações verificadas em fontes confiáveis e segundo os parâmetros impostos ao jornalismo profissional.

Em suma, à vista da origem e dos aspectos que formam a essência das agências de checagem como gênero jornalístico, a sua responsabilização civil parece indissociável daquela aplicável aos órgãos da imprensa no geral, baseada na ponderação dos direitos fundamentais em aparente conflito e na análise do abuso de direito porventura ocorrido, tudo à luz dos elementos que particularizam cada caso concreto.

#### **4. Conclusão**

Se há algo que se depreende com facilidade deste breve estudo é que tanto o fenômeno do noticiário fraudulento quanto a atuação das agências de checagem de fatos constituem temas cercados de controvérsias e incertezas.

Embora ainda não se tenha um método abstrato e indene de falhas que evidencie que conteúdo há de ser reputado falso ou enganoso, a ponto de ser adotado como regra, inclusive positivada, sabe-se muito bem que as *Fake News* representam um mal cada vez maior da sociedade de hoje e que, por isso, devem ser combatidas para que as instituições democráticas, a saúde pública e outros bens jurídicos igualmente relevantes não se sejam vilipendiados ou apequenados por iniciativas desinformativas que os têm por alvo.

Certo e louvável é que há inúmeros estudiosos debruçados sobre o assunto, argumentando a melhor abordagem para repelir os nefastos efeitos do noticiário fraudulento, quer aquela advinda do Poder Público, por intermédio de leis e decisões judiciais, quer a chamada autorregulamentação, da qual fazem parte as agências de checagem de fatos.

Tais entidades são relativamente novas, ao menos no cenário pátrio, mas a cada dia que passa crescem em número e importância na investida contra a desinformação, o que significou que entre elas e os disseminadores de *Fake News* aumentaram as desinteligências, já que o *fact-checking* realizado no mais das vezes pode resultar em limitações de visibilidade de conteúdos publicados, diminuição de receitas e até mesmo a possibilidade de restrições mais severas, como a perda de uma conta em rede social.

Em virtude disso, o tema da responsabilização civil das agências de checagem de fatos tem ganhado espaço no já consagrado campo do embate das liberdades de manifestação do pensamento e comunicação.

A partir do exame, ainda que não-exaustivo, dos assuntos que pareceram oportunos ao entendimento da controvérsia, conclui-se que a atividade checagem de fatos tem natureza jornalística, constituindo um dos seus gêneros (interpretativo) e, na essência, é realizado por empresas dedicadas ao exercício do jornalismo profissional.

Por conseguinte, as hipóteses de responsabilização civil dos checadores de fatos estão intrinsecamente vinculadas àquelas aplicáveis aos veículos de comunicação social no geral, como por exemplo a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, a análise do interesse público em discussão e, em especial, a veracidade das informações trazidas na verificação fática, elementos estes que reforçam a natureza casuística da análise a ser executada.

Viável cogitar, por fim, que o intérprete tenha como parâmetro para determinar a ocorrência de eventual abuso de direito a maior ou menor proximidade da conduta do checador de fatos com os princípios estabelecidos pela *International Fact-Checking Network* (IFCN).

## 5. Referências

- AMAZEEN, M. A. "Revisiting the epistemology of fact-checking", *Critical Review*, 27:1, 1-22, DOI: 10.1080/08913811.2014.993890.
- BRANCO, S. "Fake News e os caminhos para fora da bolha", *Interesse Nacional*, São Paulo, ano 10, n. 38, ago./out. 2017.
- CAMBI, E.; SCHMITZ, N. N. "Pós-verdade, pós-democracia e processo", *Revista de Processo*, vol. 301, mar/2020.
- CARNEIRO, G. F. S. "Autorregulação de Fake News no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 3, abr./jun. 2019.
- CARVALHO, E. "O processo de circulação de fake news", in VV.AA *Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- CRUVINEL, D. M. "Fake News e o custo da informação", in VV.AA *Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- CUEVA, R. V. B. "Alternativas para a remoção de Fake News das redes sociais", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 1, out./dez. 2018.
- DIAS TOFFOLI, J. A. "Fake News, desinformação e Liberdade de expressão", in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- EIGERT, M. "A lei alemã para a melhoria da aplicação da lei nas redes sociais (NetzDG) e a regulação da plataforma", in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FORTES, V. B.; BALDISSERA, W. A. "Regulação das fake news e liberdade de expressão: uma análise a partir da reclamação 22.328 do Supremo Tribunal Federal", *Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas*, vol. 7, nº 3, 2019.
- LEITE JUNIOR, E. F. "O fact-checking à luz dos da teoria dos gêneros jornalísticos: o jornalismo interpretativo e seu potencial para educar para as mídias", in VV.AA *Jornalismo, gêneros e formatos: estado da arte e diálogos contemporâneos*, orgs. Marli dos Santos et alii. Blumenau: Edifurb, 2021.
- MENEZES, P. B. *Fakes news: modernidade, metodologia e regulação*, 2ª ed.. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2021.
- MORAES, B. T. "Mídia democrática: controle de qualidade da notícia a serviço da plenitude do direito à informação", in VV.AA *Direito e mídia: tecnologia e liberdade de expressão*, coords. Anderson Schreiber, Bruno Terra de Moraes, Chiara Spadaccini de Teffé. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- NEISSER, F. G. "Fact-checking e o controle da propaganda eleitoral", *Revista Ballot*, vol. 1, nº 2, set./dez. 2015.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. "Confiança na mídia: responsabilidade civil por danos causados por Fake News", in VV.AA *Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

- NOHARA, I. P. "Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das Fake News: regulação estatal em face dos perigos da desinformação", in *VV.AA Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- PAIERO, D. C.; SANTORO, A. C. T.; SANTOS, R. F. "As Fake News e os paradigmas do relato jornalístico", in *VV.AA Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- PESSOA, A. C. S. "Uma abordagem analítica acerca das Fake News, suas consequências e responsabilização à luz da necessidade de um controle judicial efetivo", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019.
- RAIS, D. "O que é 'Fake News'", disponível em: <https://www.mackenzie.br/fakenews/noticias/arquivo/n/a/i/o-que-e-fake-news/>.
- RAIS, D. "Desinformação no contexto democrático", in *VV.AA Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- RAIS, D.; SALES, S. R. "Fake News, deepfakes e eleições", in *VV.AA Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito*, coord. Diogo Rais, 2ª ed.. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.
- SANTANA, I. P. L.; SILVA, M. J. S. "Responsabilidade civil das redes sociais na disseminação de fake news", *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, vol. 4, jul./set. 2019.
- SOUZA, C. A.; TEFFÉ, C. S. "Fake News e eleições: identificando e combatendo a desordem informacional", in *VV.AA Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.: São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- WAACK, W. "Fake News: uma visão político-jornalística", in *VV.AA Fake News e regulação*, orgs. Georges Abboud, Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos, 2ª ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&qid=1525280608825&from=EN>

[https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/rybena\\_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/at\\_download/file](https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/rybena_pdf?file=https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/planejamento-estrategico-do-tse-desinformacao-2022-em-22-02-2022/at_download/file)

<https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2022/03/4994563-alexandre-de-moraes-suspende-decisao-que-barrava-telegram.html>

<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/noticia/2022/04/05/camara-tse-combate-fake-news.ghtml>

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>

<https://doi.org/10.1080/08913811.2014.993890>

<https://projetoaprova.com.br>

<https://www.poynter.org/ifcn/>

<https://ifcncodeofprinciples.poynter.org/know-more/the-commitments-of-the-code-of-principles>

[https://www.instagram.com/p/CXMv\\_7zot38/?utm\\_medium=copy\\_link](https://www.instagram.com/p/CXMv_7zot38/?utm_medium=copy_link)

<https://checamos.afp.com/http%253A%252F%252Fdoc.afp.com%252F9UC9L9-1>



## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

**LÓPEZ JIMÉNEZ, JOSÉ MARÍA, *Banca digital y fintech. aspectos prácticos de protección de los derechos de los usuarios*, Aferre, Barcelona, 2020 (118 pp). ISBN. 9788412125603**

**David López Jiménez<sup>1</sup>**  
*EAE Business School*

La innovación digital resulta un fenómeno transformador del mundo político, social y económico que ha prevalecido en las últimas décadas. La práctica pone de manifiesto como los servicios financieros -tradicionalmente ofrecidos por entidades de crédito- están prestándose, de manera exitosa, por las denominadas Fintech. Estas últimas son entidades de carácter tecnológico que conviven con las tradicionales cuyos esfuerzos por adaptarse al público destinatario es notable. El marco regulatorio aplicable a las mismas todavía no se ha definido, por lo que se plantean riesgos y oportunidades para los proveedores de tal servicio, pero también para sus potenciales usuarios.

Respecto a la sistemática de la obra, el autor en la introducción se refiere a los efectos de las nuevas tecnologías en el ámbito bancario. El primer capítulo versa sobre los millenials. Por su parte, el segundo capítulo alude a las Fintech y Bigtech, dando una definición sobre las mismas y sus caracteres. En el tercero y último se tratan los principales efectos de la transformación digital en el mundo de las finanzas, con especial consideración de los usuarios de este tipo de servicios. En el apéndice de la obra se incluye una selección de doctrina jurisprudencial vinculada con la prestación de servicios online y criterios y consideraciones de la Memoria de Reclamaciones del Banco de España.

La realidad revela que la evolución de las finanzas no es sólo una revolución de índole tecnológica. En este sentido, puede advertirse que tanto los consumidores medios como aquellos que tienen carácter profesional no han visto satisfecho el asesoramiento recibido en las oficinas de la banca tradicional. El sistema, además, en cierta medida, se vicia cuando se anteponen los intereses de determinados agentes -lo que incluye a los accionistas- por delante del cliente.

Como pone de manifiesto el autor de la obra, el desarrollo de la banca electrónica en España ha sido en línea con el de las nuevas tecnologías con carácter general. Esta última ofrece ciertas ventajas a sus potenciales destinatarios como es el caso de efectuar múltiples operaciones financieras sin necesidad de desplazarse a la oficina física. Ahora bien, a pesar de la tendencia creciente que los consumidores tienen respecto a la banca digital, impera un sector de la población reticente a su uso. Pero no sólo se ve beneficiado el destinatario, dado que la entidad de crédito notará una cierta descongestión de las entidades físicas.

Los millenials definen el nuevo perfil de consumidor con ciertas particularidades en la prestación de servicios financieros. Dicho colectivo suele ser el mercado objetivo de las empresas emergentes del sector Fintech. Debe repararse en el hecho de que el colectivo al que nos referimos es aquel que nació en la década de los 80 del siglo pasado. Aunque los servicios tecnológicos se encuentran abiertos a toda la población, lo cierto es que este grupo reúne determinadas características que le permite aprovechar, en toda su potencialidad, las nuevas oportunidades y

---

<sup>1</sup> Doctor (con mención europea) por la Universidad de Sevilla y Doctor por la Universidad Rey Juan Carlos. Acreditado al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad (ANECA). Correo electrónico: [dlopez@eae.es](mailto:dlopez@eae.es).

prestaciones. Los vínculos que imperan entre los millenials, la innovación tecnológica, las Fintech, las finanzas sostenibles y el cambio climático están establecidos en una relación que se perfilará en el futuro.

Las empresas Fintech que pueden ser tanto recientes *start-ups* como gigantes de la Economía (casos como Google, Amazon, Facebook o Apple, conocidas como Bigtech), desde hace algunos años, han puesto sus ojos en la prestación de los servicios tradicionalmente ofrecidos por las entidades financieras. Disponer de un sistema financiero sólido es positivo para la economía, ya que facilita la eficiente asignación de recursos y la concesión de crédito a las empresas y familias. El sistema financiero no es un fin en si mismo, sino un instrumento al servicio de la ciudadanía. La explosión de la crisis financiera, durante los primeros años del presente siglo, puso de relieve el hecho de que las entidades financieras deben tener muy en consideración a sus clientes. La época de transición en la que nos encontramos sirve para que se produzca una selección natural de las entidades más aptas, en términos de capitalización, gobierno corporativo e interno, identificación y control del riesgo, gestión y capacidad de adaptación al cambio tecnológico y a los intereses de la clientela.

También debe repararse en el nuevo marco regulatorio que determinará la actuación de las entidades financieras, así como el salto de un tipo de banca que ha existido durante mucho tiempo, con escasas variaciones, a otro modelo muy distinto que se apoya, en gran parte, en la tecnología. Como el autor determina se pueden identificar dos tendencias en este sentido. La primera que los tradicionales oferentes de servicios financieros se adaptarán para atender una nueva tipología de cliente. Y, en segundo término, que las empresas Fintech tratarán de sacar partido de los nuevos hábitos de tales usuarios. La cuestión más compleja podría residir en saber cuál será el papel de las grandes empresas tecnológicas de alcance mundial: las Bigtech.

Las manifestaciones de la transformación digital en la oferta de servicios financieros y su impacto en los usuarios se vinculan con ciertos ámbitos de actualidad. Un registro distribuido o DLT -*Distributed Ledger Technology*- es una base de datos de la que existen múltiples copias idénticas distribuidas entre varios participantes que se actualizan, de manera sincronizada, por consenso. El ejemplo más popular de aplicación de los registros distribuidos es el de las criptomonedas. En el origen de esta tecnología y su aplicación práctica se aprecia un elemento ideológico, ya que, en el fondo, lo que la descentralización implica es la supresión de la autoridad central por la que pasan todas las transacciones del sistema en función de la aplicación de que se trate. Normalmente los registros distribuidos se implementan mediante la cadena de bloques que es un tipo de base de datos en las que las transacciones individuales se procesan y almacenan en grupos o bloques conectados unos a otros en orden cronológico para crear una cadena. Los analistas y expertos consideran que esta tecnología es susceptible de tener un fuerte impacto en diversas áreas del sector financiero.

Si en la tecnología de registros distribuidos y en la cadena de bloques podemos vislumbrar un caso de éxito es el de las monedas virtuales y en concreto el de Bitcoin. Esta última criptomoneda puede recordar a la revolución que supuso la invención de la letra de cambio en la Baja Edad Media. Las criptomonedas se insertan, como determina el autor, en la economía colaborativa por un principio de descentralización opuesto al de la emisión por los bancos centrales estatales vigente durante siglos.

También se presta atención al análisis de datos a gran escala, conocido como Big Data. Estamos ante un fenómeno que no se fundamenta en una sola tecnología, sino que es el resultado de una gran cantidad de innovaciones en múltiples áreas. Todas estas creaciones tienen en común el hecho de que emplean el volumen, la variedad y la velocidad de los datos para obtener un beneficio económico de las mismas.

Una de las aplicaciones que se observan como más prometedoras respecto con la cadena de bloques son los contratos inteligentes. Estos últimos se apoyan en un código o protocolo informático que facilita la verificación y la ejecución del acuerdo subyacente de manera automatizada, sin que sean necesarios intermediarios.

En definitiva, la obra que ha sido objeto de reseña va más allá del examen de las Fintech y Bigtech -entidades tecnológicas que se dedican a la prestación de servicios financieros-, dado que, con buen criterio, la misma también se refiere a otros temas de actualidad relacionados no menos significativos. En este sentido, presta atención a los millenials, la cadena de bloques, las criptomonedas, el análisis de datos a gran escala, los Smart contracts o el asesoramiento financiero automatizado.

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

**DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, JAIME, *La contratación pública electrónica. Efectos derivados de su especialidad normativa*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022 (592 pp). ISBN. 9788470529023.**

**Patricia Vargas Portillo<sup>1</sup>**

*Esic University; Esic Business & Marketing School*

A fecha de hoy, es innegable la relevancia creciente que está protagonizando la contratación pública con carácter general. Asimismo, se avanza, de manera decidida, hacia un modelo marcadamente digital. En este sentido, aunando ambos conceptos, puede afirmarse que la contratación pública debe ser de carácter electrónico por diversas razones. Entre otros argumentos podrían citarse, sin ánimo agotador, los siguientes: simplificación de la gestión contractual; reducción de los costes administrativos; mejora de la eficiencia; e impulso del principio de transparencia. Con la contratación pública electrónica nos dirigimos a una manera de operar actual dejando atrás una Administración decimonónica basada en el papel. Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación -TIC- permiten que se empleen los medios electrónicos combinando su carácter de herramienta de apoyo -sobre todo respecto a las comunicaciones- como a la posibilidad de convertirlas en mecanismos independientes para la toma de decisiones. Como es sabido, la contratación pública constituye una materia especializada que precisa de una regulación precisa. Asimismo, se erige en un procedimiento de concurrencia competitiva que probablemente es el más significativo y relevante.

En los últimos años, debido a la crisis sanitaria derivada de la pandemia del covid-19, la importancia de la contratación pública, que representa entre un 15% y un 20% del PIB de España y es el principal instrumento de gasto para las pequeñas y medianas entidades públicas, se ha incrementado debido a dos necesidades. Por un lado, agilizar las compras durante la pandemia y, por otro, aprovechar los fondos europeos. Es esa concepción (la compra pública como gasto) la que ha actuado como obstáculo para aprovechar el potencial de más de 200 mil millones de euros anuales para producir cambios reales y que la Administración Pública llegue a ser una locomotora.

Relacionado con lo anterior, desde principios del siglo XXI, toma cada vez más fuerza el concepto de compra pública sostenible. Podemos encontrarnos con la compra pública social, que está relacionado con la inclusión de criterios que favorezcan unas condiciones salariales dignas a los trabajadores que ejecutan los contratos como un impacto en la comunidad, la compra pública verde, que aborda los aspectos ambientales, y con la compra pública sostenible.

La presente obra, como Gimeno Feliu -catedrático de la Universidad de Zaragoza- sostiene en el prólogo, obedece a una labor de investigación y práctica

---

<sup>1</sup> Doctora por la Universidad de Huelva. Acreditación a Profesor Contratado Doctor (ANECA). Académica de Esic University; Esic Business & Marketing School.

serena, que gira en torno a la excelencia y que pone de manifiesto una clara madurez intelectual. No existen divagaciones descontextualizadas ni opiniones o planteamientos meramente enunciativos. Antes de entrar en materia propiamente dicha, cabe destacar su contenido y sistemática, su escritura sencilla y, a su vez, rigurosa. En efecto, la monografía que se comenta incluye numerosas reflexiones de interés fruto de un juicio crítico impecable.

El autor de la obra es Jaime Dominguez-Macaya Larnaga. Respecto a su formación académica, cabe señalar que es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Deusto; y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia -UNED-. También es Doctor en Derecho por la Universidad de Burgos. En cuanto a su trayectoria profesional, procede destacar que ha ostentado distintos cargos de responsabilidad en la Administración del País Vasco. En este sentido, ha sido director de Patrimonio y contratación; presidente de la Junta asesora de contratación administrativa; director de Informática y Telecomunicaciones. En la actualidad ocupa el puesto de consejero del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas. Desde hace más de dos décadas desarrolla una intensa actividad en materia de contratación pública electrónica. Ha colaborado en 15 monografías, publicado más de 20 artículos, e impartido más de 200 conferencias. Asimismo, ha creado el modelo vasco de contratación pública electrónica que opera desde 2002, habiendo sido merecedor de distintos reconocimientos.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público -LCSP- señala "la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario". Ahora bien, en la práctica, el desarrollo de la contratación pública electrónica en España está padeciendo ciertos problemas. Es posible que esto acontezca por la ausencia de una verdadera política de transición hacia este escenario, así como por la falta de un diseño para la puesta en funcionamiento de un sistema de colaboración público-privada. En este orden de cuestiones, cabe poner de relieve que el art. 347 LCSP obliga a publicar toda licitación en la Plataforma de Contratos del sector Público (PCSP). De este último artículo se deduce que dicha plataforma estatal (y sus equivalentes autonómicos) debe servir para la publicidad y rendición de cuentas, pero no tienen la prerrogativa exclusiva de la contratación electrónica. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la plataforma pública opera con sus propios estándares, no posibilitando otros adicionales (interoperabilidad) lo que restringe, de forma indebida, la competencia de otras empresas (plataformas) en el sector, vulnerando, a este respecto, la política europea.

La PCSP es un instrumento esencial de publicidad de la actividad contractual del conjunto del sector público. En efecto, su obligatoriedad representa una prescripción legal, y se asocian consecuencias por su incumplimiento que garantizarán dicha publicidad. Así, el artículo 39.2 c) LCSP señala que es causa de nulidad de pleno derecho, a la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante que está en la PCSP o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el Diario Oficial de la Unión Europea o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de acuerdo con el artículo 135 de la mencionada Ley.

La ordenación de la contratación pública electrónica en la normativa actualmente vigente pone de manifiesto la pugna que, tanto a nivel doctrinal como

legislativamente, acontece entre la especialización de la normativa contractual y la regulación administrativa general. En la presente obra el autor analiza la contratación pública electrónica tomando como hilo conductor la Administración electrónica. El desarrollo de la obra que se analiza va de lo general a lo particular, es decir, de la Administración electrónica a la contratación pública electrónica. Sigue un esquema secuencial similar al de un expediente, que, en el caso que se aborda, es de contratación. Se empieza por sus fases iniciales hasta llegar a la factura electrónica. La implantación de la contratación pública electrónica nos debe llevar a lo que el propio autor denomina iecontratación. Esta última es la contratación pública integral que es el verdadero objetivo de la modernización de la contratación pública. En virtud de ello, la licitación electrónica será un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación al pago final y cierre del contrato.

El autor entiende que la normativa general de la administración pública - normativa general- únicamente se puede aplicar, de manera supletoria, a lo señalado para los mismos supuestos en la normativa propia de contratación pública electrónica -normativa propia-. De tal postulado, pueden deducirse ciertas cuestiones: la normativa propia de la contratación pública disciplina, de forma preferente, la contratación pública electrónica; la normativa propia se puede apartar de lo que señala la normativa general; si la normativa propia no disciplina una determinada cuestión deberá aplicarse la de carácter general; pueden plantearse riesgos de que una normativa propia de menor jerarquía entre en contradicción con la normativa general de más jerarquía. Aunque, con carácter general, no se generan colisiones entre los tipos de normas enunciadas, lo cierto es que, cuando están se han producido, han sido muy perjudiciales para la contratación pública electrónica.

En cuanto a la preferencia de la normativa propia respecto a la general podemos hacer dos apreciaciones. La primera es que en la normativa propia existen permanentes referencias y remisiones a otra modalidad de normativas extrañas a la contratación pública -como leyes administrativas generales-. En el caso de la contratación pública electrónica la remisión a la normativa general administrativa -la administración electrónica- es casi inexistente. La segunda es que el nivel de desarrollo reglamentario de la normativa de contratación pública electrónica es muy limitado.

Como acertadamente considera el autor, la regulación de la contratación pública electrónica prevalece sobre la administración electrónica. Asimismo, podría darse la posibilidad de que la contratación electrónica se regulase de manera contraria a la regulación de la administración electrónica. De hecho, tal contradicción se ha suscitado ya a nivel práctico.

La contratación pública electrónica constituye una materia que se ha regulado de forma confusa y deficiente. Cuando se ha aplicado de forma diversa a la señalada para la administración general ha implicado más perjuicios que beneficios. Por ello, como considera el autor, es necesario un cambio normativo dirigido a una armonización de dichas normas a través del alineamiento de la contratación pública electrónica con las normas generales de la administración electrónica manteniendo las singularidades que sean convenientes.

La monografía que se reseña explica a los lectores cómo se deben aplicar las normas en la contratación pública electrónica. Igualmente, busca persuadir de la necesidad de una armonización que posibilite el alineamiento de la contratación pública electrónica con las normas generales de la Administración digital manteniendo las particularidades que, en su caso, sean oportunas. Asimismo, debe advertirse que la contratación pública electrónica en España debe fundamentarse

sobre un modelo de colaboración público-privada, que impulse la calidad del servicio, su adaptabilidad y flexibilidad entre otros aspectos.

## **A Tributação da aquisição de partes sociais no ordenamento jurídico português**

*The taxation of the acquisition of share in the portuguese legal system*

**Libânia Fonseca Queirós<sup>1</sup>**

**Marco Rodrigues<sup>2</sup>**

**Patrícia Anjos Azevedo<sup>3</sup>**

*Politécnico do Porto*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. O Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis no Sistema Fiscal Português. 2.1.Definição de IMT. 2.2.Incidência objetiva e territorial. 2.3.Incidência subjetiva. 2.4.Valor tributável. 2.5.Taxas. 2.6.Liquidação e pagamento. 3. A tributação da aquisição de partes sociais. 3.1.Evolução legislativa. 3.2.Ratio Legis. 3.3.O caso específico das sociedades anónimas. 3.4.Da incidência ao pagamento. 4. Questões práticas. 4.1.A constituição de uma sociedade e a sujeição a IMT. 4.2.A transformação de uma sociedade anónima detentora de imóveis em sociedade unipessoal por quotas. 4.3.A doação de quota numa sociedade por quotas, detentora de imóveis, entre mãe e filho. 5. O exercício da solicitoria e a responsabilidade fiscal. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente contributo versa sobre a tributação, em sede do imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis, especialmente sobre as aquisições de partes sociais em sociedades com bens imóveis, um facto tributário que apresenta um significativo relevo no Sistema Fiscal Português, como meio de combate à fraude e evasão fiscal.

A origem do facto em análise é anterior à reforma da tributação do património, no qual se justifica desde início a sujeição a IMT para evitar mecanismos de contorno ao pagamento de impostos, mesmo quando estão em causa domínios sobre determinados imóveis. De um modo geral, pretende-se abordar a evolução legislativa desta norma, bem como a sua aplicabilidade prática, conseguindo-o através da análise dos aspetos teóricos deste facto tributário, bem como através da análise de questões mais concretas que surgem da aplicação prática da lei.

Em suma, pretende-se analisar profundamente vários assuntos que à aquisição de partes sociais, como facto gerador de IMT, dizem respeito.

**Palavras-chave:** IMT; Sociedades comerciais; Partes sociais; Aquisição; Imóveis.

**Abstract:** The present contribution deals with the municipal tax on onerous transfers of real estate, especially on acquisitions of shares in companies with real estate, a taxable event that is important in the Portuguese Tax System as a means of combating fraud and tax evasion.

The origin of the fact under analysis is prior to the reform of patrimony taxation, in which the subjection to IMT is justified from the start to avert tax fraud and evasion

---

<sup>1</sup> Licenciada e Mestre em Solicitoria pela ESTG-P.Porto.

<sup>2</sup> Licenciado em Solicitoria e Mestrando em Solicitoria pela ESTG-P. Porto. Doutorando em Ciências Jurídicas (ramo Jurídico-Criminais) na Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

<sup>3</sup> Licenciada, Mestre (Direito – Ciências Jurídico-Económicas) e Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta na ESTG-P. Porto.



mechanisms, even when domains over certain real estate are involved. In general, it is intended to address the legislative evolution of this rule, as well as its practical applicability, achieving this through the analysis of the theoretical aspects of this taxable event, as well as through the analysis of more concrete issues that arise from the practical application of the law.

In short, it is intended to analyse in depth several issues that concern the acquisition of shares as a taxable event of IMT.

**Keywords:** Municipal Tax on Onerous Transfers of Real Estate; Commercial companies; Social shares; Acquisition; Real estate.

## 1. Introdução

De modo a dar resposta a determinadas necessidades financeiras do Estado e das demais entidades públicas, onde se verifica uma significativa carência de recursos financeiros para a satisfação de várias necessidades coletivas que a estas entidades estão cometidas, foi criado o sistema fiscal, com o principal objetivo de arrecadação de receitas e de obter uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. Daí surgiram os três tipos de tributos, que a LGT compreende no seu art.3º como sendo estes os impostos, as taxas e as contribuições.

Os impostos tomaram, por sua vez, uma maior importância entre as três categorias tributárias, demonstrando um maior relevo político e social, podendo ser considerados como a via de arrecadação de receitas mais rentável. No ordenamento jurídico português existem vários impostos sendo que um dos grandes grupos diz respeito aos impostos sobre o património. No que concerne aos impostos sobre o património, podemos dizer que neste grupo se insere o imposto municipal sobre as transmissões onerosas de imóveis, um dos impostos cuja receita reverte para as autarquias locais, o qual evidencia uma certa importância uma vez que tributa a riqueza dos contribuintes demonstrada através dos valores envolvidos nos factos em causa.

Por se mostrar como um imposto complexo, que compreende diversos factos sujeitos a tributação, será interessante fazer o estudo do mesmo e incidir em específico sobre um dos variados factos que se encontram previstos no art.2º do CIMT. Nestes termos, determina-se que o presente trabalho visa analisar a tributação do IMT, em específico sobre as aquisições de partes sociais em sociedades com bens imóveis, por este se revelar como um facto importante no combate à fraude fiscal, além de se apresentar como um tema interessante uma vez que suscita diversas questões interessantes para dissecar.

Com a presente pesquisa procuraremos, em primeiro lugar, efetuar uma abordagem do Sistema Fiscal Português, incidindo sobre a classificação dos impostos, sobre a relação jurídica fiscal e ainda sobre a técnica fiscal.

Posteriormente, e porque é a categoria de impostos que estará mais presente neste trabalho, iremos analisar os impostos sobre o património, em específico o IMT, estipulando algumas classificações importantes do mesmo, abordando a reforma da tributação do património que lhe deu origem, passando por uma breve consideração relativamente ao conceito de transmissão e aos momentos da técnica tributária deste imposto.

Já incidindo sobre o tema escolhido, será feita uma contextualização da sujeição a IMT da aquisição das partes sociais, abordando a razão de ser desta tributação bem como a sua evolução desde o IMS. Posteriormente, terá uma significativa importância falar acerca da recente alteração legislativa referente ao facto em estudo, relativamente ao caso em específico das sociedades anónimas. Será também esclarecido tudo o que respeita à tributação da aquisição de partes sociais, da incidência ao pagamento, bem como serão analisadas algumas questões práticas, levantadas por casos em concreto, nos quais a lei, no seu sentido literal,

poderá não responder de uma forma clara e surgem, então, determinadas dúvidas sobre a aplicabilidade da norma a esses casos em concreto.

Por fim, e não menos importante, será importante estabelecermos a ligação entre o exercício da Solicitadoria e das responsabilidades fiscais.

Em suma, pretende-se efetuar uma análise exaustiva deste facto tributário e de outros assuntos a ele adjacentes, de modo a contribuir para um melhor esclarecimento da sua razão de ser e pertinência na atualidade.

## **2. O Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis no Sistema Fiscal Português**

De modo a iniciar a consideração a fazer relativamente à tributação em sede de IMT, tal como já tínhamos abordado anteriormente, o IMT teve origem na reforma da tributação do património introduzida pelo Decreto-Lei n.º 287/2003 de 12 de novembro, sendo efetuada a substituição do Imposto Municipal de Sisa pelo IMT. Voltando ainda mais atrás na legislação, o IMS havia tomado esta designação pelo Decreto-Lei n.º 308/91 de 17 de agosto, uma vez que anteriormente se designava somente por imposto de sisa, tendo sido implementado no ordenamento jurídico português como um imposto autónomo pelo Decreto-Lei n.º 41969 de 24 de novembro de 1958, o qual criou o CSISSD, começando a vigorar em 1 de janeiro de 1959.

Anteriormente tínhamos já referido que uma das principais razões para a reforma da tributação do património fora alargar a base de incidência do imposto para combater a fraude e a evasão fiscal<sup>4</sup>. Este era um dos principais objetivos porque com a evolução da sociedade e com o crescimento do mercado imobiliário, o IMS tornou-se um imposto desajustado à realidade social e económica<sup>5</sup>. Além disso, o regime da tributação encontrava-se com várias lacunas e omissões, o qual dava origem à fuga e fraude fiscal através de práticas alternativas para evitar o pagamento do imposto. Impulsionado por estes motivos, o legislador sentiu a necessidade de proceder a esta reforma onde surgiram diversas alterações legislativas.

Não obstante a esta se ter mostrado como uma significativa alteração para o regime fiscal português, o IMT manteve a estrutura principal do IMS, continuando a incidir sobre as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou das figuras parcelares desse direito sobre bens imóveis, podendo estes direitos transmitir-se através de várias formas ou ocorrer com a constituição ou extinção de diversos tipos de contratos, mantendo a regra da incidência objetiva (art.2º n.º 1 CIMT).

No entanto, podemos considerar, através da interpretação dos factos que constam como sujeitos a tributação de IMT, que o conceito de transmissão de imóveis aqui terá uma maior amplitude e aplicar-se-á a outras situações que não as que o conceito civilístico integra, sendo, deste modo, consideradas como transmissões apenas para efeitos deste imposto<sup>6</sup>. Assim sendo, o CIMT procedeu a uma reformulação da linguagem normativa e reestruturou o articulado, alargando a base de incidência a negócios jurídicos que mesmo anteriores ou laterais à formalização de contratos translativos de imóveis, têm um resultado económico equivalente, mas passam ao lado de qualquer tipo de tributação<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cumpre-nos apresentar sucintamente a distinção entre fraude fiscal e evasão fiscal, sendo que a primeira corresponde a um ato pelo qual o contribuinte procura, de uma forma fraudulenta, não cumprir as suas obrigações legais, ao passo que a evasão fiscal é referente a quando os impostos são evitados através de medidas legais, mas que são contrárias ao objeto e espírito da lei.

<sup>5</sup> ANJOS AZEVEDO, P. & MAGALHÃES, P.S., *As Procurações Irrevogáveis como facto gerador de IMT*, 2019. Disponível online em: [https://www.informador.pt/artigos/F1FC.0151/As-Procura%C3%A7%C3%B5es-Irrevog%C3%A1veis-como-facto-gerador-de-IMT#fn728\\_2](https://www.informador.pt/artigos/F1FC.0151/As-Procura%C3%A7%C3%B5es-Irrevog%C3%A1veis-como-facto-gerador-de-IMT#fn728_2)

<sup>6</sup> CASALTA NABAIS, J., *Direito Fiscal*. Coimbra, Almedina, 2017, p. 607

<sup>7</sup> Conforme consta no Preâmbulo do Código do Imposto Municipal sobre as Transmissões Onerosas de Imóveis.

No que a isto diz respeito, José Maria Pires defende que se poderão agrupar os factos tributários em três categorias: “as transmissões de imóveis resultantes da celebração de atos ou contratos que têm como objeto e finalidade essa mesma transmissão”; “as transmissões de imóveis tituladas por atos ou contratos que não tendo por objeto ou finalidade principal essa transmissão, ainda assim a produzem como seu efeito colateral e necessário”; e “as ficções legais de transmissões onerosas de imóveis”<sup>8</sup>.

Em suma, foi introduzido na tributação das transmissões de imóveis determinados negócios jurídicos que se assemelham à transmissão direta de imóveis, com vista a diminuir a possibilidade da prática de negócios simulados, com o objetivo de reduzir ou evitar o pagamento de imposto. Podemos assim, desde já, adiantar que esta foi uma importantíssima alteração na legislação uma vez que é bastante necessário suprir as lacunas e as incertezas na interpretação das leis, de modo a atingirmos um sistema fiscal cada vez mais eficiente, justo e equitativo.

### 2.1. Definição de IMT

O IMT é o imposto que tributa as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou de figuras parcelares desse direito, relativamente a bens imóveis situados no território nacional, cuja receita reverte para os respetivos municípios<sup>9</sup>.

Será oportuno estabelecer algumas classificações relativas ao IMT, tomando em atenção as distinções que José Casalta Nabais enuncia e a importância das mesmas<sup>10</sup>.

Em primeiro lugar, o IMT é considerado como um imposto indireto uma vez que atinge manifestações indiretas da capacidade contributiva, dado que tributa uma operação que implica a transferência de bens e não têm por pressuposto o facto de existir uma pessoa, um património ou um rendimento.

Em segundo lugar, e com uma particular importância, surge o facto do IMT ser um imposto de obrigação única uma vez que respeita a factos ocasionais, sem carácter repetitivo. A importância desta classificação traduz-se no modo de contagem dos prazos de caducidade do direito à liquidação e de prescrição da obrigação de imposto, que se considera diferente entre os impostos de obrigação única e os impostos periódicos. No caso do imposto em análise, como é de obrigação única, segundo os art.45º n.º 4 e art.48º n.º 2 da LGT, os prazos de caducidade e prescrição, respetivamente, contam-se a partir da data em que o facto tributário ocorreu.

De seguida, este imposto é ainda classificado como um imposto real ou objetivo, dado que a matéria coletável é apurada objetivamente, sem se atender às circunstâncias socioeconómicas e pessoais do contribuinte.

Por fim, de modo a não haver uma extensa abordagem deste assunto<sup>11</sup>, não esquecendo que existem outras classificações, deve-se salientar que o IMT é ainda considerado como um imposto não estadual ou municipal, devido ao seu titular ativo ser a respetiva autarquia local onde o imóvel se encontra e, não menos importante, é classificado como um imposto sobre o património uma vez que incidem sobre a riqueza adquirida, tributando-se de forma dinâmica a transmissão dos bens.

---

<sup>8</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 221

<sup>9</sup> AMORIM, J. C. & ANJOS AZEVEDO, P., *Lições de Direito Fiscal*. Primeira Edição, 2020, p. 269.

<sup>10</sup> CASALTA NABAIS, J., *Direito Fiscal*. Coimbra, Almedina, 2017, p.61

<sup>11</sup> Para mais desenvolvimentos, vide CASALTA NABAIS, J., *Direito Fiscal*. Coimbra, Almedina, 2017, pp. 61 e ss.

## **2.2. Incidência objetiva e territorial**

O art. 2º n.º 1 do CIMT refere que o IMT incide sobre as transmissões, a título oneroso, do direito de propriedade ou de figuras parcelares desse direito, sobre bens imóveis situados no território nacional. Contudo, no n.º 2 do mesmo artigo anteriormente mencionado, surgem ainda outros factos tributários que são considerados como conceito de transmissões de imóveis, nomeadamente:

- a) As promessas de aquisição e de alienação, logo que verificada a tradição para o promitente adquirente, ou quando este esteja usufruindo os bens, exceto se se tratar de aquisição de habitação para residência própria e permanente do adquirente ou do seu agregado familiar e não ocorra qualquer das situações previstas no n.º 3;
- b) O arrendamento com a cláusula de que os bens arrendados se tornam propriedade do arrendatário depois de satisfeitas todas as rendas acordadas;
- c) Os arrendamentos ou subarrendamentos a longo prazo, considerando-se como tais os que devam durar mais de 30 anos, quer a duração seja estabelecida no início do contrato, quer resulte de prorrogação, durante a sua vigência, por acordo expresso dos interessados, e ainda que seja diferente o senhorio, a renda ou outras cláusulas contratuais;
- d) A aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples, por quotas ou anónimas, quando cumulativamente:
  - i. O valor do ativo da sociedade resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis situados em território nacional, atendendo ao valor de balanço ou, se superior, ao valor patrimonial tributário;
  - ii. Tais imóveis não se encontrem diretamente afetados a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, excluindo a compra e venda de imóveis;
  - iii. Por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois casados ou unidos de facto, devendo em qualquer dos casos as partes sociais ou quotas próprias detidas pela sociedade ser proporcionalmente imputadas aos sócios na proporção da respetiva participação no capital social;
- e) A aquisição de unidades de participação em fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular, independentemente da localização da sociedade gestora, bem como operações de resgate, aumento ou redução do capital ou outras, das quais resulte que um dos titulares ou dois titulares casados ou unidos de facto fiquem a dispor de, pelo menos, 75% das unidades de participação representativas do património do fundo.

Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo, estabelece ainda determinados atos ou contratos em que se considera que também há a transmissão onerosa do direito de propriedade, sendo eles:

- a) Celebração de contrato-promessa de aquisição e alienação de bens imóveis em que seja clausulado no contrato ou posteriormente que o promitente adquirente pode ceder a sua posição contratual a terceiro;
- b) Cessão da posição contratual no exercício do direito conferido por contrato-promessa referido na alínea anterior;
- c) Outorga de procuração que confira poderes de alienação de bem imóvel ou de partes sociais ou unidades de participação a que se referem as alíneas d) e e) do n.º 2 em que, por renúncia ao direito de revogação ou cláusula de natureza semelhante, o representado deixe de poder revogar a procuração;
- d) Outorga de instrumento com substabelecimento de procuração com os poderes e efeitos previstos na alínea anterior;
- e) Cedência de posição contratual ou ajuste de revenda, por parte do promitente adquirente num contrato-promessa de aquisição e alienação,

vindo o contrato definitivo a ser celebrado entre o primitivo promitente alienante e o terceiro.

Por fim, no n.º 5 do art. 2º do CIMT também se encontram enumerados determinados factos que originam a tributação em sede de IMT, nomeadamente:

- a) A resolução, invalidade ou extinção, por mútuo consenso, do contrato de compra e venda ou troca de bens imóveis e as do respetivo contrato-promessa, quando, neste último caso, ocorrerem depois de passados 10 anos sobre a tradição ou posse;
- b) As permutas, pela diferença declarada de valores ou pela diferença entre os valores patrimoniais tributários, consoante a que for maior;
- c) O excesso da quota-parte que ao adquirente pertencer, nos bens imóveis, em ato de divisão ou partilhas, bem como a alienação da herança ou quinhão hereditário ou do direito à meação;
- d) A venda ou cessão do direito a determinadas águas, ainda que sob a forma de autorização para as explorar ou para minar em terreno alheio;
- e) As entradas dos sócios com bens imóveis para a realização do capital e para a realização de prestações acessórias à obrigação de entrada de capital das sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial ou das sociedades civis a que tenha sido legalmente reconhecida personalidade jurídica, as entregas de bens imóveis dos participantes no ato de subscrição de unidades de participação de fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular;
- f) A adjudicação dos bens imóveis aos sócios na liquidação, redução de capital e no reembolso de prestações acessórias ou outras formas de cumprimento de obrigações pelas sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial ou das sociedades civis a que tenha sido legalmente reconhecida personalidade jurídica, e a adjudicação de bens imóveis aos participantes como reembolso em espécie de unidades de participação decorrente do resgate das unidades de participação, da liquidação e da redução de capital de fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular;
- g) As entradas dos sócios com bens imóveis para a realização do capital das restantes sociedades civis, na parte em que os outros sócios adquirirem comunhão, ou qualquer outro direito, nesses imóveis, bem como, nos mesmos termos, as cessões de partes sociais ou de quotas ou a admissão de novos sócios;
- h) As transmissões de bens imóveis por fusão ou cisão das sociedades referidas nas alíneas e) e f), ou por fusão de tais sociedades entre si ou com sociedade civil, bem como por fusão de fundos de investimento imobiliário fechados de subscrição particular;
- i) As transmissões de benfeitorias e as aquisições de bens imóveis por acessão.

Em suma, quanto aos factos tributários, podemos referir que há uma enunciação exaustiva e taxativa, dos atos ou contratos que se encontram sujeitos a imposto, verificando-se que um facto tributário está sujeito a tributação em sede de IMT se se tratar de algum destes que constam no art.2º do CIMT e se o respetivo imóvel se encontrar situado em território nacional, estando assim verificada a incidência objetiva e a incidência territorial. Assim, as transmissões de imóveis que aqui não se encontrarem, não estarão sujeitas a tributação. Dos inúmeros factos tributários que na norma referida anteriormente se encontram, será analisado adiante o que consta na alínea d) do n.º 2, que diz respeito à aquisição de partes sociais em sociedades com bens imóveis.

Será ainda importante referir que, segundo o art.5º do CIMT, a obrigação tributária constitui-se no momento em que ocorrer a transmissão referida, sendo assim exigível o IMT a partir desse momento.

### **2.3. Incidência subjetiva**

O art. 4º do CIMT dispõe que, pela regra geral, o sujeito passivo será o adquirente dos bens imóveis, sendo assim a entidade que fica obrigada ao encargo do imposto. Contudo, estabelece algumas regras específicas, nomeadamente:

- a) Nas divisões e partilhas, o imposto é devido pelo adquirente dos bens imóveis cujo valor exceda o da sua quota nesses bens;
- b) Nos contratos para pessoa a nomear, o imposto é devido pelo contraente originário, sem prejuízo de os bens se considerarem novamente transmitidos para a pessoa nomeada se esta não tiver sido identificada ou sempre que a transmissão para o contraente originário tenha beneficiado de isenção;
- c) Nos contratos de troca ou permuta de bens imóveis, qualquer que seja o título por que se opere, o imposto é devido pelo permutante que receber os bens de maior valor, entendendo-se como de troca ou permuta o contrato em que as prestações de ambos os permutantes compreendem bens imóveis, ainda que futuros;
- d) Nos contratos de promessa de troca ou permuta com tradição de bens apenas para um dos permutantes, o imposto será desde logo devido pelo adquirente dos bens, como se de compra e venda se tratasse, sem prejuízo da reforma da liquidação ou da reversão do sujeito passivo, conforme o que resultar do contrato definitivo, procedendo-se, em caso de reversão, à anulação do imposto liquidado ao permutante adquirente;
- e) Nos contratos de promessa de aquisição e alienação de bens imóveis com cláusula de cedência de posição contratual e na respetiva cessão da posição contratual, o imposto é devido pelo primitivo promitente adquirente e por cada um dos sucessivos promitentes adquirentes, não lhes sendo aplicável qualquer isenção ou redução de taxa;
- f) Nas procurações irrevogáveis, o imposto é devido pelo procurador ou por quem tiver sido substabelecido, não lhe sendo aplicável qualquer isenção ou redução de taxa;
- g) Na cedência de posição contratual ou ajuste de revenda, o imposto é devido pelo contraente originário, não lhe sendo aplicável qualquer isenção, excluindo-se, porém, a incidência se o mesmo declarar no prazo de 30 dias a contar da cessão da posição contratual ou do ajuste de revenda que não houve lugar ao pagamento ou recebimento de qualquer quantia, para além da que constava como sinal ou princípio de pagamento no contrato-promessa, demonstrando-o através de documentos idóneos ou concedendo autorização à administração fiscal para aceder à sua informação bancária.

### **2.4. Valor tributável**

Relativamente ao valor tributável, o valor sobre o qual incidirá o IMT, o art. 12º do CIMT determina que este será o valor constante do ato ou do contrato ou o valor patrimonial tributário<sup>12</sup> dos imóveis, consoante o que for maior. Contudo, o n.º 4 do artigo mencionado anteriormente, estabelece determinadas regras para o apuramento do valor tributável em certos factos tributários<sup>13</sup>. Além disso, também o art.13º do CIMT estabelece regras especiais para a determinação do valor tributável do IMT. Mais adiante, será apenas analisado o caso em específico da determinação do valor tributável do facto tributário em estudo.

### **2.5. Taxas**

No que diz respeito às taxas a aplicar, o art. 17º do CIMT dispõe que as mesmas variam mediante o destino que for dado ao imóvel, nomeadamente, se é destinado exclusivamente a habitação própria e permanente ou exclusivamente a

---

<sup>12</sup> O valor patrimonial tributário é determinado nos termos do art. 17º do CIMI e do art. 38º do CIMI.

<sup>13</sup> Para mais esclarecimentos, *vide* o art. 12º n.º 4 do CIMT.

habitação. Além disso, a taxa a aplicar dependerá também do valor sobre o qual incidirá o IMT, aumentando a taxa à medida que o valor tributável aumenta<sup>14</sup>.

## **2.6. Liquidação e pagamento**

De acordo com o art. 19º n.º 1 do CIMT, a liquidação do IMT é da iniciativa dos interessados. No entanto, poderá haver uma liquidação oficiosa por parte do Serviço de Finanças, quando se verifique que os interessados não tomaram a iniciativa de o fazer nos prazos legais ou quando há lugar a liquidação adicional<sup>15</sup>. Por sua vez, a liquidação deverá preceder o ato ou o facto translativo dos bens, nos termos do art. 22º do CIMT.

Quanto ao pagamento do imposto, incidindo a nossa análise sobre o art. 36º do CIMT, o mesmo deverá ser pago no dia da liquidação ou no 1º dia útil seguinte, sob pena de ficar sem efeito.

## **3. A tributação da aquisição de partes sociais**

### **3.1. Evolução legislativa**

Terminada a análise dos aspetos gerais do IMT, focar-nos-emos agora no tema principal em análise que, como foi dito anteriormente, incide, especificamente, sobre a tributação do IMT sobre a aquisição de partes sociais em sociedades com bens imóveis. Concretamente, este facto tributário encontra-se previsto no art. 2º n.º 2 alínea d) do CIMT, que nos diz que se encontrará sujeito a pagamento de IMT o seguinte facto<sup>16</sup>:

- A aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples, por quotas ou anónimas, quando cumulativamente:
  - i. O valor do ativo da sociedade resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis situados em território nacional, atendendo ao valor de balanço ou, se superior, ao valor patrimonial tributário;
  - ii. Tais imóveis não se encontrem diretamente afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, excluindo a compra e venda de imóveis;
  - iii. Por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois casados ou unidos de facto, devendo em qualquer dos casos as partes sociais ou quotas próprias detidas pela sociedade ser proporcionalmente imputadas aos sócios na proporção da respetiva participação no capital social.

Antes de darmos início à análise da tributação em sede de IMT deste facto tributário, será pertinente efetuarmos uma pequena abordagem relativa aos diferentes tipos societários existentes no ordenamento jurídico português.

O art. 1º do CSC, no seu n.º 2, começa por dizer que se entende como sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de atos de comércio e que adotem um dos seguintes tipos de sociedades: sociedade em nome coletivo, sociedade por quotas, sociedade anónima, sociedade em comandita simples ou sociedade em comandita por ações. Assim estabelecidas, cumpre-nos fazer uma caracterização sucinta de cada uma destas sociedades. Coutinho Abreu diz-nos que,

<sup>14</sup> AMORIM, J. C. & ANJOS AZEVEDO, P., *Lições de Direito Fiscal*. Primeira Edição, 2020, p. 274.

<sup>15</sup> Art. 19º n.º 2 do CIMT - A liquidação é promovida oficiosamente pelos serviços de finanças que forem competentes e sempre que os interessados não tomem a iniciativa de o fazer dentro dos prazos legais, bem como quando houver lugar a qualquer liquidação adicional, sem prejuízo dos juros compensatórios a que haja lugar e da penalidade que ao caso couber.

<sup>16</sup> Este é, na íntegra, o facto que está sujeito a tributação em sede de IMT, mas ao longo do trabalho é referido apenas como “aquisição de partes sociais” de forma a simplificar.

de acordo com o CSC, a caracterização dos tipos legais societários faz-se tendo em conta a delimitação da responsabilidade dos sócios e, posteriormente, das espécies de participações sociais<sup>17</sup>. É importante também definir participação social sendo que, este autor a define como sendo o conjunto unitário de direitos e obrigações atuais e potenciais do sócio.<sup>18</sup>

Nas sociedades em nome coletivo, conforme consta no art. 175º n.º 1 do CSC, o sócio responde individualmente pela sua entrada e ainda pelas obrigações sociais subsidiariamente em relação à sociedade e solidariamente com os outros sócios. Quanto às participações sociais estas designam-se por “partes sociais”, sendo que poderão ser em bens ou indústria<sup>19</sup>. É pertinente ainda abordar que, neste tipo societário, são exigidos pelo menos dois sócios, de acordo com o art. 7º n.º 2 do CSC, bem como poderá não haver capital social quando todos os sócios forem sócios de indústria, nos termos do art. 9º n.º 1 alínea f) e do art. 178º, ambos do CSC.

Quanto às sociedades por quotas, por sua vez, diz-nos o art. 197º n.º 1 do CSC que o capital social está dividido em quotas e os sócios são solidariamente responsáveis por todas as entradas convencionadas no contrato social. Neste caso, as participações sociais dos sócios são designadas por quotas as quais representam uma fração do capital social da sociedade. No que diz respeito ao capital das sociedades por quotas, diz-nos o art. 201º do CSC que este será livremente fixado no contrato de sociedade, sendo composto pela soma das quotas subscritas pelos sócios. Dispõe também o art. 219º n.º 2 do CSC que o valor de cada quota não poderá ser inferior a 1,00€. Neste caso, também são exigidos pelo menos dois sócios, de acordo com o art. 7º n.º 2 do CSC, o que nos leva a concluir que o capital social mínimo de uma sociedade por quotas será de 2,00€. Contudo, a lei prevê ainda a possibilidade da existência de uma sociedade unipessoal por quotas, a qual se encontra regulada no art. 270º-A e seguintes do CSC, sendo que neste caso, será composta apenas por um único sócio.

O art. 271º e seguintes do CSC prevê o regime jurídico das sociedades anónimas e dispõe que nestas o capital é dividido em ações e cada sócio limita a sua responsabilidade ao valor das ações que subscreveu. Neste tipo societário, as participações sociais são denominadas de ações, as quais são detidas pelos acionistas, os quais terão de ser, pelo menos, cinco, a menos que a lei assim o dispense<sup>20</sup>. No que diz respeito ao capital social, o art. 276º n.º 5 do CSC dispõe que este tem o montante mínimo de 50.000,00€.

Por último, as sociedades em comandita encontram-se previstas no art. 465º e seguintes do CSC e nestas cada um dos sócios comanditários responde apenas pela sua entrada, ao contrário dos sócios comanditados respondem pelas dívidas da sociedade nos mesmos termos que os sócios da sociedade em nome coletivo. Também neste tipo societário, as participações sociais são designadas de partes

---

<sup>17</sup> COUTINHO DE ABREU, J. M., *Curso de Direito Comercial, Vol. II, Das Sociedades*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 53.

<sup>18</sup> COUTINHO DE ABREU, J. M., *Curso de Direito Comercial, Vol. II, Das Sociedades*. Coimbra, Almedina, 2009, p. 61.

<sup>19</sup> Artigo 176.º do CSC - (Conteúdo do contrato)

1 - No contrato de sociedade em nome coletivo devem especialmente figurar:

a) A espécie e a caracterização da entrada de cada sócio, em indústria ou bens, assim como o valor atribuído aos bens;

b) O valor atribuído à indústria com que os sócios contribuam, para o efeito da repartição de lucros e perdas;

c) A parte de capital correspondente à entrada com bens de cada sócio.

2 - Não podem ser emitidos títulos representativos de partes sociais.

<sup>20</sup> Artigo 273.º do CSC - (Número de acionistas)

1 - A sociedade anónima não pode ser constituída por um número de sócios inferior a cinco, salvo quando a lei o dispense.

2 - Do disposto no n.º 1 exceptuam-se as sociedades em que o Estado, diretamente ou por intermédio de empresas públicas ou outras entidades equiparadas por lei para este efeito, fique a deter a maioria do capital, as quais podem constituir-se apenas com dois sócios.



sociais. As sociedades em comandita poderão distinguir-se em dois tipos societários distintos, nomeadamente as sociedades em comandita simples, que se encontram dispostas no art. 474º e seguintes do CSC<sup>21</sup>, e as sociedades em comandita por ações, que se encontram reguladas no art. 478º do CSC<sup>22</sup>. Quanto ao número de sócios, as sociedades em comandita simples terão de ser compostas por um número mínimo de dois sócios, sendo pelo menos um sócio comanditário e um sócio comanditado, ao passo que as sociedades em comandita por ações, de acordo com o art. 479º n.º 2 do CSC, terão de ser constituídas por seis sócios, nomeadamente, pelo menos cinco sócios comanditários e um sócio comanditado. Uma vez que as sociedades em comandita simples são reguladas pelas disposições relativas às sociedades em nome coletivo, não apresentam um mínimo de capital social necessário. Por sua vez, e também porque se encontram reguladas pelas disposições relativas às sociedades anónimas, as sociedades em comandita por ações têm um capital social mínimo de 50.000,00€.

Feita esta pequena elucidação daquilo que são as sociedades comerciais, podemos retornar ao assunto em debate neste capítulo, nomeadamente a tributação em sede de IMT da aquisição de partes sociais em sociedades com bens imóveis.

Segundo o que consta numa publicação em 1960 na Revista de Contabilidade e Comércio, já antes da reforma de 1958 se tributava em sisa a cessão onerosa de partes sociais nas sociedades que possuíam bens imóveis<sup>23</sup>, nomeadamente, era o art.3º do Decreto-Lei n.º 34 542 de 27 de março de 1945 que assim o estatuiu. Contudo, não havia aqui nenhuma limitação, pelo que qualquer cessão, sem nenhum pressuposto, estaria sujeita a sisa. O legislador tinha justificado este facto tributário com o objetivo de "impedir que os imobiliários das sociedades pudessem ser praticamente adquiridos por qualquer dos sócios sem o pagamento da sisa"<sup>24</sup>. Aos olhos do legislador, isto tornou-se uma norma exagerada, porque tributava até as cessões que nenhum propósito de transmissão de imobiliários tinham em vista. Basicamente, tal só se justificaria, nos casos em que o adquirente da parte social se torna como dono da sociedade e é necessário sujeitar a tributação de modo a impedir a grande maioria das fraudes<sup>25</sup>.

Foi então aqui que, aquando da entrada em vigor do CSISSD em 1959, a norma passou a determinar que estaria sujeito a IMT as cessões pelas quais algum dos sócios obtenha 75% do capital ou pela qual, o marido e a mulher, casados em comunhão geral de bens ou de adquiridos fiquem a ser os únicos sócios da sociedade, sendo que o art. 2º n.º 6 do CSISSD fazia constar como facto tributário "As aquisições de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou por quotas, bem como a amortização ou quaisquer outros factos, quando tais sociedades possuam bens imobiliários e por aquelas aquisições ou estes factos algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75% do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois, sendo marido e mulher, casados com comunhão geral de bens ou de adquiridos."

O CSISSD sofreu uma alteração com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 308/91 de 17 de agosto, passando-se a denominar de CIMSISD, tomando a designação de imposto municipal de sisa. Contudo, o facto tributário anteriormente

<sup>21</sup> Artigo 474.º do CSC - (Direito subsidiário) - Às sociedades em comandita simples aplicam-se as disposições relativas às sociedades em nome coletivo, na medida em que forem compatíveis com as normas do capítulo anterior e do presente.

<sup>22</sup> Artigo 478.º do CSC - (Direito subsidiário) - Às sociedades em comandita por acções aplicam-se as disposições relativas às sociedades anónimas, na medida em que forem compatíveis com as normas do capítulo I e do presente.

<sup>23</sup> MOREIRA GUERREIRO, A. C., *A sisa e as aquisições de quotas ou partes sociais nas sociedades comerciais*. Revista de Contabilidade e Comércio. Vol. XXVII, n.º 110, 1960, pp. 183-186.

<sup>24</sup> Assim refere o próprio legislador no preâmbulo do CSISSD.

<sup>25</sup> Conforme consta no preâmbulo do CSISSD.

referido não sofreu qualquer alteração. Posteriormente, e tal como já abordamos no capítulo 3.2.1., o CIMSISD foi revogado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003 de 12 de novembro que deu origem à reforma da tributação do património, não havendo mesmo assim qualquer alteração neste facto tributário. Podemos assim constatar que se trata de um dos factos tributários que já existia anteriormente à reforma da tributação do património, ou seja, já há bastantes anos que no nosso ordenamento jurídico português se tributa a aquisição de partes sociais em sociedades com bens imóveis.

Contudo, este facto tributário viu-se alterado já depois da entrada em vigor do CIMT, mais concretamente com a Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, sendo que a partir daqui a norma dispunha do seguinte “A aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou por quotas, quando tais sociedades possuam bens imóveis (...) ou o número de sócios se reduza a dois, sendo marido e mulher, casados no regime de comunhão de bens ou de adquiridos.”. Podemos concluir que a alteração que aqui se verificou é que, anteriormente, aplicava-se somente a tributação quando o número de sócios reduzido a dois, marido e mulher, estivessem casados no regime de comunhão de bens ou de adquiridos e, após a nova redação dada pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março, passou a exigir-se, somente, que se reduzisse o número de sócios a dois, casados ou unidos de facto<sup>26</sup>, passando a norma a ter a seguinte redação “aquisição de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome coletivo, em comandita simples ou por quotas, quando tais sociedades possuam bens imóveis, e quando por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75 % do capital social, ou o número de sócios se reduza a dois casados ou unidos de facto.”.

Tal como se poderá concluir, a norma enunciada anteriormente, apresenta algumas diferenças perante a norma que atualmente se encontra em vigor e que fora indicada no início deste capítulo. Isto deve-se ao facto da mais recente alteração ao Código do IMT com a entrada em vigor da Lei n.º 75-B/2020 de 31 de dezembro, que apresentou algumas diferenças no que diz respeito aos requisitos necessários para a sujeição a IMT do facto tributário em causa, sendo a principal alteração o alargamento da sujeição a IMT às aquisições em sociedades anónimas, as quais se encontravam excluídas desta norma até à data.

Desta alteração podemos retirar que não se apresentam grandes inovações, sendo que se assemelha à anterior norma que já determinava a tributação de IMT das aquisições de partes sociais. No entanto, existem pequenas questões que são diferentes e importantes, as quais deverão aqui ser elencadas.

Em primeiro lugar, pode-se concluir que o artigo anterior não limitava a incidência apenas a casos em que há uma determinada percentagem do ativo da sociedade em bens imóveis. No caso da norma atual, a tributação das aquisições de participações sociais ocorrerá apenas quando os imóveis representem, pelo menos, 50% do respetivo valor do ativo. Por exemplo, numa aquisição de uma participação social ao abrigo da anterior norma, para haver sujeição a IMT, não se teria em consideração se os imóveis perfazem qualquer valor do ativo da sociedade, bastando apenas que a sociedade possua os respetivos bens imóveis, ao passo que nas aquisições após a entrada em vigor desta norma, só há tributação de IMT se os bens imóveis representarem pelo menos 50% do ativo da sociedade. Em segundo lugar, a outra diferença relevante entre as duas normas refere-se a que, na norma anterior, não existia qualquer exceção consoante a afetação dos bens imóveis, sendo que na norma atual se prevê que há apenas sujeição a imposto quando os imóveis “não se encontrem diretamente afetados a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, com exceção da atividade da compra e venda de

---

<sup>26</sup> PALMA BORGES, R., *A transmissão de quotas em sociedades imobiliárias e o IMT*, 2017. Disponível online em: <https://outofthebox.pt/a-transmissao-de-quotas-em-sociedades-imobiliarias-e-o-imt/>

imóveis”<sup>27</sup>. Podemos assim considerar que a norma atual acaba por limitar um pouco mais a base de incidência do IMT. Além destas alterações, também passou a constar no facto tributário aqui em análise que as partes sociais detidas pela sociedade deverão ser proporcionalmente imputadas aos sócios na proporção da respetiva participação social.

A alteração da norma referida já tinha vindo a ser discutida há bastante tempo, dado que havia uma certa urgência em colmatar a lacuna que se previa na anterior norma. Contudo, só recentemente obteve êxito, havendo aqui um impacto significativo no setor imobiliário.

Podemos assumir que a implementação desta norma no ordenamento jurídico será o melhor método adotado pelo legislador para eventuais fraudes fiscais, dado que se havia tornado uma prática recorrente a conversão de sociedades por quotas em sociedades anónimas, quando se pretendia alterar a composição do capital social, contornando assim o IMT. Com esta alteração, conseguiu-se alcançar uma maior equidade, não havendo tanta discrepância entre os tipos societários.

No entanto, surgiu ainda o n.º 7 do art.2º do CIMT que determina que a sujeição a IMT nestes termos não se aplica às "sociedades com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, sujeitas a requisitos de divulgação de informações consentâneos com o direito da União Europeia ou sujeitas a normas internacionais equivalentes, que garantam suficiente transparência das informações relativas à titularidade das ações, bem como as suas representações permanentes<sup>28</sup>", não sendo assim justificável a sujeição a tributação em sede de IMT.

### **3.2. Ratio Legis**

Da interpretação da atual alínea d) do n.º 2 do art.2º do CIMT, enunciado na íntegra anteriormente, podemos retirar que existem vários requisitos que necessitam de se encontrar verificados cumulativamente, para que as aquisições de partes sociais sejam consideradas transmissões sujeitas a IMT. Os requisitos a cumprir são os seguintes:

- a) O valor do ativo da sociedade resulte, direta ou indiretamente, em mais de 50% por bens imóveis situados em território nacional, atendendo ao valor de balanço ou, se superior, ao valor patrimonial tributário;
- b) Os imóveis não se encontrem diretamente afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, excluindo a compra e venda de imóveis;
- c) Terão de se tratar de aquisições ou outros factos que alterem a composição das sociedades;
- d) Por aquela aquisição, por amortização ou quaisquer outros factos, algum dos sócios fique a deter uma percentagem do capital social de, pelo menos, 75% ou o número de sócios fique reduzido a dois casados ou unidos de facto, devendo em qualquer dos casos as partes sociais ou quotas próprias detidas pela sociedade ser proporcionalmente imputadas aos sócios na proporção da respetiva participação no capital social.

Assim, a partir do momento que todos estes requisitos se encontrem cumpridos, verifica-se um facto tributário sujeito a IMT.

Tal como já havia sido referido anteriormente, o CIMT alarga o conceito de transmissão de bens imóveis a determinados factos que, efetivamente, não se tratam de uma transmissão direta dos bens imóveis. Este é o caso das aquisições de partes sociais em sociedades com bens imóveis, nas quais não há uma aquisição

---

<sup>27</sup> ROSA, T., *IMT na aquisição de partes sociais de sociedades anónimas*, 2020. Disponível online em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/imt-na-aquisicao-de-partes-sociais-de-sociedades-anonimas-663300>.

<sup>28</sup> Cfr. art. 4º alínea f) da Lei n.º 89/2017, de 21 de agosto.

de um imóvel, mas sim de uma parte do capital dessa determinada sociedade<sup>29</sup>, sendo importante, de seguida, explicar o que motivou o legislador a considerar esta aquisição como uma equiparação à transmissão do direito de propriedade.

Com a análise dos requisitos anteriores, podemos apurar a razão da sujeição a imposto desta aquisição, uma vez que a mesma acontece quando um sócio detém 75% ou mais do capital social ou se reduzem a dois sócios casados ou unidos de facto, logo pressupõe-se que aqui existirá uma posição de domínio sobre os imóveis que a sociedade detém, mesmo que de forma indireta, uma vez que o adquirente se tornará sócio maioritário<sup>30</sup>. Deste modo, o legislador achou por bem tipificar estas aquisições, de modo a prevenir que se utilizem mecanismos deste tipo para não pagar IMT e deter domínio sobre imóveis, uma vez que detém também um vantajoso domínio sobre a sociedade.

É de salientar que, de acordo com o que se encontra estipulado nas alíneas c) e d) do n.º 3 do art.2º do CIMT, é sujeito a imposto a outorga de procuração irrevogável ou o seu substabelecimento, que habilite o procurador com poderes para alienar as partes sociais, nos termos anteriormente referidos. Esta questão é fundamentada pela lógica de que se são sujeitas a imposto também a outorga de procurações irrevogáveis com poderes para alienar bens imóveis, podendo isto traduzir-se numa possibilidade de proporcionar ao procurador os poderes materiais correspondentes ao exercício do direito de propriedade, também deverá ser tributada a outorga de procurações irrevogáveis que facultem ao procurador, os poderes de alienar as partes sociais, com uma percentagem de 75% ou mais de capital social, de sociedades que possuam bens imóveis<sup>31</sup>. Este facto tributário foi implementado pelo Decreto-Lei n.º 287/2003 de 12 de novembro, pois era frequente contornar a tributação utilizando procurações irrevogáveis. Por exemplo, no caso em específico, outorgando uma procuração irrevogável, antes da reforma da tributação do património de 2003, com poderes para o procurador alienar as partes sociais cuja percentagem seria de 75% ou mais do capital, dar-lhe-ia o poder sobre as mesmas e evitava o pagamento de IMS, mesmo tendo adquirido, indiretamente, partes sociais que, pela verificação dos requisitos, estariam sujeitas a imposto pela aplicação do art.2º n.º 6 do CIMSISD.

Posto isto, demonstra-se importante elucidar que o legislador pretendeu elaborar a alínea d) do n.º 2 do art.2º do CIMT, de modo a abranger não só as operações de aquisição, mas também outros factos que alteram a composição do capital social da sociedade em questão, daí que conste "(...) e quando por aquela aquisição, por amortização ou por quaisquer outros factos, (...)". Por exemplo, através da amortização de quotas poderá verificar-se um aumento da percentagem das quotas que os sócios detêm<sup>32</sup>, logo se se verificassem os requisitos todos previstos para a sujeição a IMT, seria um facto sujeito a tributação. Deste modo, podemos concluir que aqui não será relevante o ato ou facto que origina a alteração da composição do capital social, sendo apenas necessário ter em conta que, por qualquer dos motivos, algum sócio passou a deter, pelo menos, 75% do capital, ou que o número dos sócios se reduziu a dois casados ou unidos de facto, e que os outros requisitos se encontram cumpridos também<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 254

<sup>30</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 255

<sup>31</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 295

<sup>32</sup> Art. 237º n.º 1 do CSC – “Se a amortização de uma quota não for acompanhada da correspondente redução de capital, as quotas dos outros sócios serão proporcionalmente aumentadas.”

<sup>33</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 256

### 3.3. O caso específico das sociedades anónimas

Tal como foi abordado anteriormente, até à alteração legislativa que ocorreu em 2020, a tributação da aquisição de partes sociais não se aplicava às sociedades anónimas, havendo, portanto, uma exclusão deste tipo societário da incidência objetiva do IMT<sup>34</sup>. Por outras palavras, e simplificando, se em causa estivesse a aquisição de partes sociais, numa sociedade anónima com bens imóveis, mesmo que algum sócio passasse a deter, pelo menos 75% do capital social ou se reduzisse a dois sócios casados ou unidos de facto, não haveria tributação em sede de IMT desta aquisição.

Na ótica de José Maria Pires, a exclusão das sociedades anónimas à sujeição de IMT originava uma diminuição à eficácia da norma na prevenção da evasão e fraude fiscais. Este autor defende que se há a pretensão por parte do legislador de evitar que quem pretenda adquirir imóveis a sociedades adquira o capital dessas mesmas para evitar o pagamento de imposto, este objetivo não se mostrava totalmente completo dado que não se aplicava quando se tratam de sociedades anónimas, ou seja, poderiam contornar o imposto se utilizassem esse mecanismo com este tipo de sociedades.

Como já foi dito anteriormente, esta norma teve a sua origem em 1958, sendo que se defende que houve a exclusão da aquisição de ações da tributação em IMT devido ao facto de, nessa época, as sociedades anónimas em Portugal serem de grande dimensão e em pequeno número, nas quais não se verificavam, praticamente, quaisquer operações de evasão fiscal<sup>35</sup>.

No entanto, com o contexto atual económico e fiscal, considerou-se que esta norma deveria ser alterada, uma vez que se verificou que, com o passar dos anos, foram feitos ajustes no mercado de modo a surgirem vantagens fiscais. Passou a ser muito comum, por exemplo, contornar o IMT, através da conversão em sociedades anónimas, daquelas que não o eram desde o início, no momento anterior às alterações à composição do capital social<sup>36</sup>.

Relativamente a este assunto, nos projetos da Reforma da Tributação do Património previa-se o alargamento da sujeição a IMT as aquisições em sociedades anónimas, mas, segundo José Maria Pires, não obteve êxito, uma vez que o poder político em vigor a essa data decidiu manter a exclusão das sociedades anónimas.

Assim, com a Proposta do Governo de Lei do Orçamento do Estado para 2021 foi introduzida uma alteração ao CIMT, no que a este assunto diz respeito, pelo que passaram a estar sujeitas a tributação, em sede de IMT, as "aquisições de ações em sociedades anónimas, quando se verificassem como cumpridos todos os requisitos anteriormente referidos."<sup>37</sup>

Por sua vez, também houve uma alteração na tributação das procurações irrevogáveis, uma vez que passou também a ser sujeita a IMT a outorga de procuração irrevogável que confira poderes de alienação de ações em sociedades anónimas.

### 3.4. Da incidência ao pagamento

No que diz respeito à tributação em concreto da aquisição de partes sociais em sede de IMT, é importante analisar todos os momentos da vida do imposto, para uma melhor compreensão do modo de aplicação. Como é sabido, e como fora já

<sup>34</sup> Há a exclusão das sociedades civis puras, cuja tributação consta da alínea f) do n.º 5 do art.2º do CIMT.

<sup>35</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 257

<sup>36</sup> MATIAS, H., *Imóveis: as razões para o diferente tratamento entre Lda e SA*, 2018. Disponível online em: <https://easytax.jornaleconomico.pt/imoveis-as-razoes-para-o-diferente-tratamento-entre-lda-e-sa>

<sup>37</sup> FERNANDES FERREIRA, R., *O.E. 2021: Propostas fiscais*, 2020. Disponível online em: <https://www.informador.pt/artigos/F192.0155/O-E-2021-Propostas-fiscais>

analisado exaustivamente, o imposto passa por diversas fases, nomeadamente, a incidência, o lançamento, a liquidação e a cobrança.

Iniciando pela fase estática do imposto, a incidência, esta caracteriza-se por ser o momento da criação do imposto, dividindo-se em incidência real/objetiva que é referente ao que é que está sujeito a imposto e em incidência pessoal/subjetiva que diz respeito a quem está sujeito a imposto. A incidência objetiva que aqui está em causa, ou seja, o facto tributário que origina o pagamento de IMT, está presente no art.2º n.º 2 alínea d) do CIMT. Assim, verificando-se este facto tributário, com todos os pressupostos cumpridos, como já foi explicado previamente, origina-se a sujeição ao imposto. É importante referir que se tem de obedecer também à incidência territorial para que o facto esteja sujeito a tributação, ou seja, aqui verifica-se que a mesma está cumprida quando os bens imóveis que a sociedade detém estão situados no território nacional. No que diz respeito à incidência subjetiva, o art.4º do CIMT dispõe que, em regra, o IMT será devido pelos adquirentes dos bens imóveis. No caso em questão, não há uma aquisição propriamente dita dos bens imóveis, mas uma aquisição de partes sociais equiparada a essa mesma, pelo que poderemos constatar que, neste caso, quem irá ser sujeito passivo de imposto será quem adquiriu as respetivas partes sociais.

Quanto à fase do lançamento, esta corresponde à determinação em concreto do que é que está sujeito a imposto bem como quem é que está sujeito a imposto, ou seja, nesta fase é determinada a matéria coletável bem como o sujeito passivo. Será então o momento de determinar o valor tributável, ou seja, o valor sobre o qual incidirá a taxa. No n.º 4 do art.12º do CIMT surgem diversas exceções à regra disposta no n.º 1, sendo que ao que nos interessa, é aplicável o art.12º n.º 4 regra 19ª do CIMT, que estabelece diversas situações. Em primeiro lugar, o valor tributável será o VPT dos imóveis correspondente à quota ou parte social, que o adquirente passou a deter, ou o valor total dos bens imóveis, quando se reduza a dois casados ou em união de facto, sendo que, no entanto, se o valor pelo qual os imóveis estão contabilizados no balanço for superior, prevalece este valor. A segunda situação que a regra dispõe é relativa a aquisições sucessivas, sendo que aqui se terá de prevenir a dupla tributação e, portanto, o valor de imposto a pagar será só o respeitante a esta nova aquisição, tendo de se subtrair o já liquidado na aquisição anterior, após as operações feitas nos termos anteriores<sup>38</sup>. Por fim, ainda é referida uma outra situação, que é respeitante ao momento em que uma sociedade se dissolve e todos ou alguns dos imóveis são adjudicados ao sócio ou sócios que já tenham sido tributados anteriormente. Aqui o imposto da nova transmissão incidirá sobre a diferença entre o valor dos bens agora adquiridos e o valor pelo qual anteriormente o imposto já tinha sido liquidado. No entanto, alguns autores defendem que nesta aquisição a taxa será a correspondente à natureza jurídica dos bens imóveis, uma vez que se está a tributar a transmissão jurídica dos mesmos e não a aquisição de partes sociais<sup>39</sup>. É pertinente frisar que concorrem para o valor tributável os imóveis que não se encontrem diretamente afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, e os que se encontrem afetos à atividade de compra e venda de imóveis.

Já no que concerne à taxa a aplicar ao valor tributável, devemos recorrer ao art.17º n.º 1 d) do CIMT, que estipula que a taxa a aplicar em "outras aquisições onerosas" é de 6,5%, que será a que se encaixará no facto tributário em questão por não se inserir em nenhuma das outras.

Com isto, já será possível determinar o valor de imposto a pagar, bastando aplicar a devida taxa ao valor tributável, que terá sido previamente apurado, de acordo com o que foi dito anteriormente, sendo que aqui estamos a falar da fase da liquidação. De acordo com o art.19º n.º 1 do CIMT, podemos afirmar que a

---

<sup>38</sup> FERNANDES PIRES, J. M., *Lições de Impostos sobre o Património e do Selo*. Coimbra, Almedina, 2013, p. 257

<sup>39</sup> SANTOS ROCHA, A. & MARTINS BRÁS, E. J., *Tributação do Património*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 431.

liquidação do IMT deverá ser da iniciativa dos interessados que, para esse efeito, deverão apresentar uma declaração de modelo oficial devidamente preenchida, em qualquer serviço de finanças ou por meios eletrónicos. Ainda neste aspeto, é importante salientar que, segundo o art.21º do CIMT, o imposto será liquidado pelos serviços centrais da Autoridade Tributária e Aduaneira, com base na declaração referida anteriormente e a mesma deverá ser anterior à titulação do ato de aquisição das partes sociais (art.22º n.º 1 CIMT).

Por fim, chegando à fase da cobrança, e focando agora no art.36º do CIMT, terá de se ter em consideração que o imposto deverá ser pago no próprio dia da liquidação ou no 1º dia útil seguinte, sob pena da mesma ficar sem efeito, correspondendo esta à fase em que é arrecadado o imposto pelo Estado, através do pagamento do mesmo pelo sujeito passivo.

#### 4. Questões práticas

Com o intuito de consolidar tudo o que foi analisado anteriormente, é interessante analisarmos algumas questões práticas da respetiva aplicação das normas de sujeição a IMT.

Em primeiro lugar, poderemos utilizar um exemplo simples, que não levanta muitas dúvidas, mas que servirá para pôr em prática o referenciado anteriormente, relativo aos momentos da vida do imposto.

Uma determinada sociedade por quotas é composta por 4 sócios, A, B, C e D, sendo estes detentores de quotas de 50%, 35%, 10% e 5%, respetivamente, com um ativo de 200.000,00€. No ativo desta mesma sociedade figura um imóvel com o VPT de 120.000,00€ e o mesmo está contabilizado no balanço com o valor de 100.000,00€. A e B são casados entre si sob o regime de comunhão de adquiridos.

O sócio A, a determinada altura, adquire a quota de B, passando, por isso, a deter 85% do capital. Deste modo, estará verificado um facto tributário sujeito a IMT, de acordo com o art.2º n.º 2 d) do CIMT, pois este sócio, por uma aquisição na respetiva sociedade por quotas cujo ativo resulta em mais de 50% por um bem imóvel, passou a deter mais de 75% do capital social.

Deste modo, o sócio A será sujeito passivo de imposto, dado a ser o adquirente da quota (art.4º CIMT). Posto isto terá de ser descoberto o valor tributável, sobre o qual incidirá a taxa. Recorrendo ao art.12º n.º 4 regra 19ª alínea a) do CIMT, sabemos que no caso em concreto o valor tributável será o VPT correspondente à quota que o sócio passou a deter. Assim, o valor tributável será 85% dos 120.000,00€. Efetuando este cálculo, apuramos então que o valor tributável é de 102.000,00€.

Quanto à taxa a aplicar ao valor tributável, segundo o art.17º n.º 1 d) do CIMT, será a taxa de 6,5%. Deste modo, aplicando a taxa devida ao valor tributável, nomeadamente efetuado o seguinte cálculo:  $6,5\% \times 102.000,00\text{€}$ , o adquirente, o sócio A, teria de efetuar o pagamento de 6.630,00€, referente a IMT.

Entretanto, o mesmo sócio A, adquire a quota do D, de 5%, passando assim a deter 90% do capital social. Neste caso, será novamente sujeito a tributação em sede de IMT, pela nova aquisição. Aqui o que se deverá ter em atenção, é que o mesmo sócio já havia sido tributado pelos 85% do capital social, sendo que o imposto a pagar neste momento será apenas o respeitante à aquisição de 5% (art.12º n.º 4 regra 19ª alínea b) do CIMT). Deste modo, por esta nova aquisição, o valor de IMT a pagar será somente de 390,00€.

Vejamos ainda uma outra situação, ainda com a mesma sociedade como exemplo. A e B são casados. A adquire a quota de C, passando assim a deter uma quota de 60%. Esta aquisição não preenche os requisitos para a sujeição a IMT uma vez que não adquire pelo menos 75% do capital social nem se reduzem os sócios a dois casados. Contudo, mais tarde, B pretende adquirir a quota de D. Assim sendo, B passaria a deter 40%. Com esta aquisição, podemos concluir que a sociedade passou a ser composta apenas por A e B, os quais são casados entre si

sob o regime de comunhão de adquiridos. Deste modo, uma vez que a sociedade detém imóveis que perfazem mais de 50% do capital social e se reduziu a dois sócios casados entre si, haveria sujeição a IMT. Assim sendo, a taxa a aplicar, 6,5%, seria aplicável ao valor total de 120.000,00€, uma vez que estamos perante um casal que detém a totalidade do capital social.

Imaginemos agora que a sociedade por quotas anteriormente mencionada apenas tinha um imóvel que perfazia o total de 20.000,00€ do ativo da sociedade. Perante esta aquisição da parte social A e B, não haveria sujeição a tributação, uma vez que um dos requisitos não estaria preenchido, nomeadamente, a necessidade de o ativo da sociedade resultar em mais de 50% por um bem imóvel, não estando assim perante o facto tributário previsto no art.2º n.º 2 d) do CIMT.

Após a análise destes simples casos práticos, passaremos agora a analisar alguns casos mais específicos.

#### **4.1. A constituição de uma sociedade e a sujeição a IMT**

Neste âmbito, poderemos expor uma situação prática, que se encontra numa informação vinculativa<sup>40</sup>. Quanto a isto, temos de lembrar que, para o reconhecimento do direito à informação dos contribuintes, é facultado um procedimento tributário que consiste num pedido de informação vinculativa, cujo objetivo é prestar informações aos contribuintes, de acordo com a lei fiscal, de uma certa situação tributária<sup>41</sup>.

No caso em questão, surge uma sociedade por quotas, proprietária de três imóveis situados em Portugal, cujo capital social se divide em duas quotas, uma de 0,01% e outra de 99,99%, no qual o sócio minoritário pretende ceder a sua quota ao sócio maioritário. Neste sentido, a sociedade pretende que lhe seja prestada informação acerca da possível sujeição a IMT da aquisição da quota pelo sócio maioritário e se sim, qual o valor tributável.

De acordo com o art.2º n.º 2 alínea d) do CIMT, como já vimos anteriormente, o domínio de pelo menos 75% do capital social e a existência de bens imóveis no ativo da sociedade que perfaçam 50% do mesmo, desde que estes não estejam afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, excluindo a compra e venda de imóveis, será o suficiente para se implicar uma sujeição a IMT.

No entanto, o sócio maioritário já detinha 99,99%, ou seja, o que estará aqui em causa será se, como já tinha mais de 75%, e não foi esta aquisição que o originou, se será sujeito passivo de imposto. Como o sócio maioritário adquiriu a quota de 99,99% no momento da constituição da sociedade, não lhe foi imputado o encargo de IMT por essa detenção, mas agora como está perante uma nova aquisição e cumprirá o requisito de possuir mais de 75% do capital social, e os outros tantos, já será tributado em sede de IMT. Em suma, o facto do sócio maioritário já possuir 99,99% do capital, não altera a norma em questão, sendo irrelevante já deter uma quota superior a 75%, antes do respetivo aumento. Quanto ao valor tributável, segundo a alínea a) da regra 19ª do n.º 4 do art.12º do CIMT, este será o valor total do VPT dos imóveis correspondente à quota maioritária ou o valor total dos imóveis, que consta no balanço, se for maior. Aqui, como o sócio maioritário passou a deter 100% do capital social, a taxa recairá sobre o VPT total dos bens imóveis ou sobre o valor do balanço total.

Assim, conseguimos obter uma resposta para as questões levantadas pelos contribuintes relativa a se, no momento da constituição de uma sociedade com bens imóveis, o sócio que detenha pelo menos 75% do capital social, será sujeito

---

<sup>40</sup> Processo 2017000999 - IVE n.º 12514, com despacho concordante de 19.10.2017, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira (informação vinculativa). Disponível online em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/informacoes\\_vinculativas/patrimonio/cimt/Documents/IMT\\_IV\\_12514.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/patrimonio/cimt/Documents/IMT_IV_12514.pdf)

<sup>41</sup> AMORIM, J. C., & ANJOS AZEVEDO, P., *Manual de Procedimento e Processo Tributário*. Vila Nova de Gaia, Calendário de Letras, 2018, p. 73



passivo de imposto. Relativamente a esta situação, a Circular 15/2002 de 28/05, a qual se considera que se mantém aplicável mesmo após a reforma da tributação do património<sup>42</sup>, vem dizer-nos que “se no ato de constituição de uma sociedade que possua bens imóveis, algum dos sócios ficar a dispor de, pelo menos, 75% do seu capital social, não será devida sisa por esse facto”<sup>43</sup>. Ainda sobre este assunto, António Santos Rocha e Eduardo José Martins Brás defendem que o mesmo será compreensível uma vez que a norma se encontra construída de modo a levar a essa conclusão, dado que nos diz “e quando por aquela aquisição”, ou seja, também por essa expressão se poderá concluir que não se aplica aquando da constituição de sociedades, pois incita a entender que só assim será quando for uma aquisição ou outro facto e não quando seja uma constituição<sup>44</sup>.

#### **4.2. A transformação de uma sociedade anónima detentora de imóveis em sociedade unipessoal por quotas**

De momento iremos analisar uma outra informação vinculativa, nomeadamente do Processo 2018000336 – IVE n.º 13457<sup>45</sup>, em que uma sociedade anónima que detém 5 frações autónomas, tenciona transformar a sociedade em sociedade unipessoal por quotas, mantendo-se o único acionista, pretendendo que lhe sejam prestados esclarecimentos relativos à sujeição deste ato a tributação em sede de IMT.

Tal como dispõe o art. 130º e seguintes do CSC, as sociedades comerciais constituídas segundo um dos tipos enumerados no art. 1º n.º 2 do CSC<sup>46</sup>, poderão adotar depois um outro desses tipos. Esta transformação não origina a dissolução da sociedade anterior nem a constituição de uma nova sociedade, sendo que apenas se converte o tipo de sociedade noutro tipo legal de sociedade<sup>47</sup>. Assim, seria este o recurso que iria utilizar a sociedade anónima mencionada anteriormente, convertendo-se em sociedade unipessoal por quotas.

Voltando para o cerne da questão em causa, iremos supor que os imóveis que a sociedade detém perfazem mais de 50% do valor do ativo da sociedade e que os mesmos se situam em território nacional e não se encontram afetos a uma atividade de natureza agrícola, industrial ou comercial, pelo que se coloca então a questão de se iremos estar perante um facto sujeito a IMT aquando a transformação da sociedade.

<sup>42</sup> Pelo facto de que, se o legislador manteve a norma em semelhança à que constava no CIMSISD, pretendeu manter as regras de tributação destas aquisições e, portanto, continuará a ser aplicável o entendimento da circular em questão.

<sup>43</sup> Processo 2017000999 - IVE n.º 12514, com despacho concordante de 19.10.2017, da Diretora-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira (informação vinculativa). Disponível *online* em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao\\_fiscal/informacoes\\_vinculativas/patrimonio/cimt/Documents/IMT\\_IV\\_12514.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/informacoes_vinculativas/patrimonio/cimt/Documents/IMT_IV_12514.pdf)

<sup>44</sup> SANTOS ROCHA, A. & MARTINS BRÁS, E. J., *Tributação do Património*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 367.

<sup>45</sup> Processo 2018000336 – IVE n.º 13457 com despacho concordante de 20.03.2018, da Diretora de Serviços da DSIMT, por subdelegação da Subdiretora-Geral da Área de Gestão Tributária – Património. (informação vinculativa). Disponível *online* em: [http://www.taxfile.pt/file\\_bank/news1718\\_3\\_1.pdf](http://www.taxfile.pt/file_bank/news1718_3_1.pdf)

<sup>46</sup> Art. 1º n.º 2 do CSC - São sociedades comerciais aquelas que tenham por objeto a prática de atos de comércio e adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de sociedade por quotas, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações.

<sup>47</sup> ARAÚJO CORREIA, R., *A transformação de uma sociedade anónima detentora de imóveis em sociedade por quotas constitui um facto tributário sujeito a IMT?*, 2021. Disponível *online* em: <https://informador.pt/artigo/a-transformacao-de-uma-sociedade-anonima-detentora-de-imoveis-em-sociedade-por-quotas-constitui-um-facto-tributario-sujeito-a-imt/>

Apesar de estarmos perante uma sociedade que detém imóveis e um único sócio com uma parte social superior a 75%, não estamos perante nenhuma aquisição ou amortização, nem tão pouco perante a alteração da composição societária. Estamos somente perante uma alteração do tipo societário. O que aqui levanta dúvidas é a expressão utilizada pelo legislador relativa a “quaisquer outros factos”. Contudo, a AT entende que esta expressão pretende englobar os factos dos quais resulte uma posição de domínio da sociedade que atinja ou ultrapasse os 75% e, no caso em concreto, uma vez que se mantém a proporção de capital detida após a transformação, a mesma não estará sujeita a IMT.

Podemos assim concluir que perante uma transformação societária de uma sociedade que preencha os requisitos que se encontram plasmados no art. 2º n.º 2 alínea d) do CIMT, a mesma não será considerada como um facto tributário em sede de IMT.

#### **4.3. A doação de quota numa sociedade por quotas, detentora de imóveis, entre mãe e filho**

Incidindo agora o nosso estudo sobre a informação vinculativa referente ao Processo 2018001304 – IVE n.º 14337<sup>48</sup>, será o momento de analisarmos se a doação de uma quota de uma sociedade estará sujeita a IMT.

O caso em concreto refere-se a uma sociedade por quotas que é composta por 6 quotas, das quais 5, que perfazem um total de 73%, pertencem ao requerente e a outra quota, que corresponde a 27% do capital social, pertence à mãe do mesmo. A sociedade em questão tem diversos imóveis no seu ativo. Contudo, a mãe do requerente pretende doar ao seu filho a quota que detém no total de 27%, pelo que o mesmo passará a dispor da totalidade das quotas da sociedade, pretendendo-se saber se esta doação originará a sujeição a IMT.

Como vimos ao longo de todo este contributo, o IMT tributa as transmissões a título oneroso do direito de propriedade ou de figuras parcelares desse direito, sobre bens imóveis sitos no território nacional. Além disso, o legislador prevê ainda no CIMT uma extensão do conceito de transmissão a determinados factos que se assemelham a uma transmissão do direito de propriedade no seu resultado.

No caso em apreço, estamos perante uma doação que, segundo consta no art. 940º do CC<sup>49</sup> é um contrato pelo qual uma pessoa dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito. Assim sendo, não vemos aqui concretizado o carácter oneroso que caracteriza os factos tributários sujeitos a IMT, pelo que é desde logo afastada a possível sujeição a este imposto, não sendo mais necessário analisar os restantes requisitos. Além disso, é importante também referir que, segundo dispõe o art. 1º n.º 3 da alínea c) do CIS, a doação encontra-se consagrada como uma transmissão gratuita sujeita a Imposto do Selo, mesmo que no caso em concreto estejamos perante uma isenção ao abrigo da alínea e) do art. 6º do CIS.

#### **5. O exercício da solicitação e a responsabilidade fiscal**

A introdução do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de julho, no ordenamento jurídico português, instituiu a possibilidade da titulação de atos relativos a imóveis sujeitos a registo através de documento particular autenticado. Assim sendo, e como nos diz Fernanda Pereira, este diploma não se limitou a atribuir novas

<sup>48</sup> Processo: 2018001304 - IVE n.º 14337, com despacho concordante de 28.09.2018, da Diretora de Serviços da DSIMT, por subdelegação da Subdiretora-Geral da Área de Gestão Tributária – Património. (informação vinculativa). Disponível *online* em: [http://www.taxfile.pt/file\\_bank/news4118\\_3\\_1.pdf](http://www.taxfile.pt/file_bank/news4118_3_1.pdf)

<sup>49</sup> Artigo 940.º do CC - (Noção)

1. Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente.

2. Não há doação na renúncia a direitos e no repúdio de herança ou legado, nem tão-pouco nos donativos conformes aos usos sociais.

competências à administração pública, nomeadamente às conservatórias de registo predial, comercial ou civil, atribuindo assim competências aos advogados, solicitadores e câmaras de comércio e indústria<sup>50</sup>. Deste modo, as escrituras públicas passaram a ser facultativas e às entidades referidas anteriormente foi dado o poder de realizar a maior parte dos atos notariais. Segundo consta no art.22º do Decreto-Lei anteriormente referido, sem prejuízo do que a lei dispuser em contrário, passaram a ser válidos, se celebrados por escritura pública ou documento particular autenticado, os seguintes atos:

- a) Os atos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre coisas imóveis;
- b) Os atos de constituição, alteração e distrate de consignação de rendimentos e de fixação ou alteração de prestações mensais de alimentos, quando onerem coisas imóveis;
- c) Os atos de alienação, repúdio e renúncia de herança ou legado, de que façam parte coisas imóveis;
- d) Os atos de constituição e liquidação de sociedades civis, se esta for a forma exigida para a transmissão dos bens com que os sócios entram para a sociedade;
- e) Os atos de constituição e de modificação de hipotecas, a cessão destas ou do grau de prioridade do seu registo e a cessão ou penhor de créditos hipotecários;
- f) As divisões de coisa comum e as partilhas de patrimónios hereditários, societários ou outros patrimónios comuns de que façam parte coisas imóveis;
- g) Todos os demais atos que importem reconhecimento, constituição, aquisição, modificação, divisão ou extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão sobre imóveis, para os quais a lei não preveja forma especial.

Deste modo, podemos dizer que estes são os atos que passaram a estar também na competência dos solicitadores e advogados.

Pela análise dos atos anteriormente descritos, podemos concluir que estamos perante atos sujeitos a registo, de acordo com o Código do Registo Predial, pelo que não bastará a titulação do documento particular, incidindo a principal obrigação do titular, na obrigação de efetuar o registo, ao abrigo do disposto no art. 8º - B do Código do Registo Predial<sup>51</sup>.

Por outro lado, surge uma outra obrigação inerente à titulação, a qual se encontra prevista no art.72º n.º 1 do Código do Registo Predial, o qual nos diz que

---

<sup>50</sup> PEREIRA, F., *A titulação dos negócios – aspetos jurídicos, fiscais e registais*. Porto, Librum Editora, 2019, p. 58.

<sup>51</sup> Artigo 8.º-B do CRP - Sujeitos da obrigação de registar

1 - Salvo o disposto no n.º 3, devem promover o registo dos factos obrigatoriamente a ele sujeitos as entidades que celebrem a escritura pública, autenticuem os documentos particulares ou reconheçam as assinaturas neles apostas ou, quando tais entidades não intervenham, os sujeitos ativos do facto sujeito a registo.

2 - [Revogado].

3 - Estão ainda obrigados a promover o registo:

- a) Os tribunais no que respeita às ações, às decisões e a outros procedimentos e providências ou atos judiciais;
- b) O Ministério Público, no que respeita às apreensões em processo penal que tenha autorizado, ordenado ou validado, e quando, em processo de inventário, for adjudicado a incapaz ou ausente em parte incerta qualquer direito sobre imóveis;
- c) Os agentes de execução, ou o oficial de justiça que realize diligências próprias do agente de execução, quanto ao registo das penhoras, e os administradores judiciais, quanto ao registo da declaração de insolvência.

4 - [Revogado].

5 - A obrigação de pedir o registo cessa no caso de este se mostrar promovido por qualquer outra entidade que tenha legitimidade.

6 - [Revogado].

7 - [Revogado].

“nenhum ato sujeito a encargos de natureza fiscal pode ser definitivamente registado sem que se mostrem pagos ou assegurados os direitos do fisco”.

Surge assim aqui a importância do entendimento claro e objetivo do sistema fiscal, relativamente à incidência dos impostos, no que diz respeito à titulação de atos jurídicos, uma vez que, enquanto titulares, estão sujeitos à obrigação de cooperação na fiscalização do cumprimento de obrigações fiscais.

No âmbito desta obrigatoriedade de cooperação na fiscalização do cumprimento de obrigações fiscais, surge o art. 49º n.º 1 do CIMT que nos diz que “quando seja devido IMT, os notários e outros funcionários ou entidades que desempenhem funções notariais, bem como as entidades e profissionais com competência para autenticar documentos particulares ou reconhecer assinaturas em documentos particulares que titulem atos ou contratos sujeitos a registo predial, não podem lavrar as escrituras, quaisquer outros instrumentos notariais ou documentos particulares ou autenticar documentos particulares que operem transmissões de bens imóveis nem proceder ao reconhecimento de assinaturas nos contratos previstos nas alíneas a) e b) do n.º 3 do artigo 2.º, sem que lhes seja apresentado o extrato da declaração referida no artigo 19.<sup>52</sup> acompanhada do correspondente comprovativo da cobrança, que arquivarão, disso fazendo menção no documento a que respeitam, sempre que a liquidação deva preceder a transmissão.”.

Face ao exposto, e aplicando ao caso em apreço, nomeadamente a tributação das aquisições de partes sociais, a Circular 15/2002 de 28/05 alerta para a necessária menção no título de aquisição das partes sociais de se a sociedade tem imóveis ou não. Assim sendo, os titulares terão de “obter dos interessados a informação correspondente e fazer a respetiva menção no título, de que no património da sociedade não se compreendem bens imóveis, se for o caso ou mandar liquidar o IMT, no caso afirmativo<sup>53</sup>”. Apesar de não existir uma disposição legal que o exija expressamente, alguns autores defendem que é importante constar no título que os outorgantes declararam que não existe imóveis para a responsabilização das partes e para a prova de cumprimento do titular da obrigação de se assegurar da prévia liquidação e pagamento dos impostos, quando devidos<sup>54</sup>.

Deste modo, é extremamente necessária a perfeita compreensão da lei fiscal, de modo a dar cumprimento a todas as obrigações a ela inerentes como profissional de Solicitadoria. Neste ponto assenta uma das razões principais da pertinência deste contributo, uma vez que servirá para um esclarecimento de um dos factos tributários que se encontra sujeito a IMT e que levanta algumas dúvidas na sua tributação, havendo aqui o objetivo de as clarificar.

## **6. Conclusões**

Terminado o nosso contributo, podemos afirmar que a tributação em sede de IMT das aquisições de partes sociais é um facto sujeito a imposto já anterior à sisa, que demonstra uma significativa aplicabilidade, uma vez que as aquisições de

---

<sup>52</sup> Artigo 19.º do CIMT - Iniciativa da liquidação

1 - A liquidação do IMT é de iniciativa dos interessados, para cujo efeito devem apresentar, em qualquer serviço de finanças ou por meios eletrónicos, uma declaração de modelo oficial devidamente preenchida.

2 - A liquidação é promovida oficiosamente pelos serviços de finanças que forem competentes e sempre que os interessados não tomem a iniciativa de o fazer dentro dos prazos legais, bem como quando houver lugar a qualquer liquidação adicional, sem prejuízo dos juros compensatórios a que haja lugar e da penalidade que ao caso couber.

3 - A declaração prevista no n.º 1 deve também ser apresentada, em qualquer serviço de finanças ou por meios eletrónicos, antes do acto ou facto translativo dos bens, nas situações de isenção.

<sup>53</sup> LOPES DE FIGUEIREDO, D. M., *A titulação de Negócios Jurídicos sobre Imóveis*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 348.

<sup>54</sup> SANTOS ROCHA, A. & MARTINS BRÁS, E. J., *Tributação do Património*. Coimbra, Almedina, 2015, p. 367.

partes sociais eram um mecanismo, muito utilizado, de adquirir poderes sobre os imóveis com o intuito de se evitar o pagamento de imposto devido pela transmissão do direito de propriedade.

A inclusão desta norma demonstra o cuidado que o legislador tem em pôr termo a meios que possam originar fraudes e evasão fiscal, demonstrando-se aqui a obrigação do Estado de combater estas ilicitudes, uma vez que as mesmas prejudicam a economia e a vida em sociedade. Aliás, no CIMT está bem presente a pretensão de o fazer, uma vez que, para além da aquisição de partes sociais, são ficcionados muitos outros factos com este mesmo objetivo de evitar que se detenham poderes sobre imóveis, sem pagamento de imposto.

Podemos afirmar que o legislador demonstrou com a reforma da tributação do património o objetivo de colocar um fim a possíveis lacunas legais, sempre com o foco principal de combater a fraude e a evasão fiscal.

No entanto, concluímos que até 2020 havia uma falha neste combate à evasão fiscal pela exclusão das sociedades anónimas da respetiva aplicação da norma, pelo que ainda existia uma possibilidade de contornar os impostos devidos quando se trata deste tipo societário. Esta falta de aplicabilidade viu o seu fim com a aprovação do Orçamento do Estado para 2021, que propôs uma nova sujeição a IMT a estas sociedades. Em nosso parecer, esta é uma norma bem pretendida uma vez que, se o principal objetivo é contornar situações de evasão fiscal, não deverá ocorrer a exclusão das sociedades anónimas desta norma, pois uma situação que se verificava recorrentemente era a conversão de uma sociedade por quotas em sociedade anónima, traduzindo-se num método de contorno do imposto.

Além do mais, através do presente estudo, foi-nos possível assimilar a importância do entendimento claro e objetivo dos factos que se encontram sujeitos a IMT, no que diz respeito à titulação de atos jurídicos, uma vez que, no exercício da solicitadoria, como titulares, os solicitadores se encontram sujeitos à obrigação de cooperação na fiscalização do cumprimento de obrigações fiscais.

Face ao exposto, foram analisados vários aspetos relativos ao sistema fiscal português, em específico, do IMT, tendo assim sido possível abordar várias questões que estão associadas à tributação das aquisições de partes sociais em sede de IMT, contribuindo ainda para o enriquecimento desta matéria.

Em suma, a tributação das aquisições de partes sociais é um facto sujeito a tributação em sede de IMT à qual se deverá dar a máxima importância, uma vez que é o espelho do esforço em eliminar as injustiças e reforçar a equidade, sendo assim preservado o tão importante princípio da igualdade previsto na Constituição da República Portuguesa.

### Referências bibliográficas

- AMORIM, J. C. & ANJOS AZEVEDO, P. *"Lições de Direito Fiscal"*, Primeira Edição, 2020.
- AMORIM, J. C. & ANJOS AZEVEDO, P. *"Manual de Procedimento e Processo Tributário"*, Vila Nova de Gaia, Calendário de Letras, 2018.
- ANJOS AZEVEDO, P. & MAGALHÃES, P.S. "As Procurações Irrevogáveis como facto gerador de IMT", 2018. Disponível online em: [https://www.informador.pt/artigos/F1FC.0151/As-Procura%C3%A7%C3%B5es-Irrevog%C3%A1veis-como-facto-gerador-de-IMT#fn728\\_2](https://www.informador.pt/artigos/F1FC.0151/As-Procura%C3%A7%C3%B5es-Irrevog%C3%A1veis-como-facto-gerador-de-IMT#fn728_2)
- ARAÚJO CORREIA, R. "A transformação de uma sociedade anónima detentora de imóveis em sociedade por quotas constitui um facto tributário sujeito a IMT?", 2021. Disponível online em: <https://informador.pt/artigo/a-transformacao-de-uma-sociedade-anonima-detentora-de-imoveis-em-sociedade-por-quotas-constitui-um-facto-tributario-sujeito-a-imt/>
- CASALTA NABAIS, J. *"Direito Fiscal"*, Coimbra, Almedina, 2017.

- COUTINHO DE ABREU, J. M. *"Curso de Direito Comercial", Vol. II, Das Sociedades*. Coimbra, Almedina, 2009.
- FERNANDES FERREIRA, R. *"O.E. 2021: Propostas fiscais"*, 2020. Disponível *online* em: <https://www.informador.pt/artigos/F192.0155/O-E-2021-Propostas-fiscais>.
- FERNANDES PIRES, J. M. *"Lições de Impostos sobre o Património e do Selo"* Coimbra, Almedina, 2013.
- LOPES DE FIGUEIREDO, D. M. *"A titulação de Negócios Jurídicos sobre Imóveis"*, Coimbra, Almedina, 2015.
- MATIAS, H. *"Imóveis: as razões para o diferente tratamento entre Lda e SA"*, 2018. Disponível *online* em: <https://easytax.jornaleconomico.pt/imoveis-as-razoes-para-o-diferente-tratamento-entre-lda-e-sa>.
- MOREIRA GUERREIRO, A. C. *"A sisa e as aquisições de quotas ou partes sociais nas sociedades comerciais"*, *Revista de Contabilidade e Comércio*. Vol. XXVII, n.º 110, 1960.
- PALMA BORGES, R. *"A transmissão de quotas em sociedades imobiliárias e o IMT"*, 2017. Disponível *online* em: <https://outofthebox.pt/a-transmissao-de-quotas-em-sociedades-imobiliarias-e-o-imt/>
- PEREIRA, F. *"A titulação dos negócios – aspetos jurídicos, fiscais e registais"*, Porto, Librum Editora, 2019.
- ROSA, T. *"IMT na aquisição de partes sociais de sociedades anónimas"*, 2020. Disponível *online* em: <https://jornaleconomico.sapo.pt/noticias/imt-na-aquisicao-de-partes-sociais-de-sociedades-anonimas-663300>
- SANTOS ROCHA, A. & MARTINS BRÁS, E. J. *"Tributação do Património"*, Coimbra, Almedina, 2015.

## **El sentido de las generaciones de derechos humanos** *The meaning of the generations of human rights*

**Laura Miraut Martín<sup>1</sup>**

*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

**Sumario:** 1. El planteamiento generacional de los derechos humanos. 2. Las versiones de la concepción generacional de los derechos humanos. 3. La clave del valor que representa a la nueva generación de derechos. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

**Resumen:** El reconocimiento de los derechos humanos conlleva considerar la evolución que en su caracterización han sufrido a lo largo de la historia, vinculados a un proceso generacional que permite apreciar cómo, aun partiendo de la consideración comúnmente aceptada de poseer todos ellos un sustrato ligado al concepto de dignidad de la persona, han sido dotados de diferentes contenidos y de diferente estructura en las distintas fases históricas. De modo que el planteamiento generacional de los derechos humanos implica reconocer la existencia de una historia previa en la que se han identificado diversas categorías de derechos que se podrían ver incrementadas en función de la aparición de nuevas sensibilidades y nuevos escenarios sociales, aunque la consideración a los valores que sirven de fundamento a esos derechos vaya en detrimento de los resultados a que conduce la interpretación estrictamente historicista del problema. Todo dependerá del punto de vista que se adopte al respecto.

**Palabras clave:** derechos humanos, teoría generacional, positivación, valores, historicismo.

**Abstract:** The recognition of human rights entails considering the evolution that they have undergone in their characterization throughout history, linked to a generational process that makes it possible to appreciate how, even starting from the commonly accepted consideration that they all possess a substrate linked to the concept of the dignity of the person, they have been endowed with different contents and different structures in the different historical phases. Thus, the generational approach to human rights implies recognizing the existence of a prior history in which various categories of rights have been identified, which could be augmented according to the emergence of new sensibilities and new social scenarios, even if consideration of the values that underlie these rights is detrimental to the results that the strictly historicist interpretation of the problem leads to. Everything will depend on the point of view adopted in this respect.

---

<sup>1</sup> Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

**Keywords:** human rights, generational theory, positivisation, values, historicism.

## **1. El planteamiento generacional de los derechos humanos**

La teoría generacional de los derechos humanos parte de una caracterización flexible de los mismos. Estos no son una realidad única, inmutable que se da de una vez por todas, son más bien una realidad adaptada a las exigencias de cada momento histórico<sup>2</sup>. Pero los derechos suponen también una teorización, una reflexión que se presenta con unas claves teóricas concretas en un momento determinado. Las acciones contrastantes con las exigencias de la dignidad humana no se producen de repente en el siglo XVIII, se han producido siempre y siempre han motivado también reacciones ante la declaración de su injusticia flagrante y su inhumanidad. Sin embargo, esas reacciones no partían de una concepción estricta de los derechos humanos. La misma surge solo en el siglo XVIII por obra de los autores iusnaturalistas racionalistas que proclaman la existencia de una serie de derechos que corresponden a los hombres en el estado de naturaleza por el solo hecho de compartir su condición humana. La referencia a la dignidad propia de cada ser humano les da a estos derechos toda su fuerza y legitimidad<sup>3</sup>. La idea es que si todos los seres humanos tienen una misma naturaleza y dignidad a todos les corresponden unos mismos derechos sea cual sea el momento histórico y el lugar en el que viven.

La positivación de esos derechos en las Declaraciones de fundamentación iusnaturalista, en particular la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y la Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, reafirmaban la idea, eran la consagración normativa de derechos que se entendía que eran para todos y para siempre. Los derechos humanos se presentaban como un concepto sólido, absoluto e inmutable que no permitía representar la idea de un proceso generacional de los mismos. Sin embargo, esa idea del proceso generacional está presente entre los teóricos de los derechos humanos que han podido ver que en distintas épocas históricas los derechos humanos han adquirido una imagen también distinta, y que tampoco todos los derechos tienen una estructura común, acentuándose en mayor medida unos u otros derechos en las

---

<sup>2</sup> En palabras de PÉREZ LUÑO, A. E., "Introducción", en PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 13: "Las circunstancias jurídico-políticas y la propia evolución cultural, que han caracterizado el sucesivo devenir de los derechos y libertades desde la época moderna hasta el presente, han determinado una decantación del enfoque de los derechos humanos. Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados *sub specie aeternitatis*, hoy no pueden dejar de ser concebidos *sub specie historiae*".

<sup>3</sup> ARA PINILLA, I., "La autocomplacencia estética de la cultura jurídica", en SÁNCHEZ BRAVO, A. (dir.), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, págs. 285 y ss., ha señalado el carácter expansivo de esta versión que hace que aún hoy sea concebida como una explicación convincente incluso por muchos juristas que no comparten la concepción iusnaturalista.



distintas fases históricas. Los derechos representan así una "clase variable"<sup>4</sup> tanto en su contenido como en su estructura.

Los derechos de libertad que reclaman una mera abstención por parte de los demás ante el disfrute de su titular, derechos que se expresan en el Estado liberal, mostrarán pronto su incapacidad para llenar las exigencias de la dignidad humana. Se hace presente la necesidad de complementarlos con otros derechos que reclamaban una acción positiva por parte del Estado dirigida a satisfacer las exigencias más de supervivencia de los seres humanos, la vivienda, la asistencia sanitaria, la instrucción... Había ahí, una clara línea evolutiva de los derechos y un reconocimiento expreso de que no todos los derechos tenían una misma estructura.

Esa línea evolutiva parecía que quedaba cerrada con la aprobación por parte de la Organización de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, un texto que reunía derechos de estructura diferente concebidos en momentos distintos, y que para muchos vino a marcar una especie de fin de la historia de los derechos humanos. El tiempo transcurrido desde 1948 hasta hoy ha sido muy complejo, han aparecido amenazas para la integridad de los individuos que no se podían imaginar con la mentalidad de la primera mitad del siglo XX, se ha acentuado también una sensibilidad distinta frente a situaciones que en otro tiempo no provocaban discusión, se ha tomado también conciencia de las desigualdades de los seres humanos en el reconocimiento legal de sus derechos e incluso en el acceso real a derechos que sin embargo eran reconocidos a todos con carácter general<sup>5</sup>.

Vivimos un tiempo de ebullición en la teoría de los derechos humanos en el que hay muy pocas certezas con respecto a la categorización de unas y otras aspiraciones humanas como derechos. Pero existe desde luego la idea del carácter evolutivo de los mismos. Más allá de los derechos civiles, políticos y sociales, aparecen aspiraciones discutibles en su consideración como derechos, pero ante las que no cabe contraponer el carácter inmutable de los derechos primitivos de inspiración racionalista, porque la propia Declaración Universal es expresión de un mixto de derechos de omisión y de prestación que recoge aspiraciones distintamente sentidas en los diversos momentos hasta entonces.

La idea de que podamos estar ante derechos nuevos no reconocidos, ni siquiera mentalmente representados, hasta 1948 ve la puerta entreabierta para el reconocimiento tácito del carácter histórico de los derechos humanos que supone la propia Declaración Universal. Carácter histórico que tampoco parecen poner en discusión quienes mantienen una

---

<sup>4</sup> BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991, pág. 56.

<sup>5</sup> Un balance general a este respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos en MARTÍNEZ MORÁN, N. (Editor), *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999.

visión escéptica con respecto a los nuevos derechos<sup>6</sup>, porque la necesidad de reforzar la intensidad de los derechos preservando un núcleo duro y exiguo de los mismos no está tampoco reñida con la integración en ese núcleo duro de los derechos de prestación, de escasa presencia en la teorización del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII.

Puede decirse que no está claro en qué fase de la historia de los derechos humanos nos encontramos, pero sí está claro que hay una historia de los derechos humanos. Y eso abre la puerta a una evolución del estadio alcanzado con el reconocimiento conjunto de los derechos de omisión y de prestación en las teorizaciones y declaraciones normativas típicas del Estado social. En todo caso ya el solo reconocimiento de los derechos de omisión y de los derechos prestacionales por otro, es expresivo de un proceso generacional de los derechos<sup>7</sup> que algunos consideran ciertamente inacabado.

El planteamiento de si estamos o no ante una nueva generación de los derechos humanos encuentra un problema previo en la identificación de las generaciones que componen el proceso anterior. A ello se suma que no todos los autores tienen una visión idéntica acerca de cuáles son esos hipotéticos derechos de nueva generación. La cuestión es si no existirá un trasfondo teórico diferente entre estos autores a la hora de dar sentido al propio reconocimiento de las generaciones de los derechos humanos.

---

<sup>6</sup> El planteamiento escéptico con respecto a los nuevos derechos presenta distintas versiones. DELGADO PINTO, J., "Los derechos humanos entre la ética, el poder y el derecho: derechos humanos y Constitución", en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL ALCALÁ, J. A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 101, fundamenta su discutible calificación como derechos humanos en el hecho de que "no solo no están reconocidos como tales derechos en las constituciones, sino que las circunstancias históricas tampoco permiten prever que lleguen a estarlo en un futuro previsible". En un sentido diferente LAPORTA, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", en *DOXA*, 4, 1987, pág. 23, basa su escepticismo en la necesidad de preservar el sentido preciso de los derechos humanos para que éstos cumplan su función fundamental frente a la multiplicación de su número que supone el planteamiento de derechos de última generación: "Cuanto más se multiplique la nómina de los derechos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanta más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de los derechos que los justifica adecuadamente".

<sup>7</sup> La identificación nítida de los derechos de cada generación como derechos de omisión o de prestación es, de todos modos, muy discutible. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I., (editores), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2009, ha señalado que ya se producen manifestaciones, incluso normativas, de algunos derechos sociales en la época histórica vinculada con los derechos de primera generación (pág. 152) y que además una interpretación extensiva de lo que significa derechos de prestación llevaría a entender que todos los derechos son derechos de prestación porque en su propio concepto exigen que el Estado realice en relación con ellos la labor prestacional de reconocerlos constitucionalmente y llevar a cabo su desarrollo legislativo (págs. 158-159). Y, por otro lado, como dice MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Los derechos sociales: unos derechos controvertidos", en ese mismo volumen, pág. 97, "aun reconociendo que el carácter prestacional sea el elemento más visible de los derechos sociales, también es posible descubrir que estos derechos generan obligaciones de no hacer".

## 2.- LAS VERSIONES DE LA CONCEPCIÓN GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El planteamiento generacional de los derechos humanos supone reconocer la existencia de una historia previa en la que se han identificado al menos tres categorías de derechos: los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos sociales, económicos y culturales. Así los nuevos derechos vendrían a representar una nueva categoría de carácter distinto a los derechos de las tres anteriores. Es un planteamiento que muchos consideran limitado en el sentido de que se suele sostener primordialmente "a efectos pedagógicos"<sup>8</sup>, como una especie de "guía de lectura e interpretación del curso histórico de los derechos"<sup>9</sup>, sin que falten tampoco quienes lo entienden cargado de un efecto ideológico negativo en el sentido de ocultar la realidad de los hechos sociales y de la complejidad de los procesos históricos que están detrás de la configuración misma de los derechos humanos<sup>10</sup>.

El seguimiento de este planteamiento llevaría a hablar entonces de derechos de cuarta generación: los derechos civiles constituirían la primera, los derechos políticos la segunda y los derechos sociales, económicos y culturales la tercera. Las tres categorías de derechos indicadas resultan en general admitidas en la filosofía generacional de los derechos humanos, si bien no existe un acuerdo a la hora de entender a los derechos civiles y a los derechos políticos como integrantes de dos generaciones diferentes.

Muchos definen a los derechos civiles y a los derechos políticos como derechos de primera generación. Ello llevaría a plantear el problema de los nuevos derechos como derechos de tercera generación, subsiguientes a la generación de los derechos sociales, económicos y culturales. Una primera discrepancia tiene que ver por tanto con la identificación de cada uno de los derechos clásicos, o sea civiles, políticos y sociales, como perteneciente a una u otra generación. La otra discrepancia tiene que ver con los derechos nuevos que supuestamente podrían integrar esa última generación de derechos.

La adscripción de los derechos civiles y políticos a generaciones diferentes con la consecuencia de trasladar los derechos sociales,

---

<sup>8</sup> BONDÍA GARCÍA, D., "La revolución de los derechos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico", en REVENGA SÁNCHEZ, M., CUENCA GOMEZ, P., *El tiempo de los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 173.

<sup>9</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", cit., pág. 151.

<sup>10</sup> BONDÍA GARCÍA, D., "La revolución de los derechos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico", cit., pág. 174: "La visión de los derechos humanos como derechos de primera, segunda y tercera generación sirve para reforzar un imaginario excesivamente eurocéntrico y lineal que, aunque posee sus virtualidades y elementos positivos, acaba por implantar una cultura excesivamente neutra y circunscrita a una única forma hegemónica de ser humano: la propia desarrollada por occidente en su trayectoria y versión de la modernidad burguesa y liberal. Hay algo en esta visión generacional que no recoge realmente la riqueza y pluralidad de hechos sociales que, por distintas razones o bien son refutados o incorporados al *ethos* social occidental, o bien son silenciados, rechazados o invisibilizados".

económicos y culturales a la tercera generación y plantear el debate actual como el de la posible identificación de una cuarta generación de derechos humanos es la posición que defiende entre otros Gregorio Peces Barba. Él es escéptico con respecto a la consideración de la historia de los derechos humanos en términos de generaciones por el peligro que puede plantear el entendimiento de cada generación como sustitución en bloque de los derechos que configuraban la generación anterior<sup>11</sup>. Pero tiene muy claro que si se acepta la visión generacional hay que considerar a los derechos nuevos como derechos de cuarta generación al entender que las tres generaciones anteriores vendrían determinadas por las aportaciones liberal, democrática y socialista respectivamente<sup>12</sup>. A su vez, Benito de Castro apunta la cuestión de si deben considerarse los derechos nuevos como derechos de tercera o cuarta generación, cuestión que aparentemente deja planteada<sup>13</sup>. Pero su identificación, aunque solo sea a efectos de una descripción inicial, de los derechos económicos, sociales, y culturales como derechos de segunda generación<sup>14</sup> hace ver que la alusión a los derechos de cuarta generación es más el apunte de un problema teórico que una posición radicalmente asumida por su parte.

La configuración de los nuevos derechos como derechos de cuarta generación encuentra un fundamento muy argumentado en la teorización de María Eugenia Rodríguez Palop, quien basa su distinción generacional de los derechos civiles y de los derechos políticos en una consideración histórica de la presentación de los derechos que trata de compaginarse con las exigencias que impone su justificación, fundamento y características<sup>15</sup>. Y es esa consideración de exigencias analíticas e históricas la que le lleva a entender que los derechos políticos integran una generación posterior a la de los derechos civiles<sup>16</sup>.

La mayoría de los autores prefieren sin embargo reconocer a los derechos nuevos como derechos de tercera generación, asumiendo expresa o implícitamente la agrupación de los derechos civiles y de los derechos políticos en una única generación, así, Antonio Enrique Pérez Luño<sup>17</sup>,

---

<sup>11</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 122.

<sup>12</sup> *Ibidem*, pág. 123.

<sup>13</sup> Así cuando dice del derecho al medio ambiente adecuado que "es asimismo uno de los derechos de tercera o cuarta generación". DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, León, 1993, pág. 136, en nota 6.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pág. 24.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 37.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pág. 73: "Dado que los derechos de cada generación gozan de unos rasgos y de una naturaleza similar, al menos en lo que se refiere a sus titulares, su objeto y el grado de pretensión jurídica que reciben, en principio, no podría considerarse justificada la agrupación de los derechos civiles y políticos en una única generación".

<sup>17</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, cit., que comprende varios trabajos del autor sobre el tema.

Ignacio Ara Pinilla<sup>18</sup>, José Martínez de Pisón<sup>19</sup>, Narciso Martínez Morán<sup>20</sup> o Iñigo de Miguel Beriaín<sup>21</sup>, entre otros. Hay que tener en cuenta que esta postura mayoritaria lo que hace es seguir la denominación original de quienes vieron que en los tiempos modernos, a partir de la segunda mitad del siglo XX, unos derechos de naturaleza y fundamento original venían a complementar el estadio alcanzado con la fusión entre los derechos civiles y políticos por un lado y los derechos económicos, sociales y culturales por otro<sup>22</sup>. En este sentido la identificación de estos derechos como derechos de cuarta generación vendría a suponer una respuesta crítica a una posición de la que sin embargo se aceptaba su fundamento historicista que permitía la estratificación de diferentes generaciones de derechos.

Creemos que la clave está en determinar qué es lo que permite que se pueda hablar de la existencia de una concreta generación de derechos. La síntesis de elementos históricos y analíticos que propone María Eugenia Rodríguez Palop parece una buena opción más por lo que tiene de consideración de las limitaciones intrínsecas de cada uno de estos elementos que por lo que puede suponer de solución final. Efectivamente, el término generación provoca una primera impresión de imagen evolutiva, de reconocimiento de que se trata de derechos agrupados en un determinado lapso temporal. Un agrupamiento que no siempre se refiere a su origen, al menos al origen de su positivación normativa a nivel declarativo o constitucional. Se refiere sobre todo a la mayor incidencia que tales derechos tienen en ese espacio temporal.

Pero está claro que la idea de generación de derechos no se limita exclusivamente a esa dimensión histórica. Basta considerar al respecto la propia dificultad de ubicar un momento concreto de coincidencia de esos supuestos derechos que pudiera justificar la identificación de una concreta generación. Cada derecho tiene su propia historia como respuesta a las necesidades y sensibilidades sociales. Esto llevaría a una consideración

---

<sup>18</sup> ARA PINILLA, I., "Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática", en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos (a cargo de G. Peces Barba)*, Debate, Madrid, 1989, págs. 57 y ss., y *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 112 y ss.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., PRIETO SANCHÍS, L. (coordinadores), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 409 y ss. Este autor destaca en todo caso que "ya se llama los derechos de la cuarta generación" a "los derechos vinculados al progreso tecnológico que afectan sobre todo a cuestiones relacionadas con la bioética - eutanasia, aborto, etc... - y los tratamientos genéticos" (pág. 411).

<sup>20</sup> MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", en HERMIDA, C., SANTOS, J. A., *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015, págs. 1103 y ss.

<sup>21</sup> DE MIGUEL BERIAÍN, I., "Los derechos de solidaridad", en DE CASTRO CID, B., *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003, págs. 309 y ss.

<sup>22</sup> Se sitúa en general a VASAK, K., *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1979.

absolutamente abierta del proceso generacional en el que cabría un número impreciso e indefinido de generaciones de derechos<sup>23</sup>.

Se requiere, por lo tanto, que haya algún elemento más de carácter no estrictamente evolutivo que permita integrar a los derechos en un grupo común de derechos diferenciado de los derechos de las otras generaciones. Ese elemento identificativo es el que en general permite a quienes plantean el problema de los nuevos derechos en términos de derechos de cuarta generación diferenciar a ese respecto a los derechos civiles de los derechos políticos como derechos pertenecientes a generaciones distintas.

El elemento identificativo puede ser muy diferente, puede referirse a la titularidad, a la estructura de los derechos, al tipo de obligaciones que conlleva por parte de los demás, a su origen, a su fundamento, etc... Una vez aceptada la existencia de los derechos civiles, de los derechos políticos y de los derechos sociales, aun cuando esa identificación no suponga necesariamente la adscripción de cada una de las categorías en una única generación, la consideración de los elementos identificadores de cada una de las categorías tiene un carácter inevitablemente retrospectivo. Y en esa retrospectión la titularidad no dice mucho porque cada uno de los derechos citados se entiende que corresponde al individuo en sí<sup>24</sup>. Lo mismo sucede en el caso de la estructura de los derechos, porque las obligaciones que imponen los derechos tienen siempre un carácter universal, todos tenemos la obligación de respetar las obligaciones que impone el disfrute de los derechos civiles, políticos y sociales por parte de sus titulares. Aun cuando alguno de estos derechos imponga obligaciones especiales a los poderes públicos, todos tenemos al menos la obligación de no interferir el disfrute de las facultades inherentes al derecho de que se trate por parte de su titular. El tipo de obligaciones que impone cada derecho no es tampoco especialmente explicativo porque, aunque prevalece evidentemente la dimensión prestacional en el caso de los derechos sociales, los elementos de carácter omisivo y prestacional se presentan en mayor o menor medida mezclados en las generaciones de derechos reconocidas hasta el presente.

Creemos que nos va a permitir alumbrar más luz sobre el problema la consideración del origen y del fundamento de los derechos porque son estas las ideas que en mayor medida nos permiten identificar cuáles son los derechos que integran cada una de las generaciones. El tema se contempla de mejor manera si tomamos en consideración a los nuevos derechos humanos, precisamente porque en ellos está por determinar su propia integración en el ámbito de los derechos, con el reconocimiento posible de que nos encontremos ante una nueva generación de derechos.

---

<sup>23</sup> Tiene en este punto razón MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 410-411, al decir: "Las generaciones de derechos pueden ser infinitas si no hay algún tipo de control o supervisión. Tan solo bastaría con que surgieran nuevos intereses para que pudiera esgrimirse el nacimiento de un nuevo derecho".

<sup>24</sup> La idea de los derechos sociales toma en consideración al hombre situado en una circunstancia concreta pero ello no impide que su titularidad sea universal como la de los demás derechos. Igualmente, la consideración de los derechos políticos no puede olvidar que en ocasiones estos resultan limitados por razón de ciudadanía. Pero eso no impide que, al menos en su consideración ideal, los derechos políticos han de ser reconocidos como derechos de carácter universal.

### 3.- LA CLAVE DEL VALOR QUE REPRESENTA A LA NUEVA GENERACIÓN DE DERECHOS

Hay un acuerdo general a la hora de considerar a la revolución tecnológica que caracteriza a nuestra época como un factor decisivo para la aparición de los nuevos derechos. Todos los autores, con independencia de que definan a los nuevos derechos como derechos de tercera o de cuarta generación, señalan la importancia que tiene la revolución tecnológica en este punto. Igualmente se incide en la idea de la aparición de una sensibilidad medioambiental vinculada en general con la crisis ecológica o con la desaparición del modelo consumista a que llevaba una interpretación restrictiva de la idea de bienestar humano<sup>25</sup>. Son circunstancias variadas<sup>26</sup>, difícilmente reconducibles a un punto común, que forman el marco originario de los nuevos derechos.

La mayor o menor incidencia que cada autor pone en cada una de estas circunstancias originarias condiciona la posición que cada uno tiene en relación a cuáles son los derechos que pueden encuadrarse en esa supuesta nueva generación. Eso es lógico porque los nuevos derechos vendrían a suponer la respuesta axiológica a los retos que para la dignidad humana suponen las circunstancias de nuestro tiempo, unos retos que evidentemente no existían ni podían existir cuando las circunstancias eran otras. En general se coincide con más o menos matices en considerar como derechos de tercera generación al derecho a la paz, al derecho al medio ambiente sano y a los derechos derivados del avance tecnológico de la sociedad con sus variantes relativas a la biomedicina y a la libertad informática<sup>27</sup>, planteándose también en ocasiones el derecho al desarrollo de los pueblos, derecho que representa una problemática particular<sup>28</sup>. Pero la propia dispersión de las circunstancias que condicionan su origen y la mayor o menor importancia que cada autor da a cada una de ellas convierte

---

<sup>25</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de derechos humanos", en PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, cit., págs. 25 y ss.; ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., págs. 122 y ss.; RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, cit., págs. 76-77.

<sup>26</sup> MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", cit., págs. 106-107, comprende en esa variedad las siguientes circunstancias: "el desarrollo e incidencia de las nuevas tecnologías", "las transformaciones del modelo clásico de Estado", "la crisis del Estado del bienestar con la consiguiente crisis de los derechos sociales", "el fracaso de las garantías de los derechos de segunda generación", "la explosión del movimiento descolonizador", "la persistencia de algunas desigualdades tradicionales por razón de étnia o género, no superadas a pesar de las leyes".

<sup>27</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 28 y ss.; MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", cit., págs. 1117 y ss.; RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, cit., págs. 93 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 428 y ss.

<sup>28</sup> Representa una problemática particular porque no toma ya directamente al individuo como titular de los mismos sino que parece tomar como titular del derecho al pueblo como colectividad.

a ese catálogo de derechos en un catálogo abierto en el que pueden caber aspiraciones muy diversas<sup>29</sup>.

Una consideración particular merece el intento de ubicar dentro de los derechos de tercera generación, junto a los derechos referidos, a las exigencias de realización de los viejos derechos sociales en el caso de los colectivos tradicionalmente discriminados al respecto. Se trataría con ello de destacar que ese mismo acuerdo que se da a la hora de identificar nuevas amenazas para la dignidad humana en el desarrollo económico y tecnológico de nuestro tiempo se da o debería darse también a la hora de reconocer que por su condición de pertenencia a un grupo específico de ciudadanos, hay individuos que, aun teniendo formalmente reconocidos ciertos derechos en condiciones de igualdad respecto a los demás, sin embargo se ven siempre discriminados en el terreno del disfrute y realización del derecho de que se trata.

La denominación de derechos cotidianos ha referido esa circunstancia, derechos reconocidos pero que en la vida real, en lo cotidiano, no alcanzan a todos los individuos. Su consideración como derechos de la tercera generación no excluye desde luego la de los derechos que tradicionalmente se incluyen en la categoría. Habría en este sentido dos tipos de derechos de tercera generación, los derechos específicamente nuevos que responden a los desafíos de la evolución de nuestro tiempo, y las exigencias de realización para todos los individuos de los derechos de los que quedan excluidos de hecho ciertos colectivos. En este sentido los derechos de tercera generación comprenderían dos tipos distintos: los derechos difusos, que serían los derechos nuevos en sentido estricto, y los derechos cotidianos<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de derechos humanos", cit., pág. 33, habla en este punto de los nuevos derechos como un catálogo de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona. Algunos como MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 432-433, abren ese catálogo de derechos humanos de tercera generación incluso a los derechos de las generaciones futuras.

<sup>30</sup> Tomamos la denominación de ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pág. 139, quien diferencia a los derechos cotidianos de los derechos difusos así: "Mientras éstos se constituyen como prerrogativas nuevas, como reivindicaciones que suponen una determinada progresión en el desarrollo de la teoría de los derechos humanos sobre la base de una mutación de las circunstancias sociales y del sistema axiológico vigente, la aparición de los denominados derechos cotidianos comporta, por el contrario, una exigencia efectiva de realización, junto a los nuevos derechos difusos, de los viejos derechos sociales, evitando, sin embargo, el paternalismo de fórmulas vagas como las denominadas políticas sociales para exigir ahora la determinación de los individuos como auténticos interlocutores a los que les corresponde una función directamente de decisión". La terminología derechos cotidianos la utiliza en un sentido distinto MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", cit., pág. 426, para referirse a "la variopinta multiplicidad de exigencias que surgen en las sociedades opulentas y que constituyen la mayoría de las reivindicaciones sociales actuales". Dice que: "Son derechos cotidianos porque surgen directamente de las necesidades cotidianas que tienen los individuos de las sociedades desarrolladas. Estos derechos remiten a la diversidad de necesidades concretas de los ciudadanos que se ven redefinidas y modificadas en el día a día hasta el punto que una reivindicación puede tener un objeto y ser la misma o distinta según la persona o en el momento en el que lo reivindica"



La integración de estos derechos cotidianos en la nueva generación de derechos humanos se ha criticado por el hecho de que parecería atender sólo a la perspectiva histórica. Estaría resaltando la consideración temporal de su presentación olvidando la exigencia de uniformidad en sus caracteres específicos<sup>31</sup>. Es decir, se estaría privilegiando el elemento histórico frente al elemento analítico o conceptual que sería, más allá de su presentación en un momento concreto de la historia, el elemento verdaderamente decisivo para poder componer una categoría homogénea de derechos que permitiese hablar de una nueva generación. No falta tampoco quien al aludir a ellos como derechos cotidianos ve "más adecuado" integrarlos en el ámbito de los derechos sociales<sup>32</sup>.

Al integrar a los derechos cotidianos se está ciertamente proponiendo hacer entrar en la categoría de los derechos de tercera generación a derechos de naturaleza diferente, derechos nuevos en sentido estricto frente a nuevas exigencias de realización de derechos ya reconocidos con carácter general. Por otro lado, si lo que se quiere poner de relieve es estrictamente su consideración temporal como aspiraciones específicas de un momento determinado tampoco podría llamárseles derechos de tercera generación porque la atención exclusiva al elemento histórico llevaría a distinguir a los derechos civiles y los derechos políticos como derechos integrantes de dos generaciones diferentes. Pero todo depende de lo que se quiera destacar.

Creemos que la consideración unitaria de los derechos civiles y de los derechos políticos de un lado, y de los derechos difusos y cotidianos de otro, solo tiene cabida en una vinculación de los derechos de cada una de las generaciones con un valor concreto que les proporcionaría su auténtica marca identificativa. La libertad sería el valor que permitiría identificar a los derechos civiles y a los derechos políticos como derechos de primera generación, la igualdad el que permitiría identificar a los derechos sociales como derechos de segunda generación, y la solidaridad el que permitiría identificar a los derechos difusos y a los derechos cotidianos como derechos de tercera generación.

---

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, cit., pág. 93: "Si se adoptara un punto de vista estrictamente histórico, los derechos de la cuarta generación, habrían de agrupar a los denominados derechos de la sociedad tecnológica y también a los denominados derechos cotidianos, pues todos ellos han visto la luz en el mismo contexto. Sin embargo, teniendo en cuenta el significado que en este libro he otorgado a la expresión generaciones de derechos, creo que ambas categorías han de ser excluidas si se pretende configurar el elenco de las nuevas reivindicaciones".

<sup>32</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 33-34, quien a diferencia de la concepción tradicional de los derechos de cuarta generación que ve en la distinción generacional entre los derechos civiles y los derechos políticos la razón que algunos tienen para identificar a los nuevos derechos como derechos de cuarta generación, entiende que esa razón radica en la consideración de esos derechos de los colectivos tradicionalmente discriminados como derechos de la tercera generación.

En realidad, una visión más completa llevaría a entender que todos los derechos son derechos de libertad, y que solo la libertad formal podría oponerse a la igualdad. Los derechos sociales supondrían una evolución de la libertad real frente a la libertad negativa o libertad como no interferencia que presidiría a los derechos sociales, y la libertad positiva o libertad de participación que presidiría a los derechos políticos<sup>33</sup>. Su vinculación con el valor de la igualdad lo es en el sentido de que sitúa a todos los individuos en condiciones más igualitarias para poder disfrutar de los derechos civiles y políticos garantizando una libertad más real, más allá de lo que puedan suponer la libertad negativa y la libertad positiva.

Habría que ver entonces si la solidaridad puede considerarse como valor específico de los derechos nuevos, bien sea en su versión como derechos difusos o en su versión integradora de los derechos difusos y de los derechos cotidianos. Y si, así entendida, puede considerarse que cumple alguna función de profundización en el valor que representa la libertad. Si esas dos condiciones se dan podría hablarse de una tercera generación de derechos humanos desde la perspectiva axiológica, desvinculada en gran medida de la perspectiva histórica que llevaría a identificar a los nuevos derechos como derechos de cuarta generación, al concebir a los derechos civiles y a los derechos políticos como derechos integrantes de generaciones diferentes.

La solidaridad es un concepto ambiguo que puede ser proyectado en ámbitos diferentes y desde distintas perspectivas<sup>34</sup>. Su mención supone la existencia de deberes vinculantes para quienes están llamados a ser solidarios<sup>35</sup>. En las circunstancias de desafío a la dignidad humana que explican la aparición de esas nuevas aspiraciones humanas que algunos quieren reconocer como derechos, el principio de solidaridad reclamaría de todos una actitud común para poder garantizar el cumplimiento de esos supuestos derechos. Eso tiene sentido precisamente porque todos estamos directamente afectados por los riesgos señalados<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> DE ASÍS ROIG, R., "La igualdad en el discurso de los derechos", en LÓPEZ GARCÍA, J. A. y DEL REAL ALCALÁ, J. A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, cit., págs. 151-152.

<sup>34</sup> DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.

<sup>35</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 179, distingue a la solidaridad en este punto porque "a diferencia de los demás valores que fundamentan directamente derechos, la solidaridad lo hace indirectamente por el intermedio de los derechos".

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, cit., pág. 326, identifica esa vinculación peculiar de los nuevos derechos con el valor de la solidaridad en lo que supone de protección de intereses colectivos y satisfacción de necesidades generalizables, en los problemas planetarios a que se vinculan y en la estrategia global que requiere su consagración por el derecho y la política. PÉREZ LUÑO, A. E., "Las generaciones de derechos humanos", cit., págs. 34-35, explica la referencia a la solidaridad así: "Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de *sinergia*, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida o a la libertad informática".

La solidaridad sería así entendida como solidaridad universalista, como la imposición de deberes comunes a todos los individuos para garantizar la vigencia de los nuevos derechos<sup>37</sup>. Pero esos deberes tienen poco que ver con el problema de la consideración o no de las nuevas aspiraciones como derechos. Esa consideración dependerá fundamentalmente de la opinión general existente al respecto, porque son los consensos sociales los que han marcado siempre el devenir de los derechos, aunque sean derechos imperfectos y aproximativos<sup>38</sup>. Y es en la formación de ese consenso fundamentador de los nuevos derechos en donde puede jugar un papel importante la solidaridad, imponiendo a todos los individuos deberes concretos en relación con la formación libre de las voluntades que los configuran<sup>39</sup>.

La solidaridad se integraría así con los demás valores al "contribuir, por medio de los derechos que fundamenta, al dinamismo de la libertad que facilita el ejercicio de la libertad de elección"<sup>40</sup>. Libertad que se manifiesta también en la posibilidad de determinar libremente cuáles son las aspiraciones que merecen integrarse en el mundo de los derechos humanos. En este punto la incorporación de los derechos cotidianos como una categoría diferente a la de los derechos difusos en la nueva generación de derechos tendría sentido en tanto permite también la solidaridad determinar cuáles son los grupos discriminados en la realización de los derechos sociales, generando un consenso percible al respecto<sup>41</sup>.

Vistas así las cosas, el problema de la determinación del número de generaciones de derechos humanos dependerá del punto de vista concreto que se adopte. En una visión historicista del problema tiene pleno sentido hablar de la existencia de cuatro generaciones, porque los derechos políticos han seguido una evolución en gran medida diferente a la de los derechos civiles. Eso con todas las limitaciones que tiene la identificación de los derechos de cada una de las categorías con un momento histórico perfectamente preciso y determinado. Si adoptamos, por el contrario, la perspectiva axiológica, resulta especialmente explicativa la mención de los nuevos derechos como derechos de tercera generación, en cuanto vinculados al valor de la solidaridad que en cierto modo viene a cerrar el

---

<sup>37</sup> Eso no impide que, como ha dicho MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", cit., pág. 1111, se haya vinculado también a la solidaridad con la realización de determinados derechos sociales. Desde una perspectiva diferente MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", cit., pág. 422, considera a la solidaridad "un referente de los derechos sociales".

<sup>38</sup> ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., págs. 77 y ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, págs. 160 y ss.

<sup>40</sup> PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pág. 177.

<sup>41</sup> La solidaridad contribuiría al consenso acerca de la identificación de lo que ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pág. 141, llama derechos que son "instrumentos para la mejor realización de otros derechos". Aunque elude la denominación de derechos cotidianos, vinculándola al proceso de especificación de los derechos, esta idea es también sostenida por PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., págs. 179-180.

dinamismo de la libertad. Dinamismo que ya había impulsado en su momento la libertad real que se vincula tradicionalmente con el valor que representa la igualdad y con los derechos sociales.

En esta perspectiva la identificación de los derechos de tercera generación como derechos nuevos o como formulaciones nuevas de derechos ya expresados en las generaciones anteriores tiene poca relevancia<sup>42</sup>. Lo que importa es que estamos en una situación crucial que nos puede permitir avanzar en la idea de hacer más auténtica y practicable la libertad de las personas también a la hora de determinar cuáles son nuestros derechos. En este punto, como realización efectiva del valor de la solidaridad, los derechos nuevos complementarían el nivel alcanzado con los derechos de las generaciones anteriores. Son derechos cronológicamente posteriores a los derechos civiles y políticos y a los derechos sociales. Pero habría que preguntarse si, a la vista de lo que suponen como respuesta a desafíos especialmente relevantes en nuestra época, no constituirá su realización el presupuesto necesario para que puedan realizarse adecuadamente los derechos tradicionales de libertad. Y en ese sentido, tal como por lo demás sucedió en el caso de los derechos sociales<sup>43</sup>, lo de menos sería la prioridad temporal de los derechos, que parece relegar a los nuevos derechos a un papel secundario, complementario en el mejor de los casos del núcleo duro de los derechos. La consideración especial de esa prioridad temporal corre el riesgo de no dejarnos entender adecuadamente el papel que representa la realización de los nuevos derechos, y en particular el papel que representa la puesta en práctica del valor de la solidaridad que los fundamenta.

#### **4.- Conclusiones**

El planteamiento generacional de los derechos humanos tiene inherente la consideración del carácter histórico, evolutivo, de los derechos, frente a la pretensión de la concepción iusnaturalista inicial, que los veía como una realidad inmutable. En general quienes asumen el planteamiento generacional suelen mezclar elementos analíticos e históricos a la hora de identificar a cada una de las distintas generaciones. La expresión generación tiene una connotación inequívocamente temporal. Ello ha provocado que en ocasiones se haya privilegiado el elemento histórico identificando en este sentido cuatro generaciones nítidas al concebir a los derechos civiles y a los derechos políticos como derechos pertenecientes a distintas generaciones. La consideración de los valores fundadores de cada una de las categorías de derechos podría llevar sin embargo a la identificación de tres generaciones cobrando la solidaridad un papel relevante como profundización, más allá de la libertad real que expresaría la mención a la igualdad que fundamenta a los derechos sociales, en el valor de la libertad. En definitiva, la decisión relativa al número de generaciones de derechos humanos dependerá del punto de vista que se

---

<sup>42</sup> MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", cit., pág. 1110.

<sup>43</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I., (editores), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, cit., pág. 154.

adopte. El punto de vista histórico es en principio el más correspondiente al sentido genuino de la expresión generación. Pero el punto de vista de los valores que fundamentan a los derechos específicos de cada categoría tiene una especial fuerza explicativa en este punto justificando una identificación exclusiva de tres generaciones en detrimento de los resultados a que conduce la interpretación estrictamente historicista del problema.

## 5.- Bibliografía

- ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I., (editores), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2009.
- ARA PINILLA, I., "Los derechos humanos de la tercera generación en la dinámica de la legitimidad democrática", en MUGUERZA, J., y otros, *El fundamento de los derechos humanos (a cargo de G. Peces Barba)*, Debate, Madrid, 1989.
- ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ARA PINILLA, I., "La autocomplacencia estética de la cultura jurídica", en SÁNCHEZ BRAVO, A. (dir.), *Democracia, pluralismo y derechos humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- BOBBIO, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid, 1991.
- BONDÍA GARCÍA, D., "La revolución de los derechos emergentes: el inicio del quinto gran proceso histórico", en REVENGA SÁNCHEZ, M., CUENCA GOMEZ, P., *El tiempo de los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2015.
- DE CASTRO CID, B., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad de León, León, 1993.
- DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., "Los derechos de solidaridad", en DE CASTRO CID, B., *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Universitas, Madrid, 2003.
- DELGADO PINTO, J., "Los derechos humanos entre la ética, el poder y el derecho: derechos humanos y Constitución", en LÓPEZ GARCÍA, J. A., y DEL REAL ALCALÁ, J. A. (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LAPORTA, F., "Sobre el concepto de derechos humanos", en *DOXA*, 4, 1987.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Las generaciones de derechos humanos", en BETEGÓN, J., LAPORTA, F. J., DE PÁRAMO, J. R., PRIETO SANCHÍS,

- L. (coordinadores), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., "Los derechos sociales: unos derechos controvertidos", en ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I., (editores), *Los derechos sociales como una exigencia de justicia*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2009.
- MARTÍNEZ MORÁN, N. (Editor), *Utopía y realidad de los Derechos Humanos en el cincuenta aniversario de su Declaración Universal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ MORÁN, N., "La tercera generación de derechos humanos: la solidaridad", en HERMIDA, C., SANTOS, J. A., *Una Filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2015.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G. (con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco Avilés), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002.
- VASAK, K., *Pour les droits de l'homme de la troisième génération*, Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, 1979.