

CADERNOS de Direito Atual

Número XXII | 2023

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Nº 22– 2023

Volumen Ordinario - Diciembre

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Dereito Actual
Nº 22. Ordinario - Diciembre - 2023

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN ORDINARIO

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*, **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)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*, **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**,

Università di Bologna, (Italia), **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal), **Natalia Pérez Rivas**, Universidad de Santiago de Compostela, **Cristiane Elias Campos Pinto**, Universidade Católica de Santos, (Brasil). **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), **Ilton Garcia da Costa**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), **Gilberto Atencio Valladares**, Universidad de Salamanca, (España), **J. Eduardo Amorim**, Universidade do Porto, (Portugal), **Celso Hiroshi Iocohama**, (Universidade Paranaense, Brasil), **Salvador Tomás Tomás**, (Universidad de Murcia), **Viviane de Sélos Knoerr**, (UniCuritiba), **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) **Armando Rovai**, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), **Felipe Chiarello**, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), **João Relvão Caetano**, (Universidade Aberta, Portugal), **Irene Patricia Nohara**, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), **Ignacio Covarrubias Cuevas**, (Universidad del Desarrollo, Chile), **Enoque Feitosa**, (Universidade da Paraíba, Brasil), **Lorena Freitas**, (UNIPÊ, Brasil), **Sidney Guerra**, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), **Maria Teresa Alonso** (Universidad de Zaragoza, España), **Gonzalo Martínez Etxeberria**, (Universidad de Deusto), **Vânia Aieta**, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), **Flávio Martins**, (Damásio Educacional, Brasil). **Jose Eduardo Cardozo** (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). **José Barroso Filho** (Superior Tribunal Militar do Brasil), **Angelo Viglianisi Ferraro** (Università Mediterranea, Italia), **Márcio Aleandro Correia Teixeira** (Universidade Federal do Maranhão, Brasil), **Daniela Serra Castilhos** (Universidade Portucalense, Portugal), **Carlos García Soto** (Universidad Monteávila, Venezuela), **Claudia Gurgel** (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil), **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), **Lívia Gaigher Campello** (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil), **Enrique Díaz Bravo** (Universidad Santo Tomás, Chile), **Alejandro González-Varas Ibáñez** (Universidad

de Zaragoza, España), **Juan Manuel Rodríguez Calero** (*Universidad de La Laguna*), **Joel Hernández García** (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*), **Geison López Barrantes** (*Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*), **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*), **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*), **Trinidad Bergamasco** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*), **Waldemar Gontarski** (*European University of Law and Administration, Poland*),

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

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

SUMARIO

Artículos de investigación

- Sobre o concepto e impactos socioculturais da corrupción no Brasil
Simone C. Padilha, Adriano da Veiga Medeiros & Samanta P. Takimi 08
- Tatuajes, piercings y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la policía nacional de Panamá: un estudio de derecho comparado
Tomás Alonso Sandoval 24
- Políticas públicas baseadas em evidencias na saúde pública e análise da judicialização
Anderson R. Fogaça, Ilton N. Robl Filho & Rodrigo L. Kanayama 73
- Contractual liability of a doctor in private practice for medical errors in Polish law
Tomasz Szancilo 91
- Instrumentos de regularização fundiária urbana e a efetivação do direito a digna moradia no Brasil: uma proposta de interpretação sistemática do artigo 1.228 do Código Civil e a Lei de Regularização Fundiária
Marcelo Sampaio Siqueira, Álisson J. Maia Melo & Thales de O. Machado 106
- Necessary improvement of the brazilian autocompositive system: proposals for changes in the training of conciliators and mediators
Juliana R. Nunes, Bruno B. de Oliveira, Heloisa H. Doca & Rui M. Z. Ferreira 125
- As startups no direito brasileiro e as projeções futuras dessas empresas no agronegócio
Patrícia Spagnolo Parise Costa & Pauliney Costa e Cruz 145
- Derecho a la eutanasia y objeción de conciencia: novedades de la ley española y panorama internacional
José Antonio Díez Fernández 160
- Tribunais arbitrais: à margem do Estado de Direito
Paulo José Homem de Sousa Alves de Brito 184
- O Acordo de Escazú e a (Re)estruturação do Estado de Direito Ambiental: Uma Análise à Luz dos Riscos Advindos dos Organismos Geneticamente Modificados
Carolina Merida, Paloma P. Barbosa & Murilo C. Lacerda 200
- O princípio da publicidade e os desafios aos direitos do réu no processo civil na contextura do contraterrorismo: um paralelo entre a situação brasileira e a do Reino Unido
Letícia M. Faleiro e Silva & Natielli E. M. R. Veloso 217
- Delincuencia y seguridad de las apps afectivo-sexuales, con base en la etnografía realizada en el Proyecto Enrolla2
R. Rebeca Cordero Verdugo, Jorge Ramiro Pérez Suárez, David Pavón Herradón &

Antonio Silva Esquinas	232
Passivismo judicial na aplicação da doutrina interna corporis: estudo do controle pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro da inércia da análise de denúncia de impeachment pelo presidente da Câmara dos Deputados	
Alexandre Coura, Abraham Mencer & Helena Corrêa	251
Discriminação estrutural e mudanças climáticas: a litigância baseada em direitos humanos e a utilização de categorias antidiscriminatórias	
Rodrigo Vernes-Pinto & Laerte Karnopp	269
Tutela Ética e Jurídica dos Danos e da Responsabilidade da Inteligência Artificial	
Sthéfano Bruno Santos Divino	288
O impacto da inovação das questões do Direito à saúde no Contexto Latino-Americano a partir dos modelos de Brasil e Argentina~	
Lívia Dias Barros & Vanessa Pedroso	314
Termo Territorial Coletivo como instrumento de concretização de cidades sustentáveis	
Wilza Barreiros & Luciene Dal Ri	331
Objecção de consciência em situações de aborto legal no Brasil: como compatibilizar esses direitos?	
Taysa Schiocchet, Natalia Castilho, Suéllyn Aragão & Eduarda Ortiz	350
Nueva ley polaca de grupos de sociedades. Un análisis crítico.	
Krzysztof Olszak	373
Bens jurídicos individuais e coletivos: reflexões sobre os critérios de distinção	
Rodrigo Leite Ferreira Cabral	390
Capitalismo, Cidadania e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988	
Cleber de Deus Pereira da Silva & Bruno Cozza Saraiva	406
Normativa internacional sobre el blanqueo: más allá de las directivas de la Unión Europea	
Yago González Quinzán	421
Las limitaciones institucionales del consentimiento informado como expresión del principio de autonomía en la relación entre el médico y el paciente	
Ignacio Ara Pinilla	461
Recensiones	
Recensión del libro "A Teoria comunista do Direito" (The Communist Theory of Law) Hans Kelsen	
Stânia N. Vasconcelos Carneiro & Francisco J. Mendes Vasconcelos	481
Recensión del libro "Derechos Humanos, Cultura e Identidad: Un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil" Rubén Miranda Gonçalves	
Enrique Acosta Pumarejo	488



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 08-23
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

SOBRE O CONCEITO E IMPACTOS SOCIOCULTURAIS DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

*About the concept and sociocultural impacts of corruption in
Brazil*

Simone Camargo Padilha¹

Instituto Brasileiro de Ensino Pesquisa e Desenvolvimento (IDP)

Adriano da Veiga Medeiros²

Instituto Brasileiro de Ensino Pesquisa e Desenvolvimento (IDP)

Samanta Popow Takimi³

Instituto Federal do Rio Grande do Sul (IFRS)

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre o fenômeno da corrupção no Brasil; 3. O impacto sociocultural da palavra corrupção; 4. Os efeitos da cruzada internacional contra a corrupção no Brasil; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas

Resumo: O artigo visa o estudo do fenômeno da corrupção no Brasil. Mais objetivamente a compreensão de seu surgimento, historiando a partir da chegada dos portugueses à costa brasileira. O texto aborda os primeiros casos de corrupção, bem como a percepção, por parte dos historiadores que aqui se instalaram, no período colonial, sobre as pequenas infrações e as vantagens observadas no cotidiano da ainda tímida sociedade recém fundada. São abordados fatos históricos envolvendo a temática, tal como exemplos envolvendo o mercado de escravos e a exploração de ouro. Em um segundo momento, o estudo aborda o denominado “jeitinho brasileiro” e suas características, além das origens históricas das legislações que tratam sobre o tema central do artigo. Na parte final é abordado o impacto sociocultural da corrupção, bem como sua influência na política e nos efeitos na relação entre público e privado.

Palavra-chave: corrupção; impactos socioculturais; política criminal.

Abstract: The article aims to study the phenomenon of corruption in Brazil. Objectively, the history from the arrival of the Portuguese to the Brazilian coast. The

¹ Doutoranda pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Mestre pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Advogada.

² Mestre em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP). Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação pelo IFRS. Coordenador Jurídico na Câmara Municipal de Porto Alegre.

³ Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para a Inovação. Especialista em Direito Público e Direito Empresarial. Advogada.

text addresses the first cases of corruption, as well as the perception, by historians who settled here, in the colonial period, about the small infractions and the “little advantages” observed in the daily life of the newly founded society. Historical facts involving the topic are covered, such as examples involving the slave market and gold exploration. The study addresses the so-called “Brazilian way” and its characteristics, in addition to the historical origins of the legislation that deals with the central theme of the article. The final part addresses the sociocultural impact of corruption, as well as its influence on politics and the effects on the relationship between public and private.

Keywords: corruption; sociocultural impacts; criminal policy.

1. Introdução

O conceito de corrupção é alinhado à prática do ser humano desde quando passou a conviver em sociedade. O seu anseio individual em levar alguma vantagem adicional àquilo que era a regra ou à tradição do grupo social existe desde os primórdios da humanidade⁴.

Sabe-se que o fenômeno da corrupção “está presente em todos os países, independentemente da forma e do sistema de governo que se adote”^{5 6}. Sendo possível encontrar alguns vestígios na Bíblia Sagrada, nos versículos de Mateus 26:14-16⁷. Isto pode ter sido importado ao Brasil, que desde a colonização importou tradições católicas, aprimorando ao longo de sua história garantias frente a liberdade religiosa⁸. Independentemente de sua origem, sabe-se que o “fenômeno da corrupção é, inegavelmente, um grave e antigo mal da humanidade, de incidência global, próprio da interação entre o público e o privado. É indiscutível a necessidade de enfrentar a malversação da coisa pública por interesses particulares, contudo deve-se negar, veementemente, qualquer lógica bélica e propagandista de ‘combate à corrupção’, porque direito não se confunde com moral, de modo que tais ‘cruzadas’ moralizantes não encontram espaço em um estado de direito”⁹.

“O fenômeno da corrupção é global, ou seja, não se circunscreve exclusivamente ao Brasil, mas, em nosso país, apresenta-se de forma

⁴CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: uma história sem fim*, Essência do Saber, Porto Alegre, 2023, p. 26.

⁵CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: (...)*, Ob. Cit., p. 26.

⁶“A corrupção teve início juntamente com a civilização humana. Portanto, os primeiros atos de corrupção aconteceram quando o homem ainda vivia somente em famílias, em clãs ou em tribos. Na proporção em que aumentou o conglomerado de pessoas vivendo conjuntamente, a partir da criação dos pequenos núcleos habitacionais da antiguidade, resultantes do início da agricultura e da domesticação de animais, passando pelas cidades-estados da Grécia, por Roma, chegando até as grandes metrópoles da atualidade, a corrupção foi crescendo e sofisticando-se em igual medida”. In: CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: (...)*, Ob. Cit., p. 26.

⁷“Judas percebeu que Jesus lera os seus pensamentos. Jesus desmascarou a hipocrisia de Judas, mas não a expôs diante do grupo. Porém, louvando a atitude de Maria, Cristo repreendeu o discípulo abertamente pela primeira vez. Embora os discípulos não tenham levado a questão adiante, Judas se sentiu exposto e ofendido. Em vez de admitir seu erro, ele decidiu se vingar. ‘Judas Iscariotes, indo ter com os principais sacerdotes, propôs: Que me quereis dar para que eu vo-lo entregue? E pagaram-lhe trinta moedas de prata. E, desse momento em diante, buscava ele uma boa ocasião para o entregar’ (Mateus 26:14-16). Lucas 22:3, relatando esse pacto de traição, diz que ‘Satanás entrou em Judas’”. In: BÍBLIA. *Bíblia sagrada*, disponível em: <https://biblia.com.br>, acesso em: 15 jun. 2023.

⁸Artigo 5º, VI, da Constituição da República Federativa do Brasil: “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. In: BRASIL. *Constituição de 1988*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 15 jun. 2023.

⁹CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: (...)*, Ob. Cit., p. 27.

notória. Segundo pesquisa do movimento Transparência Internacional Brasil, dentre 180 países pesquisados para definir o índice de percepção da corrupção (IPC), em 2021, numa escala de 0 a 100, o Brasil recebeu a nota 38 e está na 96ª posição - empatado com a Argentina, Indonésia, Lesoto, Servia, Turquia - e atrás de países como Burkina Faso, Etiópia, Kosovo, Gana, Botsuana e Ruanda^{10 11}.

Como se verifica, pelos dados acima, os países em que há maior formação cultural, também possui menor índice de percepção de corrupção. Assim, partindo do princípio que a corrupção é inversamente proporcional ao nível cultural e à formação cívica dos cidadãos de um determinado país. Indaga-se: quais as conexões históricas da corrupção no Brasil? E, frente a etimologia da palavra "corrupção", quais são os seus impactos socioculturais?

Trazendo uma visão sobre impacto da prática da corrupção, verificado nos vários países que publicam dados sobre o tema, Mairal¹² afirma o seguinte:

"Apesar deste fenômeno ser observado em escala mundial, seu grau de difusão difere significativamente entre os diversos países. Em alguns o fenômeno é esporádico, em outros a corrupção se instalou como modo necessário para poder operar normalmente em certos setores da sociedade e da economia. Para dizê-lo com palavras de Mariano Grondona, nos primeiros há atos de corrupção, enquanto que nos últimos cabe falar de um estado de corrupção".

Concluindo, a corrupção é um processo dicotômico: intrínseco e extrínseco, pois inicia-se no caráter e se exterioriza na sociedade, tornando-se uma patologia cultural, incidente e inafastável da raça humana. Enquanto existir o humano, haverá corrupção.

2. Sobre o fenômeno da corrupção no Brasil

A história da corrupção no Brasil, conforme descrito em manuscritos europeus, teve início em 22 de abril de 1.500, com a chegada da esquadra portuguesa composta de 13 navios, sob o comando do navegador Pedro Álvares Cabral. Os portugueses aportaram na costa brasileira, em Porto Seguro, na Bahia de todos os Santos, por acidente de navegação ocasionado por uma forte tempestade, pois seu destino era Calicute, na Índia.

O primeiro ato de tentativa de corrupção de que se tem notícia, levado a efeito em território brasileiro, foi praticado pelo escrivão da esquadra portuguesa que descobriu o Brasil, Pero Vaz de Caminha. O escrivão, ao redigir a carta que informava ao Rei de Portugal, Dom Manuel I, o venturoso, a descoberta das novas terras, descrevendo sua beleza e a riqueza nelas encontradas, pediu que o Rei concedesse uma "ajudazinha" ao seu genro Jorge de Osório¹³, que se encontrava em "degrado" - exilado - na Ilha de San Tomé, pois havia cometido os crimes de furto e extorsão à mão armada¹⁴. Importante registrar que, antes da chegada dos portugueses ao Brasil, é estimado que aqui já viviam entre 3 e 5 milhões de habitantes originários, os indígenas, e, embora não sendo conhecidos registros que possam comprovar, certamente já existia corrupção entre eles, também.

¹⁰TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. Índice de corrupção - 2021, disponível em: <http://transparenciainternacional.org.br>, acesso em: 15 jun. 2023.

¹¹CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: (...)*, Ob. Cit., p. 27.

¹²MAIRAL, H.A. As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la, Contracorrente, São Paulo, 2018, p. 22.

¹³ROCHA FURTADO, L. *Brasil e corrupção: Análise de casos*, Fórum, Belo Horizonte, 2018, p.21.

¹⁴SCHWARCZ, L.M. *O Brasil e seu passado corrupto*, publicado em: 30 mai. 2019, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dz2SpKfXoh8>, acesso em: 24 jan. 2023.

Laurentino Gomes, autor que se notabilizou entre os brasileiros por suas obras 1808, 1822, 1889, Escravidão volume I, Escravidão volume II e Escravidão volume III, descreve traços característicos da corrupção no Brasil desde o princípio da colonização. Buscando comprovar que a corrupção é intensa no Brasil desde o início do processo de colonização portuguesa, Gomes cita a carta enviada pelo governador do Rio de Janeiro Luiz Vahia Monteiro, o Onça, ao rei Dom João V, em que ele dizia: *"Senhor, nesta terra todos roubam, só eu não roubo"*¹⁵. O autor procurou demonstrar que a corrupção é ínsita da relação entre o colonizador e o escravo. Pelas práticas do colonizador os escravos, que eram em número muito superior, foram assimilando como normais e, portanto, legais os atos praticados por aqueles que eram os representantes do poder institucional. Afirma Gomes¹⁶:

"Injusto, desumano e violento, o sistema escravagista português e brasileiro era corrupto e corrompido dos alicerces até o topo da pirâmide. Seu funcionamento dependia de suborno, extorsão, malversação dos recursos públicos, contrabando, sonegação de impostos, clientelismo e nepotismo mesmo, entre outras Contravenções. Havia gente honesta no Brasil colonial? Obviamente, sim. Mas o exemplo que chegava de cima não contribuía para fixar essa imagem".

Dando exemplos concretos da corrupção no topo da pirâmide, conta o autor:

*"Dois importantes governadores de Minas Gerais na fase inicial da corrida do ouro e dos diamantes voltaram para Lisboa muito mais ricos do que permitiam seus rendimentos. Sebastião Fernandes do Rego, responsável pela arrecadação do quinto real nas minas de Mato Grosso, foi acusado de falsificar moedas e de desviar sete arrobas (mais de cem quilos) de ouro, trocando-o por chumbo nas cargas embarcadas para o Rio de Janeiro. Em 1728 foi preso e remetido a ferros, ou seja, preso por algemas e Correntes, para Lisboa, além de ter seus bens sequestrados"*¹⁷.

Para comprovar que o recebimento de uma vantagem indevida pelos servidores do reino português tinha toda a franquia até da maior autoridade real, Gomes cita a historiadora Adriana Romeiro, onde ela

*[...] observou que durante o período colonial brasileiro enriquecer no exercício de um cargo público não constituía, por si só, um delito. Ao contrário, esperava-se que os funcionários reais aproveitassem as oportunidades para acumular fortunas que pudessem engrandecer suas casas e redes de clientelas e parentelas"*¹⁸.

Vinculando de forma ainda mais marcante, o surgimento da corrupção no Brasil como um fruto da aliança entre as autoridades da coroa portuguesa e a escravatura, o nominado autor afirma:

É nesse contexto que, segundo a historiadora, se deve entender a frase pronunciada pelo rei dom João II em 1495 ao se despedir do capitão-mor Lopo Soares de Albergaria, recém-nomeado governador da Fortaleza de São Jorge da Mina, ou Elimina, entreposto de tráfico

¹⁵GOMES, L. "Escravidão: da corrida do ouro em Minas Gerais até a chegada da corte de Dom João ao Brasil". Rio de Janeiro: Globo Livros, 2021. v. 2, p. 151.

¹⁶GOMES, L. "Escravidão: da corrida do (...)", Ob. Cit., p. 151.

¹⁷GOMES, L. "Escravidão: da corrida do (...)", Ob. Cit., p. 152.

¹⁸GOMES, L. "Escravidão: da corrida do (...)", Ob. Cit., p. 152.

de escravos na costa da África: "Eu vos mando à Mina, não sejais tão néscio [tolo] que venhais de lá pobre"¹⁹.

Segundo Furtado²⁰, o crime de corrupção, no Brasil, vem sendo naturalmente praticado desde a época do Brasil colônia, pois Portugal, para comprovar a ocupação das novas terras descobertas, deportava todo tipo de gente para a nova colônia: "*degredados incorrigíveis falidos de qualquer sorte*", pessoas estas que não tinham nenhum compromisso coletivo. O que tais deportados aqui faziam era se dedicar exclusivamente a enriquecer, de qualquer maneira, o mais rapidamente possível, para, após, preferencialmente, voltar para Portugal.

O principal produto para a exploração dos imigrantes, naquela época - séculos XVII e XVIII -, era o ouro. Foi a época da grande exploração da mineração e do enriquecimento fácil e rápido. Em contrapartida a Coroa Portuguesa, ciente de tal atividade e dos grandes ganhos que propiciava a quem a ela se dedicava, instituiu a cobrança, a seu favor, de 1/5 (um quinto) - 20% - do que fosse explorado. Para fugir de tal tributação, os mineradores passaram a adotar todos os procedimentos imagináveis, inclusive a produzir imagens de Santos em pedaços de troncos de árvores, cujo interior era oco para ser preenchido com ouro em pó, daí surgindo a expressão "Santo do pau oco". Como a maioria dos representantes da Coroa Portuguesa no Brasil era formada por pessoas muito religiosas, bem como em Portugal, ditos santos transitavam com liberdade e reverência em todo o território brasileiro e também nos navios que saíam do Brasil para Portugal e nos que vinham de Portugal para o Brasil²¹.

Tendo em vista o perfil das pessoas que Portugal enviou para ocupar o território e para promover a colonização do Brasil, não vieram imigrantes com o objetivo de construir uma nação ou para criar um novo Reino, mas sim com o propósito de explorar as riquezas das novas terras, auferir rapidamente os maiores ganhos possíveis e voltar para seu domicílio de origem.

Holanda²², em seu clássico *Raízes do Brasil*, analisou a formação da cultura do povo brasileiro a partir dos seguintes tipos contrapostos: o ibérico e o saxônico, o europeu e o indígena, o rural e o urbano, o senhor e o escravo. Na busca pela definição do traço comum do que seria a principal característica do brasileiro, o autor construiu o perfil do "homem cordial". Segundo Furtado²³, essa cordialidade brasileira se manifestaria pela tendência a estabelecer todas as suas relações com base na afetividade e, principalmente, na dificuldade de objetivar ou racionalizar suas relações, criando a figura do "*jeitinho brasileiro*" como um meio de transgredir as regras. Tal "*jeitinho*" teria por objetivo não ferir suscetibilidades, violações ou transgressões, tornando-se uma prática que mais do que não ser repudiada pela sociedade, se constituiria em motivo de orgulho. O homem cordial, segundo o ilustre autor, é aquele que age com o coração, com paixão e sentimento.

O povo brasileiro é fruto de uma miscigenação muito grande, talvez seja o povo originário da maior mestiçagem em todo o mundo. O "*jeitinho brasileiro*", que foi muito bem caracterizado por Lucas Furtado, tem sido descrito em alguns países como resultado da afetividade, da cordialidade, do espírito hospitaleiro dos brasileiros e de sua alegria em receber estrangeiros. Muitos dizem que o brasileiro é um "homem cordial". Mas, de outra parte, em outros casos, o "*jeitinho brasileiro*" é interpretado como sendo uma forma sutil de contrariar a lei, buscando não chamar a atenção para atos que possam estar sendo praticados contrariamente ao previsto pelo ordenamento jurídico. Sem dúvida, considerando a comparação sobre os efeitos da expressão "*jeitinho brasileiro*", para alguns atos praticados, os brasileiros deveriam tudo fazer para que ela não fosse mantida como sua característica, pois é entendida

¹⁹GOMES, L. "Escravidão: da corrida do (...)", Ob. Cit., p. 152.

²⁰ROCHA FURTADO, L. "Brasil e corrupção: (...)", Ob. Cit., p.15.

²¹ROCHA FURTADO, L. "Brasil e corrupção: (...)", Ob. Cit., pp. 21-22.

²²BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

²³ROCHA FURTADO, L. "Brasil e corrupção: (...)", Ob. Cit., p.155.

mais como o cometimento de uma infração legal do que como um ato de cordialidade ou de afetividade, como referiu Holanda²⁴.

Após verificar, nessas breves palavras, que a corrupção acompanha o gênero humano desde o seu surgimento, e que sua prática não é privilégio de nenhuma nação, pois ela é um fenômeno universal, passa-se, agora, ao relato da inclusão da corrupção entre os crimes passíveis de punição, naquilo que é conhecido, até hoje, na história da humanidade e, especialmente, na história do Brasil.

O Código de Hamurabi, a mais antiga codificação de leis penais de que se tem notícia, reuniu e perenizou o conjunto de regras que vigoravam no Egito, no século XVIII a.C., mas não deu destaque para a corrupção nos seus muitos artigos²⁵. Outros povos antigos, como, por exemplo, os hititas e os hebreus, também não deram muita importância, em suas regras de convivência, para a corrupção.

Os gregos, em sua fase clássica, séculos V e IV a.C., foram os precursores do tratamento jurídico para os casos de crimes cometidos por funcionários contra a Administração Pública, inclusive instituindo penas específicas. Na mencionada fase, na Grécia, foram instituídos três tipos de crimes contra a Administração Pública: o peculato (*Klopês*), a corrupção (*Dóron*) e o abuso de autoridade (*Ádikia*). Portanto, coube aos gregos o início do combate à corrupção como crime contra a coletividade.

No entanto, foi durante o Império Romano, séculos I a.C a V d.C., que a corrupção passou a receber tratamento mais severo, com o objetivo de preveni-la. Várias foram as leis instituídas para combater a corrupção durante tal período. As ações, nesses casos, não tinham natureza penal, mas cível. Ditas regras eram nominadas como *repetundae*, porque oportunizavam ao infrator a repetição dos valores e dos bens dos quais ele tivesse indevidamente se apropriado²⁶.

Muitas foram as leis criadas em tal período para combater a corrupção, dentre as quais podem ser citadas a *Lex Calpurnia* (L. Calpurnio Pisão), a *Lex Acilia* (C. Gracchus) e a *Lex Servilia* (C. Servilius Glaucia)²⁷. Outro aspecto a ser salientado é o da gravidade, da severidade, das penas instituídas no período Imperial Romano, aplicáveis àqueles que cometessem crimes tipificados na legislação em vigor. Entre elas destacam-se: o banimento, a confiscação do patrimônio e a pena de morte.

Os regimes europeus, de um modo geral, sofreram grande influência do sistema Imperial Romano, inclusive no que diz respeito à instituição dos crimes cometidos e das penas a serem aplicadas àqueles que tinham relação de trabalho com o poder público. Em Portugal, como parte da Europa, a partir do século XV, passaram a ser adotadas as Ordenações, que eram a aglutinação, a codificação, das leis régias vigentes no Reino de Portugal, inclusive das leis penais. Há registro de que foram editadas as Ordenações Afonsinas (1446 a 1514), as Manuelinas (1521 a 1603) e as Filipinas (1603)²⁸.

As normas penais para punir a corrupção, que à época era denominada de peita ou suborno, durante o período colonial brasileiro, estavam contidas nas Ordenações Afonsinas (1.500 a 1.521), nas Manuelinas (1.521 a 1.603) e nas Filipinas (1.603 a 1.822). Em que pese a existência de tais regras, de acordo com Habib²⁹, “multiplicavam-se os casos de corrupção nesse período colonial, tal era a avidez com que as pessoas que aqui chegavam para enriquecer, atraídas pela fama de abundância da nova colônia”.

²⁴BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

²⁵OLIVEIRA, E. *Crimes de corrupção*, Forense, Rio de Janeiro, 1991, pp. 06-07.

²⁶LAUFER, D. “O delito de corrupção: Críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal”, Tese – *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo*, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7087/1/Daniel%20Laufer.pdf>, acesso em: 03 fev. 2023, p. 12.

²⁷OLIVEIRA, E. *Crimes de (...)*, Ob. Cit., pp. 07-21.

²⁸OLIVEIRA, E. *Crimes de (...)*, Ob. Cit., p. 32.

²⁹HABIB, S. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994, p. 03.

No livro V do Código Filipino, entre outras, eram previstas as penas que seguem: degredo, pena pecuniária e pena corporal.³⁰ Para o crime de peita, descrito no título LXXI, “*Dos oficiais d’El Rei que recebem serviços ou peitas e das parte que lhas dão ou prometem*”, era prevista a pena de degredo, a da perda de bens e a da perda do ofício. Não havendo para este crime a previsão de pena corporal.

Com relação ao Brasil, ditas Ordenações vigoraram até a publicação da Lei de 16 de dezembro de 1.830, que colocou em vigor o *Código Criminal do Império do Brasil*. Em princípio a legislação portuguesa deixou de vigorar no Brasil em 07 de setembro de 1.822, mas durante o tempo de inexistência de legislação brasileira específica, na prática, foram mantidas as Ordenações Filipinas. No Código Criminal do Império, o crime de peita foi tipificado nos artigos 130 a 132, Secção II, Capítulo I, Título V, da Segunda Parte, com a seguinte redação:

SECÇÃO II - Peita

Art. 130. Receber dinheiro, ou outro algum donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticar, ou deixar de praticar algum acto de officio contra, ou segundo a lei.

Penas - de perda do emprego com inhabilitade para outro qualquer; de multa igual ao tresp dobro da peita; e de prisão por tres a nove mezes.

A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado.

Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja.

Se a sentença fôr injusta, a prisão será de seis mezes a dous annos; e se fôr criminal condemnatoria, soffrerá o peitado a mesma pena, que tiver imposto, ao que condemnára, menos a de morte, quando o condemnado a não tiver soffrido; caso, em que se imporá ao réo a de prisão perpetua.

Em todos estes casos a sentença, dada por peita, será nulla.

Art. 132. O que der, ou prometter peita, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado na conformidade dos artigos antecedentes, menos a de perda do emprego, quando o tiver; e todo o acto, em que intervir a peita, será nullo³¹.

O crime de suborno foi tipificado nos artigos 133 e 134, Secção III, Capítulo I, Título V, da Segunda Parte, do Código Criminal do Império, nos seguintes termos:

SECÇÃO III - Suborno

Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever.

Decidir-se por dadia, ou promessa, a eleger, ou propôr alguém para algum emprego, ainda que para elle tenha as qualidades requeridas. Penas - as mesmas estabelecidas para os casos da peita.

Art. 134. Todas as disposições dos artigos cento e trinta, cento trinta e um, e cento trinta e dous, relativas aos peitados, e peitantes, se observarão a respeito dos subornados e subornadores³².

O que se verifica no caso do Código Criminal do Império é que as penas pela prática daquilo que hoje é definido como crime de corrupção, a peita e o suborno, foram bastante minoradas, se comparadas àquelas aplicáveis na vigência das Ordenações Filipinas.

³⁰PENHA, A.M. & MENEGUEL, R. *A execução penal no Brasil durante a vigência das Ordenações Filipinas*, disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4433/1/A%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20no%20Brasil%20Durante%20a%20Vig%C3%A2ncia%20das%20Ordena%C3%A7%C3%B5es%20Filipinas.pdf>, acesso em: 04 fev. 2023.

³¹BRASIL. *Código Criminal de 1830*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm, acesso em: 02 fev. 2023.

³²BRASIL. *Código Criminal de 1830*, *Idem*.

Proclamada a República, o "*Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil*", ao assinar o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1.890, promulgou o "*Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*", que revogou o Código Penal Imperial. No primeiro código republicano, os crimes de peita ou suborno foram tipificados nos artigos 214 a 218, Secção III, do Capítulo Único, do Título V, do Livro I, que tinham a seguinte redação:

SECÇÃO III - Peita ou suborno

Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa, ou indirectamente, promessa, dadia ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei.

Exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que for encarregado:

Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno e perda do emprego com inhabilitação para outro, além da multa igual ao triplo da somma, ou utilidade recebida.

Art. 215. Deixar-se corromper por influencia, ou suggestão de alguém, para retardar, omittir, praticar, ou deixar de praticar um acto contra os deveres do officio ou cargo; para prover ou propor para emprego publico alguém, ainda que tenha os requisitos legaes:

Penas - de prisão celllular por seis mezes a um anno, e perda do emprego com inhabilitação para outro.

Art. 216. Nas mesmas penas incorrerá o juiz de direito, de facto, ou arbitro que, por peita ou suborno, der sentença, ainda que justa.

§ 1º Si a sentença for criminal condemnatoria, mais injusta, soffrerá o peitado ou subordinado a mesma pena que tiver imposto ao que condemnara, além da perda do emprego e multa.

Art. 217. O que der ou prometter peita, ou suborno, será punido com as mesmas penas impostas ao peitado e subornado.

Art. 218. São nulos os actos em que intervier peita ou suborno³³.

Mantendo, em grande parte, os critérios que nortearam o Código Imperial de 1.830, o primeiro Código Penal Republicano também instituiu penas bastante leves para os crimes de peita e de suborno.

Considera-se importante repetir que tanto no Código Penal de 1.830, no Império, quanto no Código de 1.890, já na República, a tipificação do atual crime de corrupção, tanto a passiva quanto a ativa, foi criminalizada sob a denominação de peita ou suborno.

Como se constata pela redação do Código Republicano de 1.890, as regras relativas à peita ou ao suborno se aplicavam unicamente a funcionários públicos, conceitos que não abarcavam às pessoas comuns, nem àquelas que detinham cargos eletivos³⁴. Hoje, sabe-se que os detentores de mandato eletivo e qualquer outra pessoa que tenha exercido atividade pública durante algum tempo, ainda que sem remuneração, poderão, inclusive após deixar tal atividade, figurar como acusados pela prática do crime de corrupção, por atos que tenham sido praticados durante o exercício da função ou antes de assumi-la³⁵.

Revogando o Código Penal de 1.890, foi editado o Decreto-Lei nº 2.848, em 07 de dezembro de 1.940, que colocou em vigor o atual Código Penal³⁶.

³³BRASIL. *Código Penal de 1890*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm, acesso em: 02 fev. 2023.

³⁴LAUFER, D. *O delito de corrupção (...)*, Idem.

³⁵STF. *Ação Penal nº 937* - Tribunal Pleno, (Relator Min. Roberto Barroso), disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. acesso em: 03 fev. 2023.

³⁶BRASIL. *Código Penal de 1890*, Idem.

Sintetizando o que se disse neste item, se pode afirmar que:

A corrupção, em sentido genérico popular, existe desde quando o homem passou a conviver em grupo, coletivamente. Porém, com o passar do tempo, a organização social evoluiu, tornando-se necessária a adoção de regras que disciplinassem a convivência daqueles que viviam em sociedade. Coube à Grécia, em sua fase clássica, séculos V e IV a.C, instituir as primeiras leis com penas para aqueles que praticassem atos de corrupção. No caso dos gregos, já era considerado passível de penas o crime cometido contra a coletividade, a organização estatal. Passados alguns séculos, o Império Romano deu passos adiante na definição e na penalização dos crimes de um modo geral e, também, do crime de corrupção, mesmo que com denominação diversa.

Toda a Europa, ao legislar sobre o tema, sofreu grande influência das regras que vigoraram durante o Império Romano. Portugal, a partir no século XV, iniciou um processo de codificação, incluindo as várias áreas do direito, inclusive a do direito criminal, nominando tais códigos de Ordenações, com o nome do rei que as ordenasse. Como o Brasil fazia parte do Reino de Portugal, tais Ordenações vigoraram em solo brasileiro, desde o descobrimento até a proclamação da Independência.

Proclamado independente, em 1.822, o Brasil se converteu no Império do Brasil, mantido até a Proclamação da República em 1.889. Em 1.830, entrou em vigor o Código Criminal do Império do Brasil, que manteve a tipificação de peita e suborno. Em 1.890, foi promulgado o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, no qual ainda não existia o tipo penal corrupção, nele também figuravam a peita e o suborno para a prática dos atos hoje correspondentes àquela. O atual Código Penal, colocado em vigor pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 1.940, revogou o Código Penal de 1.890 e tipificou como crimes de corrupção passiva e corrupção ativa os atos que historicamente, como no Código anterior, eram tipificados como peita e suborno.

Até aqui, muito se falou em peita, suborno e corrupção, contudo, no Código Penal em vigor esses atos são tipificados com a denominação de: corrupção passiva e corrupção ativa. Dessa forma, é imperioso que se defina o que é a corrupção, tarefa que será realizada no próximo item.

3. O impacto sociocultural da palavra corrupção

A palavra "corrupção" tem origem no Latim, no verbo *corrumpere*, que significa decompor, estragar. Mas, seu significado é bem mais abrangente, envolvendo todas as espécies de corrupção ou de "malfeitos"³⁷. A palavra corrupção sempre remete à ideia de degradação, deterioração. Segundo Ribeiro³⁸, a "expressão corrupção se origina do latim *corruptione* e significa ação ou efeito de corromper – decomposição, putrefação, depravação, desmoralização e devassidão.

O termo corrupção admite, ou pode admitir, conceitos variados a depender da perspectiva específica de quem o defina. Não existe um conceito absoluto e definitivo do que ela possa significar. Todo conceito tem sua história, não nasce pronto, vai sendo construído e modificado conforme as circunstâncias. A definição de corrupção em tempos atuais já não está restrita aos limites dos poderes estatais. Pelo contrário, é notório ter-se experimentado nos últimos decênios uma autêntica explosão do conceito de corrupção, fenômeno que está difundido em todo o tecido social e tem se manifestado em novas formas com a participação de novos sujeitos, segundo Gontijo³⁹.

³⁷BATISTA, A. *Corrupção: 5º Poder?* Repensando o Brasil, 15º ed., Edipro, São Paulo, 2018, p. 39.

³⁸SILVA MAGALHÃES RIBEIRO, A. *Corrupção e Controle na administração pública brasileira, Atlas*, São Paulo, 2004, p. 21.

³⁹GONTIJO, C.A.C. *O crime de corrupção no setor privado*, Liber Ars, São Paulo, 2016.

A propósito de conceituar a corrupção, é importante ser lembrado o ensinamento de Koselleck⁴⁰: "todo o conceito é não apenas efetivo enquanto fenômeno linguístico; ele é também imediatamente indicativo de algo que se situa para além da língua". Dessa forma, no Brasil, para compreender o sentido de "corrupção" como crime, é necessário "indicar a partir de quando este conceito se tornou fruto de uma teorização e quanto tempo levou para que isso acontecesse"⁴¹.

As maiores divergências entre os vários autores que já se dedicaram ao estudo da corrupção surgem pela falta de consenso quanto à conceituação do que seja uma ação corrupta. Isso faz sentido, considerando-se que na área das Ciências Sociais, no estágio pré-paradigmático em que a pesquisa sobre o tema se encontra, a corrupção é associada a uma enorme diversidade de atos, tais como: trapaça, velhacaria, logro, ganho ilícito, desfalque, falsificação, fraude, suborno, peculato, extorsão, nepotismo e outros. Isso cria razoável dificuldade para se chegar à uma definição consensual. O fenômeno pode ser observado numa gradação quase infinita. Vai de pequenos desvios de comportamento à total impunidade do crime organizado, por parte das várias áreas e níveis governamentais⁴².

O filósofo Aristóteles acreditava que a corrupção era típica do mundo sublunar, isto é, o mundo terreno existente abaixo das esferas celestes. Para Aristóteles, tudo o que não era terreno era perfeito e eterno, portanto, não podia ser alvo da corrupção (entendia como degeneração). Como seres terrenos, os humanos também estavam sujeitos à corrupção e isso influenciou profundamente a própria noção de organização política nas civilizações grega e romana. Houve, portanto, uma transposição do conceito de corrupção, aplicado ao mundo físico e biológico, para o sentido propriamente humano ou político, como explica Filgueiras⁴³:

Etimologicamente relacionado ao problema da ordem, o problema da corrupção (diaphthora) atravessa todas as formas de mediação nas quais a política está organizada, sendo um fenômeno presente e concebido em sua transfiguração da natureza para a política. A corrupção, inclusive, é um fato da política, porquanto, de acordo com a acepção do movimento do corpo político ao longo do tempo, uma vez ela propicia a geração de mecanismos institucionais para o seu controle.

Se a política é a arte da vida na cidade, ou seja, da vida em sociedade, formando um (corpo social), para que ela não se degenerasse era necessário que os homens se pautassem na razão (*logos*) e nas virtudes (*areté*), tais como a coragem, a honestidade e a prudência. A combinação entre a razão e a virtude faria com que o homem não cometesse a chamada "*hybris*", a desmedida do poder, a insensatez que leva às catástrofes e tragédias⁴⁴.

Maquiavel⁴⁵, filósofo que buscava compreender e explicar a relação entre o Estado e a corrupção, entendia que:

⁴⁰ KOSELLECK, R. "Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos", *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, pp. 134-146, 1992, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewFile/1945/1084>, acesso em: 25 fev. 2023, pp. 135-136.

⁴¹ KOSELLECK, R. "Uma história dos conceitos: (...)", Ob. Cit., p. 135.

⁴² ANDRADE BREI, Z. "Corrupção: dificuldades para a definição e para um consenso", *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, 1996, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>, acesso em: 01 mar. 2023, p. 65.

⁴³ FILGUEIRAS, F. *Corrupção, democracia e legitimidade*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2008, pp. 32-33.

⁴⁴ FERNANDES, C. "O que é corrupção?", disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-corruptao.htm>, acesso em: 24 fev. 2023.

⁴⁵ MAQUIAVEL. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, Martins fontes, São Paulo, 2007, p. 85.

A corrupção decorre primeiramente no povo, na medida em que este deixa de atuar com contundência na esfera pública e passa, num segundo momento, para as instituições, quando estas não visam mais ao interesse público, mas aos desejos privados. Assemelhada a uma doença, a corrupção começa em uma parte do corpo político e, se não for detida, alastra-se por todo ele, levando-o à morte, que no caso, seria a perda da Liberdade política na cidade.

A corrupção foi definida pelo cientista político Valdimer Orlando Key⁴⁶ da seguinte forma:

A corrupção é o controle abusivo do poder e dos recursos do governo visando tirar proveito pessoal ou partidário. Tal proveito [...] pode ser na forma de poder ou controle dentro da organização política ou na forma de apoio político por parte de vários indivíduos [...].

O que se pode verificar nas palavras de Key é que a corrupção deve ser avaliada como uma forma de extrapolação das tarefas dos funcionários públicos. A definição trazida pelo autor se funda no ato de tirar vantagem do domínio público, podendo ter fins políticos ou particulares.

Já o Dicionário de Política, de Bobbio, Mateucci e Pasquino⁴⁷ traz uma classificação de tipos de corrupção, assim definindo o termo⁴⁸:

A corrupção é uma forma particular de exercer influência: influência ilícita, ilegal e ilegítima [...]. É uma alternativa da coerção, posta em prática quando as duas partes são bastante poderosas para tornar a coerção muito custosa, ou são incapazes de a usar.

Por sua vez, Zaffaroni^{49 50} traz a seguinte definição:

Por corrupção deve-se entender a relação que se estabelece entre uma pessoa com poder decisório estatal e uma outra pessoa que opera fora deste poder. O objetivo desta relação é uma troca de vantagens, onde ambas obtêm incremento patrimonial, em função de um ato (ou omissão) da primeira pessoa em benefício da segunda.

Segundo Oliveira⁵¹, a palavra corrupção aparece na linguagem do direito brasileiro em duas acepções diferentes, perversão e suborno. Na acepção de perversão, corromper assume o sentido de induzir à libertinagem, tal como acontece no crime de corrupção de menores, definido no artigo 218 do CP. Na acepção de suborno, corromper é pagar ou prometer algo não devido para conseguir a realização de ato de ofício; ser corrompido é aceitar vantagem patrimonial indébita, como previsto nos artigos 333 e 317, respectivamente, do Código Penal.

Habib⁵² expõe seu conceito de corrupção nos seguintes termos:

⁴⁶KEY, V.O. "The techniques of political graft in the United States", Tese - *University of Chicago Chicago*, Chicago, 1936.

⁴⁷BOBBIO, N; MATEUCCI, N. & PASQUINO, G. *Dicionário de política*, 6º ed., UnB/Linha Gráfica Editora, Distrito Federal, 1991, p. 292.

⁴⁸MIRANDA, L.F. "Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos", *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 25, pp. 237-272, Brasília, jan./abr. 2018, disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/VPBTRQmsPqT8KLqJJmcnqpn/>, acesso em: 03 fev. 2023, p. 245.

⁴⁹ZAFFARONI, E.R. "La corrupcion: su perspectiva latino-americana", in: OLIVEIRA, E. (org.). *Criminologia crítica*, CEJUP, Belém, 1990, p. 371.

⁵⁰MIRANDA, L.F. "Unificando os conceitos de corrupção: (...)", Ob. Cit., p. 242.

⁵¹OLIVEIRA, E. *Crimes de (...)*, Ob. Cit., p. 38.

⁵²HABIB, S. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.

Na verdade, o vocábulo "*corrupção*", *lato sensu*, sugere a ideia de desvio de conduta moral, entendida esta como decorrente de uma consciência para o bem, isto é, para o que é certo, em oposição ao comportamento para o mal, vale dizer, para o que não condiz com a ideia de certo e de justo.

Em outras palavras, a "consciência moral não é uma faculdade, mas um ato, a saber, o juízo que temos da moralidade de nossos atos e pelo qual decidimos em última análise o que se deve fazer ou não. Como tal a consciência moral se exprime na conclusão do silogismo moral, ela é o último juízo prático, quer dizer, aquele que determina imediatamente a ação do ponto de vista moral."

Transcreve-se, a seguir, o conceito de corrupção formulado por Miranda⁵³:

Corrupção é o pagamento ilegal (financeiro ou não) para a obtenção, aceleração ou para que haja ausência de um serviço feito por um funcionário público ou privado. A motivação da corrupção pode ser pessoal ou política tanto para quem corrompe quanto para quem é corrompido.

Pelo que é preconizado pelos autores supracitados, se pode concluir que a corrupção passiva se trata de um fenômeno, de uma espécie de troca, que envolve um sujeito do setor público e outro do setor privado, onde ambos buscam alcançar uma vantagem ilícita, de cunho econômico ou não, mediata ou imediatamente, para que seja praticado ou omitido determinado ato administrativo.

Cientes da existência da corrupção, procurando prevenir sua prática, os Poderes do Estado instituíram tipos penais e a aplicação de penas, tanto para o corruptor, quanto para o corrompido.

4. Os efeitos da cruzada internacional contra a corrupção no Brasil

Desde o final do século XX e o início do século XXI, está ocorrendo, internacionalmente, uma verdadeira "*cruzada contra a corrupção*". Vários são os fatores que a motivaram e a motivam.

Souza⁵⁴ diz que contemporaneamente ocorre uma "luta global" contra a corrupção. Afirma o citado autor que tal movimento iniciou-se ainda ao tempo da guerra fria entre os Estados Unidos da América e a União Soviética, logo após o escândalo Watergate. Em resposta às acusações soviéticas de degradação social promovida pelo capitalismo, os norte americanos, para aprofundar o combate à corrupção, promulgaram o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977. Ainda conforme o citado autor com a globalização dos mercados e as privatizações, o combate à corrupção se tornou uma exigência internacional, referindo expressamente:

Significativo protagonismo existe da pressão Internacional no quadro neocriminalizador em torno da corrupção nas últimas décadas. São inúmeros os documentos regionais e internacionais propriamente ditos oriundos de entidades como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização das Nações Unidas (ONU), a União europeia (EU), o Conselho da Europa (CE), a União Africana (UA) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) que tem levado ao expansionismo penal aferido em nosso entorno jurídico-cultural.

⁵³MIRANDA, L.F. "Unificando os conceitos de corrupção: (...), Ob. Cit., p. 256.

⁵⁴DE SOUZA, L.A. *Crimes contra a Administração Pública*, 2º ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2019, pp. 158-159.

Para Gontijo⁵⁵, existe uma tendência de criação de tipos penais orientados para o combate às novas modalidades de corrupção, o que tem se incrementado nas últimas duas décadas. Exemplo dos referidos tipos penais é a Lei 10.467/2002, para a observância da convenção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁵⁶.

Com a vigência da aludida lei – 10.467/2002 – foram introduzidos no Código Penal os artigos 337-B⁵⁷, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional; 337-C⁵⁸, que tipificou o tráfico de influência em transação comercial internacional e o 337-D⁵⁹ que definiu o funcionário público estrangeiro.

O fato é que as entidades acima citadas ingressaram na “cruzada contra a corrupção” de forma tal que seus documentos embasaram e embasam a correspondente expansão legislativa penal internacionalmente, inclusive no Brasil. Na produção legislativa brasileira, fruto de tal cruzada, também podem ser citados, exemplificativamente, os seguintes diplomas legais:

- A- Lei nº 10.467⁶⁰, de 11 de junho de 2002, que acrescenta o Capítulo II-A ao Título XI do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dispositivo à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998⁶¹, que dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e dá outras providências.
- B- Em decorrência de convenção da OCDE, esta lei introduziu no Código Penal os artigos sobre corrupção de funcionários públicos, contra a Administração pública estrangeira. B- Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003⁶², que acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. Esta lei agrava a pena antes prevista nos artigos 317 e 333 do Código Penal, de 1 (um) a 8 (oito) anos de reclusão e multa, para de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa. Incrementando, assim, o combate à corrupção.
- C- Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013⁶³, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela

⁵⁵GONTIJO, C.A.C. *O crime de corrupção (...)*, Ob. Cit., p. 32.

⁵⁶BRASIL. Lei nº 10.467 de 2002, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10467.htm#:~:text=1o%20Esta%20Lei%20visa,17%20de%20dezembro%20de%201997, acesso em: 16 set. 2023.

⁵⁷BRASIL. *Código Penal*, (...) idem.

⁵⁸BRASIL. *Código Penal*, (...) idem.

⁵⁹Artigo 337-B – Código Penal: “Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. In: BRASIL. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 16 set. 2023

⁶⁰BRASIL. Lei nº 10.467 de 2002. (...), Idem.

⁶¹A Lei nº 9.613 de 1998, dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do Sistema Financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), e dá outras providências. In: BRASIL. Lei nº 9.613 de 1998, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm, acesso em: 24 jun. 2023.

⁶²A Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. In: BRASIL. Lei nº 10.763 de 2003, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.763.htm, acesso em: 24 ago. 2023.

⁶³A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. In: BRASIL. Lei nº 12.846 de 2013, disponível em:

prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. D- Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013⁶⁴, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, e dá outras providências.

Como foi descrito acima, nas últimas décadas do século passado e nas que já transcorreram neste século, para dar segurança à globalização dos mercados e aumentar as possibilidades de sucesso nas privatizações das empresas estatais, com a participação de empresas multinacionais, o combate à corrupção que, em princípio, era um tema que dizia respeito a cada país, isoladamente, passou a ser um tema de interesse internacional. A confiança, a segurança e a garantia nas transações internacionais tornaram-se indispensáveis, motivando a elite das entidades internacionais a propor e aprovar, entre seus membros, documentos que foram acolhidos e tornaram-se alicerces da construção legislativa anticorrupção, como já aconteceu no Brasil com a aprovação, a sanção e a vigência das leis que, exemplificativamente, foram antes mencionadas. Efetivamente há uma bem sucedida Cruzada Internacional contra a corrupção.

5. Conclusão final

Pelo que foi exposto neste artigo, a corrupção em sentido genérico popular – obter uma vantagem indevida –, existe desde quando o mundo é mundo, desde quando o homo sapiens passou a conviver em coletividade, desde a era neolítica, época em que surgiram os primeiros núcleos urbanos. Já a criminalização da corrupção tem o seu primeiro registro no século XVII a.C, no Código de Hamurabi. No entanto a definição do crime de corrupção como derivativo de uma ação praticada contra os interesses da coletividade, contra a administração pública ou contra o Estado, como hoje conhecemos, nasceu na Grécia clássica, nos séculos V e IV a.C. Relativamente ao Brasil, se tem notícia de que a corrupção chegou juntamente com os portugueses que o descobriram e se expandiu com a colonização, a ocupação territorial e a exploração dos recursos naturais nele existentes a época. Quatro milhões e oitocentos mil escravos, provindos da África para o Brasil, foram incorporados às atividades e às práticas de seus senhores escravagistas. No plano legal o crime de corrupção, tanto a passiva quanto a ativa, está tipificado, respectivamente, nos artigos 317 e 333 do Código Penal.

A corrupção é fenômeno de todas as sociedades, desde os primórdios, independente do sistema de governo que se adote, se caracterizando por trocas não republicanas entre sujeitos e/ou instituições. Se manifestou no Brasil desde o período pré-colonial e foi devidamente apontada pelos historiadores enviados pela Coroa Portuguesa.

Desde o tráfico de escravos, até a exploração de pedras preciosas, notadamente o ouro, diversas eram as chances e oportunidades para as mais variadas trapagens ou “jeitinhos”, os quais eram executados com o intuito de se obter vantagem ou lograr êxito em, ao menos, pagar menos tributos estipulados pelo Reino de Portugal. Mesmo com as legislações que vigoraram nos mais variados períodos de desenvolvimento do país, o “jeitinho brasileiro” nunca deixou de existir em suas mais diversas formas.

Embora existam múltiplas conceituações ao termo corrupção, ainda existem divergências do que seria, de fato, o ato caracterizador da conduta de corromper, havendo convergência, entretanto, que se trata de desvio comportamental, em especial relacionando à esfera privada, com envolvimento de coisas públicas ou

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm, acesso em: 24 jun. 2023.

⁶⁴BRASIL. Lei nº 12.846 de 2013 (...), Idem.

publicamente protegidas. Os seus impactos variam de acordo com o nível de comprometimento dos sujeitos e instituições envolvidos.

Sabe-se que a corrupção, historicamente, compromete estruturas de poder e pode afetar a execução de políticas públicas, com especial impacto aos menos favorecidos, cabendo aos administradores públicos a criação de mecanismos de controle e governança, os quais deverão desenvolver o papel de coibir tais práticas. Contudo, como referido alhures, desde os primórdios, não importando o tipo de sociedade, haverá sujeitos aptos ou propensos a obter vantagem – desejo que se encontra no âmago de qualquer do povo -, o que torna complexa a tentativa de se coibir ou de se extirpar, integralmente, a corrupção.

6. Referências bibliográficas

- ANDRADE BREI, Z. "Corrupção: dificuldades para a definição e para um consenso", *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, 1996, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>, acesso em: 01 mar. 2023.
- BATISTA, A. *Corrupção: 5º Poder?* Repensando o Brasil, 15º ed., Edipro, São Paulo, 2018.
- BOBBIO, N.; MATEUCCI, N. & PASQUINO, G. *Dicionário de política*, 6º ed., UnB/Linha Gráfica Editora, Distrito Federal, 1991.
- BUARQUE DE HOLANDA, S. *Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1995.
- BRASIL. *Constituição de 1988*, disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 15 jun. 2023.
- BRASIL. *Código Criminal de 1830*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm, acesso em: 02 fev. 2023.
- BRASIL. *Código Penal de 1890*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm, acesso em: 02 fev. 2023.
- BRASIL. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 16 set. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.467 de 2002*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10467.htm#:~:text=1o%20Esta%20Lei%20visa,17%20de%20dezembro%20de%201997, acesso em: 16 set. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 9.613 de 1998*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm, acesso em: 24 jun. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 10.763 de 2003*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.763.htm, acesso em: 24 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 12.846 de 2013*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm, acesso em: 24 jun. 2023.
- BÍBLIA. *Bíblia sagrada*, disponível em: <https://biblia.com.br>, acesso em: 15 jun. 2023.
- CAMARGO PADILHA, S. *A corrupção no Brasil: uma história sem fim*, Essência do Saber, Porto Alegre, 2023.
- DE SOUZA, L.A. *Crimes contra a Administração Pública*, 2º ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2019.
- FERNANDES, C. "O que é corrupção?", disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-corruptcao.htm>, acesso em: 24 fev. 2023.

- FILGUEIRAS, F. *Corrupção, democracia e legitimidade*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2008, pp. 32-33.
- GOMES, L. "Escravidão: da corrida do ouro em Minas Gerais até a chegada da corte de Dom João ao Brasil", v. 2, *Globo Livros*, Rio de Janeiro, 2021.
- GONTIJO, C.A.C. *O crime de corrupção no setor privado*, Lider Ars, São Paulo, 2016.
- HABIB, S. *Brasil: quinhentos anos de corrupção: enfoque sócio-histórico-jurídico-penal*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.
- KEY, V.O. "The techniques of political graft in the United States", Tese - *University of Chicago*, Chicago, 1936.
- KOSELLECK, R. "Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos", *Estudos históricos*, v. 5, n. 10, pp. 134-146, Rio de Janeiro, 1992, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewFile/1945/1084>, acesso em: 25 fev. 2023.
- LAUFER, D. "O delito de corrupção: Críticas e propostas de ordem dogmática e político-criminal", Tese - *Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*, São Paulo, disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7087/1/Daniel%20Laufer.pdf>, acesso em: 03 fev. 2023.
- MAQUIAVEL. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*, Martins Fontes, São Paulo, 2007.
- MAIRAL, H.A. As raízes legais da corrupção ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la, *Contracorrente*, São Paulo, 2018, p. 22.
- MIRANDA, L.F. "Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos", *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 25, pp. 237-272, Brasília, jan./abr. 2018, disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/VPBTRQmsPqT8KLqJJmcnqpn>, acesso em 03 fev. 2023.
- OLIVEIRA, E. *Crimes de corrupção*, Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- PENHA, A.M. & MENEGUEL, R. *A execução penal no Brasil durante a vigência das Ordenações Filipinas*, disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/4433/1/A%20Execu%C3%A7%C3%A3o%20Penal%20no%20Brasil%20Durante%20a%20Vig%C3%A2ncia%20das%20Ordena%C3%A7%C3%B5es%20Filipinas.pdf>, acesso em: 04 fev. 2023.
- ROCHA FURTADO, L. *Brasil e corrupção: Análise de casos*, Fórum, Belo Horizonte, 2018.
- SCHWARCZ, L.M. *O Brasil e seu passado corrupto*, publicado em: 30 mai. 2019, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Dz2SpKfXoh8>, acesso em: 24 jan. 2023.
- SILVA MAGALHÃES RIBEIRO, A. *Corrupção e Controle na administração pública brasileira*, Atlas, São Paulo, 2004.
- STF. *Ação Penal nº 937* - Tribunal Pleno, (Relator Min. Roberto Barroso), disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur396594/false>. acesso em: 03 fev. 2023.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL - BRASIL. *Índice de corrupção – 2021*, disponível em: <http://transparenciainternacional.org.br>, acesso em: 15 jun. 2023.
- ZAFFARONI, E.R. "La corrupcion: su perspectiva latino-americana", in: OLIVEIRA, E. (org.). *Criminologia Crítica*, CEJUP, Belém, 1990.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 24-72
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

TATUAJES, PIERCINGS Y EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN LA POLICÍA NACIONAL DE PANAMÁ: UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO¹

Tattoos, piercings and the right to free development of personality in the National Police of Panama: a comparative law study

Tomás Cristóbal Alonso Sandoval²

Universidad Internacional de la Rioja

Sumario: 1. Introducción. 2. La relación entre el delito y el uso de los tatuajes, perforaciones corporales, y el arte corporal. 3. La Policía Nacional de Panamá y sus aspirantes: sus implicaciones jurídicas. 4. Los derechos de los policías a su personalidad e identidad en América. 4.1 México y Argentina ante el derecho a portar tatuajes siendo policía. 4.2 El derecho a portar tatuajes siendo policía en Colombia. 4.3. El derecho a portar tatuajes siendo policía en Perú. 4.4 Carabineros tatuados, el caso chileno. 4.5 Uruguay y el derecho de portar tatuajes siendo policía. 4.6. Ecuador y los criterios de admisión a la Policía Nacional. 4.7. La policía puertorriqueña y el uso de los tatuajes. 4.8. La Policía Nacional de República Dominicana y el derecho de sus agentes a portar tatuajes. 4.9 Portar tatuajes en la Policía Nacional de Trinidad y Tobago: su reconocimiento constitucional. 4.10. La policía estadounidense y el uso de los tatuajes. 4.11 Policía canadiense y su regulación ante los tatuajes de sus agentes. 5. Los derechos de los policías a su personalidad e identidad en Europa. 5.1 Los

¹ Especial agradecimiento: Magister Eugenio A. Camadro Jáuregui, Universidad Nacional de Mar de Plata, y al Magister Carlos Lionel Pinilla De León, Universidad de Panamá, por la ayuda en esta investigación.

² 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 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. Abogado, docente e investigador y consultor jurídico. Correo electrónico: tomas.alonso@unir.net.

Recibido: 05/09/2022

Aceptado: 11/07/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10156348

tatuajes en la Policía Francesa. 5.2 Reino Unido de Gran Bretaña y los derechos de los policías tatuados. 5.3 Derecho a tatuarse siendo policía en Austria y Alemania. 5.4. El uso de los tatuajes de la policía española. 6. El derecho a portar tatuajes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. - Conclusiones. - Bibliografía.

Resumen: en la siguiente investigación se realiza un estudio filosófico dogmático sobre el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, Derecho a la Libertad Religiosa, y Derecho a la Libertad de expresión dentro de las fuerzas policiales, haciendo especialmente énfasis en el ordenamiento panameño. Concretamente se analiza si el personal policial puede portar o no: tatuajes, piercing, arte corporal, cabello largo, cabello teñido de colores, barbas, uso de sombreros, aretes, anillos, etc. De igual manera se explica y se analiza la diversa legislación y jurisprudencia internacional sobre el tema, haciendo uso del derecho comparado, de igual manera se establece las limitaciones, excepciones y restricciones a los derechos ya mencionados.

Palabras clave: tatuajes, piercings, policía, Derechos Humanos, Libre Desarrollo de la Personalidad, Panamá.

Abstract: in the following investigation, a dogmatic philosophical study is carried out on the Right to have and develop a personality, the Right to Religious Freedom, and the Right to Freedom of expression within the police forces, with special emphasis on the Panamanian legal system. Specifically, it analyzes whether or not police personnel can carry: tattoos, piercings, body art, long hair, colored hair, beards, wearing hats, earrings, rings, etc. In the same way, the various international legislation and jurisprudence on the subject are explained and analyzed, making use of comparative law, including the study of existing limitations, exceptions and restrictions to the aforementioned rights.

Keywords: tattoos, piercings, police, Human Rights, Right to Free Development of Personality, Panama.

1. Introducción

Panamá es un país centroamericano que cuenta con una población no mayor a 4 millones y tantos de personas, con una posición estratégica que une a las Américas a través de su Canal plenamente integrado al comercio mundial, con una economía pujante y un régimen liberal de comercio de bienes y servicios, esto aunado a un alto grado de inversiones, una democracia consolidada, sumado a un sistema bancario boyante y sobre todo una economía basada en servicios logísticos, tráfico marítimo, entre otras muchas actividades, etc., han hecho que sean considerados en algunos casos como un país modelo en lo económico.

Sin embargo, es un país que tiene una deuda con su propia gente, por un lado, es necesario hacerle frente a los grandes desafíos que tanto en lo social como en lo político, nunca ha tenido grandes transformaciones con el fin que todos estos beneficios económicos en realidad lleguen a la mayoría de su población, esto a pesar de que sus índices económicos no paran de crecer, siendo la envidia para los demás países de la región, sin embargo, sigue existiendo una desigualdad económica y altos índices de pobreza, esto aunado a la falta de una verdadera transformación en seguridad social, educación, administración de justicia, sistema penitenciario deficiente y lucha contra la corrupción política, son solo una pequeña mención de los grandes desafíos que tiene que hacerle frente, como mecanismos para garantizar un verdadero desarrollo del país.

Estas desigualdades no solamente se dan en lo que respecta a la distribución de riquezas sino también en lo que es la protección de la dignidad de todos los seres humanos por igual, y una de las instituciones que necesitan un verdadero cambio en el cumplimiento y protección de los derechos humanos, es la Policía Nacional de

Panamá (en adelante policía nacional), no solamente en la protección de la sociedad sino también en el cumplimiento de los derechos humanos dentro de la institución y por sus propios miembros.

En esta investigación hablamos de la necesidad de reconocer de forma real que la Constitución panameña establece, que no abra fueros ni privilegios para nadie y que todos somos iguales, ante la ley, sin embargo, la ley actual de la Policía Nacional, sigue insistiendo en no ser reformada, sobre todo en seguir manteniendo una discriminación de no admitir personas por su orientación sexual, así como en la práctica de no admitir a personas que portan tatuajes, con piercing, algún arte corporal semejante, o cualquiera transformación estética fuera de lo aceptado por los mandos de la policía nacional. Se le niega no solo la admisión a la institución, con la finalidad que en un futuro no formen parte de la policía como agente y puedan servir a la patria, sino que también se le niega el acceso al trabajo y a formar parte del Estado como funcionarios públicos.

Aunque reconocemos que la ley actual de la policía nacional tiene múltiples problemas jurídicos sobre todo en lo que respecta; política de género, jubilaciones especiales, sistemas de ascensos, falta de atención psicológica y médica para sus miembros, falta de transparencia en lo que respecta a las decisiones en su ordenamiento interno, así como la necesidad de una verdadera formación académica y profesional mucho mejor que lo actual, que responda a las necesidades que se viven hoy en día, nos centraremos en esta ocasión en analizar y explicar las posibles violaciones a los derechos humanos de los futuros aspirantes a la institución policial, que no son admitidos únicamente por ser estéticamente diferentes.

En esta investigación realizamos un estudio filosófico dogmático, haciendo uso del derecho comparado y la jurisprudencia internacional, que permita entender al lector los problemas, prejuicios y discriminación, que se dan dentro de la institución policial, violando no solamente derechos fundamentales de los aspirantes y perpetuando prejuicios ya desplazados sin rigor científico en no admitir a personas por su estética corporal y no por su grado de profesionalidad en el ejercicio de su trabajo, estas políticas de no admisión violan múltiples derechos humanos, desde los derechos laborales, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, autonomía personal y la libertad de expresión, así como la libertad religiosa de las personas que cumplen con todos los requisitos que exige la ley, pero son rechazados por prejuicios sociales, por parte de una institución estatal que ya ha expresado públicamente su desacuerdo con este tema.

La investigación realiza un recorrido histórico y social, con miras a brindar al lector una clara respuesta en que es posible, tener una política de admisión de aspirantes que responda a las necesidades actuales y no ocasionen violaciones a los derechos de los aspirantes. De igual manera, analizamos y comparamos los principales países que han legislado sobre la materia y han establecido los elementos y pautas, que permiten no solo la admisión de personas tatuadas o con otra apariencia corporal, por diversos motivos, a formar parte de la institución policial, sino que se les reconoce plenamente el derecho a elegir en este caso a la función pública formando parte de la policía, con miras a proteger y servir a la sociedad.

De igual manera, este análisis, brinda las respuestas a la problemática existente y crea las futuras herramientas, que permitan una transformación no solo jurídica sino también social a la Policía Nacional Panameña.

2. La relación entre el delito y el uso de los tatuajes, perforaciones corporales, y el arte corporal

Si analizamos el origen de los tatuajes y su relación con los delitos, tenemos que partir cronológicamente de por lo menos tres siglos hacia atrás, en este sentido tenemos a Rojas Reyes, que nos menciona que el tatuarse la piel, es una conducta

milenaria, y este hecho se encuentra prácticamente en la gran mayoría de las diversas culturas que componen la humanidad pero es a partir de los últimos 50 años, en que al tatuaje progresivamente se le ha ido poco a poco despejando del estigma y se ha convertido sin duda en un elemento artístico que goza en su mayoría de aceptación social, en donde la gran mayoría de personas que hoy en día portan tatuajes, son los jóvenes y eso incluye a los jóvenes profesionales³. En este mismo sentido tenemos a Walzer, que nos señala que el tatuaje nace y es un medio expresivo de comunicar con el cuerpo, las características individuales del portador, en sus palabras; “una expresión de esa tendencia a diseñarse a uno mismo, participaría de esa función primitiva del tatuaje en las sociedades no industrializadas y, de otro lado, aun integrado dentro de la idea del “todo moda” podría ser tenido por un modo de individuación y de rechazo de la masificación”⁴. Lo cierto es que desde los tiempos de los romanos adoptaron la tradición griega de estigmatizar haciendo uso de los tatuajes a esclavos, criminales y desertores, práctica que fue extendiéndose al mundo antiguo occidental, sin embargo fue el Papa Adriano I, quien prohibió los tatuajes, de cualquiera forma y tipo, así sucesivamente con los Papas que siguieron, hasta tal punto que con el transcurrir de los años, la Iglesia Católica, los catalogaba como satánicos, y no fue hasta finales del siglo XVIII, en que empezó a estudiar el fenómenos de los tatuajes y se dieron los primeros pasos para quitar la etiqueta de estigma⁵.

Los primeros antecedentes de asociar a los tatuajes, con la delincuencia y grupos criminales, los tenemos a finales del siglo XVIII, que es cuando se dieron los primeros pasos, que trataban de explicar la criminalidad por el aspecto médico y estético de los delincuentes, en donde se trataba de explicar científicamente porque ciertas personas son más propensas a cometer delitos. Sin duda la escuela italiana de criminología fue la primera que le había puesto atención a la relación existente de los tatuajes con la delincuencia, fue hasta el Primer Congreso de Medicina Legal de 1898, celebrado en Turín, Italia por la Asociación Italiana de Medicina Legal, que tenía como programa el estudio de los factores múltiples del delito, en que se presentó las primeras investigaciones sobre los tatuajes y el delito, concretamente sobre el uso de los tatuajes en los menores de edad en casas de corrección⁶.

Uno de los hechos que no se puede desconocer es que, desde los primeros inicios de la Antropología Criminal, ciencia en la actualidad ya con creces superada, le debemos los primeros estudios en aquellos lejanos años, sobre la vinculación de los tatuajes con el mundo criminal, fue Cesare Lombroso, que en sus investigaciones sostiene que existía una frecuencia en el uso de los tatuajes, en los delincuentes de la época, sobre esto nos menciona que: “sorprende en estas investigaciones, además de la frecuencia ya notada por nosotros, el carácter específico de estos tatuajes: la obscenidad, la jactancia del crimen y el contraste por demás extraño de las pasiones más perniciosas y de los sentimientos más delicados”⁷. Para Hikal, este interés de Lombroso, por los tatuajes nace “en 1859 Italia entra en guerra y Lombroso inmediatamente se incorpora al ejército; actuando como médico militar, se sorprendió por la gran cantidad de tatuajes que tenían los soldados deshonestos en

³ Cfr. ROJAS REYES, G. El Tatuaje En Universitarios: De Lo Gráfico A lo Subjetivo. *Question/Cuestión, Periodismo/Comunicación*, Nro. 70, Vol.3, Colombia, diciembre 2021, p. 14. Puede ser consultado en: <https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/> IICom -FPyCS -UNLP DOI: <https://doi.org/10.24215/16696581e630>. Visto el 12 de enero de 2023.

⁴ WALZER, A. Tatuaje: ¿Entre el arcaísmo y la moda?, *AISTHESIS*, Instituto de Estética, Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 65, 2019, pp. 112- 113. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://scielo.conicyt.cl/pdf/aisthesis/n65/0718-7181-aisthesis-65-0095.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://scielo.conicyt.cl/pdf/aisthesis/n65/0718-7181-aisthesis-65-0095.pdf). Visto 11 de mayo de 2023.

⁵ Cfr. QUIROGA, L. Tatuados: El mundo del tatuaje: de la transgresión a la tendencia, Penguin Randon House, Barcelona, 2018, pp. 28 - 29.

⁶ FERRI, E. Sociología, Tomo 1, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México D.C, 2004, p. 39.

⁷ LOMBROSO, C. Los criminales, Centro Editorial Presa, Barcelona, pp. 45 - 46.

comparación con los honrados, surgiendo así su idea de una personalidad incongruente y de criminalidad oculta o sublimada”⁸.

De igual manera ya señalaba la importancia en tener un registro de los tatuajes, plenamente identificados en sus investigaciones, que permitirán una investigación mucho más ágil en cuanto a la identificación de los delincuentes, sobre esto nos comenta Lombroso que: “además, según nos revelaron antiguos camorristas, cinco puntos sobre la mano derecha, un lagarto ó una serpiente, denotan el primer grado en esta peligrosa asociación. Yo callo, y fácilmente se adivinará la causa, acerca de la difusión de tatuajes por todas las restantes partes del cuerpo”⁹. Por lo tanto, ya hablamos que la importancia de la identificación y del contenido del tatuaje ya permitía no solo identificar a los delincuentes sino que creaba indicios que permitía identificar el grupo criminal al cuál el delincuente pertenecía o admiraba, muy parecido al tema actual, en que es posible identificar el grupo, agrupación mafiosa (en Japón, a los policías se les prohíbe tener tatuajes visibles porque se cree que están asociados con la Yakuza) o pandilla a la que pertenece determinado sujeto, por la forma y contenido de sus tatuajes, para Lombroso: “un ladrón de los más incorregibles, que tiene seis hermanos de su misma calaña, me rogaba cierto día, mostrándome las señales de la mitad de su cuerpo, le ayudase á encontrar un maestro profesional en tatuaje que completase lo que pudiéramos llamar justamente la tapicería de su piel. cuando el tatuaje descubre mucha intención, y se extiende sobre todo el cuerpo, me decía él, es para nosotros, los ladrones, como el uniforme negro de nuestra sociedad con todas sus condecoraciones; nosotros nos estimamos según nuestros tatuajes; individuo alcanza mayor respeto entre sus compañeros, en cuanto que ostenta mejor y más extenso tatuaje. Al contrario, aquél cuyo tatuaje es malo deficiente no goza de influencia alguna, no es tenido por un excelente vago y carece de la estimación de sus compañeros”¹⁰ y de igual manera el delincuente reconoce que al estar tatuado, esto lo ayuda en su delincuencia, en este sentido nos menciona Lombroso: “a otro ladrón oír decir: frecuentemente cuando las mujeres nos ven cubiertos así de tatuajes, nos colman de presentes, entregándonos el dinero, antes de exigirlo”¹¹. Llama la atención el comentario de Lombroso que, en aquellos años, en el caso español, la mayoría de los asesinos, tenían como costumbre la de utilizar tatuajes religiosos, como nos dice Lombroso: “el señor Salillas ha publicado un excelente estudio sobre el tatuaje de los criminales *españoles*, en la *Revista de Antropología Criminal*, que se publica en Madrid. Según el citado profesor, esta costumbre es muy frecuente entre los asesinos; obsérvese, muy cierto, el predominio del carácter religioso, pero siempre con ese sello de cinismo obsceno, que se advierte en todos los demás”¹².

Sin embargo, Lombroso reconoce, que existen tatuajes que no son utilizados por los delincuentes sino por personas que tienen otro sentido de permanencia con un determinado grupo o quieren expresar ciertos mensajes en su piel, nos brinda diversos ejemplos desde un punto de vista sociológico y antropológico, entre estos que: las mujeres en determinadas *dayorks*, para identificarse como mujeres solteras y que están buscando esposo, mientras que otras culturas lo utilizan como expresión religiosa como los *laocio*, que se tatúan animales fantásticos, análogos, a los que adornan los monumentos a Buda, y reconoce que en otros casos los tatuajes pueden ser considerados como verdaderas obras de artes, especialmente los tatuajes que

⁸ HIKAL, Wael. Introducción al estudio de la Criminología, Editorial Porrúa, México, 2007, p. 45.

⁹ LOMBROSO, C. Op. Cit., p. 48.

¹⁰ LOMBROSO, C. Ibid., p. 49.

¹¹ LOMBROSO, C. Ibid., p. 49.

¹² LOMBROSO, C. Ibid., p. 48.

portan los indígenas de las Marquesas, o en Polinesia en que las mujeres pintan sus caras son considerados como símbolo de coquetería, las mujeres musulmanas tienen la costumbre de tener dibujados con tinta en sus manos, antebrazos y brazos, cuello y parte superior del pecho, diversas flores, dibujos, que simulan brazaletes, y en Argelia, los tiradores de ambos sexos son marcados con tatuajes en la cara como algo común, entre otros muchos ejemplos, que nos brinda uno de los principales precursores de la escuela positiva italiana Cesar Lombroso¹³. Sin embargo, Lombroso reconoce que en el caso de los tatuajes de los criminales a diferencia de los demás, estos no son tatuajes atávicos es decir que no son herencia del pasado, para Lombroso, las personas honradas comparten más cosas en común con los delinquentes que diferencias, en sus palabras: "es cierto de toda certeza, que de él podemos afirmar lo que de los otros caracteres de los criminales, que se encuentran también entre las gentes honradas; más precisa que nos fijemos en su proporción, difusión é intensidad evidentemente notables; no podemos cerrar los ojos á su matiz científico, al color local del cinismo, á la vanidad inútil é imprudente del crimen, de que carecen en absoluto los hombres honrados y aún los locos, en los cuales el tatuaje es una excepción muy rara"¹⁴ para concluir que los tatuajes son verdaderos fenómenos psicológicos. Sin embargo, para otro de los grandes pensadores de la antropología criminal, como lo fue Enrique Ferri, resume que "tatuajes que, con la nota viva del presente, nos remontan á las costumbres de nuestros antecesores, que sobre su piel señalaban los escudos de su nobleza guerrera: preparaciones anatómicas..."¹⁵. Ferri, al analizar los cuerpos humanos de los delinquentes, encontraba no solo diferencias físicas sino también tatuajes en la mayoría de ellos, en sus palabras: "las indagaciones hechas sobre el resto del cuerpo han establecido también algunos caracteres singulares, desde el más exterior, que consiste en la presencia más frecuente del tatuaje hasta los más íntimos, tales como profundas anomalías congénitas de conformación en el esqueleto y en las vísceras, o de las condiciones patológicas que a ellas se unen"¹⁶. Y de igual manera, consideraba que la identificación médica y estética de los delinquentes era posible, y los tatuajes eran de vital importancia, sobre estos nos menciona Ferri que: "entre los caracteres que constituyen el tipo criminal antropológico, los hay adquiridos, como el tatuaje, la expresión solapada de la cara, el modo de andar, el argot, las cicatrices, etc., más también los hay congénitos, como las anomalías del cráneo, del esqueleto, de la fisonomía, y las anomalías fisiológicas"¹⁷.

Aunque la Antropología Criminal, como disciplina científica, produjo diversos avances sobre todo en lo que se refiere al método científico para investigar e identificar a los delinquentes, hechos delictivos, predecir el delito y entender la conducta criminal, en la actualidad sus teorías en lo referente a la identificación de los delinquentes por rasgos o anomalías físicas o genéticas, han sido descartados por los avances de la Medicina, y debemos de situarnos que en aquellas épocas los tatuajes era utilizados por otros grupos sociales, de forma muy reducida, en lo que respecta al mundo occidental, no solo fue utilizado por delinquentes, sino también por diversas unidades militares con el fin de estar plenamente identificados, especialmente en la Marina, y en la población civil por los pescadores, etc. En este mismo sentido Foucault, sostiene que ya es habitual que las propuestas sostenidas en el pasado por la Antropología Criminal, se vieron rápidamente descalificadas en su momento, por distintas razones, entre estas por el mismo desarrollo de las ciencias en el siglo XX, por sus bases en el evolucionismo social e histórico que fue fuertemente descalificado y sobre todo por los grandes avances que se dieron en la neurología y la psicología y sobre todo por : "su incapacidad para hacerse operativa

¹³ Cfr. LOMBROSO, C. *Ibid.*, pp. 52-51.

¹⁴ LOMBROSO, C. *Los criminales*, Centro Editorial Presa, Barcelona, pp. 54- 55.

¹⁵ FERRI, E. *Estudios de Antropología Criminal*, Colección de Libros Escogidos, Tercera edición, Madrid, 1895, p. 9.

¹⁶ FERRI, E. *Sociología*, Toma 1, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México D.C, 2004, p. 59.

¹⁷ FERRI, E. *Sociología*, *Ibid.*, p. 110.

en forma de legislación penal y en la práctica judicial. La edad de la antropología criminal, con sus ingenuidades radicales, parece hacer desaparecido con el advenimiento del siglo XX siendo relevada por una psicología de la delincuencia mucho más sutil y mucho más aceptable para el derecho penal¹⁸. Hoy en día vivimos en un mundo globalizado, multicultural y comunicado de forma inmediata, en donde el uso del tatuaje, piercings, arte corporal, perforaciones corporales, etc., se ha popularizado desde hace décadas, saliendo de grupos tradicionales a formar parte en general de la sociedad en donde cada vez más personas por diversas razones deciden tatuarse, constituyendo en muchos países una conducta normal y generalizada, realizada por cualquier persona sin distinción de clase social, económica y educativa.

Sobre este tema, Umberto Eco se muestra muy crítico sobre la importancia de las teorías de Lombroso, en la actualidad, y es muy preciso en reconocer que sus argumentos ya no son válidos, en sus palabras nos comenta que: "recientemente, alguien me hizo notar que en una famosa pintura del Bosco sobre la pasión (ahora en Gante), entre otros horrendos torturadores aparecen dos que serían la envidia de muchas estrellas del rock y de sus jóvenes imitadores: uno de los personajes muestra un doble piercing en el mentón; el otro, el rostro perforado por varios adornos metálicos. Ahora bien, lo que pretendía el Bosco al pintar a estos dos seres era crear una especie de epifanía del mal (anticipando la afirmación lombrosiana de que quienes se hacen tatuajes o alteran sus propios cuerpos son criminales natos), y es posible que hoy día algunas personas sientan cierto desagrado ante la visión de jovencitos y jovencitas con bolitas en la lengua, pero sería un error, al menos desde un punto de vista estadístico, considerarlos genéticamente tarados"¹⁹.

Para Rodríguez Gutiérrez, la importancia del portar tatuajes en la actualidad nace de la propia perspectiva que el ser humano decide usar su propio cuerpo para manifestarse y esto conlleva a los tiempos actuales en que vivimos, en sus palabras: "deducimos así, que el tatuaje forma parte de las nuevas visiones del ser corpóreo y humano, por estas constantes modificaciones corporales que no cesan, por la interactividad de la opinión pública, por el desarrollo de la ciencia y los avances técnicos y tecnológicos, que permiten modelar el cuerpo, bajo juicios estéticos individuales"²⁰. En este mismo sentido tenemos a Walzer Moskovic, que es claro al señalar, que no podemos seguir entiendo el uso de los tatuajes con los prejuicios del pasado, sobre esto nos menciona que: "ante la imposibilidad de controlar la existencia en un mundo que se presenta cada vez más inaccesible a pesar de su aparente disponibilidad, se controla el cuerpo y así la piel se convierte en aquel lugar en el que el ego se exprese, se define, se muestra. El tatuaje funcionaria como una expresión simbólica orientada a no perder el espacio personal en el señal del tejido del mundo y un modo de procurarse un sentido, un valor, una afirmación"²¹. Para Bardona, en este mismo sentido nos dice que: "sin duda, en cada clase o estrato social, la praxis del tatuaje corporal adopta una valoración cultural particular. Entre los sectores populares representa un medio de identificación grupal, o en su caso, de estigma simbólico asociado a la delincuencia. Por el contrario, entre los sectores sociales privilegiados económica y culturalmente, los tatuajes corporales operan

¹⁸ FOUCAULT, M. La vida de los hombres infames, Caronte Ensayos, Editorial Altamira, Buenos Aires, p. 172.

¹⁹ ECO, U. De la estupidez a la locura: Crónicas para el futuro que nos espera, Lumen Editorial, 2016, p. 52.

²⁰ RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, V. Aspectos fundamentales del arte del tatuaje, cultura y sociedad. Arte y Movimiento, [S. l.], n. 5, Sevilla (España), 2011, p. 62. Puede ser consultado en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/artymov/article/view/599>. Visto el día 1 de marzo de 2023.

²¹ WALZER MOSKOVIC, A. F. Tatuaje y significado: en torno al tatuaje contemporáneo, *Revista de Humanidades*, 24, España, 2015, p. 215. Puede ser consultado en: <https://revistas.uned.es/index.php/rdh/article/view/15346>. Visto el día 3 de abril de 2023.

como signo de distinción y no de estigma”²². Walzer y Sanjurjo, sostienen en este sentido que, si partimos que en la actualidad todo objeto de adorno o de consumo, termina convirtiéndose en un signo, en el caso particular de los tatuajes, sin tener en cuenta si son tatuajes artísticos, serial o artesanales, sin duda constituye lo que denomina un “mensaje manuscrito visual y/o textual y porque, en tanto marca significativa permanente, produce una significación que, a diferencia de los objetos intercambiables y perecederos de la moda o de los formatos televisivos, acompañará al sujeto durante su vida”²³, por lo tanto hablamos de un mensaje que por obvias razones, si no es borrado estéticamente, acompaña de por vida al portador.

Unos de los aspectos que se tiene que reconocer es que la autonomía personal, no solamente trata de decidir de forma libre y consciente, las decisiones en que una persona quiere vivir su vida, sino que estas decisiones también tienen que ver con su propio cuerpo que por obvias razones forma parte de su identidad personal, en este mismo sentido tenemos a Le Breton, que reconoce que el cuerpo humano es un vector semántico, que construye la forma en que nos relacionamos como personas que viven en sociedad, el cuerpo humano constituye no solamente una expresión de hábitos, sentimientos, gestualidad, apariencia personal, forma física, sino también constituye una relación con el sufrimiento y el dolor, el cuerpo humano por su existencia mismo tiene una pertenencia individualizada²⁴ y esto es precisamente lo que hace un tatuaje, piercing, o cualquier arte corporal, expresar individualmente lo que piensa y expresa la persona al mundo, entiendo que el cuerpo humano forma parte de la libre personalidad del individuo. Para Le Breton; “en el contexto del individualismo contemporáneo, la individualización del sentido es al mismo tiempo una individualización del cuerpo. Se ha desarrollado un fabuloso mercado de la cosmética y del diseño corporal que ofrece un sinnúmero de talleres de transformación del cuerpo. Mediante la transformación de su propio cuerpo, el individuo quiere cambiar su vida, es decir, reformar un sentimiento de identidad que también ha devenido obsolescente. El cuerpo ya no es la irreductible encarnación de sí mismo, sino una construcción personal, un objeto transitorio y manipulable que puede ser sujeto de infinitas metamorfosis de acuerdo con los deseos del individuo”²⁵. Umberto Eco, sostenía que en la actualidad, los tatuajes, forman parte de la expresión personal de las personas que lo portan y por lo tanto constituyen una forma de expresión de la identidad, así como también una forma de resistencia contra de lo que se entiende como uniformidad aceptada por las sociedades, en su libro “Historia de la fealdad”, nos comenta que El Bosco en su pintura “Cristo llevando la cruz” nos mostraba los piercings (anillos de varios tipos y tamaños en el rostro) para representar a los perseguidores de Jesús, y los pintaba por lo que se entendía en aquellas épocas como eran los bárbaros y los piratas, en las palabras de Eco, nos dice: “recuérdese que todavía en el siglo XIX los psiquiatras consideraban el tatuaje un signo de degeneración. Hoy en día, piercings y tatuajes pueden interpretarse a lo sumo como un desafío generacional, pero desde luego no se interpretan (por parte de la mayoría) como una opción a la delincuencia, y una muchacha con un piercing en la lengua o un dragón tatuado en el vientre desnudo puede participar en una manifestación a favor de la paz o de los niños africanos desnutrido”²⁶. Respecto a lo señalado por Garrido, es que el uso de tatuajes o del tener un cuerpo tatuado, impone

²² BARBOSA SÁNCHEZ, A. Identidad visual y discriminación social: Identidades corporales basadas en el diseño y la visualidad. *PALMA Express*, 2021, p. 301. Puede ser consultado en: <https://cipres.sanmateo.edu.co/ojs/index.php/libros/article/view/366/323>. Visto el día 14 de marzo de 2023.

²³ WALZER, A. & SANJURJO, P. Los medios de comunicación y el tatuaje contemporáneo, *Communication & Society*, Volumen 29(1), 2016, p. 80. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/40173/1/Alejandra%20Walzer.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/40173/1/Alejandra%20Walzer.pdf). Visto el 1 de marzo de 2023.

²⁴ Cfr. LE BRETON, D. La Sociología del cuerpo, Siruela Biblioteca de Ensayo 99 (Serie Mayor), Madrid, 2018, p. 9.

²⁵ LE BRETON. Op. Cit., p. 126.

²⁶ ECO, U. Historia de la fealdad, Editorial Lumen Italia, 2007, pp. 428 – 430.

a la persona tatuada un régimen de visibilidad ante la sociedad que en nuestra opinión esa visibilidad conlleva a ser visto por los demás, en sus palabras: "el tatuaje reclama ser visto pues es una suerte de panóptico invertido -todos miran al uno- pero esta visibilidad no es constante: el tatuaje según donde se halle- se muestra y se oculta, se vela y devela, a sus observadores pues"²⁷, para Garrido los tatuajes tienen como función la de recordar el portador no solo su significado sino también su recuerdo.

Ballén Valderrama y Castillo López, comparan la función moderna del tatuaje con la cirugía plástica, en el sentido que ambas modifican la estética del cuerpo humano, y del tatuaje, en el caso de ser de gran tamaño o varios tatuajes pueden cambiar la imagen corporal del cuerpo es por esto que se dice que los tatuajes pueden ser una herramienta funcional, en el sentido que ayuda a ocultar aquellos rasgos poco atractivos o asimétricos, de igual manera son indicativos que la persona puede soportar el dolor, esta última se denomina como finalidad adaptativa, en el sentido que oculta los defectos, con el fin de aumentar la autoestima, sobre esto es bueno recordar que algunas personas se tatúan, como un medio para superar una crisis emocional o les ayuda a mejorar su apariencia, por ejemplo en los casos de Cáncer de Seno, quemaduras, que se decide tapar la cicatriz, o en los casos de pérdida de un familiar, que la imagen de la persona fallecida tatuada en el cuerpo de alguno conocido o familiar le ayuda a sobre pasar el duelo o el dolor de la pérdida, entre otros muchos casos, en que un tatuaje no solo se realiza por una satisfacción estética sino también como un medio de apoyo psicológico que ayuda a mejorar el estado mental de la persona²⁸. Nateras Domínguez, sigue este sentido y sostiene que el dolor físico como el emocional cobran una importante trascendencia cuando se realiza un tatuaje, en el sentido que en el aspecto corpóreo este dolor es rebasado y superado, obteniendo no solo un diseño plasmado en la piel sino también una serie de motivaciones personales, valores simbólicos y representaciones sociales del individuo, en palabras de Natera Domínguez: "el dolor se convierte en un sufrimiento social, ya que funciona como una especie de trueque o intercambio a fin de hacerse acreedor no sólo de aquellas imágenes e iconografía elegidas, sino de un componente psicológico de elaboración simbólica que permita sortear a nivel del psiquismo las situaciones, los eventos y los acontecimientos difíciles de comprender en la vida cotidiana violenta, por lo que se requiere plasmarlo para siempre en el cuerpo"²⁹.

3. La Policía Nacional de Panamá y sus aspirantes: sus implicaciones jurídicas

Panamá, es un país que no tiene ejército o fuerzas militares, que fueron disueltas en 1989, a raíz de la invasión de los Estados Unidos, con el fin de derrocar, capturar y enjuiciar al dictador Manuel Antonio Noriega, que en la práctica presidía el gobierno institucional en aquel entonces. Esto motiva una reforma constitucional

²⁷ GARRIDO, C. D. Cuando el recuerdo se hace piel: tatuarse para no olvidar. VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata, 2010, p. 10.

²⁸ BALLÉN VALDERRAMA, J., CASTILLO LÓPEZ, J. La práctica del tatuaje y la imagen corporal. *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, 8(1), 2015, p. 107. Puede ser consultado en: [Dialnet-LaPracticaDelTatuajeYLaImagenCorporal-5295911.pdf](#). Visto el día 17 de diciembre de 2022.

²⁹ NATERAS DOMÍNGUEZ, A. Violencia simbólica y significación de los cuerpos: Tatuajes en jóvenes. *Revista Temas Sociológicos, Juventud y cambio epocal*, No. 11, 2006, p. 99. Puede ser consultado en: [Dialnet-ViolenciaSimbolicaYSignificacionDeLosCuerpos-2569820.pdf](#). Visto el día 14 de abril de 2023.

en 1994³⁰, que en su artículo 310 correspondiente al título de “Fuerza Pública”, es clara al señalar que “La República de Panamá no tendrá ejército” y dejó en claro que, con la finalidad de mantener el orden público, la protección de la vida, honra y bienes, así como la prevención de los delitos, es la ley que organizará los servicios policiales correspondientes para tal efecto. Mientras que en su artículo 311, se señala que los servicios policiales y sus miembros, no podrán realizar manifestaciones o declaraciones políticas ni intervenir en políticas partidistas, ni de forma individual ni colectivamente, salvo la emisión del voto, y cualquiera violación a esta norma constitucional conlleva a desacato y la distinción inmediata del cargo, en conjunto con las demás sanciones que la ley establezca. Otros de los artículos constitucionales que se aplican a la fuerza policial, lo tenemos en el artículo 19, que establece que: “No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

Con el tiempo a nivel de leyes se estableció que no solamente la seguridad y orden público serían funciones de las fuerzas públicas, sino que también se incluían la protección fronteriza y costera de Panamá. Empezando el 10 de febrero de 1990, en que el Presidente Guillermo Endara, reemplazó las antiguas “Fuerzas de Defensa de Panamá”, esto conllevó reformas a la ley policial en 2008 y en 2010, que han dado origen a los cuerpos policiales actuales, que están formados por 5 estamentos: Policía Nacional de Panamá, Servicio Nacional Aeronaval Servicio Nacional de Fronteras (SENAFRONT) Servicio Nacional Aeronaval (SENAN), y el Servicio de Protección Institucional (SPI) y por último el Servicio Nacional de Migración, todas estas fuerzas policiales se encuentran adscritas al Ministerio de Seguridad Pública de Panamá, y en el caso de la Policía Nacional, fue legalmente constituida mediante la Ley Orgánica No. 18 de 1997³¹ en donde se deja claro que la Policía Nacional de Panamá es un cuerpo armado que cumple funciones de naturaleza civil a nivel nacional y en su artículo 1, señala que su jefe máximo es el presidente de la República y reconoce (artículo 2) que entre sus funciones está el cumplimiento y la observancia de la Constitución panameña y que los miembros de la policía son servidores públicos y le corresponde cumplir sus funciones en apego a la Constitución y la ley (artículo 8) y así como la neutralidad política de sus miembros (artículo 9). Uno de los aspectos más importantes de la ley, lo tenemos en su artículo 10, que nos señala que: “en el ejercicio de su cargo, los miembros de la Policía Nacional deberán actuar con absoluta imparcialidad y sin discriminación alguna por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas”.

Mientras que lo referente a la actuación profesional de la policía (artículo 12), reconoce que cuando comentan una infracción constitucional o legal el mandato superior exime de responsabilidad al agente que ejecute el acto cuando este de servicio, en cuyo caso la responsabilidad recae únicamente sobre la autoridad que imparta la orden, y si dicho orden implica la comisión de un hecho punible, el policía no está obligado a obedecerla, y en caso de hacerlo la responsabilidad recae sobre el superior y el subalterno. Mientras que el respeto y protección de los derechos humanos y la dignidad humana³², en el cumplimiento de sus funciones (artículo 13) establece que: “están impedidos de infligir, instigar o tolerar actos de torturas y otros actos crueles, inhumanos o degradantes, así como cualquier otra práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física y el cometer estas violaciones no exime de responsabilidad al autor”, de igual manera el juramento que hacen los policías panameños al asumir su cargo establece en su artículo 93, que debe de

³⁰ Constitución Política de la República de Panamá Esta edición de la Constitución Política de 1972 está ajustada a los Actos Reformativos de 1978, al Acto Constitucional de 1983, a los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994, y al Acto Legislativo No. 1 de 2004, tomando como referencia el Texto Único publicado en la Gaceta Oficial No. 25176 del 15 de noviembre de 2004.

³¹ Ley Orgánica de la Policía Nacional, No. 18 del 3 de junio de 1997.

³² NAJMAN, M. “How the dignity was understood in law in past and how it should be today”, *Juridical Tribune*, v. 11, 2021.

cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, en defensa de la democracia y los derechos humanos, la seguridad y el orden público. En su artículo 52, de la presente ley se señala que los únicos requisitos que se pueden exigir a los futuros miembros de la policía nacional son los siguientes: tener la nacionalidad panameña, mayoría de edad, encontrarse en condiciones psicofísicas compatibles con el cargo que se inspira, no haber sido condenado por delito doloso o contra la administración pública, tener certificado de educación primaria, etc. De igual manera en el artículo 110, establece que está prohibido que los miembros de la policía discriminen a un superior, subalterno o compañero, por razón de sexo, etnia, o credo religioso. Como podemos ver la ley de la policía panameña hace énfasis no solamente en el cumplimiento y la protección de los derechos humanos como funcionarios públicos al servicio del Estado sino también hace énfasis en el cumplimiento de los derechos humanos dentro de la institución y en sus relaciones profesionales con demás miembros del cuerpos policial sean subalterno o superiores en todo momento y lugar, concretamente sobre la prohibición a sus miembros a portar tatuajes la ley concretamente no menciona nada sobre el tema y al mismo tiempo se resalta que los policías son funcionarios públicos con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los funcionarios.

El Decreto Ejecutivo 204 de 1997³³ establece que el reglamento disciplinario de la policía se rige por los siguientes principios básicos: vocación de servicio, lealtad, probidad, honradez, competencia, efectividad, eficiencia, transparencia y valor civil, así como proteger y respetar los derechos constitucionales y los derechos humanos de libertad, igualdad y justicia de igual manera en su ejercicio profesional y personal debe de ser honesto y respetar la dignidad humana. (artículo 12) mientras que en su artículo 15, establece que en todo momento la policía debe de actuar con absoluta imparcialidad y sin discriminación alguna. Mientras que en su artículo 28, deja en claro que: "en la institución no existirán fueros ni privilegios, ni habrá discriminación por razón de sexo, credo religioso o ideas políticas". De igual manera, el presente reglamento (artículo 29), nos dice que, a los miembros de la policía, no se le pueden aplicar sanciones que no estén autorizadas en el reglamento, en este sentido nos dice que: "están absoluta y estrictamente prohibidas", siguiendo este mismo sentido tenemos el artículo 40, que de igual manera señala que: "ninguna falta podrá ser sancionada si no está contemplada en el reglamento". Debemos recordar que el reglamento no hace ninguna mención al portar tatuajes y ni siquiera es mencionado como falta y mucho menos tiene alguna sanción correspondiente. En este sentido partimos de que los tatuajes tampoco forman parte del uniforme todo lo contrario forma parte exclusivamente de la piel del ser humano que los porta, por lo tanto, tampoco puede aplicarse por analogía una falta leve de conducta del artículo 118, numeral 17, en lo referente al usar el uniforme en forma incorrecta, incompleta, o con aditamento de insignias, prendas, distintivos que no son los reglamentados o usar prendas de este, vistiendo de civil.

Por lo tanto, podemos mencionar que ni la ley orgánica ni el reglamento disciplinario de la policía, hacen mención a los tatuajes, y ninguna sanción, a los miembros que los porten, todo lo contrario, señalan que el cumplimiento, respeto y protección de los derechos humanos, especialmente la no discriminación y dignidad humana así como el cumplimiento de la Constitución, son la base de sus comportamientos y desarrollo de sus funciones no solamente como funcionario público sino dentro del mismo cuerpo policial, en la manera en que deben de conducirse entre ellos mismo, dentro de la institución.

En la práctica, es todo lo contrario, en el "Instituto Superior Policial Presidente Belisario Porras", que es la Academia de Policías de Panamá y el Departamento de Reclutamiento y Selección de Personal de la Policía Nacional, sí impiden de manera

³³ Decreto Ejecutivo 204 De 1997. Por el cual se expide el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional.

estricta que el aspirante tenga tatuajes en su cuerpo, por lo tanto se produce una discriminación laboral dirigidas a las personas que poseen tatuajes, por la única razón de tenerlos. Aunque los requisitos para ingresar a la policía han variado con los años, actualmente son: la de tener la nacionalidad panameña, tener una edad entre los 18 a 27 años, contar con bachillerato completo o técnico industrial, poseer una altura de 1.60 y un peso proporcional a la estatura. De igual manera se tiene que contar con diversas pruebas de conocimientos generales, psicológicas y físicas, etc. Otro aspecto que llama la atención es que a pesar de que Panamá, no tiene ejército se insiste en usar términos propios de este, especialmente cuando en vez de hablar de ingreso se habla de reclutamiento, cuando este último es una figura jurídica totalmente distinta. De igual manera, los requisitos seguían siendo ambiguos; no señalan una estatura mínima, exigían que los aspirantes sean solteros (sin hijos y no concubinato), la edad era de 17 hasta 22 años con 11 meses, secundaria aprobada o estar cursando el último año de su especialidad, haber adquirido bachilleratos que pueden ser en Ciencias, Letras, Comercio, Industrial, Agropecuario y Magisterio. Con relación a los tatuajes señalan, que no se admitían a personas con tatuajes, dientes de oro, varones con orificios en el lóbulo de la oreja o mujeres con más de uno en cada lóbulo de la oreja. Luego de esto se subió el requisito de la edad de 18 a 25 años, Bachiller o primer ciclo, no tener cicatrices ni tatuajes, tener buena salud física y mental, certificado de primer ciclo y segundo ciclo, créditos de primer y segundo ciclo, renunciar a los partidos políticos, presentar su cédula de identidad personal, constancia de buena conducta del colegio donde estudió, entre muchos otros.

Estos requisitos motivaron que se presentara ante la Comisión de Gobierno de la Asamblea Nacional un Anteproyecto de Ley 075³⁴, el cual modifica un artículo de la Ley Orgánica de la Policía, sobre el ingreso de nuevos miembros que tengan tatuajes, con la finalidad de modificar el artículo 52 y añade el numeral 6 que establece los siguientes requisitos: ser de nacionalidad panameña, tener mayoría de edad, encontrarse en condiciones psicofísicas compatibles con el desempeño de las funciones correspondientes al escalafón en que se ingresa, y no superar la edad máxima que establezca la reglamentación, no haber sido condenado por delito doloso o contra la administración pública, poseer certificado de educación primaria y con relación a los tatuajes nos menciona que : “6. No tener tatuajes que expresen valores contrarios a los principios éticos de la institución o relacionados a grupos del crimen organizado”, sin embargo este ante proyecto aún no ha sido aprobado y conto con oposición pública del representante de la policía al momento de discutirlo en la comisión correspondiente.

El Preámbulo de la Constitución panameña, establece el respecto de la dignidad humana de todas las personas por igual, sin distinciones de ninguna clase: “con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá”. Otros de los aspectos que debemos de tener en cuenta es que la Constitución panameña, reconoce en su artículo 35, el Derecho a la Libertad Religiosa de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, en su artículo 37, establece la libertad de pensamiento, para todas las personas, incluyendo a los funcionarios públicos: “toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público”.

El Derecho al Trabajo, es reconocido en su artículo 67: “a trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que

³⁴ Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjdjgcaadp/https://www.asamblea.gob.pa/APPS/SEG_L_EGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/PDF_SEG_2022/2022_A_075.pdf](https://www.asamblea.gob.pa/APPS/SEG_L_EGIS/PDF_SEG/PDF_SEG_2020/PDF_SEG_2022/2022_A_075.pdf). Visto el día 3 de abril de 2023.

sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas". De igual manera reconoce en su artículo 299, que todas aquellas personas que son nombradas ya sean de forma temporal o permanente a cargos de los órganos del Estado, identidades autónomas o semiautónomas, Municipios, son servidores públicos. Y los únicos requisitos que se establecen (artículo 300) es que los servidores públicos: "de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución. Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos..." que como veremos a lo largo de esta investigación son solo una parte de los derechos afectados a la negativa de no admitir a personas tatuadas, con perforaciones o arte corporales o semejantes en la policía nacional panameña.

Otro aspecto necesario que reconoce la constitución (artículo 90), es que: "el Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales" y muchos de estos indígenas utilizan tatuajes, argollas, joyas, como parte de su cultura y de su religión, no podrían formar parte de la policía local, así como también otros grupos de la población que hacen uso obligatorio de determinados vestuarios religiosos, especialmente los sombreros en la religión musulmana o árabe, judía, o en el caso de la religión rastafari, por citar algunos ejemplos en donde por sus peinados, siguiendo estos prejuicios, no podrían formar parte de la institución policial, atentando no solo con el acceso al trabajo sino también con su derecho a la libertad religiosa, a su autonomía e identidad personal, y su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De igual manera es oportuno recordar que Panamá ha ratificado y firmado las mayorías de los tratados, declaraciones, acuerdos, pactos, convenios internacionales en materia de derechos humanos, que a lo largo de esta investigación, los analizaremos y explicaremos, sin embargo, debemos de señalar algunos ejemplos: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer³⁵, que en su artículo 1, establece, que se entiende como discriminación contra la mujer: "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". Recordemos que, dentro de la Policía Nacional de Panamá, el personal policial femenino, no pueden teñirse ni cortarse el cabello en la forma en que así lo decidan, de igual manera, no pueden hacer uso de joyas, piercing, aretes, y dentro de la institución son muy pocos los puestos de alta jerarquía que son ocupados por mujeres, etc. Y el artículo 8, establece que es una obligación del Estado, en tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que la mujer, tenga las mismas condiciones que el hombre y adoptaran (artículo 10), todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer con el fin de asegurarse la igualdad de derechos con el hombre. De igual manera el artículo 11, establece que los Estados deben de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo: "a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y

³⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico”, recordemos que igual que sucede con los aspirantes masculinos, las aspirantes femeninas tampoco puede tener tatuajes.

Sastre Cifuentes, sostiene que el uso del tatuaje, piercing y aretes en los jóvenes tiene sus origen en hacerle frente a la resistencia cultural dominante y tradicional de la sociedad, en donde la oposición que casi siempre es familiar, que en muchos casos es una oposición catalogada como franca y violenta por el autor, al contrario de desanimar a quien quiere tatuarse, lo que hace es en realidad fortalecer la decisión de tatuarse, es decir que reafirma su determinación de portar un mensaje plasmado en tinta en su cuerpo, continua Sastre Cifuentes: “podría afirmarse que el tatuaje se inicia como respuesta a la necesidad de decir cosas a otros, de tratar temas fundamentales que al parecer tienen que ver con el derecho a la diferencia o al disenso, con la afirmación de la libertad y la individualidad, con la expresión de la unicidad. Así pues, en el tatuaje el sujeto se construye como ser único y diferente, en un diálogo no verbal con unos interlocutores que se constituyen como tales en virtud de su reconocimiento o negación del derecho a la diferencia”³⁶.

Panamá, también ha firmado y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷, en donde se reconoce (artículo 16), que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y se reconoce el respeto a la vida privada (artículo 17): “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”, mientras que el artículo 18, reconoce que todas las personas, tienen el derecho a la libertad de conciencia y de religión, y este derecho incluye la libertad de manifestarla como la encuentre conveniente, tanto en lo público como privado, debemos de recordar, que en ciertas religiones los tatuajes, uso de argollas o joyas en diferentes partes del cuerpo humano es bien visto y pueden ser hasta obligatorio, dependiendo de la religión o creencia que profesen, y también se incluye la manifestación de pensamientos e ideas a través de estos.

Mientras que el artículo 19 del mismo cuerpo legal establece que “1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”, y deja en claro que todas las personas sin distinción tienen el derecho a la libertad de expresión, y sobre todo que este derecho conlleva a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, otros de los derechos plenamente reconocidos, es que todas las personas son iguales ante la ley (artículo 26): “y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” y se reconoce (artículo 27), que: “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”. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸, obliga a Panamá (artículo 7), a reconocer el derecho de toda persona al

³⁶ SASTRE CIFUENTES, A. Cuerpos que narran: la práctica del tatuaje y el proceso de subjetivación, *Revista Diversitas - Perspectivas en Psicología*, Vol. 7, No 1, 2011, p. 188. Puede ser consultado en: Dialnet-CuerposQueNarran-5883754.pdf. Visto el día 22 de diciembre de 2022.

³⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976.

³⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 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.

goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren salario equitativo: "sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual" y continua el mismo articulado cuando establece que: "c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad". Es decir que cualquiera persona que aspire a ingresar a la policía, tiene que ser tratada en las mismas condiciones que los demás y no se les puede negar una oportunidad de forma parte de la institución, por una apreciación enteramente estética.

4. Los derechos de los policías a su personalidad e identidad en América

En este apartado analizaremos los principales países en América, que han desarrollado legislación y jurisprudencia sobre el derecho de los policías y fuerzas armadas a portar tatuajes, ornamentos o perforaciones corporales, arte corporal, cabello largo, barba, cabello teñido, sombreros, etc., como parte de su propia identidad, así como expresión de sus propias ideas y en otros casos como parte de su propia religión:

4.1 México y Argentina ante el derecho a portar tatuajes siendo policía

Algunos países latinoamericanos como México³⁹, si contemplan leyes específicas en contra de la discriminación de las personas tatuadas y su exclusión del empleo público, en el artículo 5, establece que se prohíbe toda forma de discriminación formal o de facto: que "tenga por objeto o resultado la negación, exclusión, distinción, menoscabo, impedimento o restricción de los derechos de las personas, grupos y/o comunidades... motivada por su apariencia física, por tener tatuajes, perforaciones corporales u otra alteración física, cualquier otra que atente contra la dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad o tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos. También será considerada como discriminación la bifobia, homofobia, lesbofobia, transfobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, islamofobia y aporofobia. Asimismo, la negación de ajustes razonables proporcionales y objetivos, se considerará discriminación". En el caso mexicano, tenemos la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que resolvió el amparo directo 6/2008⁴⁰, establece que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho amplio que incluye la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo, de procrear hijos o no tenerlos, de decidir la cantidad de hijos que se quiere tener y en qué momento de su vida o en qué condiciones decide hacerlo o no, y sobre todo forma parte de este derecho: "de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y, por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos, evidentemente, son parte de la manera en que el

³⁹ Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad De México. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 24 de febrero de 2011 Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 14 de octubre de 2020. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/318728088ccf9719fd48589b52f05c7720deba18.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/318728088ccf9719fd48589b52f05c7720deba18.pdf). Visto el día 3 de enero de 2023.

⁴⁰ Amparo Directo Civil 6/2008, Relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/ADC-6-2008-PL.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/ADC-6-2008-PL.pdf). Visto el día 1 de marzo de 2022.

individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo él puede decidir en forma autónoma". Y se reconoce en esta sentencia que el libre desarrollo de la personalidad es "la consecución del proyecto de vida que para sí tiene el ser humano, como ente autónomo", esto incluye el derecho al reconocimiento por parte del Estado, de la facultad natural que tienen todas las personas por igual, a ser individualmente como quieren o dicen ser, sin ningún tipo de arbitrariedades, coacciones, controles, impedimentos por parte de los demás, con la finalidad de cumplir las metas, objetivos que de forma libre se han fijado, en palabras de la sentencia: "es la persona humana quien decide el sentido de su propia existencia, de acuerdo a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y que, por supuesto, como todo derecho, no es absoluto, pues encuentra sus límites en los derechos de los demás y en el orden público". Es decir que el derecho a decidir su apariencia personal forma parte del derecho a la libre personalidad, y dentro de este concepto de apariencia personal, se incluye los tatuajes, piercings, maquillaje, peinado, etc. Fue hasta la sentencia que resolvió el amparo directo en revisión 4865/2018⁴¹, establece que el portar tatuajes está plenamente permitido y no se puede discriminar especialmente en el ámbito laboral por esto, sin embargo ante los tatuajes que expresen o formen parte de los discursos de odio, son racistas o antisemitas, los mismos pueden ser restringidos tomando en consideración las circunstancias de cada caso en particular, puede imponerse una limitación o restricción a la protección constitucional de los derechos de libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, con el fin de salvaguardar la igualdad, dignidad y seguridad, por lo tanto el despido por llevar un tatuaje nazi en este caso es válido y no constituye un acto de discriminación en contra de la persona tatuada, sin embargo reconoce que un tatuaje visible constituye o forma parte plenamente de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, sobre todo en lo que se refiere a decidir sobre el propio cuerpo y su apariencia. De igual manera, existe una iniciativa presentada en el Congreso del Estado de Campeche de 2022, que tiene como finalidad la de prevenir, combatir y sancionar toda forma de discriminación en contra de las personas que portan tatuajes con el fin de luchar contra la estigmatización, exclusión, impedimentos o restricciones de los derechos humanos por tener tatuajes o perforaciones corporales, estableciendo que existe una preocupación y un cambio normativo que tiene como base la lucha contra los prejuicios sociales en contra de las personas que se encuentran tatuadas o portan piercings⁴². Collí Ek y Pérez Inclán, comentando el caso mexicano, sostienen que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene un carácter residual en el sentido que protege diferentes dimensiones de la libertad, que no se encuentran protegidos por otros derechos humanos, por lo menos de forma específica, para estos autores el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un derecho que genera potencialidad, ya que es un derecho que de cierta manera cubre y se extiende a otros derechos⁴³. Contreras,

⁴¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 4865/2018, Primera Sala, Min. Norma Lucía Piña Hernández, sentencia de 30 de octubre de 2019, México. Párrafo 196. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20ADR%204865-2018%20DGDH.pdf](https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/resumen/2020-12/Resumen%20ADR%204865-2018%20DGDH.pdf). Visto el día 13 de febrero de 2023.

⁴² Asunto: Iniciativa. San Francisco de Campeche, Campeche. 27 de julio de 2022. DIP. Liliana Idalí Sosa Huchín. Integrante del Grupo Parlamentario de Morena. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.congresocam.gob.mx/wp-content/uploads/adjuntos_sitio/PL/LXIV/INICIATIVAS/INI152LXIV0722.pdf](https://www.congresocam.gob.mx/wp-content/uploads/adjuntos_sitio/PL/LXIV/INICIATIVAS/INI152LXIV0722.pdf). Visto el día 1 de abril de 2023.

⁴³ Cfr. COLLÍ EK, Víctor Manuel y PÉREZ INCLÁN, Freddy Martín. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte Mexicana. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 45, Julio-Diciembre, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2021, pp. 462 – 463. Puede ser consultado en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/issue/view/679>. Visto el 10 de febrero de 2023.

sostiene que en el caso del tatuaje, el mismo constituye un elemento de la construcción de identidad personal, y su utilidad radica en que le permite a la persona que porta el tatuaje diferenciarse de los demás, por lo tanto es una vía por medio de la cual la persona se expresa y es lo que lo hace distinto a las otras personas, en sus palabras: "si dos personas comparte un mismo diseño o dos diseños parecidos, las características propias que están contenidas en ese tatuaje van hacer que cada experiencia sea diferente, que cada construcción sea distinta, como las identidades de cada una de esas persona"⁴⁴.

En Argentina, tenemos el caso de la Policía de Seguridad Aeroportuaria (PSA), que basados en que la labor policial lleva consigo una perspectiva de género e inclusión, aprobaron un nuevo reglamento que este lejos de estereotipos y prejuicios sociales, con la finalidad de lograr una equidad entre varones y mujeres que forman parte de la institución y sobre todo la de profesionalizar aún más la labor social, este nuevo reglamento tienen el nombre de "Reglamento Particular de Uniformes, Atributos, Distintivos y Condecoraciones de la PSA"⁴⁵, esto conlleva varios cambios por ejemplo los varones y mujeres (sin distinción), pueden llevar barba, pelo largo recogido, bigote, utilizar cosméticos de manera discreta; lucir tatuajes, siempre que nos sean ofensivos para terceros.

Uno de los aspectos que se destaca es que el reglamento policial ya no se basa en géneros y estereotipos, sino se hace énfasis en la identidad de cada persona que ingresa la fuerza policial, los uniformes pasan hacer inclusivos y se abandona el sistema de uniforme femenino-masculino (se pasan a uniformes unisex), esto conlleva a fortalecer la diversidad en los cargos y grados jerárquicos. Es oportuno mencionar que esta institución policial cuenta con un Centro Integral de Género que brinda charlas de concientización y Sensibilización sobre la temática de Introducción al Género, Diversidad Sexual, Violencia Laboral y Abordaje de la Violencia Familiar. Otro de los aspectos que se señala es que las mujeres no están obligadas a usar falda en su uniforme de gala, y aquellas policías que están embarazadas o en período de lactancia, no están obligadas a usar un uniforme diferente al resto.

De igual manera este reglamento está acompañado de un programa de política de género para la policía de seguridad aeroportuaria; "su principal objetivo será producir conocimiento científico que contribuya a la profesionalización de la Fuerza; al desarrollo de la actuación policial respetuosa de los géneros y las diversidades, libre de discriminación y violencias; al diseño de políticas y la toma de decisiones de gestión de la seguridad aeroportuaria atenta a las necesidades de equidad e inclusión, así como al conocimiento de los procesos de feminización de los delitos complejos"⁴⁶.

4.2 El derecho a portar tatuajes siendo policía en Colombia

En Colombia, tenemos la Sentencia T-413/17⁴⁷, de la Corte Constitucional, establece un precedente sobre los tatuajes en el ámbito militar penitenciario, al ser

⁴⁴ CONTRERAS, C. Tienda y piel: el tatuaje como representación de la identidad persona y social, *Analogía del comportamiento*, No. 16, 2018, p. 88. Puede ser consultado en: Vista de Tinta y piel_ el tatuaje como representación de la identidad personal y social.pdf. Visto el día 12 de febrero de 2023.

⁴⁵ PSA N° 437/21 se aprobó el "Reglamento Particular de Uniformes, Atributos, Distintivos y Condecoraciones.

⁴⁶ Puede ser consultado en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/se-aprobo-el-programa-de-politicas-de-genero-de-la-psa>. Visto el día 5 de abril 2023.

⁴⁷ Sentencia T-413/17-Corte Constitucional- M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Puede ser consultado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-413-17.htm>. Visto el día 16 de enero de 2023.

considerados los tatuajes como una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad, que no puede afectar el derecho fundamental al trabajo, en el sentido que al ser el primero una extensión de la autonomía individual conlleva la construcción de la identidad personal como la facultad que tiene toda persona de decidir “quien se es como ser individual” en palabras de la Corte Constitucional es “la posibilidad autodefinirse desde la apariencia física, el modelo de vida que se quiere llevar hasta la identidad sexual o de género” esto incluye unas amplias decisiones que tienen que ver con el uso de tatuajes, aretes, peinados, adornos, etc. Así como también la determinación propia del género, identidades, funciones y atributos, contruidos socialmente de la mujer y el hombre. En este caso la presencia de tatuajes no incide para ser dragoneante de prisiones ni para realizar su cargo, en el sentido que la persona tiene un tatuaje que no es visible con los uniformes (tatuaje en el brazo), por lo tanto la exclusión constituye una medida desproporcionada que constituye una violación al derecho al trabajo así como al acceso al servicio público y al libre desarrollo de la personalidad, la sentencia hace especial énfasis que el cuerpo humano forma parte de cada individuo y es este que de acuerdo a sus decisiones y valores, decide como vivir su vida y que los tatuajes no puede ser un elemento que implique su exclusión social o laboral, especialmente en el ámbito de convertirse en funcionario público, lo que puede constituirse no solo en prejuicios sino también actos discriminatorios por partes del Estado hacia la persona afectada, que obstaculizan no solo su derecho al trabajo al negarle no solo el acceso sino también el derecho al desempeño de funciones públicas, sino también la igualdad y el acceso al servicio público. Como consecuencia el aspirante no pudo acceder a la convocatoria al cargo de dragoneante, ya que fue inhabilitado por tener un tatuaje que era tapado por el uniforme durante el reconocimiento médico, sobre esto la Corte Constitucional determino: “que considerar como no apto “para el servicio penitenciario y carcelario a un candidato que presente tatuajes o incluso cicatrices por retiro de los mismos” es manifiestamente inconstitucional por cuanto lesiona gravemente los derechos fundamentales a la identidad personal y a la propia imagen”. En este sentido para la Corte Constitucional, no encuentra justificación para sostener que la presencia de tatuajes visibles impida a una persona ser apta para el servicio público, en el sentido que la presencia de estos en el cuerpo humano no incide en la conducta de las personas y trato exterior, ni en la aptitud de la persona para desempeñarse como dragoneante.

Otro argumento que rechaza la Corte Constitucional lo tenemos en que los tatuajes impiden llevar a los dragoneantes una correcta presentación personal, es sin duda un juicio de valor discriminatorio, producto de prejuicios sociales, que son usados para excluir a una persona de la posibilidad de ejercer un trabajo, por lo tanto no se puede aceptar la interferencia del Estado en la decisión de los aspirantes a dragoneantes sobre su propia imagen, para la Corte Constitucional de igual forma: “admite que las personas puedan definirse como les parezca, siempre que aquello no vulnere los derechos de otras personas, lo cual involucra la posibilidad de peinarse de una forma particular, tinturar el pelo, ponerse aretes, realizarse cirugías estéticas y de cambio de sexo y hacerse tatuajes, entre otros. El ámbito del cuerpo hace parte de la disposición de cada individuo, para vivirlo de acuerdo con sus valores y su forma de ver la vida e identificarse mediante el mismo. Por lo tanto, los tatuajes como una forma de expresión de la identidad no pueden ser un elemento que implique la exclusión de ámbitos sociales o laborales”.

Esta sentencia tiene como antecedente constitucional, la Sentencia T-030 de 2004⁴⁸, en que se prohibía igual que el caso anterior, a una persona tatuada ingresar en la Escuela Penitenciaria Nacional, en este caso se determinó que prohibir a una persona el ingreso la escuela, es manifiestamente incondicional, por lo tanto se insta a prevenir a la autoridad responsable que dictaminó este acto administrativo inaplicar

⁴⁸ Sentencia T-030/04. Puede ser consultada en: https://jurinfo.jep.gov.co/normograma/compilacion/docs/t-030_2004.htm. Visto el 11 de febrero de 2023.

dicho acto en este caso en concreto y que dicha autoridad inaplique en un futuro, prohibiciones iguales o semejantes, en el sentido que dicha prohibición viola varios de los derechos fundamentales de las personas tatuadas que quieren ingresar al ejército penitenciario. En este sentido la sentencia nos indica que cualquiera resolución que considere a una persona como no apta al servicio penitenciario y carcelario por portar tatuajes, es inconstitucional ya que vulnera la identidad personal y la propia imagen de la persona, calificando el tribunal constitucional como una medida irrazonable y desproporcionada. Lo cierto es que la sentencia es muy clara sobre la presencia de un tatuaje, o la ausencia de estos, no inciden en la vigencia de los principios de supervisión correccional. En otras palabras, la presencia de un tatuaje no guarda relación alguna con las necesarias condiciones físicas y psicológicas que debe cumplir una persona que aspire a ser guardián de prisiones, por lo tanto se produce una violación por no admisión del solicitante al curso, por tener tatuaje en el brazo, y de igual manera se reconoce que estos derechos que se le niegan al solicitante no solo es la admisión al curso sino también el acceso a desempeñar funciones y cargos públicos, al impedir en un futuro ser nombrado como tal e ingresar en un régimen de funcionario público.

Del Moral Ferrer, nos señala en el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana conlleva entenderlo, como la libertad que tiene toda persona, para decidir de forma autónoma su plan de vida, así como elegir la forma como quiere vivir su vida y darle su propio sentido, es decir que la persona elige plenamente el proyecto de vida y los comportamientos que quiere asumir para vivir como él quiera, esto comprende la autodeterminación del individuo en conjunto con otros derechos en palabras Del Moral Ferrer: "la Corte ha sido clara en afirmar que aun cuando el espectro de acción del derecho al libre desarrollo de la personalidad sea tan amplio esto no implica que carezca de contenido, pues para ella su contenido esencial está vinculado al ámbito de las decisiones propias del individuo a partir de la cuales configura su modelo de realización personal: el hombre es libre para autodeterminarse. Por ello, con este derecho se amparan todas las libertades consagradas en el catálogo de derechos establecido en la Constitución⁴⁹.

Con relación a la prohibición de tener cicatrices para los miembros de la policía, el ordenamiento colombiano también ha tocado este mismo tema y tenemos la Sentencia T-717 de 2005⁵⁰, que estableció que las cicatrices que son producto de la remoción de tatuajes no pueden ser causal de exclusión del proceso de ingreso a la policía y esta condición forma parte del aspecto físico de la persona y dicha exclusión constituye una vulneración a su derecho a la identidad personal y a su imagen, en el sentido que el derecho a portar tatuajes constituye un derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que no impide o limita el derecho que tiene toda persona de acceder a cargos públicos y trabajo, por lo tanto estas violaciones y prejuicios son susceptibles de protección constitucional, considerando este requisito para los aspirantes como constitucionalmente inaceptable. En este caso un aspirante tenía una cicatriz en el brazo producto de la remoción de un tatuaje con el fin de poder obtener una plaza en la académica policial, sin embargo la Corte Constitucional estableció que no se puede excluir a esta persona del proceso de selección, al considerar que dicha circunstancia es un aspecto estético y no una condición física o síquica limitante, en donde el proceso médico de la remoción del tatuaje no compromete la fortaleza o movilidad del brazo sobre actúa sobre la piel que con el

⁴⁹ DEL MORAL FERRER, A. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. VI, N° 2 (Julio – Diciembre), Venezuela, 2012, p. 91.

⁵⁰ Sentencia T-717/05- Corte Constitucional. Puede ser consultado en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-717>. Visto el día 18 de febrero de 2023.

tiempo ira mejorando, sobre todo cuando el aspirante ha cumplido con todas las pruebas físicas y psicológicas y hasta académicas exigidas por la institución a todos los aspirantes que quieren formar parte de la misma. En la sentencia se resalta que es discriminatorio la justificación de los médicos de admisiones de la escuela policial⁵¹ que dejan excluido al aspirante en el sentido que las cicatrices queloides, con el tiempo mejoraran reduciendo su tamaño y volumen, así como su color, etc., aunque nunca van a desaparecer en su totalidad, por lo tanto el aspirante nunca podría en un futuro acceder alguna plaza dentro de la policía, por lo tanto se viola su derecho fundamental en lo que se refiere al acceso y funciones públicas, lo que condiciona la admisión al desarrollo o evolución de una cicatriz, para la Corte Constitucional, constituye una medida desproporcionada y vulneradora de derechos fundamentales.

Barberis sostiene que es muy claro en destacar que el derecho al trabajo y a la educación, tiene la etiqueta de derechos sociales y esta etiqueta debe de ser entendida desde dos perspectivas entre estas que son derechos individuales, y que no se puede despedir a ninguna persona sin una causa justificada y entre estas garantías se encuentran la misma garantía judicial que forman parte de los derechos de libertad, entre estos los derechos a la igualdad, al pleno empleo e inclusive a la paz⁵², son derechos que deben de ser protegidos y garantizados judicialmente y estos son derechos que deben de ser plenamente promovidos por el legislador, por lo tanto las razones de un despido justificado se basan en la profesionalidad de una persona realizando su trabajo y sobre todo si en realidad tiene la capacidad y la preparación para realizar las tareas que le son encomendadas y el despedir o negar el ingreso de una persona por ejemplo tatuada a un determinado empleo público por razones de imagen, no son razones que tienen que ver con las actitudes y capacidades profesionales de la persona, estamos violando no solo su libertad, sino inclusive sus derechos sociales⁵³.

4.3 El derecho a portar tatuajes siendo policía en Perú

En el caso peruano, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (en adelante TCP), permite que los miembros de la policía no solamente puedan portar tatuajes sino también pueden ser mostrados, cuando se usa el uniforme, es decir que no es susceptible de ninguna sanción o exclusión que la policía porte tatuajes visibles.

Uno de los puntos más importantes de esta sentencia es que dejó sin efecto la Directiva⁵⁴, que regula el uso de tatuajes por parte de la policía, en sentido que se declara al aspirante como "inapto", para la CCP, esta directiva carece de todo fundamento jurídico en el sentido que establecía la prohibición de tener tatuajes mayores a 3 centímetros, si fueran tatuajes no visibles y con los tatuajes visibles sin tener en cuenta su tamaño, todos serían prohibidos, nos dice la sentencia que: "con el pretexto de garantizar la protección de la imagen institucional, está sufriendo un trato discriminatorio, pues un tatuaje en el hombro, que puede ser cubierto por una camisa o polo, no podría afectar, dañar o poner en peligro el accionar del personal de la PNP o de la imagen institucional, como tampoco lo haría el corte de pelo o de barba". De igual manera la sentencia resalta en su punto 29, es que deja en claro que no se puede prohibir que un policía porte tatuajes con la justificación de preservar la correcta presentación personal del policía y de la institución, con relación a esto la sentencia, nos menciona que: "que la imagen institucional de la Policía Nacional o de

⁵¹ Escuela General Santander, Seccional Antonio Nari.

⁵² MIRANDA GONÇALVES, R. "Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, pp. 352-378.

⁵³ Cfr. FERRAJOLI, L. Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, España, 2016, pp. 67 – 68.

⁵⁴ 01-23-2015-DIRGEN-PNP/DIREJEPER-B. Puede ser consultado en: https://ascensopnp.com/wp-content/uploads/2021/08/Tatuajes-en-la-Policia-Nacional-del-Peru-Directiva-Descargar-Ascensopnp.com_.pdf. Visto el día 2 de enero de 2023.

cualquier otra institución pública, no se construye únicamente sobre la base de la apariencia personal de los servidores, sino sobre todo en el desempeño ético y constitucional de estos, así como por la eficiencia en la prestación de los servicios que como institución ofrece a la sociedad”, por lo tanto la medida de prohibir a los policías de portar tatuajes: “por sí misma no contribuye a preservar la correcta imagen institucional de nuestra Policía y, por el contrario, resulta lesiva de valores y derechos constitucionales”.

Para el TCP, el uso de los tatuajes forma parte del derecho a la libertad de expresión y al derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a ser tratados como iguales ante la ley, pero estos tatuajes solamente pueden portarlos los miembros de la institución siempre y cuando no tenga como finalidad la de expresar conductas violentas o delictivas y su prohibición en general, puede afectar no solo los derechos de las personas que los portan sino también la propia imagen de la Policía, en su punto 18, la sentencia es clara al resaltar que el tener tatuajes es un derecho protegido constitucionalmente sin importar la profesión o labor pública que realicemos, sobre estos nos menciona que: “18. En suma, el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad alcanza a la facultad individual para elegir y decidir libremente, de acuerdo con las creencias y opiniones personales, sobre el modelo y modo de vida a seguir, sin interferencias ni restricciones injustificadas por parte de la autoridad”. Las únicas limitaciones, que el TCP, señala que los policías que porten tatuajes (punto 33) reconoce que los tatuajes son una expresión de la personalidad, pero en el caso de los policías como son funcionarios públicos, este derecho puede verse limitado, por el motivo de preservar otros derechos fundamentales, diferentes al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el sentido que “un servidor policial estaría impedido de portar un tatuaje que represente el símbolo con el cual se identifica una organización criminal, grupos subversivos u otros análogos; o que contenga expresiones o imágenes contrarias a los valores patrios, o que proyecten agresividad a los ciudadanos”, es en estos supuestos que puede justificarse un limitación que no es lo mismo que prohibición al ejercicio de este derecho.

A diferencia de la norma panameña, tanto la ley peruana como la sentencia de su tribunal constitucional es mucho más específica con relación al manejo y tratamiento de los tatuajes y cicatrices por su remoción, en esta sentencia el solicitante, fue desaprobado por tener un tatuaje en el hombro derecho, el mismo paso a quitárselo, y acreditando dicha condición con fotografías y constancia médica respectiva, esta nueva situación no fue aceptada por la policía para su reintegro, para el Tribunal Constitucional la norma no establece que dicha condición es una “inaptitud psicosomática”, en dicha categoría entran: enfermedades de la Piel y del Tejido Celular Subcutáneo a. Cicatriz o Cicatrices que condicionen severa deficiencia funcional o marcada desfiguración facial no susceptible de recuperación o rehabilitación, Nevus congénito gigante mayor de 20 centímetros en cuerpo y mayor de 5 centímetros en cara, Fotodermatosis Crónica severa, Xeroderma Pigmentoso. etc., por lo tanto, la autoridad policial deniega el ingreso al servicio activo del solicitante, tiene un carácter inconstitucional. Con esta sentencia, la policía debe de realizar una revisión sobre el tratamiento legal que le da al uso de los tatuajes, y establecer regulaciones que permitan a sus miembros la de portarlos libremente y no ocultarlos⁵⁵.

⁵⁵ Expediente 02027-2021-PA/TC. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02027-2021-AA.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/02027-2021-AA.pdf). Visto el día 15 de diciembre de 2022.

4.4 Carabineros tatuados, el caso chileno

Chile tradicionalmente ha prohibido el acceso de aspirantes tatuados a la policía, sin embargo, en un reciente cambio de este año (2023)⁵⁶, es el propio Gobierno que presentó a la Unidad Coordinadora de la Reforma a la policía y la Unidad Consultiva, los nuevos criterios de selección en donde consta que se permite el ingreso de personas tatuadas, aunque sean visibles, este cambio obedece a dar diversidad y transversalidad a la institución policial, con el acceso de los tatuajes, las únicas excepciones serán los tatuajes en el rostro, cuello y manos que siguen prohibidos. Se sigue manteniendo que la Dirección Nacional de Personal, es el organismo encargado para determinar que tatuajes pueden ser considerados como no compatibles con la función policial. La finalidad es lograr por un lado un mayor aumento de los aspirantes y una admisión más inclusiva. De igual manera se busca más paridad y mayor retención del personal femenino dentro de la institución policial chilena, así como la creación e implementación de nuevos mecanismos de no discriminación en lo que respecta al ingreso en la selección del personal policial. La admisión de personas con tatuajes forma parte de grandes reformas a la institución, con la finalidad de mejorar los modelos institucionales actuales y sobre todo la de incentivar una modernización del policía como funcionario público, mucho más cercano a la sociedad actual⁵⁷.

4.5 Uruguay y el derecho de portar tatuajes siendo policía

En el caso uruguayo, existía el impedimento para aspirar a ingresar a la escuela de policía para todas aquellas personas que tengan un tatuaje que, por su ubicación, simbolismo, o tamaño afecten, alteren la presentación personal al portar un uniforme reglamentario, no podían acceder a la institución, pero desde el 12 de agosto de 2021, ya no se considera que el tener tatuajes sea un impedimento para aspirar a formar parte de la policía uruguaya, en el comunicado se nos señala que: "Por medio del presente se establece que para concursar en los distintos llamados a ingreso a la Policía Nacional no serán "impedimentos" los tatuajes"⁵⁸ y se reconoce que la prohibición es solo para los aspirantes a primer ingreso, y una vez que se convierten en policías, los mismos pueden portar tatuajes, sobre todo que el uso de tatuajes ha crecido con los años entre la población joven que son precisamente los que solicitan su ingreso a la institución.

4.6 Ecuador y los criterios de admisión a la Policía Nacional

La Policía Nacional de Ecuador, acepta que cualquiera persona se postule a ingresar a la institución, aunque la misma tenga tatuajes, sin embargo, el tatuaje o los tatuajes, no pueden identificarse con alguna acción, organización, grupo, delictivo. Es la Dirección General de Investigaciones de la Policía Nacional es quien investiga los tatuajes de los postulantes a través del Acuerdo Ministerial 0042⁵⁹, que

⁵⁶ Puede ser consultado en: <https://www.gob.cl/noticias/dan-conocer-cambios-en-los-requisitos-de-ingreso-carabineros/#:~:text=Tatuajes.,no%20incompatibles%20con%20la%20funci%C3%B3n>. Visto el 13 de febrero de 2023.

⁵⁷ Puede ser consultado en: <https://reformapolicias.interior.gob.cl/>. Visto el día 7 de mayo de 2023.

⁵⁸ Secretaria de la Dirección. Montevideo, 13 de agosto de 2021. Comunicado. Comisario General Efraín ABREU, Encargado de la Dirección Nacional de la Educación Policial. Puede ser consultado en: <https://www.elpais.com.uy/informacion/politica/tras-polemica-se-elimino-prohibicion-de-tatuajes-a-postulantes-a-policias>. Visto el día 7 de abril de 2023.

⁵⁹ Acuerdos. 0042 Expídase el Reglamento del proceso de reclutamiento, selección e ingreso de postulantes a aspirantes a servidoras y servidores policiales directivos y técnicos operativos a nivel nacional, y selección de aspirantes becarios extranjeros. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjdijcaadp/http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/stora](https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/stora-extension://elhekieabhbkmcefcobjdijcaadp/http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/stora)

establece en su artículo 19, que dentro del proceso de reclutamiento, ingreso y selección será responsable de: "1. Disponer a la Unidad Nacional de Investigación Antidelincuencial realizar el análisis comparativo de dibujos o grabados sobre la piel de los y las postulantes; y, 2. Emitir los informes de los resultados obtenidos, los cuales serán entregados al Departamento de Reclutamiento de la Dirección Nacional de Educación".

4.7 La policía puertorriqueña y el uso de los tatuajes

En Puerto Rico, tenemos un proyecto de ley⁶⁰ aprobado por la Cámara de Representantes y en espera de aprobación del Senado que prohíbe la discriminación de las personas que tengan tatuajes, cabello teñido de colores no naturales, argollas o piercings, tanto en la empresa privada como en el empleo público, incluyendo el servicio policial, que establece el "principio de mérito", que consiste en que todos los empleados públicos, pueden ser ascendidos, retenidos, seleccionados: "...y tratados en todo lo referente a su empleo sobre la base de la capacidad, sin discrimen por razones de raza, color, sexo, nacimiento, edad, origen o condición social, tener tatuajes, perforaciones corporales ("piercings") o cabello teñido, ni por sus ideas políticas o religiosas, condición de veterano, ni por impedimento físico o mental". Si este proyecto de ley es aprobado, incidiría directamente con el Reglamento de Personal de la Policía de Puerto Rico⁶¹, que señala que el "aspirante a ser cadete del Negociado de la Policía de Puerto Rico no podrá tener tatuaje(s) visible(s) en la cara, cabeza o cuello incluyendo, alrededor de la boca", el encargado de realizar las evaluaciones es el médico de la policía de Puerto Rico. Por lo tanto, los tatuajes en la policía puertorriqueña son permitidos siempre y cuando no sean hechos en las zonas ya señaladas, por lo tanto, los miembros de la policía tienen la posibilidad, si nos vamos a lo que señala la norma de tener tatuajes en los brazos (si están cubiertos por el uniforme) por ejemplo cuando esos tatuajes no vayan en contra de los principios y leyes norteamericanas que fomenten actividades delictivas, odio, discriminación o violencia, etc.

4.8 La Policía Nacional de República Dominicana y el derecho de sus agentes a portar tatuajes

En el caso de República Dominicana, tenemos la sentencia TC/0081/19 del Tribunal Constitucional, que trató el tema de un policía que portaba tatuajes en su cuerpo, se determinó que cualquiera limitación a este derecho constituye una clara vulneración a los derechos fundamentales del policía, concretamente su derecho al trabajo y el derecho al acceso de la función pública, así como una violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana. Por lo tanto, la exclusión del policía del servicio policial, para el tribunal es una medida irrazonable y en consecuencia rechazó un recurso que tenía como fin rechazar la Sentencia núm. 071-2016, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo el 25 de febrero 2016, que aceptó la acción constitucional de amparo interpuesta por el solicitante en contra de la Policía Nacional, que ordena su reintegro inmediato así

ge/api/v1/10_DWL_FL/eyJYXJwZXRhIjoicm8iLCJ1dWlkIjojMWY1MzVmMmYtYTY0OC00MjBILTg3MjQtZGU5NDE1Nzc3ZTg2LnBkZiJ9. Visto el día 7 de marzo de 2023.

⁶⁰ Senado de Puerto Rico P. del S. 286 5 de abril de 2021 Presentado por la señora Santiago Negrón Referido a la Comisión de Derechos Humanos y Asuntos Laborales. Puede ser consultado en:

extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://aldia.microjuris.com/wp-content/uploads/2021/10/PS286-Radicado.pdf. Visto el día 3 de abril de 2023.

⁶¹ Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Policía de Puerto Rico. Reglamento para Enmendar la Sección 12.2 del Reglamento de Personal de la Policía de Puerto Rico.

como el pago de todos los salarios y demás prestaciones que había dejado de percibir el solicitante hasta la fecha en que se haga efectivo su reintegro a la institución⁶².

Uno de los principales argumentos de la policía dominicana para separar de su puesto de trabajo al solicitante, es que a través de una investigación interna de la institución se constató que no solamente el solicitante sino un grupo de miembros de la institución portan tatuajes en sus cuerpos, que guardaban similitud a signos vandálicos, y esta fue la situación que produjo la baja del solicitante junto a los demás miembros del grupo policial que portan tatuajes, sin embargo la misma policía encargada de la investigación señaló que: "...aunque los tatuajes que tienen impregnados en sus cuerpos los Rasos Reyes Guzmán y Rodríguez Gálvez, P.N., no se determinó que estos guarden similitudes con las pandillas, esto no los eximen de responsabilidad", estos argumentos fueron rechazados por el Tribunal Constitucional.

Para el Tribunal Constitucional, en el caso del solicitante, no se pueden limitar sus derechos entre muchos otros, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que el tener tatuajes forma parte del cuerpo humano del solicitante, como parte propia de sí mismo que no afecta su ejercicio profesional como policía y por lo tanto como servidor público, en palabras del Tribunal Constitucional: "por lo que cualquier actuación de autoridad pública direccionada a reducir el espacio de desarrollo de la personalidad de un individuo es indudablemente violatoria a este derecho fundamental. Sin duda alguna, el derecho a la personalidad mediante una conexidad con el derecho a la intimidad y al honor personal y a la dignidad, consagrado en el artículo 44 de la Constitución".

4.9 Portar tatuajes en la Policía Nacional de Trinidad y Tobago: su reconocimiento constitucional

Una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Trinidad y Tobago (*Claim No. CV2020-04259*)⁶³ con fecha de 27 de mayo de 2022, se desestimó la revisión judicial y la demanda de inconstitucionalidad presentada por dos solicitantes de formar parte de la policía que no fueron aceptados por tener tatuajes visibles (ambos tenían los tatuajes en los brazos) y esta situación vulneraba entre otros derechos su libertad de expresión y tenía como consecuencia una desigualdad referente al trato en comparación con los demás aspirantes que no tienen tatuajes visibles. Los solicitantes eran miembros oficiales de reserva de la Policía Nacional y habían pasado todos los requisitos para formar parte de la policía en activo, menos el reconocimiento médico en donde consta que portaban tatuajes y los mismos no eran visibles al usar el uniforme reglamentario a pesar de que otros policías aún con el uniforme, se les podría ver con facilidad sus tatuajes.

En este caso los solicitantes argumentaban que se violaron sus derechos constitucionales al ser rechazadas sus aspiraciones en reiteradas ocasiones a través de los años (2013, 2015, 2016 y 2017 y por último en 2019) por tener tatuajes visibles. Los solicitantes argumentaron que la ley que permite el uso de tatuajes en la policía, del 2020 (*Body Art and Modification Policy contained in Departmental Order*

⁶² República Dominicana. Tribunal Constitucional Expediente núm. TC-05-2016-0408, relativo al recurso de revisión constitucional de sentencia de amparo invocado por la Policía Nacional contra la Sentencia núm. 071-2016, dictada por la Primera Sala del Tribunal Superior Administrativo el veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).TC/0081. Puede ser consultado en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc008119/>. Visto el día 1 de marzo de 2022.

⁶³ The Republic of Trinidad and Tobago in the High Court of Justice. Claim No. CV2020-04259. Puede ser consultado en: http://webopac.ttlawcourts.org/LibraryJud/Judgments/HC/mohammed_my/2020/cv_20_04259DD27may2022.pdf. Visto el 19 de marzo de 2023.

No 117⁶⁴), si los permitía ingresar a la policía como miembros, sin embargo, sus argumentos fueron claramente rechazados, ya que la ley no existía cuando intentaron formar parte de la institución y fueron notificados de la negativa a sus solicitudes por parte de la policía.

Sin embargo, entre los argumentos de los solicitantes son claros al señalar que uno de ellos tenía un tatuaje en su hombro derecho, al momento de su rechazo, se sometió posteriormente a una cirugía de extracción con láser, y aunque se eliminó su tatuaje, al quedarle una marca en el brazo, nuevamente no fue tomado en cuenta para su ingreso como aspirante a unirse a la policía. A pesar de que su tatuaje no era visible cuando usaba su camisa de vestir normal, durante el examen médico, le aconsejaron que se lo quitara, en una determinada clínica, si quería ingresar al servicio y así lo hizo, recibiendo una carta de la clínica que así lo certificaba, pero al momento de entregarla en la institución policial y verificar la marca de la cirugía fue nuevamente excluido de continuar el proceso de convertirse algún día en policía.

Los solicitantes señalaban que en esos momentos se les permitía a los policías en activo y empleados tener tatuajes y que la no admisión de las personas tatuadas en aquellos años solo se aplicaba únicamente a los aspirantes. La ley de Trinidad y Tobago en la actualidad prohíbe a los agentes de policía tener tatuajes visibles en la cabeza, la cara, el cuello, las orejas, el cuero cabelludo o las manos, cuando están uniformados, mientras los solicitantes tenían sus tatuajes en los brazos y en los hombros. Este caso fue desestimado, el tribunal determinó que la ley de 2021 que permite a la policía tener tatuajes, marcas, perforaciones corporales, arte corporal, etc. siempre y cuando no se vean con el uso del uniforme autorizado, no estaba vigente al momento de los hechos y era un error no solicitar vulneraciones a sus derechos por las leyes que estaban vigente en ese momento.

4.10 La policía estadounidense y el uso de los tatuajes

Los miembros de la policía de Nueva York pueden llevar tatuajes y también turbantes, pañuelos en la cabeza o barbas como signos de la religión que profese⁶⁵ y desde el 2022, los aspirantes a formar parte de la policía pueden tener tatuajes visibles, pero esos tatuajes tienen que ser reportados por el mismo solicitante y de igual manera deben de cumplir con una buena presencia profesional en todo momento. Con relación a los turbantes autorizados, estos son de color azul marino que es el color del uniforme oficial, y los llevarán con una insignia del Departamento de Policía de Nueva York en la parte delantera⁶⁶.

Referentes a los tatuajes en las manos, dedos y muñecas, los mismos están prohibidos, con la excepción de los tatuajes de no más de 3/8 de pulgada de ancho, en un dedo. Los tatuajes que se encuentran en la espalda, brazos, pechos deben de estar siempre cubiertos. En los casos de los meses de verano, en que se utiliza un uniforme especial por las altas temperaturas y se hace visible el tatuaje o no puede taparse, el policía debe de usar una camisa de uniforme de manga larga con corbata, de igual manera todos aquellos tatuajes que están situados en el cuello, cabeza, o la cara están prohibidos, y no se pueden ocultar haciendo uso de cosméticos o algún otro producto que tenga como fin taparlo. Concretamente con los tatuajes en los brazos, los mismos deben de cubrirse usando un uniforme de manga corta que cubra

⁶⁴ Body Art and Modification Policy contained in Departmental Order No 117 dated 22 July 2020 ("the 2020 policy").

⁶⁵ Puede ser consultado en: <https://www.univision.com/noticias/policia/la-policia-de-nueva-york-permitira-a-sus-agentes-llevar-turbante-y-barba-larga-por-motivos-religiosos>. Visto el 1 de abril de 2023.

⁶⁶ Esto nace como un reconocimiento a los policías de religión "Sij", y abre el reconocimiento a otros policías de otras religiones que así lo soliciten.

en su totalidad el tatuaje, pero si el tatuaje es o llega hasta el codo o en la parte inferior del brazo que sería visible en una camisa de manga corta, se debe usar una camisa de manga larga y corbata para cubrir el tatuaje.

De igual manera se regulan aquellos tatuajes que son hechos para ser visibles con luz ultravioleta, estos se les aplicaran las mismas medidas que los tatuajes comunes, así como las perforaciones corporales y otras categorías que entran como arte corporal. Igual que pasa en otras jurisdicciones, todos aquellos tatuajes (o que entren en la categoría de arte corporal), que sean ofensivos, violentos, poco profesionales, que hagan uso de esvásticas, sean referencias de actividades u organizaciones discriminadoras, sean referentes a pandillas, tengan números o símbolos, imágenes, que fomenten la actividad criminal, palabras o lenguaje vulgar o explícito, arte sexual, etc. están prohibidos. Uno de los aspectos que reconoce esta policía es que el proceso de revisión de los aspirantes, estos serán evaluados si cumplen o no, con lo señalado, pero si se descubre que algún aspirante o miembro de la institución ha cometido una violación en referente al uso de los tatuajes, tiene la opción de eliminar el tatuaje entero o de borrar la parte del tatuaje que es visible con el uniforme puesto, y dichos costos de remoción será pagados enteramente por el aspirantes, antes de ser considerado estudiante de la academia, esto conlleva que la eliminación del tatuaje sea certificada por un médico de la academia de policía, durante el procedimiento médico respectivo que generalmente es a los 30 días antes de iniciar las clases⁶⁷.

En la jurisprudencia anglosajona tenemos casos que son considerados clásicos, entre estos la sentencia *Kelley v Johnson*⁶⁸, ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, se discutía si la orden expedida por el Departamento de Policía del Condado de Suffolk, que trata sobre las normas de aseo del cabello, que son aplicables a los miembros masculinos de la institución, esta norma regula la longitud y el estilo del cabello, barbas, patillas, bigotes, etc., que se encontraban prohibidas, exceptos por razones médicas (se incluyen las pelucas, que pueden utilizarse si se ajustan a lo que establece el reglamento, por motivos estéticos), estas órdenes fue consideradas constitucionalmente validas. En este caso los demandantes (patrulleros) señalaban que se les violaba su derecho a la libertad de expresión (protegido por la Primera Enmienda), así como las garantías del debido proceso e igualdad (Decimocuarta Enmienda), y se creaba una restricción indebida a los policías en sus actividades. El Tribunal de Apelaciones, dictaminó que la elección de la apariencia personal, es un elemento de la libertad personal de individuo por lo tanto si está protegido por la Decimocuarta Enmienda y señaló que el Departamento de Policía, no demostró en lo más mínimo la relación entre su regulación y el interés legítimo que buscan promover, por lo tanto no se puede despedir a ningún agente policial por estos motivos y menos por un juicio sumario y debe de existir una necesidad genuina que justifique esta regulación. Cuando el caso llevo al Tribunal de Distrito, que trato sobre si existía alguna necesidad pública genuina, para exigir tal imagen a los policías, este tribunal determinó que no se ofreció ninguna prueba, para respaldar los argumentos del Departamento de Policía, sobre si existe una necesidad pública, de tener uniformidad en el cuerpo policial, siendo esta sentencia confirmada por el Tribunal de Apelaciones.

En este caso el Tribunal Superior de los Estados Unidos, sostuvo que el argumento impugnado de la regulación del largo del cabello, que tiene como excusa que los policías sean fácilmente identificables y reconocidos por el público, son argumentos que no guardan relación racional, entre el reglamento impugnado y estos objetivos, sobre esto la sentencia nos menciona que: "no veo cómo podría argumentarse racionalmente que exigir a los policías que mantengan el cabello por debajo de cierta longitud pueda contribuir a que sean identificables ante el público

⁶⁷ Puede ser consultado en: <https://joinstatepolice.ny.gov/tattoo-policy>. Visto el 3 de febrero de 2023.

⁶⁸ *Kelley v Johnson*, 425 US 238 (1976). Puede ser consultado en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/238/>. Visto el día 1 de febrero de 2023.

como policías”, sin embargo el Tribunal Supremo, determinó que esta ley no era inconstitucional ni arbitraria, pero ya se han dado cambios que van más allá de esta decisión de la década de los 1970.

En la sentencia *Inturri v City of Hartford*⁶⁹, los solicitantes que eran todos policías (tienen tatuajes en los brazos que representan una telaraña), demandaron al Estado y al Departamento de Policía, impugnando las normas del uso del uniforme y apariencia del departamento policial de 1997, que establece que es el Jefe de la Policía, es quien tiene la autoridad de ordenar al resto del personal policial, que se cubra los tatuajes que a su juicio considere ofensivos, inmorales y presenten una apariencia poco profesional, por lo que se les ordenó a los policías a cubrir sus tatuajes, con un vendaje o una camisa de manga larga. Para los solicitantes, los tatuajes están relacionados exclusivamente con su apariencia personal y no transmiten ni significan absolutamente nada y es un derecho que tiene cada persona a decidir de forma libre su apariencia personal.

Aunque el tribunal reconoce que el Jefe de la Policía, tiene una facultad de regular los tatuajes visibles, esto constituye solamente una parte de un marco mucho más amplio que regula otros aspectos que tienen que ver con la apariencia personal de un oficial, pero esto conlleva una discrecionalidad muy amplia sobre todo en el concepto de “apariencia poco profesional”, por lo tanto las leyes, reglamentos y ordenanzas que regulan la apariencia personal de la policía deben ser muy específicas con la finalidad de impedir la existencia de lagunas legales o vaguedad en lo que permite o no.

Sin embargo, el tribunal en este caso reconoce que la orden policial solo afecta a los tatuajes exhibidos por oficiales de policía en servicio y al ser funcionarios públicos los derechos protegidos por la Primera Enmienda son significativamente más limitados que los derechos del público en general y en este caso en específico los tatuajes en forma de telaraña, pueden ser cubiertos cuando se usa el uniforme ya que los mismos pueden ser percibidos como un símbolo racista por lo tanto es correcto que el Jefe del Departamento Policial ordene cubrir estos tatuajes y sobre todo que se trató de una orden directa.

En otro caso *Riggs v. City of Fort Worth*⁷⁰, tenemos a un oficial que patrullaba en bicicleta y portaba extensos tatuajes que llevaba en brazos y piernas y era visibles aún con el uniforme reglamentario. El oficial, multo y mando a mover el automóvil del alcalde, por estar mal estacionado, dicha decisión fue en un principio revisada por su supervisor, informándole que había realizado la acción correcta. Sin embargo, tiempo después fue notificado por sus superiores, que ya no estaba autorizado para portar el uniforme de suéter o camisa corta, ni tampoco pantalón corto, solamente está autorizado para usar el uniforme de manga y pantalón largo, por sus tatuajes, sin embargo, el solicitante reconoce que fue la primera vez que le llamaron la atención sobre sus tatuajes y es una consecuencia que se le ordeno luego de multar al alcalde.

De igual manera se le transfirió de la unidad de bicicletas a otra unidad policial, que para el demandante era un cambio que lo degradaba y la respuesta oficial es que debido a los muchos tatuajes que tiene el policía, ocasionaba que se le restara valor a la profesionalidad del cargo, ya que el oficial tiene que usar una camisa de manga corta y pantalón corto. El uso del uniforme de manga y pantalón largo motivo que el oficial sufriera de agotamiento por el calor cuando estaba de servicio, ocasionando que fuera trasferido temporalmente a realizar trabajo de escritorio. Luego de esto fue nuevamente trasladado a otra unidad (tránsito) en donde podía trabajar vestido de

⁶⁹ *Inturri v City of Hartford*, 365 F. Supp. 2d 240 (D. Conn. 2005).

⁷⁰ *Riggs v. City of Fort Worth*, 229 F. Supp. 2d 572 (N.D. Tex. 2002). Puede ser consultado en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/229/572/2396552/>. Visto el día 5 de abril de 2023.

civil y más tarde solo se le permitió usar el uniforme de manga y pantalón largo por sus tatuajes.

De igual manera se le informo que nunca sería ascendido debido a sus tatuajes y siempre estaría trabajando detrás de un escritorio, la única diferencia fue que se le permitió el quitarse un chaleco protector si había mucho calor. Posteriormente el oficial denunció los hechos señalados, y fue asignado al turno de medianoche. Debido a la denuncia presentada, nuevamente el oficial paso a servicio activo en las calles, pero sufrió nuevamente de agotamiento físico por el calor y su médico le indico que no usara manga larga, cuando había calor, fue nuevamente puesto a realizar labores en un escritorio, así sucesivamente en varias ocasiones y de igual manera por los tatuajes se le denegó el acceso a la unidad de motocicletas de la policía y nuevamente el médico ordeno que no usara manga larga por el calor, esto ocasiono que fuera suspendido de la policía sin derecho a sueldo.

En este caso el tribunal dictaminó que no existía un trato diferente ni discriminatorio en contra del policía por tener tatuajes visibles con el uniforme y el hecho que fuera transferido a otras asignaciones, era por el motivo que se adaptara mucho mejor a su uniforme de manga y pantalón largo por su propia salud y seguridad, como podemos ver en este caso en particular, el oficial no fue despedido de la institución simplemente se le reasigno nuevas funciones en donde no expusiera visiblemente sus tatuajes, haciendo uso de un uniforme manga larga y pantalón largo, en un ambiente en donde no fuera afectado por el calor sin embargo la demanda del oficial, no pudo demostrar con evidencias que estaba recibiendo un trato diferente por tener tatuajes a criterio del tribunal.

4.11 Policía canadiense y su regulación ante los tatuajes de sus agentes

En Canadá los casos y el tratamiento de los policías tatuados varía dependiendo del departamento policial y de la región que estemos investigando, en general los tatuajes que son grandes, y estén ubicados en las manos, cara o en la cabeza no están permitidos y con relación a los demás tatuajes del cuerpo que sean visibles, se les puede solicitar que, en determinados eventos, operativos o actuaciones policiales, los mismos deben ser cubiertos. De igual manera todos los tatuajes que tienen connotaciones racistas, que inciten el odio, el acoso, discriminación, sean obscenos, sexistas, etc. están prohibidos, o sean contrarios al Acta de Derechos Humanos de Canadá, sección 3, (*Canadian Human Rights Act, section 3*⁷¹), que define que están prohibidos todos los actos discriminatorios por razón: de su raza, origen o etnia, por el color de su piel, por su religión, edad, sexo, orientación sexual, por su identidad o género, estado civil o familiar, por sus características genéticas o su discapacidad, etc.

Por ejemplo, la policía de Ontario (*15-16 Uniform, Equipment and Appearance Standards*), es clara que no se puede exhibir tatuajes o cualquier otro arte corporal que representen desnudez, violencia o palabras obscenas, que estén relacionados con pandillas o que vayan en contra del Código de Derechos Humanos de Ontario. Con relación al uso del vello facial o barba, deben estar bien cortadas y pueden solicitarles a los oficiales cortarlas o quitarlas cuando estorban al hacer uso del equipo policial⁷².

⁷¹ Canadian Human Rights Act (R.S.C., 1985, c. H-6). Puede ser consultado en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/h-6/section-3.html>. Visto el día 10 de marzo de 2023.

⁷² Chapter 15 – Incident Response (Use of Force/De-Escalation) & Equipment. 15-16 Uniform, Equipment and Appearance Standards. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.tps.ca/media/filer_public/00/07/0007cbb0-adc5-4769-bd49-c5c0a5b8a9e7/1516_uniform_equipment_and_appearance_standards_20220706_ext.pdf#:~:text=not%20display%20any%20tattoo%20or,the%20Ontario%20Human%20Rights%20Code](https://www.tps.ca/media/filer_public/00/07/0007cbb0-adc5-4769-bd49-c5c0a5b8a9e7/1516_uniform_equipment_and_appearance_standards_20220706_ext.pdf#:~:text=not%20display%20any%20tattoo%20or,the%20Ontario%20Human%20Rights%20Code). Visto el día 13 de mayo de 2023.

En Vancouver⁷³, su departamento de policía ha establecido ciertas restricciones, con relación al uso de joyas, piercings, perforaciones corporales; que el personal uniformado, no debe usar collares (estos no pueden ser vistos por encima del cuello de la camisa del uniforme), pulseras, anillos grandes o aretes llamativos, cuando están en servicio, con relación a los tintes del cabello esta normativa establece que serán los colores propios del genoma humano, mientras que el largo de los aretes no deben de ser mayor a 5 mm o 3/16 de pulgada de diámetro, y están prohibidas las perforaciones corporales visibles con el uniforme, incluidas las perforaciones en la nariz y cejas, con relación a las uñas, las mismas deben de estar siempre limpias y recortadas, las uñas largas no deben de interferir con las funciones y deberes asignados, o que representen algún peligro para el policía o al público. Cualquier joya que quiera usar el policía estado de uniforme, se debe evaluar si la joya constituye o puede constituir un posible peligro para la seguridad, y de igual manera la posibilidad que dichas joyas se pierdan o dañen en el ejercicio de sus funciones, tampoco se permiten los lentes de contacto de colores no naturales o con algún diseño.

Sobre los tatuajes (art. 1042.3), se señala que cuando el policía este de servicio y haciendo uso del uniforme o representando a la policía en cualquiera actividad, pueden tener tatuajes, pero con las siguientes excepciones: un tatuaje de anillos de bodas en el dedo anular, se permiten los tatuajes que mejoran la apariencia del oficial con un color y estilo natural, por ejemplo, las cejas tatuadas, pero están prohibidos todos los tatuajes visibles en cuello, cabeza, cara, y manos (entendiendo manos debajo de la muñeca). Igual que sucede con otras jurisdicciones tanto nacionales como internacionales, en que se encuentran prohibidos todos aquellos tatuajes que representen temas indecentes, discriminadores, sexistas, antisociales, ideas que defiendan la intolerancia, obscenos, racistas, ofensivos, anárquicos, extremistas, tatuajes asociados a cualquiera organización o grupo delictivo, que vaya en contra de los valores, misión y visión de la policía, etc.

El caso más reciente sobre la aceptación del tatuaje lo tenemos en el ejército canadiense, que en el año 2022, permite que las Fuerzas Armadas de Canadá, modifiquen su código de vestimenta⁷⁴, para que fuera un código actualizado con la sociedad de hoy, estas nuevas reglas permiten el uso de uniformes mixtos, que permite que los miembros del ejército decidan que uniforme quieren vestir, de igual manera pueden llevar tinte y cabello largo, cuando el mismo sobrepase los hombros debe estar atado y que se permita ver su cara, de igual manera los nuevos reclutas, no tienen la obligación de afeitarse la cabeza, con relación al uso de la barba, la misma está permitida siempre y cuando este bien recortada, con relación a las uñas pintadas de colores y largas, son permitidas, mientras su largo no afecte las tareas que tienen que desempeñar en el ejercicio de su profesión.

Concretamente sobre los tatuajes en la cara, este nuevo reglamento es muy claro, se puede tener tatuajes incluyendo el rostro, con las excepciones de los tatuajes que se encuentran vinculados o relacionados con la delincuencia, grupos criminales, discriminación, promuevan el odio, etc.⁷⁵. Burchill, sostiene que, en el

⁷³ Vancouver Police Department Policy 1042 Vancouver PD Policy Manual. Puede ser consultado en:

extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.cityofvancouver.us/sites/default/files/fileattachments/police_vpd/page/38549/policy_1042_vpd_policy_manual.pdf. Visto el 14 de mayo de 2023.

⁷⁴ Puede ser consultado en: <https://elpais.com/sociedad/2022-07-09/los-militares-de-canada-se-abren-a-un-codigo-mas-inclusivo-tatuajes-en-el-rostro-y-uniformes-sin-distincion-de-genero.html>. Visto el día 10 de abril de 2023.

⁷⁵ Puede ser consultado en: <https://www.canada.ca/en/services/defence/caf/military-identity-system/dress-manual/changes-canadian-forces-dress-instructions.html>. Visto el día 1 de abril de 2023,

caso canadiense, una prohibición absoluta de la exhibición de los tatuajes en los policías va más allá de lo que en realidad se requiere en una fuerza policía disciplinada, identificable e imparcial, por esto se establece que la prohibición no es para todos los tatuajes, sino para aquellos tatuajes que son considerados inmorales, ofensivos, o cuando los mismos presentan una apariencia poco profesional, estos tatuajes no pueden ser exhibidos y los oficiales están obligados a cubrirlos pero no a quitarlos⁷⁶.

5. Los derechos de los policías a su personalidad e identidad en Europa

En este apartado analizaremos y comparemos algunos de los distintos países europeos que, a través de su jurisprudencia y legislación, ha decidido que sus fuerzas armadas y policiales, puede hacer uso de sus tatuajes, barbas y cabello largo, piercings y cualquier arte corporal, como parte del ejercicio del derecho a la libre personalidad.

5.1 Los tatuajes en la Policía Francesa

En el caso francés, la policía nacional puede usar tatuajes y barbas, desde el 2015 y fue implementada hasta el 2018, por una modificación del reglamento que databa de 1974, en el caso de la barba, se hace necesario que la misma, este bien recortada y limpia, dichos cambios fueron solicitados por el Sindicato de Policías, estos cambios se dieron en el ordenamiento francés haciendo énfasis en que era necesario actualizar el reglamento y adaptarlo a los nuevos tiempos, en donde el policía como funcionario público y de servicio a la sociedad, debe ser cercano a la población civil que protege, con relación a los tatuajes los mismos no deben tener ninguna connotación y si la tiene, el policía está obligado a taparlo durante su horario de trabajo. Igual a lo que sucede en otros países están prohibidos los tatuajes que vayan en contra de los valores de la nación francesa, o sean racistas, políticos, xenófobos, etc. y en el caso de los piercings o implantes en la piel estos si siguen prohibidos, los tatuajes no deben de ser visibles cuando el policía este de uniforme⁷⁷.

5.2 Reino Unido de Gran Bretaña y los derechos de los policías tatuados

En el ordenamiento inglés los policías que portan tatuajes, pueden tenerlos, pero en la fase de admisión a la institución policial, se les solicitara que informen y describan el tatuaje o los tatuajes que portan, así como la obligación de entregar dos fotografías digitales a color que identifiquen a la persona y el tatuaje, en la fotografía el tatuaje tiene que ser visto claramente, con el fin de comprobar lo dicho, las fotografías deben de acompañar la solicitud. Otro requisito es que se debe de entregar es una traducción verificable del significado del tatuaje, en los casos que tengan palabras, caracteres, que no están en idioma inglés y en los casos que sean en este idioma se debe de proporcionar una breve explicación del significado del tatuaje o de los tatuajes que la persona porte. De igual manera en los casos en que el solicitante en cualquiera etapa del proceso de convertirse en policía adquiera más tatuajes, perforaciones o cualquiera arte corporal, o piense en hacerlo, debe de consultar con el Equipo de Reclutamiento.

Otros de los aspectos que se reconoce que en los casos en que los tatuajes en la cara obedecen algunas discapacidad o enfermedad (tener tatuajes para ocultar

⁷⁶ BURCHILL, J. Tattoos and Police Dress Regulations, *Manitoba Law Journal*, Volume 36, Issue 1, p. 219. Puede ser consultado en: <https://journals.library.ualberta.ca/themanitobalawjournal/index.php/mlj/article/download/818/818>. Visto el día 1 de marzo de 2023.

⁷⁷ Puede ser consultado en: https://www.francetvinfo.fr/societe/barbe-tatouages-et-piercings-la-police-nationale-diffuse-ses-consignes_2559745.html. Visto el día 4 de abril de 2023.

una desfiguración, tatuajes en la cara que fueran necesarios después de procedimientos médicos, cejas para alguien que haya perdido vello corporal de forma permanente o para cubrir cicatrices, o para cualquier procedimiento cosmético), son una excepción a la regla, que puede ser analizada con el fin que la persona se convierta en policía o que el policía pueda seguir ejerciendo su trabajo⁷⁸.

Uno de los aspectos que toma en cuenta la ley inglesa (*Dress Code and Appearance Policy*⁷⁹) es que los lineamientos policiales sobre los tatuajes a lo largo de tiempo han cambiado y hoy se reconoce que el uso de los tatuajes forma parte de diversas culturas y su uso es cada vez más normal y aceptado por la sociedad, concretamente para los aspirantes o para los policías en activo, siempre que el tatuaje sea visible, aunque no esté en la cara, o en la parte delante o lateral del cuello (por encima de la línea del cuello) los mismos no son permitidos, sobre todo cuando se habla de policías uniformados en servicio activo, ahora bien los tatuajes visibles por ejemplo detrás del lóbulo de la oreja en la parte posterior del cuello, pueden ser aceptables en el ejercicio policial. Una discrecionalidad que reconoce la ley es que cuando se estime necesario se le puede solicitar al policía que, en ciertos eventos, cubra sus tatuajes, entre estos: funerales de la fuerza policía y de Estado, apertura del Parlamento, desfiles conmemorativos y otros eventos ceremoniales. Todas estas limitaciones se aplican por igual a todo el personal policial incluyendo a los voluntarios y aquellos policías que trabajan vestidos de civil, cuando están de servicio.

Con relación a los solicitantes que tienen tatuajes mucho más grandes en el costado o en la parte posterior del cuello, en la parte superior de la cabeza, que no pueden taparse o no son discretos, puede ser causal de descalificación para convertirse en un futuro cercano en policía. Mientras las personas que tiene varios tatuajes en otras partes del cuerpo y los mismo no van en contra de las leyes y no sean ofensivos, racistas o discriminadores, etc., no deben ser causal para descalificar automáticamente a un solicitante.

De igual manera se reconoce que los policías que tienen las manos tatuadas o usan barbas (bien afeitadas, recortadas y no más de dos días de largo) pulseras y joyas por motivos religiosos se deben seguir los mismos criterios para cubrir estos tatuajes en determinadas actuaciones o situaciones policiales, en el caso de las joyas si el policía no es capaz por motivos religiosos de quitárselas ante una actuación policial, es posible que lo transfieran a una tarea diferente en que sus joyas no representen un riesgo para el mismo ni para la seguridad de los demás personas, mientras que con los piercings o joyería de la nariz, cejas, lengua o cualquiera clase de perforaciones corporales en cualquier otra parte del cuerpo humano que sea visible con la excepción de los óvulos de las orejas, que puedan estorbar con el equipo de protección policial, no pueden ser llevados, en los otros caso que se le permitan llevar joyas, tatuajes o pelo largo (siempre recogido y detrás de la cabeza de manera que no interfiera en ningún momento con el sombrero del uniforme), el mismo policía tiene la responsabilidad de gestionar todos los riesgos asociados que esto conlleva. Por último, los policías que usen reflejos o se tiñan el cabello esto es permitido siempre y cuando se utilice un color natural (por ejemplo, no pueden teñirse el cabello de azul, colores fluorescentes, o de varios colores, etc.).

⁷⁸ Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/policies/dress-code-policy-september2022.pdf](https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/policies/dress-code-policy-september2022.pdf). Visto el día 2 de marzo de 2023.

⁷⁹ Freedom of Information Act Publication Scheme. Dress Code and Appearance Policy – September 2022. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/policies/dress-code-policy-september2022.pdf](https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/policies/dress-code-policy-september2022.pdf). Visto el día 6 de enero de 2023.

5.3 Derecho a tatuarse siendo policía en Austria y Alemania

Uno de los países que más tradición por lo menos en Europa de no permitir tatuajes visibles es Austria, pero esta normativa será adoptada a los nuevos tiempos, ya que este año (2023), el Ministerio Interior anuncio, que los policías austriacos podrán llevar tatuajes visibles, aunque usen el uniforme, sin embargo, aquellos tatuajes que fomenten la violencia, o diseños que fomenten el odio, o sean símbolos de extrema derecha, xenófobos, racistas, continuarán prohibidos. Estos cambios en la policía de austriaca obedecen según el propio gobierno a los cambios en que vive la sociedad actual, en donde su mayoría son los jóvenes que cada vez más usan tatuajes, por lo tanto, la normativa actual tiene que ser modificada con el fin que puedan formar parte de la institución. En el caso austriaco, desde el 2018, los policías, aunque lleven uniforme pueden llevar tatuajes y piercings, pero los mismos no pueden ser visibles cuando estén uniformados y de servicio activo, tampoco pueden verse en los uniformes de verano, cuando se utilizan camisas de manga corta, otros de los cambios que se acordó fueron que podían llevar barba y pelo largo, con la condición de que los mismos no tapen algún elemento del uniforme, u obstaculicen su labor, entre las múltiples razones en que se puede admitir a personas tatuadas a formar parte de la policía austriaca tenemos, por un lado el envejecimiento de los agentes policiales o en su mayoría ya pueden optar a su respectivas jubilaciones, y por otro la de hacer más atractiva la carrera policial para los jóvenes profesionales que quieren forma parte de la institución⁸⁰.

En Austria, los tatuajes visibles no están permitidos en el servicio policial, en este sentido establece que los aspirantes a policías, se les permiten los tatuajes no visibles, cuando portan el uniforme, siempre y cuando que los tatuajes no estén relacionados con algún grupo o actividad criminal y de igual manera que dichos tatuajes no ocasionen una desconfianza del público en el desempeño y ejercicio de las funciones policiales, en este sentido cada tatuaje es revisado de forma individual, durante el proceso de admisión, y los tatuajes que no pueden ser cubiertos por la camisa manga corta, que se utiliza en verano están prohibidos.

Austria⁸¹ y Alemania⁸², debido a los errores de la Segunda Guerra Mundial, no prohíben que las personas se tatúen símbolos, palabras, imágenes o propaganda, que tengan alguna vinculación con el nazismo, la negación del Holocausto, Tercer Reich, o el nacionalismo, sin embargo, si se castiga el hecho de mostrar esas imágenes en público por lo que representan y hasta el saludo nazi se encuentra prohibido.

Mientras que, en el caso de Alemania, la Policía Federal, prohíbe que los oficiales tengan tatuajes en las manos, cuello, brazos y cara. Todos los demás tatuajes que porte un policía deben estar siempre cubiertos. La normativa alemana también es clara en que el tamaño de los tatuajes, no pueden exceder el tamaño del lado interno de la palma de mano y en todos los casos se debe adjuntar una foto del tatuaje (siempre y cuando que el mismo sea permanente) a la solicitud de aspirante para formar parte de la policía y es una Comisión Especial (*Körperschmuck Bei Der*

⁸⁰ Puede ser consultado en: <https://www.bmi.gv.at/news.aspx?id=67762B31586451786A79593D>. Visto el día 11 de abril de 2023.

⁸¹ Ley de Prohibición de Símbolos Nacional Socialistas. Gesamte Rechtsvorschrift für Verbotsgesetz 1947, Fassung vom 18.04.2023 [extension://elhekieabhbkmcefcobjdjgcaadp/https://www.ris.bka.gv.at/GeltenDeFassung/Bundesnormen/10000207/Verbotsgesetz%201947%2c%20Fassung%20vom%2018.04.2023.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjdjgcaadp/https://www.ris.bka.gv.at/GeltenDeFassung/Bundesnormen/10000207/Verbotsgesetz%201947%2c%20Fassung%20vom%2018.04.2023.pdf) <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000207>. Visto el día 15 de mayo de 2023.

⁸² Ley de Prohibición de Símbolos Constitucionales Inconstitucionales. *Strafgesetzbuch (StGB) § 86a Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger und terroristischer Organisationen* Puede ser consultado en: http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_86a.html

*Polizei*⁸³), quien tiene la obligación de verificar si estos tatuajes están permitidos o todo lo contrario son tatuajes prohibidos por el ordenamiento alemán.

Esta comisión establece que, en el caso de joyas corporales, tatuajes, escarificaciones, implantes y piercings, en la policía alemana, son de uso limitado, dependiendo de si existe un riesgo de lesión en situaciones o actividades policiales y en los casos que se porten símbolos, imágenes, banderas, lemas, diseños, palabras que vayan en contra de los valores y organizaciones constitucionales alemanas o puedan confundirse con ellas, los mismos estarían prohibidos, de igual manera cuando sean sexistas, misóginos, fomenten la discriminación, la violencia, o vayan en contra de la dignidad humana o menoscabe el respeto y la confianza del trabajo neutral de la policía en el Estado de Derecho, están prohibidos y cada caso se juzga independientemente del otro, en el caso de piercings o joyas corporales en el área genital de los aspirantes, es necesario que se presente un boceto detallado o copia para el examen de selección médica de la policía, que permita decidir si se puede descartar o admitir a la institución policial. Con los tatuajes que tienen palabras o textos en idiomas extranjeros, se debe proporcionar una traducción oficial por parte de un traductor jurado, todos los costos que se deriven referente a la verificación de los tatuajes, joyas corporales, piercings, o similares, deben ser asumidos por completo por el aspirante, para que la policía determine si puede ser admitido o no, dentro de la institución.

5.4 El uso de los tatuajes de la policía española

En el caso español, es el Real Decreto 967/2021⁸⁴, que regula el uso general del uniforme de la Guardia Civil, en su artículo 12.4, que lleva por título: "Signos externos de policía personal y aspecto físico", nos menciona que: "4. El aspecto físico externo no podrá impedir la correcta colocación de cada uno de los elementos del uniforme, así como su completa visibilidad, sin que el aspecto elegido pueda destacar sobre el conjunto alterando la uniformidad, la estética o la imagen corporativa de la Guardia Civil" en su artículo 13, sobre la exhibición de tatuajes, deja en claro que las personas que vistan el uniforme de la Guardia Civil, se les prohíbe portar tatuajes, tanto temporales como permanentes, que sean expresiones o imágenes contrarias a las virtudes militares, autoridades y valores constitucionales, que atenten contra la imagen de la Guardia Civil, disciplina, o cualquiera forma que atente contra la ley. Sin embargo, reconoce que: "2. Se permiten los tatuajes o parte de los mismos que sean visibles vistiendo el uniforme de uso general de la Guardia Civil, siempre que no reflejen motivos o expresiones prohibidas de las recogidas en el apartado primero de este artículo".

Sobre las perforaciones y similares, si existe una prohibición absoluta, en este sentido se menciona que: "se prohíben las argollas, espigas, inserciones, automutilaciones, pegatinas, dilataciones y similares, así como los implantes microdermales o subcutáneos y perforaciones distintas a las destinadas para el uso de pendientes" siempre y cuando las mismas sean visibles "al vestir las prendas comunes para el personal masculino y femenino del uniforme de la Guardia Civil en sus diferentes tipos y modalidades de uso general de acuerdo a la normativa".

⁸³ Puede ser consultado en: <https://pvb.polizeibewerbung.nrw.de/bgp/koerperschmuck.htm>. Visto el día 16 de mayo de 2023.

⁸⁴ Real Decreto 967/2021, de 8 de noviembre, por el que se regula el uso general del uniforme de la Guardia Civil Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática «BOE» núm. 268, de 9 de noviembre de 2021 Última modificación: sin modificaciones Referencia: BOE-A-2021-18282. BOE-007_Codigo_de_la_Guardia_Civil.pdf. Visto el día 14 de mayo de 2023.

Es decir que a nivel español los tatuajes que no están permitidos en la Guardia Civil son aquellos tatuajes que van en contra de los principios y valores de la Constitución española, es decir aquellos tatuajes que expresen motivos políticos, homófonos, discriminatorios, racistas, violencia, xenófobos, nazismo, ideas extremistas, etc., no serían en principio permitidos por la institución, y se le pregunta al aspirante cuando se realiza la inspección física; el significado del tatuaje y el encargado debe anotar su respuesta por escrito, sea el tatuaje visible o no en el cuerpo.

En la práctica cualquier tatuaje, que vaya en contra de los principios y valores constitucionales, se entiende que es un tatuaje no permitido, por lo tanto, el policía puede cambiarlo, modificarlo, taparlo o quitarlo, si desea ingresar al cuerpo policial o mantenerse dentro de la institución, es decir que ese tatuaje y su diseño no fomente el odio, la discriminación, sean tatuajes políticos, violentos u ofensivos, que fomenten la realización de un delito.

Otro de los factores que se toman en cuenta es que no se permiten los tatuajes que hagan a la persona inidentificables o tatuajes grandes que cubran el cuello, cabeza y la cara del futuro policía, de igual manera se impiden aquellos tatuajes que permiten la identificación fácil y clara del policía vulnerando su anonimato, sobre todo cuando el mismo puede llegar a realizar operaciones encubiertas o convertirse en un testigo protegido, etc., otros de los factores que se toman en cuenta es si el tatuaje o los tatuajes, pueden ser visibles con el uniforme, en el sentido que si la persona porta un tatuaje que no va en contra de lo establecido por el cuerpo policial y se encuentra situado en un lugar de su cuerpo que no se muestra cuando hace uso del uniforme el mismo no debería ser un problema, para ingresar a la institución.

García Monroy, Salinas Garza y Rodríguez Lozano, sostiene que no debe de discriminarse a ninguna persona por portar tatuajes, tanto en los medios de comunicación como en las redes sociales, estos autores consideran que el uso de los tatuajes, está plenamente protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, tomando en cuenta que el primero de ellos deriva directamente del principio de autonomía personal, que tiene como base la capacidad que tienen todas las personas de elegir y materializar sus planes de vida, sin que intervenga ninguna persona, sobre esto nos dice que: "una forma de expresar la individualidad es mediante el uso de tatuajes, pues el uso de éstos en lugares visibles constituye un acto deliberado de expresión de su significado, que puede consistir en ideas, opiniones, convicciones, informaciones, etc. En este sentido, el uso de tatuajes está protegido, por regla general, por los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de expresión, por lo que no debe ser motivo para discriminar a sus portadores"⁸⁵.

En el caso de la Policía Canarias, los aspirantes que portan tatuajes pueden aspirar a convertirse en policías siempre y cuando el tatuaje no sea visible cuando vistan el uniforme.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias (TSJC), en su sentencia del 9 de julio de 2021⁸⁶, estableció que el aspirante que fue excluido del proceso de selección, por portar tatuajes no visibles con el uniforme reglamentario, no se le tomo ninguna fotografía por el personal correspondiente, ni tampoco se realizó ninguna medición de los tatuajes, en que se probara y quedara evidencia que sus tatuajes, era visibles o no, haciendo uso del uniforme. En este caso se determinó, que no consta en el

⁸⁵ GARCÍA MONROY, M., SALINAS GARZA, J. Á., RODRÍGUEZ LOZANO, L. G. Dignidad humana, una concepción generalizada, *Revista Primera Instancia*. Número 19. Volumen 10, Julio-diciembre 2022, p. 51. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/02/Dignidad-humana-una-concepcion-generalizada-Mireya-Garcia-Monroy-Juan-Angel-Salinas-Garza-y-Luis-Gerardo-Rodriguez-Lozano.pdf](https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/02/Dignidad-humana-una-concepcion-generalizada-Mireya-Garcia-Monroy-Juan-Angel-Salinas-Garza-y-Luis-Gerardo-Rodriguez-Lozano.pdf). Visto el día 4 de abril de 2023.

⁸⁶ STSJ Canarias, a 09 de julio de 2021 - ROJ: STSJ ICAN 2882/2021ECLI:ES:TSJICAN:2021:2882 Nº de Resolución: 231/2021 Municipio: Santa Cruz de Tenerife Ponente: JAIME GUILARTE MARTIN CALERO N.º Recurso: 227/2020.

expediente el acta de reconocimiento realizado por la inspección médica, ni fotografías, que prueben que el tatuaje es visible portando el uniforme ni se contó con un Tribunal Calificador, que examinó la cuestión, en su momento, por lo tanto, STSJ, anula este acto administrativo impugnado y reconocer a la parte actora el derecho a continuar el proceso selectivo. Mientras que, a la policía en activo, por lo menos en las Islas Canarias, no se les autoriza a portar tatuajes visibles, barbas más allá de 2 centímetros, ni tampoco el uso de piercings.

En el caso de País Vasco, en las convocatorias para ingresar a la policía, no existe ninguna prohibición sobre el uso de los tatuajes en la piel, entre los requisitos que se solicitan tenemos: formular solicitud previa, tener la nacionalidad española, tener 18 años de edad y no haber cumplido la edad de 38 años, límite que se podrá compensar con servicios prestados en cuerpos de la Policía del País Vasco, estar en posesión del título de Bachiller o equivalente, o cualquier otro de nivel superior, no estar en el cuadro de exclusiones médicas, no haber sido condenado por delito doloso, ni separado del servicio de una Administración pública, ni hallarse inhabilitado ni suspendido para el ejercicio de funciones públicas, declaración del solicitante de portar armas, no haber sido excluido de un procedimiento selectivo para ingreso en algún Cuerpo de Policía del País Vasco o Servicio de Policía Local por la comisión de una falta grave o muy grave, no tener causa legal de incapacidad o incompatibilidad conforme a la normativa vigente, estar en posesión de los permisos de conducción, etc.⁸⁷. De igual manera el reconocimiento médico⁸⁸, tampoco incluye alguna exclusión por tener tatuajes, entre las exclusiones generales, nos mencionan: “padecer enfermedades, síndromes o defectos físicos que, a juicio del tribunal médico, ocasionen limitación para el desempeño de la función policial bien por sí mismo, su evolución, secuelas o por el tratamiento o su necesidad de control, dificulte o limite significativamente el correcto desempeño de las funciones encomendadas o supongan un riesgo para sí mismo o para terceros”, con relación a las cicatrices (apartado K, Dermatología): “1.- Cicatrices retráctiles o cualquier otra lesión que produzcan limitación funcional. 2.- Cicatrices que por su extensión, profundidad o características puedan ser incompatibles con el uso del uniforme, el equipo reglamentario o que puedan comprometer la función policial. 3.- Dermatitis extensas y generalizadas de tendencia crónica o recidivante, que por su localización, extensión o estado clínico interfieran con las actividades policiales o con el uso de la uniformidad o dotación profesional. 4.- Malformaciones, tumoraciones, lesiones de la piel. Lesiones de las faneras que puedan comprometer la función policial. 5.- Otras alteraciones dermatológicas que, a juicio del tribunal médico, ocasionen limitación para el desempeño de la función policial”, como podemos ver ninguna de las cicatrices tiene que ver con la remoción de los tatuajes, otras limitaciones que señala la convocatoria son: “1.- Uso de cualquier tipo de medicación o droga que pueda disminuir la capacidad de reacción de la persona aspirante o que funcionalmente pueda alterar la capacidad para el desarrollo de las funciones policiales. 2.- Cualquier

⁸⁷243 RESOLUCIÓN de 29 de diciembre de 2022, del Director General de la Academia Vasca de Policía y Emergencias, por la que se convoca procedimiento selectivo para ingreso, por turno libre, en la categoría de Agente de la Escala Básica de los Cuerpos de Policía del País Vasco (Ertzaintza y Policía Local) y Servicios de Policía Local. bases de la convocatoria Ertzaintza de 2023 en el Boletín Oficial del País Vasco nº 10, de 16 de enero de 2023. extensión: <https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.euskadi.eus/y22-bopv/es/bopv2/datos/2023/01/2300243a.pdf>. Visto el día 1 de mayo de 2023.

⁸⁸ 5339 DECRETO 142/2022, de 22 de noviembre, de cuarta modificación del Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Selección y Formación de la Policía del País Vasco. Puede ser consultado en: <https://www.legegunea.euskadi.eus/eli/es-pv/d/2022/11/22/142/dof/spa/html/webleg00-confich/es/>. Visto el día 10 de mayo de 2023.

otro proceso patológico que, a juicio del órgano facultativo correspondiente, ocasione limitación para el desempeño de la función policial”.

En Cataluña (*Mossos d'Esquadra*), si consta que la verificación de los tatuajes se debe de realizar de forma independiente⁸⁹, durante la realización de las pruebas de aptitudes psicofísica (artículo 6.1.6 Comprobación de tatuajes) y se tomaran fotografías con el consentimiento de los aspirante con el fin de ponerla a conocimiento del tribunal calificador, para su correspondiente evaluación, por lo tanto conlleva a la exclusión de la convocatoria, todos aquellos tatuajes que sean contrario a los valores, competencias, y principios, contenidos en el Código de Ética de la Policía de Cataluña⁹⁰, es decir que en vez de prohibir los tatuajes que sean contrarios a la Constitución, se rigen en que no sean contrarios a su código de ética policial.

Un aspecto que recoge la ley catalana es que en su artículo 4.16. establece que, en cualquier momento de la convocatoria, las personas pueden ser sometidas a la comprobación de los tatuajes, por un funcionario nombrado para tal efecto y si dicha comprobación se acredita que cumple con la exclusión, es el tribunal calificador quien propondrá; “a la persona titular de la Secretaría General del Departamento de Interior la exclusión de la persona participante de la convocatoria”.

En lo referente a las admisiones de los aspirantes tatuados en los centros militares españoles⁹¹, en su artículo 2: “Carecer de inserciones o tatuajes que puedan ser contrarios a los valores constitucionales o atentar contra la imagen de las Fuerzas Armadas”. Mientras que el Consejo de Estado, en su dictamen por unanimidad del 2014⁹², comentando sobre el proyecto de ley, ya señalado determino que en aquellos años, no existe una norma general para las Fuerzas Armadas que regulen el aspecto físico y concretamente el uso de los tatuajes, por lo tanto se hace necesario que desde el ingreso de los aspirantes, se tome como causa de exclusión: “el hecho de portar algún tatuaje que sea visible con la uniformidad militar o que incluya motivos, frases, dibujos o símbolos que atenten contra valores constitucionales o los deberes militares. Exclusión en esencia conectada con las necesidades de uniformidad y policía personal en las Fuerzas Armadas y de la imagen neutral, homogénea y lo más discreta posible que puede reclamarse a una institución armada, jerarquizada y disciplinada como son las Fuerzas Armadas. El motivo de exclusión no redunda en la total prohibición de portar algún tatuaje, sino sólo en los casos citados anteriormente”.

El Consejo de Estado entiende que la aludida regulación se ajusta al marco constitucional y, en particular, a la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. En síntesis, la normativa de que se trata impide el acceso a las Fuerzas Armadas a personas que lleven tatuajes contrarios a los valores constitucionales o a los valores militares, o que sean visibles

⁸⁹ RESOLUCIÓN INT/35/2023, de 11 de enero, de convocatoria mediante concurso oposición libre para cubrir plazas de la categoría de mosso/a de la escala básica del cuerpo de Mossos d'Esquadra (núm. de registro de la convocatoria 46/23). Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/8833/1949523.pdf](https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/8833/1949523.pdf). Visto el día 3 de abril de 2023.

⁹⁰ ACUERDO GOV/25/2015, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Código de ética de la Policía de Cataluña. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6819/1407069.pdf](https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/6819/1407069.pdf). Visto el 20 de febrero de 2023.

⁹¹ Resolución 452/38171/2021, de 13 de mayo, de la Subsecretaría, por la que se modifica la Resolución 452/38007/2021, de 21 de enero, por la que se aprueba el proceso de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación para incorporarse a las escalas de tropa y marinería. Puede ser consultado en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-8385. Visto el día 15 de abril de 2023.

⁹² Consejo de Estado: Dictámenes. Número de expediente: 436/2014 (DEFENSA). Referencia: 436/2014. Proyecto de real decreto por el que se modifica el Real Decreto 35/2010, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas. Puede ser consultado en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-436>. Visto el día 15 de marzo de 2023.

vistiendo el uniforme. En el preámbulo del proyecto se dice que esta prohibición está “conectada con las necesidades de uniformidad y policía personal en las Fuerzas Armadas y de la imagen neutral, homogénea y lo más discreta posible que puede reclamarse a una institución armada, jerarquizada y disciplinada como son las Fuerzas Armadas”. Hay que recordar, en este sentido, que el artículo 24.1 de la mencionada Ley Orgánica de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas declara que “los militares tienen derecho al uso del uniforme reglamentario y el deber de utilizarlo durante el servicio. Las normas generales de uniformidad y las limitaciones o autorizaciones en el uso del mismo serán establecidas por orden del Ministro de Defensa”.

Para el Consejo de Estado la uniformidad no es sino la manifestación del principio de unidad que inspira toda la organización de las Fuerzas Armadas, que ha encontrado reconocimiento en la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 371/1993, de 13 de diciembre, y nº 270/1994, de 17 de octubre) y esa unidad exige la uniformidad exterior de los miembros de las Fuerzas Armadas, con la finalidad de intentar reducir las diferencias en su apariencia personal y tal exigencia no puede quedar reducida a la vestimenta, sino que se extiende a otros elementos, por ejemplo la longitud del cabello permitido en las Fuerzas Armadas. Para el Consejo de Estado; “de este modo, por la requerida uniformidad desaparecería si los militares pudieran llevar tatuajes que fueran visibles portando la vestimenta militar reglamentaria, con lo que su prohibición queda justificada”.

6. El derecho a portar tatuajes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948⁹³ en su preámbulo, ya establece los primeros pasos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, al señalar que: “convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones”, es decir que desde los primeros años del SIDH, ya tenemos constancia sobre la preocupación latente de los Estados miembros, de contar con un instrumento normativo que regule la protección y ejercicio de este derecho, sobre todo ante los abusos y arbitrariedades por parte del Estado y de un tercero. En este sentido tenemos la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador⁹⁴, en su párrafo 52 se comenta este preámbulo que establece en un sentido amplio que la libertad, es la capacidad que tiene todas las personas por igual “de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido”, es decir es el derecho que tienen todas las personas de decidir, organizar, de acuerdo a lo que establece la ley, su vida (tantos en los aspectos individuales y sociales), conforme a su propias decisiones, convicciones y conciencia. En otra sentencia de la CorteIDH, en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica ⁹⁵, se reconoce que la

⁹³ Carta de la Organización de los Estados Americanos. Suscrita en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana. Entrada en vigor el 13 de diciembre de 1951 conforme al Artículo 145. Puede ser consultado en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp. Visto el día 22 de enero de 2023.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, sentencia 21 de noviembre 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Párrafo 52. Puede ser consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. Visto el día 14 de junio de 2022.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica, sentencia 28 de noviembre 2012 (Excepciones preliminares, fondo,

protección del derecho a la vida privada, se ha interpretado de forma muy amplia en diversos tribunales internacionales de derechos humanos, en el sentido que la protección de este derecho conlleva la dignidad como el valor fundante de todos los derechos humanos⁹⁶, incluyendo la capacidad que tiene todas las personas de desarrollar su personalidad, así como sus aspiraciones, su propia identidad y definir sus relaciones personales de forma libre. Por lo tanto, cuando hablamos de la vida privada, se incluye no solo la identidad física y social, así como el derecho a la autonomía y desarrollo personal, así como también el derecho a establecer y desarrollar las relaciones sociales con otras personas, para la CorteIDH: "143... El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior²²⁷. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona²²⁸. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás²²⁹, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad", por lo tanto el uso de los tatuajes, piercings o un determinado tatuaje es propio de la identidad y la vida personal de cada individuo, por lo tanto cualquiera intervención o límites que se puedan establecer sobre estos derechos también pueden tener como consecuencias que se conviertan en intromisiones, perjuicios a la vida privada e identidad de las personas que los porten, y esa vida privada forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de todas las personas.

Debemos recordar que igual manera la CADH, reconoce el derecho de no discriminación e igualdad, como principios de derecho y normas de *jus cogens*, en el sentido que son normas internacionales que no admiten discusión, ni alteración sobre su contenido, siendo normas jerárquicamente superiores a otras disposiciones sobre todo cuando hablamos de normas nacionales, en este sentido el artículo 1 del CADH, reconoce que todos los Estados Partes, se comprometen a respetar las libertades y derechos de todas las personas sujetes a su jurisdicción: "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" y el artículo 25, deja en claro que todas las personas son iguales ante la ley, por lo tanto no se le puede discriminar ni tratar diferente ante la ley y un Estado Democrático de Derecho, a ninguna persona que tenga o porte tatuajes, piercings, peinados, etc., por ser diferentes a los demás. Es este el mismo sentido que tiene los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derecho, sin distinciones de raza, nacionalidad, posición económica, sexo, idioma, color, opiniones políticas, o de cualquier otra.

De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el Pacto o PIDCP), en su artículo 14, deja claro que todas las personas son iguales ante los tribunales y de igual manera que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (artículo 17) y todas las personas tienen el derecho a la protección de la ley contra estos ataques o arbitrariedades.

Sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, son derechos garantizados en el artículo 18 y se incluye el derecho de practicar una determinada creencia o religión, así como la libertad de manifestar de forma libre esas creencias o religiones, tanto en lo público como en lo privado, debemos recordar la existencia de tatuajes, sombreros, argollas y collares, etc., que forman parte de la

reparaciones y costas). Párrafo 143. Puede ser consultado en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Visto el día 2 de abril de 2023.

⁹⁶ MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172.

propia creencia religiosa de las personas, por lo tanto siempre y cuando no afecte la indumentaria o el equipo policial, se pueden hacer las excepciones respectivas, cuando el portar dichos elementos constituyen y forman parte de la religión que profesa el policía, siempre y cuando estos elementos no vayan en contra de los valores y principios constitucionales y de la institución, es por esto que el artículo 18.2 del mismo instrumento, reconoce 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". En el articulado 27 del mismo cuerpo legal, se reconoce que las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se les negará el derecho a tener su vida cultural y practicar su religión.

Con relación a los tatuajes que contienen pensamientos o mensajes, el mismo Pacto, reconoce en su artículo 19, que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones y toda persona tiene el derecho a la libertad de expresión. Otro aspecto que es violado por falsos estereotipos es que se le niega al aspirante policial formar parte de la institución por el único motivo de tener tatuajes en este sentido debemos recordar que el trabajo policial es un servicio público prestado por un funcionario público, por lo tanto, siguiendo el artículo 25, del mismo Pacto, todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, en condiciones generales de igualdad, así como "25. c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país". Otro aspecto necesario por tomar en cuenta es que todas las personas somos iguales ante la ley y tenemos el derecho sin discriminaciones a igual protección de la ley, y es esta la que prohíbe toda discriminación por motivos de raza, sexo, idioma, color, opiniones políticas, nacionalidad, nacimiento, origen social, etc., derecho protegido por el artículo 26 del Pacto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión o ComisiónIDH), ha tratado el tema de la discriminación existente en contra de las personas que portan tatuajes y los prejuicios que se derivan sobre este tema, no solamente atañe a personas adultas sino también a jóvenes, sobre esto nos comenta que: "176. [...] Existen prejuicios en base al origen étnico y por el color de la piel, así como por otras características estereotipadas como la vestimenta, los tatuajes, la presencia física, el lenguaje y los códigos de comunicación de los adolescentes. [...] Esta visión estereotipada expone a controles, abusos, violencia y discriminación a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en áreas afectadas por la violencia⁹⁷. Lo cierto es la CIDH, ha venido estableciendo a través de su sentencia que la noción de igualdad va unida al género humano, en que todas las personas tienen el mismo valor y no existe nadie superior a otra, sobre estos nos menciona que: "55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza"⁹⁸.

⁹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Violencia, Niñez y Crimen Organizado. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 40/15. 11 noviembre 2015. Puede ser consultado en: <http://www.oas.org/pdfs/violencianinez2016>. Visto el día 1 de abril de 2023.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55. Puede ser consultado en: extension://elhekieabhbkmcefcobjdigjaadp/https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Visto el día 1 de abril de 2022.

Para Lara Méndez y Zárate Zúñiga, los tatuajes en la actualidad no solo tiene valor de resistencia a lo que se entiende hoy como expectativa social sino también que lo mismos aún tienden a ser motivo de exclusión y de discriminación para los miembros de la sociedad que no los tienen, sobre esto nos dicen que: “por medio de estas prácticas, las personas se apropian de sus cuerpos de manera distinta a la norma impuesta desde el poder, y se convierten en una forma de resistencia a la expectativa social. Las interpretaciones que se hacen sobre la postura que asumen las personas sobre su cuerpo, muchas veces implica la crítica y la exclusión, como pudo observarse en las narraciones de algunos miembros del grupo de estudio. Esta exclusión se observa claramente en los prejuicios desarrollados con relación a las personas que se tatúan y los cuales promueven una visión negativa y errónea que desemboca en el estigma del cual se convierten objeto”⁹⁹. Uno de los aspectos que resalta Goffman, es que la imagen pública de un individuo es la imagen que tienen de él quienes no conocen a la persona personalmente y esa imagen que la persona proyecta a las personas que son sus contactos directos totalmente diferente a la primera, para Goffman la imagen pública de un individuo está constituida “por una reducida selección de acontecimientos verdaderos que son inflados hasta adquirir una apariencia dramática y llamativa, y que se utilizan entonces como descripción completa de su persona. Puede aparecer, por consiguiente, un tipo especial de estigmatización”¹⁰⁰ y con el uso de los tatuajes, joyas, arte corporal y piercings, tenemos a dar una imagen pública muy diferente del cómo es en realidad la persona, por lo tanto, debemos tener cuidado en estigmatizar a la persona con nuestros estereotipos y prejuicios.

Otro instrumento internacional que debemos de tener en cuenta es la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales¹⁰¹, que de igual manera habla de la aceptación de todas personas como iguales así como el respeto a todas y cada una de las distintas culturas que componen la humanidad por igual, (recordemos que el uso de tatuajes, joyas, amuletos, cortes y peinados, no solamente forman parte de determinadas religiones sino también forman parte de distintas culturas), en su artículo 1, nos dice que: “todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad” este instrumento reconoce que todas las personas y grupos tiene el derecho a ser diferentes y a considerarse y ser considerados como tales, como hemos podido leer en páginas anteriores varios departamentos de policía han reconocido que dentro de sus filas, existan determinados grupos que por respecto y protección a su grupo se les permiten ciertas excepciones al uniforme como las de usar un determinado sombrero o un determinado estilo de cabello, peinado o barba por ser de uso cotidiano proveniente de su propia cultura. De la misma manera como lo hacen otros instrumentos internacionales, se reconoce (artículo 9) el principio de igualdad: “el principio de la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y de todos los pueblos, cualquiera que sea su raza, su color y su origen, es un principio generalmente aceptado y reconocido por el derecho internacional”.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), reconoce el derecho a trabajar de todas las personas por igual, tomemos en cuenta el artículo 6,1 que señalan que: “Los Estados Partes en el

⁹⁹ LARA MÉNDEZ, A., ZÁRATE ZÚÑIGA, M. I. El estigma de las modificaciones corporales en el México contemporáneo, *Diario de Campo*, Cuarta Época, Año 4, Núm. 10, México, 2020, p. 43.

¹⁰⁰ GOFFMAN, E. Estigma. La identidad deteriorada, Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2021. p. 95.

¹⁰¹ Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales aprobada por la Conferencia General en su vigésima reunión París, 27 de noviembre de 1978. Puede ser consultado en: Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, aprobada por la Conferencia General en su vigésima reunión, París, 27 de noviembre de 1978 - UNESCO Biblioteca Digital. Puede ser consultada en: Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, aprobada por la Conferencia General en su vigésima reunión, París, 27 de noviembre de 1978 - UNESCO Biblioteca Digital. Visto el día 11 de febrero de 2023.

presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho”, continuando en este sentido en su artículo 7, es claro que se reconoce el derecho que tienen todas las personas al goce de condiciones de trabajo satisfactorias y equitativas, así como la igualdad de oportunidades para todas las personas dentro de su trabajo de ser promovidos a una categoría superior, tomando solamente en cuenta el tiempo de servicio y capacidad, debemos de tener en cuenta que en el caso panameño no se admiten aspirantes tatuados al cuerpo policial, y también ya hemos mencionado en páginas anteriores diversos casos de policías que portan tatuajes sean visibles o no, que se les niega el empleo o el acenso correspondiente por el solo hecho de tener tatuajes en su cuerpo.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹⁰²; no solo deja claro (artículo 5) que es el Estado quien nos debe proteger contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución” sino también es el Estado es el responsable de garantizar y proteger: “el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria”. Ferrajoli, es muy crítico en denegar el acceso al trabajo público a las personas que son condenadas por determinados delitos, en sus palabras: “sobre todo en la sociedad actual, la capacidad de obrar, el acceso a la función pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial y hasta el uso del permiso de conducir son condiciones elementales de trabajo y de supervivencia. Y, en consecuencia, su privación, sobre todo cuando es a perpetuidad, resulta en la mayor parte de los casos bastante más gravosa no ya que una pena pecuniaria, sino que la misma pena privativa de libertad. Es claro que en muchos casos (quiebras, fraudes, corrupciones, malversaciones, falsedades, infracciones muy graves de las normas de circulación vial y similares) estas penas son sin duda pertinentes y, por ello, mucho más adecuadas y eficaces que una genérica pena restrictiva de la libertad personal”¹⁰³, sin embargo el portar tatuajes, arte corporal o piercings y sus semejantes, nunca ha sido considerado un delito ni en el pasado ni en el presente, tanto para la persona que tatúa como para el tatuado, por lo tanto denegar ese acceso al servicio público en este caso el servicio policial por su apariencia física, concretamente por su piel, en la práctica tiene como consecuencia que en toda su vida esa persona no tenga acceso al servicio público por su piel tatuada, ya hemos mencionado con anterioridad que se pueden establecer ciertos límites en cuando a lo que representan y el mensaje que transmiten, pero el hecho de tener tatuajes no puede ser visto como una especie de pena que impide al individuo trabajar y prepararse en lo que quiere e impedir que decida de forma libre y consciente la profesión que desea realizar a lo largo de su vida, que en este caso es ser parte del Estado en la categoría de funcionario público ejerciendo funciones policiales para y por la sociedad.

Fue hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹⁰⁴, que fue ratificada por Panamá sin reservas, establece en su artículo 11, es clara al señalar

¹⁰² Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf](https://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf). Visto el día 14 de diciembre de 2022.

¹⁰³ FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, España, 1995, p. 418.

¹⁰⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José (Costa Rica), del 7 al 22 de noviembre 1969. Puede ser consultado en:

que: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad" y en artículo 12 establece que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, estos derechos conllevan no solo a conservar su religión o sus creencias sino también la de cambiar su religión o sus creencias, cuando así lo decida la persona, esta decisión lleva implícito la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Sin embargo, el mismo artículo continúa que nadie puede ser objeto de restricciones que puedan vulnerar la libertad de conservar sus creencias o de cambiar de religión. Y estas libertades solo pueden limitarse por la ley, siempre y cuando sean necesarias "3...para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás". En este mismo sentido tenemos el Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile¹⁰⁵, que establece que el artículo 11 de la CADH, prohíbe claramente toda injerencia abusiva o arbitraria en la vida de las personas, en el sentido que "225...el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de la autoridad¹⁰⁶".

Esta manifestación de su religión o de sus creencias, a través de distintas formas artísticas que incluyen el tatuaje, peinados, sombreros, ropa, no puede ser limitado o restringido por la ley, al menos que se haga necesario por una razón legal plenamente justificada por la misma ley por razones de fuerza mayor, y esas razones no pueden ser permanentes en el tiempo sino momentáneas. En este sentido tenemos el artículo 13, sobre la Libertad de Pensamiento y de Expresión, que lo define como: "1... Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección", este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, que deben estar fijadas por la ley en los casos de "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Este derecho a manifestarse por sus ideas o pensamientos tiene la prohibición "5...Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional" y el artículo 24, nos menciona que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Por un lado, la existencia de tatuajes bien puede formar parte del derecho a la libertad religiosa, cuando la imagen, signo, símbolo, etc. tatuada sea parte de la religión o creencia que profese el tatuado, pero también el tatuaje puede ser con facilidad una manifestación de ideas, pensamientos, argumentos, etc., en que el portador utilizar su propio cuerpo para manifestase, ambos derechos son aplicables al uso de los tatuajes y aunque se pueden imponer ciertas limitaciones o restricciones por razones de seguridad nacional, para proteger la seguridad, el orden, la salud¹⁰⁷ o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás, en el caso de los tatuajes conlleva por ejemplo a no llevar símbolos o imágenes tatuadas que manifiesten delitos de odio o discriminación ante las demás personas o ataquen la seguridad del

<https://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#a24>, Visto el día 18 de diciembre de 2022.

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 225. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s/seriec_239_esp.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s/seriec_239_esp.pdf). Visto el día 16 de mayo de 2023.

¹⁰⁶ Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s/seriec_239_esp.pdf](https://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/s/seriec_239_esp.pdf). Visto el día 17 de mayo de 2023.

¹⁰⁷ SHEVCHUK, O. et. al. "The human right to security in the implementation of the concept of the "right to health protection", *Juridical Tribune*, v. 11, n. 3, 2021.

Estado, especialmente si hablamos de personas que forman parte o quieren formar parte de fuerzas militares o policiales, ahora bien todos los demás tatuajes que no entren en esta categoría pueden ser portado por miembros de estas instituciones públicas, cuando de forma libre así lo decida la persona. No hablamos de un filtro sino más bien de un control de los símbolos e imágenes que son utilizadas para que no atenten contra los valores y principios de la dignidad humana, recordando que, en el caso panameño, hablamos de funcionarios públicos que sirven y protegen a las personas sin distinción y discriminación de ninguna clase.

Atienza sostiene que el derecho sobre el propio cuerpo y las consecuencias del mismo, tiene como base la idea de la dignidad humana y su núcleo reside en el derecho de decidir y desarrollarse a sí mismo y esto incluye las formas de vivir y la forma en que nos relacionamos con las demás personas y es este derecho en el residen los dos principios fundamentales sobre todo en materia de derechos humanos, que son la autonomía y la igualdad y en el caso de las personas tatuadas que no pueden formar parte de la policía por el único hecho de tener tatuajes, es una violación a los derechos fundamentales y a la dignidad humana¹⁰⁸. En este mismo sentido tenemos a Peces Barba y en sus palabras se hace preciso entender esa igualdad: "consiste en que no se toman en consideración esos elementos, físicos, socio-económicos o culturales para diferenciar conductas y su regulación jurídica. Por eso la igualdad se manifiesta positivamente, equiparando a personas que se distinguen por esas condiciones que no se consideran relevantes, y negativamente, no discriminado por la misma razones"¹⁰⁹. Santana Ramos, nos señala que la autonomía personal es un objetivo irrenunciable de los sistemas jurídicos y al mismo tiempo es un objetivo que se encuentra con dificultades para poder realizarlo, esto tiene como base que la formación de la voluntad individual, ya que guarda relación directa con diversos condicionamientos culturales y socioeconómicos y estos condicionamientos no son fáciles de eliminar, en sus palabras: "los condicionamientos socioeconómicos pueden ciertamente en el marco de una organización social ideal eliminarse mientras que los condicionamientos culturales sólo podrán reducirse, disminuir en alguna medida su intensidad. En todo caso, las políticas públicas que pretendan ser respetuosas con el principio de autonomía individual deberán asumir en su programa los requerimientos que impone el proceso de eliminación o reducción, en su caso"¹¹⁰. En este mismo sentido Álvarez, sostiene que: "la autonomía es una capacidad de las personas y, como tal, admite desarrollos variados que pueden condicionar fuertemente su ejercicio. esto hace que sea tan difícil afirmar de alguien que no tiene, en absoluto, autonomía, como afirmar que tiene una autonomía máxima. Tener más o menos autonomía depende de una serie de factores, de condiciones internas y externas al sujeto"¹¹¹.

Otro derecho que se aplica en el uso de los tatuajes adicional al derecho a la libertad de expresión, religión y pensamiento, lo tenemos en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la no discriminación laboral. El derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene su origen en la autonomía personal, de cada persona de elegir y decidir de forma libre y voluntaria, sin restricciones ni

¹⁰⁸ Cfr. ATIENZA, M. Sobre la dignidad humana, Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, 2023, p. 65.

¹⁰⁹ PECES BARBA MARTÍNEZ, G. Lecciones de Derechos Fundamentales, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 183.

¹¹⁰ SANTANA RAMOS, E. M. Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, Número 29, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2014, p. 111.

¹¹¹ ÁLVAREZ, S. La autonomía personal y la autonomía relacional, *Análisis filosófico*, XXXV N.º 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 16. Puede ser consultado en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362015000100002. Visto el día 16 de mayo de 2023.

medidas coercitivas por parte de un tercero sus planes personales, profesionales y hasta religiosos de su propia vida y los diversos valores, principios, e ideales con que quiere vivir, sin la intervención injustificada de una tercera persona, que busque imponer la forma y el modo en que deba vivir su vida. Este derecho guarda estrecha relación con el derecho a la libertad religiosa y de pensamiento, en lo que se refiere al modo en que nos manifestamos o nos expresamos y transmitimos, difundimos nuestros pensamientos o ideas, inclusive a las ideas que tenemos plasmadas en nuestro propio cuerpo que forma parte de nuestra apariencia personal, es decir que al ser los tatuajes una forma de expresión o manifestación personal de nuestro pensamiento dibujado en nuestra piel, no solo es un acto libre, pleno y consciente de nuestras ideas y no puede censurar o discriminar a ninguna persona por portarlos y menos en una institución pública, pagada con fondos públicos y en la cual no cabe hacer ninguna distinción de ninguna clase en base de una piel tatuada o no.

La autonomía personal del policía no forma parte de la institución al tratarse de la propia individualidad de la persona y su dignidad, entre esto se encuentra el derecho que tiene toda persona de elegir libremente su apariencia personal ante los demás, esta elección se produce por su autonomía. Betrian Cerdan, es claro al señalar que el portar tatuajes constituye una materialización del derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho que se encuentra unido a la libertad de expresión individual, conlleva a la prohibición de discriminación así como el respeto a la libre decisión y expresión por parte no solo de las personas en general sino también por parte de los compañeros de trabajo, en cuando a la decisión y respecto a su apariencia personal y sobre todo a no interferir en su libre ejercicio en el sentido que no se puede condicionar el derecho del trabajo y el acceso al mismo, por el solo hecho que la persona porte tatuajes, sobre todo cuando hablamos de la primacía de la libertad de expresión del individuo con tatuajes en lo que respecta el ambiente laboral, en sus palabras: "tal libertad de expresión encuentra límites, en este asunto, en el mismo principio de no discriminación desde la perspectiva de que ese discurso sea de odio e incite precisamente a la discriminación de un grupo, discurso que puede ser concretado a través de cualquier tipo de mensaje o forma de expresión, incluyendo un símbolo, en este caso que carecería de protección constitucional"¹¹².

Aunque la libertad de expresión se entiende asociada a la manifestación de ideas o pensamientos en el ámbito político, lo cierto es que este derecho es mucho más amplio que esta esfera en el sentido que este derecho fundamental se extiende a todas las opiniones, informaciones, ideas y pensamientos, que la persona de forma libre y sin restricciones quiere a dar a conocer o manifestar a terceras personas y este derecho también tiene una esfera privada o íntima, en que permite a cualquiera persona sin importar su sexo, raza, trabajo o religión, expresar corporalmente su individualidad a través de su piel marcada por tinta. Es decir que independiente de la forma y modo del tatuaje (palabras, grabados, imágenes, graficas, letras, signos, paisajes, o cualquier otra forma similar) constituye una forma de plasmar lo que piensan diferentes personas, en donde no solo se expresa el portador que lleva el tatuaje en su piel sino también el artista que ha realizado el tatuaje y con los años, esta forma de manifestarse ha dejado de ser parte de pequeños círculos sociales y ciertas profesiones, para realizarse de forma generalizada como constituirse una expresión cultural, que va más allá de la persona que lo porta.

Conclusiones

1. Desde una perspectiva legal, no se le puede negar el acceso a la función pública a ningún aspirante a ingresar a la policía por el solo hecho de tener tatuajes, pero la institución tiene el derecho a documentar y registrar los tatuajes que tenga el aspirante y está en la obligación de darlos a conocer a

¹¹² BETRIAN CERDAN, P. Construir la igualdad. Reflexiones en clave judicial, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2022, pp. 262 - 263.

la institución policial, si decide formar parte del proceso. Una vez reconocidos y registrados los tatuajes que porta el o la aspirante, los mismos deben ser revisados en conjunto con las alegaciones del contenido de estos sobre su significado (el médico solamente registra: la ubicación, tamaño y la imagen del tatuaje, pero su contenido debe pasar a una junta dentro de la institución formada por un psicólogo (especialista en criminalidad), sociólogo, abogado, licenciado en Bellas Artes (en los casos que sea necesario), un criminólogo, y un representante policial, todos los integrantes de la comisión a excepción del miembro de la policía, tienen que ser independientes de la institución policial, como mecanismo para garantizar su independencia. Esta junta, es la que debe dictaminar, si la ubicación, el contenido, significado del tatuaje, entre otros aspectos, es contrario o no a la Constitución y a la ley, así como a los valores y principios policiales, y decidir si el o los tatuajes incitan al delito, es una tatuaje discriminatorio, xenófobo, racista, invita a la realización de hechos punibles, o dichos tatuajes forman parte de algún grupo delictivo. El dictamen se da bajo forma de resolución, fundamentado en aspectos de estricto derecho y tomando como base una razón científica que justifique o no el rechazo de su solicitud de ingresar a la academia policía, y esa decisión puede ser apelada, dentro de la institución antes de pasar a los tribunales ordinarios para su correspondiente revisión, si existiera disconformidad por parte del aspirante.

2. Los tatuajes, piercings, peinados, cabellos largos, perforaciones corporales, cabello tintado, y semejantes, forman parte de los derechos a la libertad de pensamiento, conciencia, expresión y religión, protegidos por múltiples tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre estos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos derechos incluyen la libertad de manifestar sus ideas y pensamientos tanto en público como en privado, la identidad y la autonomía personal: el uso de los tatuajes siendo policía, es un ejercicio de estos derechos y se ha demostrado que los tatuajes, tiene un valor simbólico y cultural para las personas y las diferentes comunidades que componen la sociedad, por lo tanto el hecho que un policía tenga tatuajes, no es una razón para cuestionar su idoneidad ni su calidad profesional, al servicio público.
3. En algunas jurisdicciones y jurisprudencia internacional consultadas, se han prohibido específicamente a los policías el uso visible de tatuajes especialmente en el rostro, cabeza, cuello, etc. Lo que en la práctica conlleva que los policías tatuados deben cubrirlos cuando están en servicio, sin embargo, los policías no pueden ser despedidos solamente por el hecho de tener tatuajes visibles. Estas prohibiciones para los tatuajes visibles son controversiales y problemáticas desde una perspectiva de derechos humanos, que establecen limitaciones a la libertad de expresión de los policías, en el sentido que los tatuajes visibles no constituyen indicativos de mal comportamiento, y falta de profesionalidad por parte del agente, y en muchos casos estas prohibiciones son consideradas como restricciones excesivas a la autonomía y libertad individual de los agentes.
4. Los policías tatuados, pueden ser víctimas de discriminación por parte de sus colegas, subordinados y superiores jerárquicos, que no tienen ni el conocimiento ni la preparación académica dentro de la institución policial y en muchos casos esta falta de preparación se traduce en prejuicios y perjuicios en contra del agente policial.
5. El uso de los tatuajes por parte de los miembros de la policía, debe de ser entendido y visto desde una perspectiva de derechos humanos, en el sentido que su uso está protegido por la ley y no puede prohibirse su uso dentro de la institución policial, por lo tanto se debe crear y fomentar un entorno

acogedor e inclusivo para los policías con tatuajes con la finalidad de evitar situaciones injustas y que sufran discriminación, ya que la presencia de tatuajes en el cuerpo humano, no guarda ninguna relación con la capacidad profesional de la persona para cumplir y realizar sus funciones. La policía debe ser la institución que sirva de ejemplo en materia de respeto y derechos humanos tanto a la sociedad como en su orden interno.

6. Dentro de la Policía Nacional de Panamá, se necesita la creación con estricta urgencia de un Instituto de Derechos Humanos y de Género, con la finalidad que forme, eduque, investigue, y asesore en estas materias a su personal policial, y de igual manera que sea consultado en lo interno, cuando se tomen decisiones que puedan vulnerar, perjudicar o violentar los derechos de sus propios agentes.
7. Las regulaciones, procedimientos, requisitos de admisión, objeciones, que nieguen o admitan a los aspirantes a la academia de policía, deben realizarse a través de una ley, Toda regulación que limita, restrinja, perjudique o cree excepciones a los derechos humanos deben pasar un procedimiento legislativo correspondiente, no pueden realizarse a través de reglamentos, resoluciones, instrucciones, memorandos o órdenes, etc.
8. La mayoría de las instituciones policiales admiten a personas tatuadas, como una medida de tener mayor cantidad de aspirantes, luchar en contra de la falta de personal, estar más en contacto con la sociedad actual, como forma de inclusión y de respeto a los derechos humanos, como medidas de atracción de talento, teniendo en cuenta que cada vez más personas profesionales tienen tatuajes y por lo tanto se hace necesario en el caso de la Policía Nacional de Panamá, la realización de un plan institucional en donde profesionales de carreras afines (Derecho, Psicología Criminal, Psiquiatría Criminal y Forense, Medicina, Auditoría forense y criminal, Trabajadores Sociales, especialistas en delincuencia juvenil, blanqueo de capitales, etc.), puedan formar parte de la institución como oficiales de carrera administrativa y realizar funciones policiales que vayan en su rama de conocimiento.
9. En el caso panameño se hace urgente y necesario, que la institución policial se convierta cuanto antes, en un ejemplo de protección, respeto y aplicabilidad de los derechos humanos, a través de la creación de una ley orgánica que regule todo lo referente a la actividad y función policial.
10. No se le puede negar el derecho a formar parte de la institución policial a ninguna persona por el hecho de ser homosexual, tener tatuajes o cualquier arte corporal semejante, todo lo contrario, la institución policial en el caso panameño debe ser un ejemplo de inclusión y respeto a los derechos humanos.
11. La Policía Nacional de Panamá, necesita una nueva ley, que garantice la transparencia, orden interno, salarios y subidas de rango, elimine jubilaciones especiales y otros beneficios, y que profesionalice la institución a través de concursos públicos que motiven su ingreso. Valorando la función policial, la academia y el compromiso del policía.
12. Las instituciones policiales hoy en día, cuentan con excepciones en sus leyes por las cuales se pueden permitir cambios en el uniforme reglamentario y en el uso de la indumentaria civil, por exenciones religiosas: recordemos el uso de sombrero por parte de los judíos, musulmanes, hindúes, así como en otras diversas religiones, estas excepciones religiosas incluyen cambios en el cabello por motivos religiosos, (religión rastafari, hindú, etc.) o por tatuajes (en el caso panameño, debemos tener en cuenta que varias comunidades indígenas los utilizan), de igual manera estas excepciones religiosas se extienden al uso de joyas, perforaciones corporales, piercings y demás artes semejantes. Estas últimas son permitidas siempre y cuando no afecte el equipo policial o pueden constituir un impedimento o peligro en el ejercicio de sus funciones por razones de seguridad tanto a la persona que lo porta como a los demás miembros que lo acompañan o resulte un riesgo para el usuario,

el agente puede ser designado a otras funciones en que su seguridad no este comprometida o puede quitarse momentáneamente las joyas o piercings mientras dure su horario laboral, o durante las funciones policiales que momentáneamente deben realizar y pueden resultar un riesgo para su salud, esto se realiza luego del parte médico correspondiente y las alegaciones de las partes, en estos casos dentro de la comisión que lo determina si entraría un experto en actividad policial: por ejemplo los motociclistas que los peinados o sombreros estorban el uso del casco de seguridad, deben quitárselos, pero patrullando en los automóvil, caminado, o detrás de un escritorio no deben tener estos problemas o en aquellos casos que las joyas o piercings, estorben el equipo de protección, etc.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, S. La autonomía personal y la autonomía relacional, *Análisis filosófico*, XXXV N.º 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 16. Puede ser consultado en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-96362015000100002. Visto el día 16 de mayo de 2023.
- ATIENZA, M. Sobre la dignidad humana, Colección Estructura y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, 2023, p. 65.
- BALLÉN VALDERRAMA, J., CASTILLO LÓPEZ, J. La práctica del tatuaje y la imagen corporal, *Revista Iberoamericana de Psicología: Ciencia y Tecnología*, 8(1), 2015, p. 107. Puede ser consultado en: [Dialnet-LaPracticaDelTatuajeYLaImagenCorporal5295911.pdf](http://dialnet-la practica del tatuaje y la imagen corporal/5295911.pdf). Visto el día 17 de diciembre de 2022.
- BARBOSA SÁNCHEZ, A. Identidad visual y discriminación social: Identidades corporales basadas en el diseño y la visualidad, *PALMA Express*, 2021, p. 301. Puede ser consultado en: <https://cipres.sanmateo.edu.co/ojs/index.php/libros/article/view/366/323>. Visto el día 14 de marzo de 2023.
- BETRIAN CERDAN, P. Construir la igualdad. Reflexiones en clave judicial, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, México, 2022, pp. 262 - 263.
- BURCHILL, J. Tattoos and Police Dress Regulations, *Manitoba Law Journal*, Volume 36, Issue 1, p. 219. Puede ser consultado en: <https://journals.library.ualberta.ca/themanitobalawjournal/index.php/mlj/article/download/818/818>. Visto el día 1 de marzo de 2023.
- COLLÍ EK, V. M. y PÉREZ INCLÁN, F. M. El derecho al libre desarrollo de la personalidad en la doctrina jurisprudencial de la Corte Mexicana, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 45, Julio-Diciembre, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2021, pp. 462 – 463. Puede ser consultado en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/issue/view/679>. Visto el 10 de febrero de 2023.
- CONTRERAS, C. Tienda y piel: el tatuaje como representación de la identidad persona y social, *Analogía del comportamiento*, No. 16, 2018, p. 88. Puede ser consultado en: [Vista de Tinta y piel_ el tatuaje como representación de la identidad personal y social.pdf](#). Visto el día 12 de febrero de 2023.
- DEL MORAL FERRER, A. El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana, *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. VI, N° 2 (Julio – Diciembre), Venezuela, 2012, p. 91.

- ECO, U. De la estupidez a la locura: Crónicas para el futuro que nos espera, Lumen Editorial, 2016, p. 52.
- ECO, U. Historia de la fealdad, Editorial Lumen Italia, 2007, pp. 428 - 430.
- FERRAJOLI, L. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, España, 1995, p. 418.
- FERRAJOLI, L. Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Editorial Trotta, España, 2016, pp. 67 - 68.
- FERRI, E. Sociología, Tomo 1, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México D.C., 2004.
- FERRI, E. Estudios de Antropología Criminal, Colección de Libros Escogidos, Tercera edición, Madrid, 1895.
- FOUCAULT, M. La vida de los hombres infames, Caronte Ensayos, Editorial Altamira, Buenos Aires.
- GARCÍA MONROY, M., SALINAS GARZA, J. Á., RODRÍGUEZ LOZANO, L. G. Dignidad humana, una concepción generalizada, *Revista Primera Instancia*. Número 19. Volumen 10, Julio-diciembre 2022, p. 51. Puede ser consultado en: [extension://elhekieabhbkmcefcobjddigjcaadp/https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/02/Dignidad-humana-una-concepcion-generalizada-Mireya-Garcia-Monroy-Juan-Angel-Salinas-Garza-y-Luis-Gerardo-Rodriguez-Lozano.pdf](https://www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/02/Dignidad-humana-una-concepcion-generalizada-Mireya-Garcia-Monroy-Juan-Angel-Salinas-Garza-y-Luis-Gerardo-Rodriguez-Lozano.pdf). Visto el día 4 de abril de 2023.
- GARRIDO, C. D. Cuando el recuerdo se hace piel: tatuarse para no olvidar, VI Jornadas de Sociología de la UNLP. Universidad Nacional de La Plata. Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación. Departamento de Sociología, La Plata, 2010.
- GOFFMAN, E. Estigma. La identidad deteriorada, Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid, 2021.
- HIKAL, W. Introducción al estudio de la Criminología, Editorial Porrúa, México, 2007.
- LARA MÉNDEZ, A, ZÁRATE ZÚÑIGA, M. I. El estigma de las modificaciones corporales en el México contemporáneo, *Diario de Campo*, Cuarta Época, Año 4, Núm. 10, México, 2020, p. 43.
- LE BRETON, David. La Sociología del cuerpo, Siruela Biblioteca de Ensayo 99 (Serie Mayor), Madrid, 2018.
- LOMBROSO, C. Los criminales, Centro Editorial Presa, Barcelona.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "Perspectivas filosóficas en la búsqueda de la paz, la justicia y las instituciones sólidas en la Agenda 2030", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 2, 2023, pp. 352-378.
- NATERAS DOMÍNGUEZ, A. Violencia simbólica y significación de los cuerpos: Tatuajes en jóvenes. *Revista Temas Sociológicos, Juventud y cambio epocal*, No. 11, 2006, p. 99. Puede ser consultado en: [Dialnet-ViolenciaSimbolicaYSignificacionDeLosCuerpos-2569820.pdf](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2569820). Visto el día 14 de abril de 2023.
- NAJMAN, M. "How the dignity was understood in law in past and how it should be today", *Juridical Tribune*, v. 11, 2021.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G. Lecciones de Derechos Fundamentales, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p. 183.
- QUIROGA, Leo. Tatuados: El mundo del tatuaje: de la transgresión a la tendencia, Penguin Random House, Barcelona, 2018, pp. 28 - 29.
- RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, V. Aspectos fundamentales del arte del tatuaje, cultura y sociedad. *Arte y Movimiento*, [S. l.], n. 5, p. 62. Sevilla (España), 2011.

- Puede ser consultado en:
<https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/artymov/article/view/599>
 Visto el día 1 de marzo de 2023.
- ROJAS REYES, G. El Tatuaje En Universitarios: De Lo Gráfico A lo Subjetivo. *Question/Cuestión, Periodismo/Comunicación*, Nro.70, Vol.3, Colombia, diciembre 2021, p. 14. Puede ser consultado en:
<https://perio.unlp.edu.ar/ojs/index.php/question/> IICom -FPyCS -UNLP
 DOI: <https://doi.org/10.24215/16696581e630>. Visto el 12 de enero de 2023.
- SANTANA RAMOS, E. M. Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 29, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2014, p. 111.
- SASTRE CIFUENTES, A. Cuerpos que narran: la práctica del tatuaje y el proceso de subjetivación, *Revista Diversitas - Perspectivas en Psicología*, Vol. 7, No 1, 2011, p. 188. Puede ser consultado en: Dialnet-CuerposQueNarran-5883754.pdf. Visto el día 22 de diciembre de 2022.
- SHEVCHUK, O. et. al. "The human right to security in the implementation of the concept of the "right to health protection", *Juridical Tribune*, v. 11, n. 3, 2021.
- WALZER. A. Tatuaje: ¿Entre el arcaísmo y la moda?, *AISTHESIS*, Instituto de Estética, Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 65, 2019, pp. 112-113. Puede ser consultado en:
[extension://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://scielo.conicyt.cl/pdf/aisthesis/n65/0718-7181-aisthesis-65-0095.pdf](https://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://scielo.conicyt.cl/pdf/aisthesis/n65/0718-7181-aisthesis-65-0095.pdf). Visto 11 de mayo de 2023.
- WALZER MOSKOVIC, A. F. Tatuaje y significado: en torno al tatuaje contemporáneo. *Revista de Humanidades*, 24, España, 2015, p. 215. Puede ser consultado en:
<https://revistas.uned.es/index.php/rdh/article/view/15346>. Visto el día 3 de abril de 2023.
- WALZER, A. & SANJURJO, P. Los medios de comunicación y el tatuaje contemporáneo. *Communication & Society*, Volumen 29(1), 2016, p. 80. Puede ser consultado en:
[extension://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/40173/1/Alejandra%20Walzer.pdf](https://elhekieabhbkmcefcsoobjddigjcaadp/https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/40173/1/Alejandra%20Walzer.pdf). Visto el 1 de marzo de 2023.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 73-90

·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS NA SAÚDE PÚBLICA E ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO

Evidence-based public policies in public health and judicialization analysis

Anderson Ricardo Fogaça¹

Universidade Federal do Paraná

Ilton Norberto Robl Filho²

Universidade Federal do Paraná e Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasília)

Rodrigo Luís Kanayama³

Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Introdução; 2. Elementos Centrais das Políticas Públicas Baseadas em Evidências; 3. Dilemas das Políticas Públicas no Brasil e Utilização de Evidências na Saúde; 4. Judicialização da Saúde e o Caminho do Supremo Tribunal Federal na Defesa de Evidências Científicas; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Este artigo científico propõe uma análise sobre as políticas públicas baseadas em evidências na saúde pública, analisando ainda a importância desse modelo para a correta atuação tanto da Administração Pública como do Poder Judiciário, na concretização do direito à saúde. O objetivo é explorar a aplicação de evidências científicas na formulação e na implementação de políticas públicas de saúde, considerando a complexidade do conceito de evidência e suas múltiplas dimensões. Em primeiro lugar, a pesquisa bibliográfica será utilizada como metodologia, observando o desenvolvimento histórico e o uso do conceito de evidência nas políticas públicas, assim como os pressupostos epistemológicos subjacentes aos modelos tradicionais de compreensão da realidade social, que são os modelos racionalista e construtivista. Serão discutidos os desafios e as oportunidades da utilização de evidências na tomada de decisão política. Ainda, o trabalho analisará a judicialização das políticas públicas no Brasil, apontando especialmente como o Supremo Tribunal Federal encontra-se atento à visão das políticas públicas a partir de evidências, sendo essencial que os magistrados e os

¹Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional. Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e da Escola Judicial do Paraná (EJUD-PR). Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

²Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio Pós-Doutoral em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Professor de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR), e no *Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/Brasília)*. Advogado.

³Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor associado de Direito na Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

operadores do direito em geral compreendam os principais elementos da construção de políticas públicas pautadas em evidências.

Palavras-chave: Políticas Públicas; Evidências; Direito Fundamental à Saúde; Judicialização da Saúde.

Abstract: This article proposes an analysis of public policies based on evidence in public health, also analyzing the importance of this model for the correct performance of both public administration and the Judiciary Branch, in the realization of the right to health. The objective is to explore the application of scientific evidence in the formulation and implementation of public health policies, considering the complexity of the concept of evidence and its multiple dimensions. Firstly, bibliographical research will be used as a methodology, observing the historical development and use of the concept of evidence in public policies, as well as the epistemological assumptions underlying traditional models of understanding social reality, which are the rationalist and constructivist models. The challenges and opportunities of using evidence in policy decision-making will be discussed. Still, the work will analyze the judicialization of public policies in Brazil, pointing out especially how the Federal Supreme Court is attentive to the vision of public policies based on evidence, being essential that judges and law instructor in general understand the main elements of the construction of public policies based on evidence.

Keywords: Public Policies; Evidence; Fundamental Right to Health; Judicialization of Health.

1. INTRODUÇÃO

A garantia do direito à saúde é um desafio enfrentado por diversos sistemas de saúde ao redor do mundo. A busca por soluções eficientes e equitativas para a oferta de serviços e acesso à saúde tem levado governos e instituições a implementarem políticas públicas inovadoras e que refogem das práticas tradicionais até então adotadas.

Possivelmente em razão da omissão do Estado em determinadas demandas, a judicialização da saúde é um fenômeno crescente, buscando os cidadãos o Poder Judiciário para o acesso a tratamentos, medicamentos e serviços de saúde não fornecidos (ou fornecidos deficientemente) pelos Governos. Embora seja um mecanismo importante para efetivar o direito à saúde, a judicialização também apresenta diversos desafios, como a questão de justiça distributiva na alocação dos recursos públicos, julgamentos diversos sobre o mesmo tema (concessão de medicamentos e tratamentos, por exemplo) e a sobrecarga do sistema judicial (fato que causa prejuízo não apenas ao sistema de justiça, mas também aos próprios demandantes).

Nesse contexto complexo, impõe-se repensar as respostas institucionais, buscando diálogos interinstitucionais mais adequados entre Administração Pública e tribunais a partir de evidências científicas.

A problemática que ora se coloca é: *a judicialização do direito à saúde deve estar atenta às evidências científicas, considerando a complexidade do sistema de saúde e as demandas dos usuários e buscando efetivar adequadamente esse direito em diálogo com a Administração Pública?* Dessa forma, é necessário compreender os impactos dessa política pública na garantia do direito à saúde (se verdadeiramente soluciona os gargalos) e na qualidade dos serviços prestados (se há aprimoramentos).

Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo geral analisar e refletir sobre alguns dos elementos relevantes da construção da política pública na área de saúde, a partir de uma abordagem baseada em evidências. Dessa forma, o artigo apresenta conceitos e modelos de abordagem das *políticas públicas baseadas*

em evidências (doravante PPBEs), adotando um modelo moderado de PPBEs com posição intermediária entre o modelo racionalista e o construtivista.

De um lado, é inegável que existe robusta alocação orçamentária para a concretização do direito à saúde, diante, sobretudo, de mandamento constitucional. De outro lado, há falhas na efetivação do direito, além de existirem diversas demandas individuais específicas que não são plenamente atendidas pelas políticas públicas. Dessa forma, existe demanda por constante ampliação da alocação de recursos orçamentários pelo Poder Executivo (as demandas são *quase infinitas*, mas os recursos são *finitos*), assim como uma grande quantidade de demandas judiciais (principalmente individuais e não coletivas), sobrecarregando o exercício da jurisdição no Poder Judiciário⁴.

Nesses contextos fático e normativo, impõe-se a reflexão sobre mecanismos adequados de concretização do direito à saúde, em diálogo entre Administração Pública e tribunais a partir de evidências científicas. Por sua vez, são inúmeros os desafios e as limitações das PPBEs, apontando-se possíveis resultados com a observância das PPBEs pelos *policymakers*, ou seja, pelos agentes públicos responsáveis pela tomada de decisão e pela construção e efetivação dessa política pública.

2. ELEMENTOS CENTRAIS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS

As teorias e as práticas das PPBEs propõem instrumentos e reflexões metodológicas para estruturar adequadamente as iniciativas e ações governamentais em alicerces científicos e empíricos. O termo "evidência" é multifacetado, o que por vezes torna ambíguo seu entendimento e aplicabilidade no universo das políticas públicas, exigindo-se assim a busca por maior precisão conceitual.

Para uma primeira aproximação conceitual e dos elementos que as compõem, a instrumentalização das PPBEs refere-se às ferramentas e aos processos para incorporar evidências na tomada de decisão e na formulação de políticas. Dentre os principais instrumentos, destacam-se a revisão sistemática da literatura, a análise de impacto regulatório, a avaliação de custo-efetividade e a consulta pública. Essas abordagens procuram garantir que as decisões políticas sejam embasadas em dados confiáveis, resultado de pesquisas e conhecimentos atualizados.

Dessa forma, com o intuito de ampliar a compreensão do conceito de evidências e sua utilização no campo das políticas públicas, é de grande valia uma análise tríplice, buscando i) mostrar o desenvolvimento histórico "do conceito de evidência, na abordagem das PPBEs; ii) articular os pressupostos epistemológicos dessa abordagem; e iii) fornecer uma visão panorâmica do 'terreno conceitual' das evidências, com ênfase em seus contextos de uso em políticas públicas"⁵.

O início da construção das PPBEs data, pelo menos, da metade do século passado, tendo por intuito promover abordagens mais eficazes e eficientes na tomada de decisões governamentais. Em muitas oportunidades, as políticas públicas não possuíam sólidas bases científicas, sendo frequentemente fundadas em intuições e opiniões e resultando como regra em decisões que produziam resultados ineficientes (situação que ainda perdura em tomadas de decisão dos governos).

⁴Conforme estudo de Fabiola Sulpino Vieira, Sergio Francisco Piola e Rodrigo Pucci de Sá e Benevides, "Em valores de 2018, o gasto público em saúde da União passou de R\$ 60,3 bilhões, em 1995, para R\$ 116,7 bilhões, em 2015, correspondendo a um crescimento de 94% no período. Os gastos dos estados e do DF também aumentaram significativamente (257%), passando de R\$ 19,8 bilhões para R\$ 70,6 bilhões. Mas o maior esforço fiscal foi realizado pelo conjunto dos municípios, cujo gasto somado totalizou R\$ 84,2 bilhões em 2015, representando um aumento de 437% em relação aos R\$ 15,7 bilhões alocados em 1995". In: VIEIRA SÚLPINO, F.; PIOLA, S.G. & PUCCI DE SÁ E BENEVIDES, R. *Vinculação Orçamentária do Gasto em Saúde no Brasil: Resultados e Argumentos a seu Favor*, Ipea, Brasília, 2019, pp. 23-24.

⁵SABOYA PINHEIRO, M.M. "Políticas Públicas Baseadas em Evidências: uma Avaliação Crítica", *Boletim de Análise Político-Institucional*, nº 24, Brasília, nov./2020, p. 18.

No desenvolvimento do instrumental teórico e prático das PPBEs, há alguns marcos importantes, como a) o surgimento das disciplinas e práticas de análise, de avaliação e de monitoramento de políticas públicas, nos Estados Unidos, a partir da década de 1950. Também, na década de 1980, surgem três contribuições relevantes: b) a revolução da informática, em virtude do enorme volume de informações que poderiam ser potencialmente utilizadas⁶; c) os aportes do *New Public Management* (NPM), focando na alocação eficiente de recursos com ferramentas utilizadas tradicionalmente pelos agentes privados e o mercado e com viés economicista à gestão pública⁷, o que influenciou o surgimento das PPBEs; e d) com a medicina baseada em evidências (MBE), a qual teve impacto na concepção de políticas públicas estruturadas em pesquisas científicas e empíricas.

No Reino Unido e especialmente com as políticas públicas desenhadas pelo Partido Trabalhista e pelo gabinete chefiado por Tony Blair no final da década de 1990, observa-se e) a ênfase na busca por evidências na formulação de políticas públicas, impulsionando a disseminação e o desenvolvimento do uso de evidências naquele contexto com impactos em diversos países⁸.

Ainda, em segundo lugar, é importante a compreensão dos pressupostos epistemológicos dos modelos de PPBEs, tendo como tipos ideais o racionalista e o construtivista. Em outras palavras, a partir de idealizações teóricas que representam diferentes abordagens conceituais, não necessariamente correspondentes à realidade de forma exata e plena, é possível entender as características fundamentais dessas abordagens e de aspectos destacados das evidências na construção de políticas públicas. Embora sirvam como arquétipos teóricos, esses modelos, na prática, coexistem e entrelaçam-se, criando um mosaico de abordagens nas políticas públicas.

O modelo racionalista pressupõe que os processos sociais e políticos são mecânicos, comparáveis, quantificáveis, claros e previsíveis. Nesse modelo, o *policymaker*⁹ é visto como um agente racional que busca a maximização dos resultados, por meio da utilização de evidências técnicas e impessoais. As evidências, nessa perspectiva, são compreendidas como dados empíricos quantitativos e qualitativos que podem ser submetidos a análises estatísticas e objetivas.

Por sua vez, o modelo construtivista entende que os processos sociais e políticos são construções produzidas por agentes, interagindo em disputas por poder.

⁶Acerca da revolução informática, da sociedade de rede, das alterações nas relações entre Estado e sociedade. In: CASTELLS, M. *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, pp. 25-53.

⁷Sobre o *New Public Management*, a boa governança e a reestruturação de políticas públicas para o desenvolvimento. In: PECI, A; PIERANTI, O.P. & RODRIGUES, S. "Governança e New Public Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro", *Organizações & Sociedade*, 15 (46), pp. 40-42, 2008, disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/Mpktr8kGXJ4hpRnhZshSRSJ/?lang=pt#>, acesso em: 27 ago. 2023.

⁸As PPBEs trazem visões técnicas às políticas públicas, e podem promover resultados positivos. Entretanto, não são isentas de críticas: "The critique of EBPM that it marks a return to technocratic government has prompted debates and challenges which stress the importance of learning from evidence and through practice. This appears to happen best when policy making and practice has sufficient reflective space, and not necessarily when expediency, contingency and exacting performance frameworks squeeze out opportunities for experimentation and innovation. Finally, EBPM is only one component of the policy making process. Ideas, values, political strategies and previous practice are probably of greater significance. However, as this review has shown, evaluative research undertaken with an understanding of political ideas, institutions and contexts provides a richer basis on which to inform policy, and equally, practice. What counts may be what works; but understanding and identifying what works is not a simple technocratic task, but a tellingly reflexive one". In: WELLS, P. "New Labour and Evidence Based policy making: 1997-2007", *People, Place and Policy Online*, 1/1, pp. 22-29, (Doi: 10.3351/ppp.0001.0001.0004), 2007, p. 27.

⁹Os *policymakers* são aqueles que estão diretamente envolvidos na tomada de decisões políticas e têm o poder de influenciar o processo de formulação e implementação das políticas públicas.

Nessa perspectiva, a tomada de decisão é vista como um processo complexo, sendo influenciado por fatores políticos, sociais e culturais. Desse modo, as evidências são vistas de forma mais ampla, incluindo elementos subjetivos e contextuais, os quais podem envolver conhecimentos diversos, como experiências práticas, saberes locais, perspectivas dos *stakeholders*¹⁰ (atores afetados e interessados) e aspectos normativos.

Os *stakeholders* desempenham um papel fundamental no processo de políticas públicas, porque trazem diferentes perspectivas, experiências e conhecimentos para o debate e influenciam as decisões tomadas pelos *policymakers*. Aqueles podem fornecer informações, evidências, propostas, críticas, apoio ou resistência em relação às políticas propostas. Assim, a participação dos *stakeholders* é essencial para a legitimidade e a efetividade das políticas públicas, pois garante que os interesses e preocupações das partes afetadas sejam considerados.

Sobre os pontos negativos, os quais impõem cuidados metodológicos e epistemológicos, a visão mecanicista do racionalismo nos processos sociais, pode e, com frequência, desconsidera a complexidade inerente às decisões políticas e às interações entre os atores envolvidos. Além disso, não se deve olvidar sobre a falibilidade do conhecimento científico e a contingência histórica e reflexiva das ciências sociais.

Já na perspectiva construtivista, é preciso evitar uma abordagem excessivamente subjetiva e relativista, a qual dificulta a formulação de enunciados gerais, a análise e avaliação de políticas públicas. Ainda, o estabelecimento de critérios razoáveis é imprescindível para a utilização das evidências, a fim de mitigar a manipulação política e ideológica das informações.

O terceiro passo metodológico para elucidar o campo conceitual das evidências nas políticas públicas passa pela análise dos diferentes contextos em que as evidências são utilizadas. O exame dos contextos de uso das evidências em políticas públicas permite identificar como são interpretadas, selecionadas, valorizadas e aplicadas pelos atores envolvidos no seu processo de formulação e implementação.

Dessa maneira, há uma apreciação contextualizada de como as evidências são aplicadas em políticas públicas específicas, levando em consideração os aspectos políticos, normativos, institucionais e organizacionais envolvidos. Os contextos de uso das evidências podem incluir aspectos como a natureza do problema público em questão, os interesses políticos e ideológicos dos atores envolvidos, as restrições institucionais e legais, as capacidades técnicas e organizacionais disponíveis, as demandas da sociedade, entre outros fatores relevantes.

Em síntese, esse terceiro eixo deve ser o foco das reflexões atuais, visto que desenvolve exames críticos sobre os modelos tradicionais (racionalista e construtivista), abrindo espaço para a construção de uma abordagem mais equilibrada e integradora, denominada por Mauricio Mota Saboya Pinheiro¹¹ como moderada. Esta considera tanto aspectos técnicos e objetivos quanto fatores políticos, sociais e contextuais na utilização das evidências, sendo uma perspectiva mais pragmática e realista, procurando conciliar a racionalidade na compreensão dos processos sociais e políticos com os aspectos subjetivos e contextuais considerados pelos implementadores de políticas públicas.

¹⁰Os *stakeholders* são os atores afetados ou interessados nas políticas e que têm a capacidade de influenciar o seu desenvolvimento e resultados. Podem incluir a sociedade civil, grupos de interesse, organizações não governamentais, setores empresariais, técnicos do governo, sindicatos, especialistas da área, comunidades locais, entre outros.

¹¹SABOYA PINHEIRO, M.M. *Políticas Públicas Baseadas em Evidências: (...)*, Ob. Cit., p. 21.

3. DILEMAS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E UTILIZAÇÃO DE EVIDÊNCIAS NA SAÚDE

Deve-se destacar que as evidências podem ser usadas de diferentes formas na consecução das políticas públicas. Por um lado, podem ser utilizadas para a prestação de serviços públicos eficientes e eficazes (não obstante sejam utilizadas, também, para outros fins políticos). Por outro, podem ser somente instrumentalizadas de forma política, simbólica e ideológica, servindo a interesses de elites políticas ou grupos burocráticos.

O modelo moderado, que surge a partir da reflexão sobre políticas públicas específicas, levando em consideração os contextos social, econômico, jurídico, produz elementos teóricos relevantes para a construção de políticas públicas. Desse modo, essa perspectiva encontra-se fundada em quatro pressupostos epistemológicos: 1. considera o contexto social, econômico e político como sistemas complexos, analisáveis racionalmente; 2. de outro lado, reconhece a falibilidade do conhecimento científico e a contingência histórica nas ciências sociais, exigindo moderação nas inferências causais; 3. leva em conta o *status* epistemológico das disciplinas envolvidas nas políticas públicas; 4. entende o uso das evidências dentro de uma estrutura de ação contextualizada, que considera fatores políticos, epistemológicos, normativos, institucionais e organizacionais¹².

A partir do instrumental contextual, importantes análises de políticas públicas no Brasil são realizadas, indicando que a) a consolidação democrática é influenciada por diversos fatores, incluindo a cultura política e administrativa específica de cada sociedade, e b) que mesmo as radicais mudanças constitucionais no Brasil pós-1988 não parecem ter conduzido a alterações significativas nos padrões de comportamento político¹³.

Com precisão, Guillermo O'Donnell descreve um tipo específico de democracia não consolidada, em que a tomada de decisão é frequentemente direta e não intermediada por instituições formais, a qual é denominada de democracia delegativa¹⁴. O clientelismo, patrimonialismo e corrupção são características dessa forma deturpada de democracia.

Não se nega que as eleições periódicas e pautadas no sufrágio universal consistem em elementos centrais do Estado Democrático de Direito, porém, nas democracias delegativas como Brasil e Argentina, os cidadãos acabam por delegar o

¹²SABOYA PINHEIRO, M.M. *Políticas Públicas Baseadas em Evidências: (...), Idem.*

¹³FREY, K. "Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise De Políticas Públicas No Brasil", *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, pp. 215-221, Brasília, IPEA, 2022, disponível em: www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89, acesso em: 19 ago. 2023.

¹⁴Sobre as democracias delegativas, Guillermo O'Donnell assevera que: "Os principais pontos de meu argumento são: (1) as teorias e tipologias da democracia existentes se referem à democracia representativa tal como é praticada, com todas as suas variações e subtipos, pelos países capitalistas desenvolvidos; (2) algumas democracias recém-instaladas (Argentina, Brasil, Peru, Equador e Bolívia, mais as Filipinas e a Coreia do Sul, e provavelmente alguns países da Europa Central e Oriental, hoje mais claramente a Polónia) são democracias, no sentido de que eles cumprem os critérios de Robert Dahl para a definição de poliarquia 2 ; (3) mas essas democracias não são — nem parecem estar caminhando para isso — democracias representativas; elas apresentam um conjunto de características que me deixam tentado a chamá-las de democracias delegativas; (4) as democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras. Na maioria dos casos não se vislumbram ameaças iminentes de uma regressão autoritária aberta, mas tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada; (5) finalmente, argumento que estamos em presença de um importante efeito de interação: a profunda crise social e econômica que a maioria desses países herdou de seus antecessores autoritários multiplica poderosamente as consequências de certas concepções e práticas que conduzem na direção da democracia delegativa, e não representativa". In: O'DONNELL, G. "Democracia Delegativa?", *Novos Estudos*, nº 31, 1991, p. 26, disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>, acesso em: 27 ago. 2023.

poder popular. Em outras palavras, as decisões populares são primordialmente as escolhas dos agentes políticos eleitos, no entanto, depois das eleições, os grupos sociais majoritários pouco participam da vida política, produzindo na prática a delegação do poder popular aos governantes sem a devida *accountability*^{15 16}.

Nas democracias delegativas, a prestação de contas e a responsabilidade (*accountability*) dos agentes políticos eleitos e dos agentes públicos indicados pelos eleitos são deficientes, já que, apesar de existirem regras formais de controle, existem dificuldades para realização de controle efetivo¹⁷. Na análise de políticas públicas, é vital considerar não apenas as estruturas formais, mas também os padrões peculiares de comportamento político, cujos *policymakers*, por vezes, não se baseiam em evidências científicas e empíricas para implementar determinada política pública, valendo-se de critérios e interesses personalíssimos, simbólicos, ideológicos etc.

Nesse contexto deturpado, os agentes responsáveis pela tomada de decisão podem se basear em evidências científicas e empíricas para implementar uma política pública que atenda a seus interesses pessoais ou partidários, por exemplo. Estes padrões muitas vezes têm maior influência na formulação de políticas públicas do que as próprias instituições, regras formais e dados e informações científicas (e, nesses casos, a base científica somente terá papel de legitimação de decisão já tomada e com fins diversos).

Não se afirma, neste trabalho, que não existem políticas públicas fundadas em evidências científicas no Brasil. De outra banda, é inegável que a ausência de utilização efetiva de evidências em muitos campos e setores específicos, por questões clientelistas e com fins outros que não o interesse público, conduzem à construção e implementação de políticas públicas insuficientes, ineficientes e inadequadas, isto é, que não servem ao fim formalmente proposto e não promovem adequadamente resultados à população.

Assim, a análise de políticas públicas (*policy analysis*) precisa se aprofundar nos fatores que condicionam as políticas – *polity* e *politics*¹⁸. *Polity* se refere à dimensão institucional da política, que envolve as regras e estruturas do sistema político, como a Constituição, as leis e as instituições governamentais necessárias para implementação de políticas públicas. Já *politics* se refere à dimensão subjetiva da política, consistente nas disputas e nos conflitos entre os atores políticos para influenciar a tomada de decisão e a implementação de políticas públicas.

Uma visão contextual das políticas públicas necessita de abordagem que incorpore tanto elementos políticos quanto evidências, focando assim também nos atores políticos e buscando entender a complexidade e dinâmica dos processos em constante transformação.

Diante disso, é necessária uma visão mais complexa sobre as PPBEs, reconhecendo (e reprovando) a possibilidade do uso das evidências pelos *policymakers* para outros fins que não somente os direitos previstos na Constituição da República. Dessa maneira, ainda que as evidências não sejam instrumentos neutros de tomada de decisão, cumprem o papel de esclarecer os problemas envolvidos nas decisões políticas e de auxiliar na construção de decisões. Além disso, é importante ampliar a concepção de evidência, considerando diferentes tipos, contextos e usos do conhecimento.

¹⁵O'Donnell exalta a necessidade de aprofundar as diversas modalidades de *accountability* na América Latina. In: O'DONNELL, G. "Accountability Horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova: Revista de cultura e política*, nº 44, pp. 27-54, São Paulo, 1998, pp. 27-30

¹⁶Em relação as dificuldades para o controle popular e adequado da Administração Pública, apesar dos avanços recentes, é bem pontuado na literatura especializada por Roberto Gargarella. In: GARGARELLA, R. *La Derrota del Derecho en América Latina: Siete Tesis, Siglo Veintiuno*, Buenos Aires, 2020, pp. 15-64.

¹⁷Sobre o desenvolvimento de mecanismos de *accountability* no Brasil explica Ilton Norberto Robl Filho. In: ROBL FILHO, I.N. Conselho Nacional de Justiça: *Estado Democrático de Direito e Accountability*, Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 29-130.

¹⁸FREY, K. "Políticas Públicas: Um Debate Conceitual (...)", *Idem*.

A abordagem baseada em evidências é de suma importância para as políticas públicas, pois procura garantir que as decisões governamentais sejam pautadas em conhecimentos científicos e em dados empíricos, prática que amplia a probabilidade de que as políticas adotadas sejam eficazes, eficientes e orientadas para os resultados desejados, ainda que não se desconsidere o autointeresse dos agentes públicos envolvidos.

Ao embasar as políticas em evidências, é possível minimizar os impactos negativos, maximizar os benefícios e otimizar a alocação de recursos públicos, contribuindo para a transparência, a prestação de contas e a legitimidade das decisões governamentais e fortalecendo a confiança da sociedade nas instituições e no processo político.

Dentre os principais desafios e limitações destacam-se a resistência a mudanças por parte dos atores envolvidos, a falta de disponibilidade e qualidade das evidências em determinadas áreas temáticas, a complexidade política e institucional dos processos de tomada de decisão e a necessidade de adaptação às especificidades de cada contexto local. É fundamental, pois, criar, ampliar e aprimorar ferramentas que restrinjam comportamentos que deturpem as escolhas promovidas pelos agentes públicos, por meio da transparência, da *accountability* e do controle social.

A literatura especializada aponta os passos necessários para a construção de políticas públicas pautadas em evidências na saúde pública, consistente na 1) definição do problema, 2) uso da evidência no processo de construção da política pública (decidindo as opções políticas, considerações para a implementação das opções políticas, considerações de equidade e outros aspectos), e 3) a tomada de decisão (síntese de evidência para a política, diálogos deliberativos, equilíbrio entre os prós e contras, monitoramento do planejamento e avaliação do impacto da política)¹⁹.

Há inúmeros problemas que são objeto de política pública de saúde, logo cada uma dessas questões deve ser compreendida de forma clara e especialmente a partir de indicadores e da literatura especializada sobre o tema específico. Em relação a essa fase, os indicadores dependem especialmente da natureza e da conjuntura do problema, porque se o problema consiste no "risco e carga de doença, os dados epidemiológicos são fontes de informação essenciais [...]. Entretanto, se os indicadores utilizados dizem sobre o uso dos serviços de saúde, o ideal são estudos de acesso, qualidade dos serviços, gastos"²⁰.

Depois da compreensão adequada e suficiente do problema, a próxima etapa consiste na análise das opções existentes para enfrentar o problema e as razões para serem escolhidas certas opções em detrimento de outras, por meio de estudos de políticas públicas comparadas de saúde pública, de estudos científicos específicos e questões financeiras e econômicas. Com a construção das soluções adequadas, suficientes e razoáveis para os problemas, são compreendidas as barreiras e dificuldades para a implementação da política pública, as quais são relacionadas aos profissionais da saúde e aos cidadãos que utilizam esses serviços, "a limitações do sistema de saúde (escassez de recursos, processos inadequados, falta de governança, excesso de burocracia etc.); ou, ainda, a limitações sociais e políticas (práticas sociais, janela de oportunidade política, conflitos de interesse etc.)"²¹.

Uma das principais etapas da elaboração das políticas públicas pautadas em evidências está em levar as desigualdades sociais a sério, impondo a adequada compreensão dos fatores sociais (local de residência, questões raciais e culturais, trabalho, gênero, religião, educação, situação econômica) que precisam ser profundamente analisadas para a construção da política pública²².

¹⁹RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política Informada por evidência na saúde pública?", *Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, v. 42, n. 116, p. 296-306, Rio de Janeiro, Jan-Mar. 2018.

²⁰RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política (...)", Ob. Cit., p. 300.

²¹RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política (...)", Ob. Cit., p. 301.

²²RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política (...)", *Idem*.

Após o levantamento e análise das evidências, ocorre o processo de decisão, o qual parte da síntese dos estudos e discussões realizadas outrora. Os diálogos deliberativos servem para ampliar a discussão com os especialistas, com a comunidade em geral e com os cidadãos-usuários do serviço público de saúde, ampliando a participação democrática e as visões sobre a política pública. Sem sombra de dúvidas, após todos esses estudos e diálogos, a análise dos aspectos positivos e negativos da política deve ser tratado de forma sistemática, comparando as opções existentes à luz do impacto nas relações de saúde e da possibilidade econômica de adoção sustentável do modelo. Por fim, uma decisão é tomada, devendo ser monitorada e avaliada sua eficácia²³.

Por sua vez, a adoção de uma perspectiva baseada em evidências, nas políticas públicas de saúde pública, minimiza a subjetividade nas tomadas de decisão, ao mesmo tempo que promove a utilização de dados e estudos científicos como referência para embasar as suas ações e intervenções. Essas políticas na área da saúde precisam estabelecer diretrizes e estratégias claras para informação aos atores envolvidos, considerando as particularidades do contexto local e os princípios e o âmbito de proteção do direito à saúde, direito social e humano reconhecido em várias legislações e tratados internacionais, incluindo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁴. Esse direito é pautado na universalidade, na integralidade, na equidade e na participação social.

A universalidade do direito à saúde implica que todas as pessoas possuam o direito de ter acesso a serviços de saúde de qualidade. A integralidade refere-se à abrangência dos serviços, ou seja, à garantia de acesso a ações preventivas, curativas e de reabilitação, bem como a promoção da saúde em todos os seus aspectos. E a equidade diz respeito à garantia de que o acesso aos serviços de saúde seja distribuído de forma justa, levando em consideração as necessidades de cada indivíduo. Por fim, a participação social enfatiza a importância da participação dos cidadãos na formulação, implementação e avaliação das políticas de saúde.

No entanto, a implementação dessa política também enfrenta desafios, como as necessidades de construir consensos entre os diversos atores envolvidos, de garantir a transparência e a equidade nas decisões, além de monitorar constantemente os resultados obtidos.

Uma diretriz importante é a promoção do diálogo e da negociação entre os diferentes atores envolvidos, incluindo pacientes, profissionais de saúde, gestores e representantes da sociedade civil.

A participação da comunidade nas políticas públicas de saúde se dá em boa escala no Brasil. Todos os entes federativos – União, Estados, Municípios e o Distrito Federal – devem constituir Conselhos de Saúde, de caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (§ 2º do art. 1º da Lei nº 8.142/90)²⁵.

²³RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política (...)", Ob. Cit., pp. 303-304.

²⁴Artigo 6º - CRFB: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Parágrafo único: Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária". In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 19 ago. 2023.

²⁵BRASIL. *Lei nº 8.142 de 1990*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm, acesso em: 27 ago. 2023.

A ausência do Conselho de Saúde impede que o ente federativo omisso receba recursos do Fundo Nacional de Saúde (art. 4º, da Lei nº 8.142/90)²⁶.

Além disso, a representação dos usuários na composição dos Conselhos de Saúde será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos. O Conselho Nacional de Saúde, por exemplo, é composto por 48 (quarenta e oito) membros titulares, sendo cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS, conforme art. 3º, inciso I, do Decreto Federal nº 5.839/06²⁷.

É essencial criar cada vez mais espaços de participação comunitária e fortalecer a comunicação, a fim de buscar soluções consensuais e compartilhar conhecimentos. E, relacionado a esses espaços, necessária a criação de bases públicas e de acesso público, evitando assimetrias de informação.

4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O CAMINHO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEFESA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS

Entre as políticas públicas relevantes e que encontram entraves concretos em sua prestação – por defeitos políticos ou fiscais – está a política pública de saúde. E, na ausência de respostas efetivas ou entendidas como adequadas pelo governo (Poder Executivo), entra o Poder Judiciário como ator capaz de concretizar o direito fundamental à saúde (tanto individual, quanto coletivamente).

Desse modo, o que se observa, desde o final do século XX, no Brasil, é a ampliação da atuação jurisdicional para a prestação de políticas de saúde. Evidentemente, essa atuação resulta, também, da eficiência do próprio Judiciário, que vem correspondendo às expectativas dos demandantes e desempenha papel que, originalmente, competiria ao Poder Executivo.

No contexto de ausência de políticas públicas efetivas, a judicialização é imprescindível na promoção do acesso à saúde, especialmente para pessoas que enfrentam dificuldades significativas no fornecimento de tratamento ou medicamento, o qual foi recomendado por equipe profissional médica a partir de evidências científicas. Por outro lado, a judicialização sobrecarrega o Sistema Judiciário e gera custo elevado para o Estado, em virtude de duas principais questões.

A primeira reside na alocação de recursos públicos para custear as despesas da prestação jurisdicional. O uso adequado do sistema judicial é necessário, porque os custos do processo são altos e, mesmo com o adimplemento das custas (o que com frequência não ocorre em virtude da situação de necessidade e da correta atribuição do benefício da assistência judicial gratuita), torna-se fundamental a alocação de receita da Fazenda Pública na jurisdição (em outros termos: a sociedade suporta o Poder Judiciário se houver pagamento de custas em valor inferior ao custo do processo judicial).

Em segundo lugar, a judicialização tende a promover um modelo de implementação do direito à saúde assistemático, pois são inúmeros os processos e os magistrados, com interpretações diversas sobre os fatos (situação que é esperada). Por esse motivo, a prestação, da forma como ocorre pelo Poder Judiciário, tem dificuldades para se universalizar. Não se pode olvidar que a construção de política pública de saúde é, especialmente, uma atribuição do Poder Executivo, com participação dos cidadãos, dos especialistas e dos grupos sociais²⁸, tendo em vista a visão de conjunto sobre as necessidades da sociedade.

²⁶BRASIL. *Lei nº 8.142 de 1990, Idem.*

²⁷Artigo 3º - Decreto nº 5.839 de 2006: "O CNS é composto por quarenta e oito membros titulares, sendo: I – cinquenta por cento de representantes de entidades e dos movimentos sociais de usuários do SUS (...)" *In: BRASIL. Decreto nº 5.839 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5839.htm, acesso em: 27 ago. 2023.

²⁸Nesse sentido, com precisão a literatura especializada registra que, para "se conhecer uma política pública, sua existência, conformação e adequação, é preciso apreender as informações

Apenas a título de exemplo, o CNJ traz estatísticas processuais de direito à saúde. Nos últimos anos, constata-se ampliação do número de novos processos: em torno de 204.350 processos novos em 2020, 247.110 em 2021, 297.430 em 2022. Em 2023, até o momento, há 78.640 mil processos, aproximadamente²⁹. São ações ajuizadas por todo o país, com muitas decisões que, possivelmente, são díspares entre si.

Dessa forma, a judicialização assistemática pode levar à fragmentação do sistema de saúde, com decisões judiciais individuais que nem sempre são baseadas em critérios técnicos e científicos, mas em percepções pessoais (com viés pessoal). Tal fato pode resultar em desigualdades no acesso aos serviços de saúde, beneficiando aqueles que têm recursos e capacidade de buscar a via judicial, bem como aqueles que possuem acesso a profissionais qualificados para representar (advogados ou defensores públicos) os cidadãos que tiveram seu direito fundamental à saúde violado. De outro lado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estão comprometidos com a construção de uma jurisprudência com o intuito de promover uma intervenção mais sistemática e menos fragmentária nas demandas judiciais de saúde pública.

Sobre o fornecimento de medicamentos e tratamentos de forma gratuita pelo Sistema Único de Saúde, os Tribunais Superiores julgaram (Temas 500, 698, 793, do STF³⁰, e 106, do STJ³¹), ou ainda estão julgando casos (Temas 6 e 1234, do STF³²), com efeito vinculante a todos os demais ramos do Poder Judiciário, e que lançaram luzes sobre o tema e indicaram um caminho a ser seguido pelos juízes, tendo como base o uso de evidências científicas na fixação das teses, embora ainda se veja, na prática, que não há uma observância rigorosa das teses julgadas pelos Tribunais Superiores.

A decisão do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175-AgR/CE), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, publicada no DJE de 30/4/2010, trouxe importantes consequências para o direito brasileiro, sendo um divisor de águas. O caso concreto envolvia a determinação à União para que fornecesse o medicamento Zavesca (miglustato) a uma paciente diagnosticada com uma doença rara neurodegenerativa, a um custo proibitivo para a família.

Além disso, o medicamento, de alto valor, não estava registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o que impedia, inclusive, a sua incorporação aos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS. A União foi derrotada em todas as instâncias judiciais.

No STA 175-AgR/CE, a União alegou grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, além da violação do princípio da separação de Poderes, uma vez que a pretensão de tratamento interferiria nas normas e regulamentos do SUS.

Foi o primeiro grande julgamento no STF relativo ao direito à saúde após a Audiência Pública nº 4, organizada em 2009 pelo próprio Tribunal, tendo esta como objetivo discutir as questões de saúde pública com diversos setores, dada a crescente judicialização nesse tema verificada já naquela época. A decisão estabeleceu

oriundas principalmente do Poder Executivo. Ao Judiciário, em cada caso concreto, são apresentados reflexos, parcelas, aplicações da política pública, mas a racionalidade desta deve ser buscada no âmbito do Poder Executivo (...). Cf. DALLARI BUCCI, M.P. "Contribuição para a Redução da Judicialização da Saúde. Uma Estratégia Jurídico-Institucional Baseada na Abordagem Direito e Políticas Públicas", in: DALLARI BUCCI, M.P. & SEIXAS DUARTE, C. (org.) *Judicialização da Saúde: a Visão do Executivo*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 35.

²⁹Os dados atualizados das demandas judiciais de saúde podem ser encontrados no *website* do Conselho Nacional de Justiça. In: CNJ. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*, disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsl>, acesso em: 19 ago. 2023.

³⁰STF. *Temas 500, 698 e 793*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.

³¹STJ. *Tema 106*, disponível em: <https://processo.stj.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.

³²STF. *Temas 6 e 1234*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.

diretrizes judiciais para casos similares. Mesmo que tais diretrizes não sejam de cumprimento obrigatório, passaram a ter grande influência nos julgamentos envolvendo o direito à saúde.

Pela decisão da STA 175-AgR/CE, o Supremo Tribunal Federal salientou a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, entre eles o direito à saúde, deixando de considerá-los como direito de ordem programática. As diretrizes estabelecidas pelo Supremo, na ocasião, levaram em conta, principalmente, o uso das evidências científicas para a delimitação dos contornos da judicialização da saúde. Essas diretrizes podem assim ser resumidas:

1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o Judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.

2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, deverá ser verificado se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS.

Caso não esteja, é preciso distinguir se 2.1) a ausência de prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecer a tecnologia de saúde pleiteada, ou de uma vedação legal à sua dispensação. No caso de omissão, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecimento, o magistrado deverá analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será prioritário em detrimento de outros. No entanto, a decisão aponta a possibilidade de concessão de tratamento ou prestação no caso de ineficácia do tratamento fornecido pelo sistema público de saúde.

Ainda, 2.2) se os medicamentos e os tratamentos forem experimentais, o Estado não está obrigado a fornecê-los. Por fim, 2.3) os tratamentos novos que não foram incluídos nos protocolos do SUS, porém são fornecidos pela rede particular de saúde, podem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares.

Um ponto de destaque é a reflexão sobre os custos associados a alguns desses direitos. A implementação de certos direitos fundamentais, como o direito à saúde, não é uma tarefa simples e demanda investimento público. Essa realização lança luz sobre a complexidade da tarefa que o Estado tem em mãos: assegurar tais direitos enquanto equilibra os recursos disponíveis, ou seja, o Supremo tratou da complexa relação entre garantir um "mínimo existencial" a todos os cidadãos e respeitar a "reserva do possível", que muitas vezes coloca limitações práticas à implementação de políticas públicas.

A Constituição brasileira é clara ao estabelecer o direito à saúde como um direito de todos, atribuindo ao Estado o dever de garantir esse direito por meio de políticas adequadas. No entanto, mesmo com tal clareza constitucional, o debate jurídico prévio à decisão do STA 175-AgR/CE revela a controvérsia que rodeava a matéria. A capacidade do judiciário de intervir nas decisões do Poder Público relacionadas à saúde era uma questão em aberto e fonte de debates fervorosos. Entre elas, destacava-se a verificação da existência de políticas do SUS que atendam à necessidade de saúde do indivíduo e a avaliação da eficácia científica dos tratamentos.

O STF reconheceu a interligação entre os direitos fundamentais, quer sejam direitos a prestações positivas ou direitos de defesa negativos, com ambos exigindo, de alguma forma, recursos públicos. Pela decisão acima do Supremo Tribunal Federal na STA 175-AgR/CE, há nítido respeito à política pública, intervindo o judiciário apenas para o cumprimento da política pública quando o Estado se omitir (item 1). Por sua vez, as evidências também são respeitadas no caso de inexistência de prestação pelo SUS, pois deverá ter o registro na ANVISA para concessão do medicamento, respeitando assim a análise técnica e científica feita pelo órgão (item 2.1). Tratamentos experimentais, os quais não possuem adequada respaldo em

evidência científica, não devem ser objeto de concessão (item 2.2). De outro lado, tratamentos novos com fundamentos científicos, mesmo que não previstos no protocolo do SUS, podem ser fornecidos, valorizando assim novamente as evidências científicas (2.3).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2018, fixou a Tese 106, Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, estabelecendo critérios para o fornecimento público de remédios ausentes da lista do SUS. Segundo o STJ, para concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exige-se a presença cumulativa dos seguintes requisitos (Tese 106): 1) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; 3) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

O STJ foi claro e objetivo quanto à não concessão de medicamento pelo SUS se não houver o devido registro na ANVISA, seguindo a orientação fixada pelo STF na STA 175-AgR/CE. Havendo o registro, o paciente deve comprovar que o medicamento fornecido pelo SUS não é eficaz para o tratamento de sua doença, além de provar a sua incapacidade financeira para arcar com o custo do medicamento. Novamente e corretamente, a jurisprudência do Tribunal responsável pela uniformização da aplicação da legislação federal encontra-se fortemente ancorada no respeito às evidências científicas.

Em maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal julgou o Tema 500, no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, analisando um aspecto específico sobre o tema, o qual foi objeto de anterior análise na STA 175-AgR/CE: a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA.

A referida Agência, entre outras funções, é responsável pelo controle sanitário dos remédios vendidos no Brasil. Isso inclui testar e certificar a qualidade das substâncias ativas e dos demais insumos, das tecnologias e dos processos envolvidos na fabricação e na comercialização de um medicamento. De outro lado, alguns médicos, para certas patologias, receitam e prescrevem medicamentos que ainda não são registrados, pois a) confiam nos estudos realizados pelos laboratórios produtores do remédio, ou b) amparam sua prescrição nas avaliações realizadas por agências de países estrangeiros, ou c) utilizam na própria avaliação para receitar medicamentos ou tratamentos, outras razões, surgindo, dessa forma, grande assimetria no tratamento dispensado aos doentes.

Julgando essas questões, o Supremo Tribunal Federal, no Tema 500, ratificou a impossibilidade de fornecimento de medicamentos experimentais, reafirmando a regra geral de impossibilidade de concessão judicial de fornecimento de medicamentos que não foram registrados na ANVISA. De outra banda, fixou critérios para que, excepcionalmente, sejam concedidos fármacos sem o anterior registro, no caso de mora desmedida na apreciação da ANVISA do pleito de registro sanitário, desde que preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Pela jurisprudência acima, se a ANVISA negar o registro do medicamento, o Poder Judiciário não poderá concedê-lo. O Relator do RE nº 657.718/MG, Ministro Luís Roberto Barroso, sustentou que sempre se deve privilegiar a análise técnica da agência reguladora nacional, sendo mais uma manifestação de que o Tribunal de maior hierarquia no Brasil encontra-se comprometido com a observância das evidências científicas. Assim, se a ANVISA decidir, fundamentadamente, pela negativa de registro, em nenhuma hipótese pode o Poder Judiciário se sobrepor à manifestação da Agência para deferir pedidos individuais de fornecimento do medicamento. Mesmo no caso em que a ANVISA não tenha concluído a análise do processo, mas já tenha emitido primeira manifestação no sentido de indeferir o

pedido de registro, é preciso que as decisões judiciais sejam deferentes ao exame técnico realizado, à luz das suas capacidades institucionais. Isso, é claro, não impede a propositura de demandas judiciais que questionem a própria decisão da agência, comprovando-se técnica e cientificamente que a decisão está equivocada.

Atualmente, existe uma grande quantidade de ações judiciais que pleiteiam a concessão de medicamentos ainda não registrados na ANVISA e não incorporados na lista do SUS. Nesse sentido, os três critérios para concessão excepcional mantêm o Supremo Tribunal Federal no caminho do respeito às evidências científicas, impondo que exista um pedido feito para a ANVISA, com demora indevida e excessiva para a análise, além do prazo legal, e permitindo somente o deferimento com a existência de aprovação prévia de renomada agência de regulação estrangeira, quando não existir outro medicamento substituto eficiente no Brasil. Mesmo com esses relevantes entendimentos, remanesce a questão dos fármacos de alto custo.

No julgamento do Tema 6, relativo aos medicamentos de alto custo, pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em votação, e pela tese até agora vencedora, o Poder Público não é obrigado a fornecer um tratamento que os órgãos técnicos do SUS decidiram não incorporar após uma análise de evidência científica, custo-efetividade e impacto orçamentário. Ao Judiciário fica a tarefa de garantir o fornecimento dos tratamentos já incorporados e de decidir excepcionalmente na ausência de uma decisão do próprio SUS (Tema 6, STF).

A necessidade de se observarem bases racionais e objetivas para a questão se dá por dois motivos: 1) os pedidos de tecnologias de saúde de alto custo chegam cada vez em maior número aos tribunais do Brasil; e 2) há absoluta discrepância de decisões judiciais que analisam pedidos de tecnologias de alto custo, gerando desigualdade e desorganização no sistema, principalmente diante do crescimento exponencial das ações judiciais de saúde, ou seja, *"enquanto alguns obtém do Estado provimentos prescindíveis, a outros faltará até mesmo o essencial"*³³.

A título de exemplo, em fevereiro de 2022, uma criança no Rio Grande do Sul, portadora de atrofia muscular espinhal (AME), obteve decisão judicial favorável para receber tratamento com alocação de receita pública, pelo SUS, com o remédio Zolgensma, considerado o mais caro do mundo³⁴. Diversamente, em julho do mesmo ano, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso ajuizado pelos pais de outra criança portadora da mesma doença, que esperava fazer o tratamento com o Zolgensma. O STJ entendeu que a eficácia do fármaco não restou demonstrada, aplicando o critério firmado em recurso repetitivo para desobrigar o fornecimento do medicamento³⁵. Recentemente, tal medicamento foi incorporado pelo SUS³⁶. Tem-se, assim, uma violação corriqueira ao princípio constitucional da isonomia, conferindo-se tratamento distinto a portadores da mesma doença. E isso ocorre, certamente, também em relação àqueles que sequer ingressam na justiça. Essa é uma situação extremamente complexa para o direito e para o Judiciário, pois a vida é um dos bens jurídicos mais relevantes, o qual é garantido pelo direito à saúde, mas o tratamento desigual viola o cerne do Estado Democrático de Direito, além de os recursos públicos serem escassos para alocação de medicamentos de

³³FOGAÇA, A.R. *Análise Econômica do Direito e Judicialização da Saúde: Mínimo Existencial versus Reserva do Possível*, Juruá, Curitiba, 2021, p. 78.

³⁴G1. "Crianças com AME recebe dose do remédio mais caro do mundo pelo SUS em Porto Alegre", disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/02/06/crianca-com-ame-recebe-dose-do-remedio-mais-car-do-mundo-pelo-sus-em-porto-alegre.ghtml>, acesso em: 26 ago. 2023.

³⁵VITAL, D. "Sem prova de eficácia, STJ desobriga SUS a fornecer remédio mais caro do mundo", *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-13/stj-desobriga-sus-fornecer-remedio-car-do-mundo>, acesso em: 26 ago. 2023.

³⁶BVS. "Aprovada a incorporação no SUS de medicamento para o tratamento de crianças com Atrofia Muscular Espinhal (AME)", *Biblioteca Virtual do Ministério da Saúde*, disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/aprovada-a-incorporacao-no-sus-de-medicamento-para-o-tratamento-de-criancas-com-atrofia-muscular-espinhal-ame/>, acesso em: 26 ago. 2023.

elevadíssimo custo que dificultariam sobremaneira a efetivação de política pública coletiva que beneficia milhões de brasileiros.

Nesse sentido, Garrett Hardin^{37 38} trata da tragédia dos bens comuns, que é pertinente quando se fala em realocação de recursos coletivos para atender a demandas individuais, ainda que extremamente relevantes. Em resumo, pelo conceito cunhado pelo autor, as decisões judiciais proferidas em benefício de cidadãos individuais, em matéria de saúde, denotam a incapacidade de o sistema construir soluções coletivas.

Ainda, a judicialização não privilegia a tutela coletiva, o que deve ser alterado. O Poder Judiciário possui, como regra, posicionamento diverso em relação às ações que demandam direitos individuais em comparação com os pleitos coletivos, estes últimos formulados pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, obtendo-se resultados mais favoráveis com procedimentos em pleitos individuais.

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário deve prezar pela maior homogeneidade possível nas decisões proferidas nas ações que envolvem pedidos de saúde, sem, por óbvio, descuidar da proteção e da concretização do direito fundamental à saúde, promovendo-o na melhor medida possível e sem deixar jamais de garantir o seu núcleo essencial.

Nesse contexto, adequadamente, em agosto de 2023, o STF fixou o Tema 698, estabelecendo que as decisões judiciais, como regra, devem afastar-se das medidas pontuais, devendo o magistrado apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

A intervenção do Poder Judiciário, de acordo com o Tema 698, deve ocorrer no caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não violando, nesse contexto, o princípio da separação dos poderes.

O Tema 698 é de extrema relevância e indica uma nova fase na análise de políticas públicas pelo Poder Judiciário, já que o STF prevê expressamente que deve haver um diálogo interinstitucional com a Administração Pública, devendo o magistrado apontar as finalidades e os objetivos que devem ser alcançados, cabendo à Administração Pública construir o plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

Deve-se registrar que os magistrados precisam estar bem capacitados para compreender a sistemática das políticas públicas baseadas em evidências, pois, sem esse instrumental, dificilmente conseguirão apontar adequadamente as finalidades a serem alcançadas e estabelecer um diálogo profícuo com a Administração Pública.

Essa recente decisão do Supremo Tribunal Federal também é pragmática, apontado que, além da necessária realização de concurso público para efetivar os serviços de saúde, deve-se buscar um uso mais efetivos dos recursos humanos da Administração Pública, remanejando servidores para atuação nas atividades de saúde, sendo possível ainda a contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

5. CONCLUSÃO

O presente artigo analisou a intersecção entre políticas públicas de saúde e a atuação do Poder Judiciário no contexto brasileiro. De fato, as políticas públicas baseadas em evidências surgem como uma alternativa promissora, oferecendo uma abordagem mais objetiva, sistemática e eficaz na tomada de decisões, tanto pelo Poder Judiciário quanto pela Administração Pública, mitigando distorções e subjetividades.

O fenômeno da judicialização da saúde, embora tenha se mostrado como um mecanismo válido e por vezes essencial para garantir o acesso ao direito à saúde,

³⁷HARDIN, G. "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 162, dez. 1968, pp. 1243-1248.

³⁸Este dado também foi mencionado na obra de Anderson Ricardo Fogaça. In: FOGAÇA, A.R. *Análise Econômica do Direito e Judicialização da Saúde (...)*, Ob. Cit., p. 78.

revelou desafios significativos. As decisões judiciais, quando tomadas de forma assistemática e sem base em evidências científicas, têm potencial para desestabilizar o sistema de saúde e alavancar desigualdades, tornando a justiça um caminho mais viável para aqueles com mais recursos ou com maior acesso ao sistema de justiça.

Dentro desse panorama, o papel das políticas públicas baseadas em evidências (PPBEs) se destaca como essencial. As PPBEs, com sua capacidade de incorporar pesquisas científicas e empíricas nas tomadas de decisão, oferecem uma abordagem mais racionalizada e menos sujeita a variabilidades. Estas políticas, quando bem implementadas, podem trazer respostas mais consistentes e equitativas às demandas de saúde da população.

Entretanto, a concretização efetiva desse modelo depende da capacidade dos atores estatais de integrar, de maneira harmoniosa, as evidências à formulação e implementação das políticas.

Verificou-se que os Tribunais Superiores estão cada vez mais comprometidos com as PPBEs, desde o julgamento da STA 175-AgR/CE, em 2010, culminando recentemente com o julgamento do Tema 698, pelo qual o magistrado deve afastar-se das medidas pontuais, como regra, e deve apontar as finalidades e os objetivos que devem ser alcançados, cabendo à Administração Pública construir o plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado, quando estiver diante de ausência ou deficiência grave do serviço, não violando, nesse contexto, o princípio da separação dos poderes.

A questão que se impõe não é apenas se a judicialização deve considerar evidências científicas, mas como garantir que o Poder Judiciário e os *policymakers* possam dialogar eficientemente entre si, sem deixar de interagir com os *stakeholders*, tendo as evidências como ponto de convergência. Para isso, sugere-se uma abordagem moderada de consecução de políticas públicas baseadas em evidências, que considera tanto critérios técnicos e objetivos quanto fatores políticos, sociais e contextuais na utilização das evidências, sendo uma perspectiva mais pragmática e realista, procurando conciliar a racionalidade na compreensão dos processos sociais e políticos com os aspectos subjetivos e contextuais considerados pelos implementadores de políticas públicas.

Ainda, é imperativo ressaltar a necessidade de maior alinhamento das decisões judiciais, com observância dos precedentes vinculantes fixados pelos Tribunais Superiores. As evidências apresentadas neste artigo sugerem que, embora haja avanços significativos, a prática jurídica ainda apresenta variações na adesão a tais diretrizes.

Por fim, o direito à saúde, um dos pilares fundamentais reconhecidos tanto em tratados internacionais quanto na Constituição Brasileira, deve ser abordado de maneira multidimensional, levando em consideração fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos. A construção de políticas públicas robustas, pautadas em evidências científicas, aliadas a uma atuação judiciária mais alinhada e sistemática, é essencial para garantir a efetivação desse direito a todos os cidadãos, assegurando uma sociedade mais justa e saudável.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em: 19 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 8.142 de 1990*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm, acesso em: 27 ago. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 5.839 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5839.htm, acesso em: 27 ago. 2023.
- BVS. "Aprovada a incorporação no SUS de medicamento para o tratamento de crianças com Atrofia Muscular Espinhal (AME)", *Biblioteca Virtual do*

- Ministério da Saúde, disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/aprovada-a-incorporacao-no-sus-de-medicamento-para-o-tratamento-de-criancas-com-atrofia-muscular-espinhal-ame/>, acesso em: 26 ago. 2023.
- CASTELLS, M. A *Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007.
- CNJ. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*, disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currrel>, acesso em: 19 ago. 2023.
- DALLARI BUCCI, M.P. "Contribuição para a Redução da Judicialização da Saúde. Uma Estratégia Jurídico-Institucional Baseada na Abordagem Direito e Políticas Públicas", in: DALLARI BUCCI, M.P. & SEIXAS DUARTE, C. (org.) *Judicialização da Saúde: a Visão do Executivo*, Saraiva, São Paulo, 2017.
- FREY, K. "Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise De Políticas Públicas No Brasil", *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, pp. 215-221, Brasília, IPEA, 2022, disponível em: www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/89, acesso em: 19 ago. 2023.
- FOGAÇA, A.R. *Análise Econômica do Direito e Judicialização da Saúde: Mínimo Existencial versus Reserva do Possível*, Juruá, Curitiba, 2021.
- G1. "Crianças com AME recebe dose do remédio mais caro do mundo pelo SUS em Porto Alegre", disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2022/02/06/crianca-com-ame-recebe-dose-do-remedio-mais-carro-do-mundo-pelo-sus-em-porto-alegre.ghtml>, acesso em: 26 ago. 2023.
- GARGARELLA, R. *La Derrota del Derecho en América Latina: Siete Tesis*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2020.
- HARDIN, G. "The Tragedy of the Commons", *Science*, vol. 162, dez. 1968.
- O'DONNELL, G. "Accountability Horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova: Revista de cultura e política*, nº 44, pp. 27-54, São Paulo, 1998.
- O'DONNELL, G. "Democracia Delegativa?", *Novos Estudos*, nº 31, 1991, disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>, acesso em: 27 ago. 2023.
- PECI, A; PIERANTI, O.P. & RODRIGUES, S. "Governança e New Public Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro", *Organizações & Sociedade*, 15 (46), pp. 40-42, 2008, disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/Mpktr8kGXJ4hpRnhZshSRSJ/?lang=pt#>, acesso em: 27 ago. 2023.
- RAMOS, M.C; SILVA NUNES, E. "Como usar a abordagem da Política Informada por evidência na saúde pública?", *Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, v. 42, n. 116, p. 296-306, Rio de Janeiro, Jan.-Mar. 2018.
- ROBL FILHO, I.N. Conselho Nacional de Justiça: *Estado Democrático de Direito e Accountability*, Saraiva, São Paulo, 2013.
- SABOYA PINHEIRO, M.M. "Políticas Públicas Baseadas em Evidências: uma Avaliação Crítica", *Boletim de Análise Político-Institucional*, nº 24, Brasília, nov./2020.
- STF. *Temas 500, 698 e 793*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.
- STF. *Temas 6 e 1234*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.
- STJ. *Tema 106*, disponível em: <https://processo.stj.jus.br>, acesso em: 27 ago. 2023.
- TENDLER, J. *Good governance in the tropics*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1997.
- VIEIRA SÚLPINO, F; PIOLA, S.G. & PUCCI DE SÁ E BENEVIDES, R. *Vinculação Orçamentária do Gasto em Saúde no Brasil: Resultados e Argumentos a seu Favor*, Ipea, Brasília, 2019.
- VITAL, D. "Sem prova de eficácia, STJ desobriga SUS a fornecer remédio mais caro do mundo", *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul>

13/stj-desobriga-sus-fornecer-remedio-carro-mundo, acesso em: 26 ago. 2023.

WELLS, P. "New Labour and Evidence Based policy making: 1997-2007", *People, Place and Policy Online*, 1/1, pp. 22-29, (Doi: 10.3351/ppp.0001.0001.0004), 2007.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinário (2023), pp. 91-105
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Contractual liability of a doctor in private practice for medical errors in Polish law

Tomasz Szancilo¹

European University of Law and Administration in Warsaw

Summary: 1. Contractual liability - general remarks. 2. Contracts of result and contracts of diligence. 3. Due diligence of the practitioner. 4. Grounds for the doctor's liability. 5. The presumption of fault.

Abstract: The doctor's liability for medical (medical) errors is relatively broad in theory, and the patient is in a privileged position, because – if a contract is concluded – in practice he or she can claim damages under two liability regimes. By far the more common of these liability regimes is the *ex delicto* regime, which is only justifiable if it is assumed that in the *ex contractu* regime no redress for non-pecuniary damage is possible, which, as has been shown, isn't justifiable. However, on the assumption that it is also possible to compensate for non-pecuniary damage in the case of a contract for medical services, the distribution of the burden of proof referred to above constitutes a significant facilitation in relation to the patient's claim under the tort regime.

Keywords: Contractual liability; medical errors.

1. Contractual liability - general remarks

An obligation consists in the fact that the creditor may demand performance from the debtor, and the debtor should fulfil the performance (Article 353 § 1 of the Civil Code). If the obligation isn't performed or is performed in an improper manner, so that the creditor's legitimate interest is not satisfied in an appropriate manner, the debtor has a duty to compensate for the damage, unless there are circumstances excluding this duty. Non-performance or improper performance of an obligation may be the result of various circumstances, often beyond the debtor's control. It should be remembered that although Polish law is aware of exceptional situations in which the debtor is liable in an absolute manner (absolute liability), i.e. without the possibility of exemption, the rule is that he has such a possibility.

¹ Dr hab. prof. European University of Law and Administration in Warsaw (Poland), Judge of the Polish Supreme Court, Civil Chamber

In Polish civil law, liability for damages is based on two regimes: contractual – *ex contractu* (Article 471 et seq. of the Civil Code) and tort – *ex delicto* (Article 415 et seq. of the Civil Code). This is also how a doctor's liability may develop, with contractual liability being discussed in view of the topic of the paper. However, it shouldn't be forgotten that non-performance or improper performance of a contract may also constitute a tort. While the basis for a claim for damages in such a situation is the contractual regime, liability for a tort (tortious act) can't be excluded if, at the same time, the prerequisites for tort liability have been met². This is the case when the debtor breaches a general obligation arising *ex lege*, but also when a specific form of non-performance or improper performance of the obligation in the light of the circumstances of the case makes it possible to assume that the debtor has breached the principles of social co-existence towards a third party. Of fundamental importance here is the nature of the obligation linking the creditor and the debtor and the manner in which that obligation is functionally and substantially related to the obligatory relationship linking the debtor or creditor separately with a third party³. In such a situation, there is a concurrence of claims for damages, which means that the court is obliged (if the plaintiff so requests) to adjudicate the claim by applying the prerequisites of both liability regimes. However, these are relatively rare situations and in the vast majority of cases these regimes of liability are separate.

Pursuant to Article 471 of the Civil Code, a debtor is obliged to compensate for damage resulting from non-performance or improper performance of an obligation, unless the non-performance or improper performance is a consequence of circumstances for which the debtor isn't responsible. *Ex contractu* liability may therefore arise where an obligatory relationship exists between the parties, arising in particular from a valid contract. Therefore, if for some reason the contract is invalid, this regime of debtor liability doesn't apply. Furthermore, the prerequisites for such liability must exist:

- (1) the event of non-performance or improper performance of the contract by the debtor;
- 2) the damage resulting from that event;
- 3) an adequate (normal) proximate cause between the event and the damage.

These prerequisites must of course also exist when we are talking about the contractual liability of the doctor. The duty to prove them (*onus probandi*) rests on the creditor (Article 6 of the Civil Code), so in the present case on the patient, while there is no presumption of the existence of the prerequisites of contractual liability for damages, as it is the case with respect to the debtor's fault⁴, as will be discussed below. This is because the article focuses on the prerequisites of a doctor's contractual liability for medical damage.

2. Contracts of result and contracts of diligence

In the context of the topic, it is important to distinguish between obligations of result and obligations of diligence (this distinction is taken from French doctrine)⁵, and consequently

² See e.g. judgments of the Supreme Court (in Poland): of 16 June 2010, I CSK 507/09; of 14 February 2013, II CNP 50/12.

³ SZANCIŁO, T., in: ZAŁUCKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023, p. 1001.

⁴ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 19 December 1997, II CKN 531/97; of 10 September 2015, II CSK 587/14.

⁵ See e.g. NOWAKOWSKI, Z.K., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959, No. 2, pp. 97 i n.; DOMAŃSKI, G., *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, *Studia Cywilistyczne* 1972, Vol. XX, pp. 169 i n.; OGIEGŁO, L., *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989, pp. 207 i n.; ROMANOWSKI, M., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, No. 2, pp. 23–26; MACHOWSKA, A., *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania i jej doniosłość dla określenia odpowiedzialności kontraktowej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego”

such a division of contracts, although the doctrine aptly points out that such a distinction has no normative basis and that the grounds for distinguishing between the two types of obligations aren't entirely precise⁶. It's also pointed out that all obligations are obligations of care and, of these, some obligations additionally include the achievement of a result as a necessarily required element of performance⁷, as well as that every contractual relationship is in essence an obligation of result, since there is always a specific result as a result of a service properly performed⁸.

However, such a division is justified. In a result obligation (contract), the debtor undertakes towards the creditor to achieve the result concretised in the content of the obligation (contract), e.g. a work contract⁹. The result specified in the contract is most often in a materialised form (usually a thing), but may take an immaterialised form, which consists in the creation of a certain state or situation (e.g. the creation of a state of safety through the supervision performed). In contrast, in a duty of care obligation (contract), the debtor undertakes towards the creditor to behave in a certain way (usually an action) and to exercise due diligence to achieve the purpose agreed by the parties, but doesn't undertake that this purpose will be achieved, e.g. a contract of mandate¹⁰, or contracts for the provision of services, to which - pursuant to the reference contained in Article 750 of the Civil Code - to the extent not regulated in specific provisions, the provisions on commission are applied accordingly - the latter include, inter alia, an agreement for the provision of legal assistance, also covering representation of a party before a court of law¹¹, contract for the provision of medical services¹², whether the contract concluded by the healthcare facility with the National Health Fund (NFZ)¹³. A contract for the provision of medical services concerns the performance of specific medical treatments, rehabilitation, hospitalisation or diagnostic tests. It's clear that the doctor is obliged to take all possible and lawful steps to achieve the result of properly 'diagnosing' and 'curing' the patient, but his obligation doesn't include such a result.

The important aspect of the warranty for physical defects must also not be forgotten. If the contract concerns a diligent act, so that the party (the contractor) doesn't undertake to achieve a specific result, it is not considered whether the object of the contract has a physical

2002, No. 3, pp. 683 i n.; LASKORZYŃSKI, P., KOWALCZYK, Ł., *Zobowiązania starannego działania i rezultatu – dyskusja*, „Radca Prawny” 2003, No. 6, p. 91-100; GAWLIK, Z., in: KIDYBA, A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. LexisNexis, Warszawa 2014, art. 471, thesis No 21.

⁶ See e.g. PAJOR, T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Ed. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1982, pp. 70 et seq., pp. 164 et seq. and pp. 285 et seq.; KRAJEWSKI, M., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywnego ujęcia)*, „Państwo i Prawo” 2000, No. 8, pp. 42 i n.; BANASZCZYK, Z., GRANECKI, P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, No. 7-8, p. 24; POPIOŁEK, W., in: PIETRZYKOWSKI, K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Art. 450-1088*, Warszawa 2021, art. 471, side No. 7; MACHNIKOWSKI, P., in: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, art. 353, side No. 24.

⁷ ZOLL, F., in: OLEJNICZAK, A. (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014, p. 1024.

⁸ DYBOWSKI, T., PYRZYŃSKA, A., in: ŁĘTOWSKA, E. (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, p. 198.

⁹ Pursuant to Article 627 of the Civil Code, by a contract for a work of art, the ordering party undertakes to perform a specified work and the ordering party undertakes to pay remuneration.

¹⁰ Pursuant to Article 734 § 1 of the Civil Code, by means of a contract of mandate the mandator undertakes to perform a specific legal act for the principal.

¹¹ See judgment of the Supreme Court of 11 August 2011, I CSK 611/10; SZANCIŁO, T., *Odpowiedzialność cywilna radcy prawnego i adwokata za błędy procesowe*, „Palestra” 2013, No. 1-2, pp. 123-132.

¹² See judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 3 March 1998, I ACa 14/98, „Wokanda” 1998, No. 10, p. 44.

¹³ See judgment of the Court of Appeal in Katowice of 20 November 2008, I ACa 595/08, OSAKat 2009, No. 1, item 1.

defect, i.e.. (art. 556¹ § 1 and 3 of the Civil Code, contained in the provisions governing the sales contract):

- 1) it doesn't have the qualities that a thing of this kind should have in view of the purpose specified in the contract or resulting from the circumstances or intended use;
- 2) it doesn't have the qualities of which the seller assured the buyer, including by presenting a sample or specimen;
- 3) it isn't suitable for the purpose of which the buyer informed the seller at the conclusion of the contract and the seller did not make any reservation as to such purpose;
- 4) it has been delivered to the other party in an incomplete condition, and in the case of installation and commissioning of the thing – whether these operations have been performed correctly.

3. Due diligence of the practitioner

The doctor's tort liability for so-called medical damage, most often in the form of bodily injury or causing health disorder, can be discussed when the doctor isn't connected with the patient by any legal relationship, in particular by contract. Furthermore, as it's argued in the doctrine, such liability occurs when the patient derives the right to healthcare directly from the provisions of the law, in particular from social security or health acts, or when the patient has concluded an agreement with the doctor, but the doctor acts outside the scope of the agreement, e.g. takes certain actions without obtaining the patient's consent, unreasonably expands the area of treatment, or carries out an intervention with a risk that is disproportionate to the expected health benefits¹⁴.

Contractual indemnity liability of a doctor occurs when a doctor running a private medical practice (so-called free practitioner) enters into an agreement with a patient for the provision of medical services (treatment). Such an agreement may concern both above-standard (non-guaranteed) services, i.e. which the patient, being insured with the NFZ, will not receive under the general health insurance, and services covered by reimbursement from the NFZ¹⁵. The doctor then acts in his/her own name and on his/her own account, as a party to the contract, being liable not only for his/her own acts and omissions (Article 471 of the Civil Code), but also for the persons by means of whom he/she performs the obligation (Article 474 of the Civil Code), e.g. nurses, laboratory technicians. However, as is rightly pointed out in the doctrine, a doctor's failure to perform or improper performance of his or her contractual obligations (which are within the scope of the contract), resulting in medical damage, is in principle a tortious act¹⁶, which in practice means that in most cases there is a concurrence of compensation claims. This means that the patient then has the right to choose the doctor's liability regime, and regardless of his or her choice, he or she can only obtain a single indemnity that covers the damage caused in full.

As far as contractual liability is concerned, the subject matter of the contract is important, i.e. what specifically the doctor undertook to do, whereby the doctor's obligation is to exercise the due diligence required of a professional (professional standard), which follows from Article 355 § 2 of the Civil Code. While every debtor is obliged to exercise due diligence in the so-called basic measure (Article 355 § 1 of the Civil Code), the professional (so-called heightened) standard of required diligence results from the very fact of conducting business

¹⁴ See NESTEROWICZ, M., *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Ed. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań 1972, p. 73; SOŚNIAK, M., *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, p. 37.

¹⁵ GOŁACZYŃSKI, J., in: KATNER, W.J. Katner (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023, p. 447.

¹⁶ See e.g. NESTEROWICZ, M., *Podstawy prawne zabiegów lekarskich w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1976, No. 1, p. 115; DROZDOWSKA, U., *Problematyka podstaw odpowiedzialności cywilnej zakładów opieki zdrowotnej – wybrane zagadnienia*, „Radca Prawny” 2002, No. 3, p. 22.

or professional activity. Thus, professional diligence cannot be referred to the diligence of a non-professional¹⁷. The assessment of such diligence is much stricter than the diligence generally required. This is due to the fact that the essence of business activity is the requirement to possess the necessary expertise in a specific field, whereby it isn't just a matter of purely formal qualifications, but any standard of requirements for the particular area of activity being carried out. Thus, we are dealing with significantly increased expectations of skill, knowledge, meticulousness and reliability, prevention and ability. The term "diligent businessman's standard" is used, which includes, among other things, knowledge of the applicable law and its implications for the business activity in question¹⁸. In particular, due diligence on the part of the debtor, determined taking into account the professional nature of his or her business, includes knowledge of the applicable law and the consequences thereof in respect of his or her business activity¹⁹. As a general rule, therefore, it can be assumed that this type of due diligence on the part of the debtor does not imply exceptional diligence, as due diligence must be adapted to the person acting (type of activity), the subject matter to which the activity relates and the circumstances in which the activity takes place²⁰. The measure of diligence referred to in Article 355 § 2 of the Civil Code should be referred exclusively to the sphere in which the debtor conducts business activities.

Therefore, the obligations of the doctor as a professional, regardless of the content of the contract, also include all duties resulting from his/her profession, as well as the duty to ensure safe treatment conditions²¹ and this regardless of whether we are talking about a paid or unpaid legal act²². In fact, as follows from the provisions of the Act of 6 November 2008 on Patient's Rights and Patient's Ombudsman²³ the patient has the right to, inter alia : (a) to health services conforming to the requirements of current medical knowledge; (b) to demand that the doctor providing him with health services consult another doctor or convene a medical consultation; (c) to have health services provided immediately due to a threat to health or life; (d) to health services provided with due diligence by entities providing health services in conditions corresponding to the professional and sanitary requirements set out in separate regulations, and in providing health services medical professionals are guided by the principles of professional ethics set out by the competent self-government of medical professions; (e) to consent to the provision of certain health services or to refuse such consent, after obtaining relevant information (art. 6(1) and (3), Article 7(1), Article 8, Article 16). It should be borne in mind, however, that by consenting to a procedure (operation), the patient assumes a risk which includes the usual post-operative complications and not complications and damages resulting from the doctor's mistake²⁴.

Due diligence is objectified, so that the individual characteristics of the debtor who is to perform the service are irrelevant.

4. Grounds for the doctor's liability

4.1. Non-performance or improper performance of a contract

Contractual liability occurs when the debtor fails to perform an obligation or performs it in an improper manner. Non-performance of an obligation occurs when performance has not taken place and there are circumstances excluding subsequent performance, i.e. when the

¹⁷ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 22 September 2005, IV CSK 100/05; of 17 January 2017, IV CSK 143/16.

¹⁸ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 17 August 1993, III CRN 77/93, OSNC 1994, No. 3, item 69; of 26 April 2022, II CSKP 585/22, OSNC-ZD 2023, No. 2, item 24.

¹⁹ Judgment of the Supreme Court of 17 August 1993, III CRN 77/93, OSNC 1994, No. 3, item 69.

²⁰ Judgment of the Supreme Court of 25 September 2002, I CKN 971/00.

²¹ NESTEROWICZ, M., *Prawo medyczne*, Ed. Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2019, p. 96.

²² See judgment of the Supreme Court of 11 December 1986, IV CR 424/86.

²³ Consolidated text OJ 2022, item 1876 as amended; hereinafter: PrPacjU.

²⁴ See judgment of the Supreme Court of 19 October 1971, II CR 421/71.

debtor hasn't performed at all or has performed an object other than that which arises from the wording of the obligation²⁵. The situation is different when the debtor performs the service, but does so in a manner contrary to Article 354 § 1 of the Civil Code, i.e. contrary to what the parties agreed and not in compliance with the social and economic purpose and principles of social co-existence, and if there are established customs in this respect – also in a manner not in compliance with these customs. Wrongful performance of an obligation occurs when the debtor's behaviour was intended to fulfil the obligation, but the result does not meet the requirements of the performance to which the debtor was obliged²⁶. In the case of contracts, improper performance may relate to the time of performance as well as to the 'quality' of the performance, and this concept will be defined differently for contracts of result and contracts of care. In the case of contracts for the provision of medical services, in practice it is usually a question of improper performance of the obligation and a consideration of whether the doctor exercised due care in performing the contract. The degree of fault of the doctor is irrelevant, i.e. whether we are dealing with unintentional fault (negligence or gross negligence) or intentional fault (with direct or possible intent) of the debtor. Since intentional fault occurs when the debtor either intends to breach an obligation of behaviour incumbent on him or, foreseeing the possibility of such a breach, agrees to do so, i.e. when he was aware that his behaviour was in breach of a specific obligation, unintentional fault is primarily to be considered in relation to the doctor. This occurs when the debtor hasn't exercised due care, although he should and could have done so. In particular, a circumstance that excludes the fault of the doctor (debtor) can't be the fact that he accepted a contractual order in a size or in a timeframe that doesn't correspond to the capabilities of his personal or his enterprise. As a rule, no fault can be said to exist in relation to such a debtor if he already knows at the time of the conclusion of the contract that he will not be able to perform at all or adequately the obligation he undertakes in the contract²⁷. In other words, a doctor is liable under Article 471 of the Civil Code when he or she can be charged with culpability, even if only in the form of recklessness or negligence. It's therefore reasonable to refer fault to the possibility to charge the debtor with a breach of due care within the meaning of Article 355 of the Civil Code.

The above remarks apply when the debtor's liability is based on the principle of fault and not on the principle of risk (i.e. when the provisions provide for the possibility for the debtor to discharge himself from liability by proving one of the exonerating prerequisites) or the absolute liability principle, also called – not quite correctly – the guarantee principle (when the debtor cannot discharge himself from liability by proving an exonerating prerequisite). However, the principle of fault is the guiding principle of the contractual liability regime, according to which the liability of the debtor is formed in the absence of other indications²⁸.

The concept of "medical error" (German: Unkunst) first appeared in Article 134 of the *Constitutio Criminalis Carolinae* of 1532, according to which a doctor was criminally liable if he unintentionally and without intent (German: *unvorsätzlich*) caused the death of a patient due to a lack of diligence (German: *Unfleiss*) or ignorance of the principles of the art of medicine (German: *Unkunst*)²⁹. Finally, this concept was limited to cases of objective contradiction of the doctor's action with the rules of conduct binding on him in the sphere of diagnosis and therapy. A breach of the rules of medical knowledge (*lex artis medicinae*), causing bodily injury, disorder of health or death of a patient, affects only the unlawfulness of the action (act or omission) of the doctor, while the other circumstances of the damage (e.g. resulting from age, inexperience of the doctor, urgency of the situation in which he/she carried

²⁵ See e.g. PAJOR, T., *Odpowiedzialność dłużnika...*, 1982, p. 92; ZOLL, F., in: OLEJNICZAK, A. (ed.), *System...*, vol. 6, 2014, p. 1134.

²⁶ See e.g. judgment of the Court of Appeal in Łódź of 16 April 2014, I ACa 1231/13; judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 19 February 2016, I ACa 715/15; judgment of the Court of Appeal in Białystok of 20 September 2017, I ACa 254/17.

²⁷ See judgment of the Supreme Court of 27 January 1972, I CR 458/71, OSNC 1972, No. 9, item 160.

²⁸ See e.g. judgment of the Court of Appeal in Szczecin of 9 May 2013, I ACa 213/13.

²⁹ See SOŚNIAK, M., *Cywilna odpowiedzialność...*, 1977, p. 65.

out the procedure), as subjective elements, are subject to assessment only in connection with the analysis of the perpetrator's guilt³⁰. It has also been accepted in case law that medical malpractice is an act (omission) of a doctor in the field of diagnosis and therapy which is not in accordance with the science of medicine to the extent available to the doctor. Negligence on the part of the doctor with regard to his/her duties to surround the patient with care and with regard to the organisation of hygiene safety and care of the patient does not constitute medical malpractice³¹.

In the literature and case law there is a widespread division of medical (medical) errors according to the criterion of actions in connection with which the damage is caused into diagnostic (diagnosis), prognosis (prognosis) and treatment (therapeutic) errors³². It's also possible to divide according to a mixed, subject-object criterion, i.e. the person carrying out the medical activity and at the same time the type of this activity, into decision-making, executive, organisational and consultative error³³. Any such occurrence may give rise to liability on the part of the medical practitioner, provided that it is culpable.

4.2. Damage

In order for the liability in question to arise, there must be damage on the part of the creditor (patient) within the meaning of Article 361 § 2 of the Civil Code, according to which, in the absence of a different provision of the law or a contractual provision, compensation for damage includes the loss which the injured party has suffered and the benefits which they could have achieved if the damage had not been caused to them. Thus, this refers to both forms of property damage, i.e. both the actual loss (*damnum emergens*) and the lost benefits (*lucrum cessans*), which doesn't apply to potential damage³⁴.

Damage in the form of *damnum emergens* can be proven relatively easily by the patient. As far as lost profits are concerned, on the other hand, a claim for damages may specifically include the profit that was assumed by the injured party, although in practice proving it poses evidentiary problems because, like any damage in the form of lost profits, although hypothetical in nature, it should be proved with such probability that it can be assumed that it would have occurred in the normal course of things. If the profit hasn't been agreed by the parties in the contract (which is very rare in practice) or has not been specified, e.g. in the tender documentation, the injured party must show what part of the agreed remuneration exceeds the costs (including personnel, administrative, material, labour, etc.), taking into account, for example, the circumstance that labour and material have been used for the performance of another contract, resulting in a benefit that he wouldn't have obtained if he had had to perform the contract concluded with the debtor (principle of *compensatio lucri cum damno*). In most cases, these determinations require special knowledge and therefore the admission of expert evidence (Article 278 § 1 of the Code of Civil Procedure).

Actual loss and lost profits are forms of pecuniary damage and can undoubtedly be claimed under the contractual regime, regardless of whether they are damage to property (both forms of damage) or personal injury (actual loss only). It can be said that pecuniary damage is damage relating to the economic sphere of a civil law subject and, using colloquial language, damage that can be expressed in money. Its remedy consists either in the

³⁰ BĄCZYK-ROZWADOWSKA, K., in: BAGIŃSKA, E. (red.), *System prawa medycznego. Tom 5. Odpowiedzialność prywatnoprawna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, pp. 226-227.

³¹ Decision of the Supreme Court of 1 April 1955, IV CR 39/54, OSNC 1957, No. 1, item 7.

³² See e.g. NESTEROWICZ, M., *Prawo medyczne*, 2019, p. 256; SOŚNIAK, M., *Błąd rozpoznania jako podstawa odpowiedzialności lekarza*, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego” Vol. II, Katowice 1971, pp. 221 et seq.; judgment of the Court of Appeal in Łódź of 2 February 2017, I ACa 1411/12.

³³ MAREK, Z., *Błąd medyczny odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Ed. Wydawnictwo Medyczne, Kraków 2007, p. 75.

³⁴ See e.g. judgment of the Court of Appeal in Katowice of 17 January 2001, I ACa 1094/00, „Wokanda” 2002, No. 2, pp. 33-38; judgment of the Court of Appeal in Poznań of 8 March 2007, I ACa 29/07.

restoration of the previous state of affairs (natural restitution) or in the payment of an appropriate sum of money (compensation). In the case of a medical injury, the former is in principle out of the question, so that the doctor's liability is reduced to the payment of compensation equal to the actual loss and lost benefits - in the amount proven by the patient.

The issue of non-pecuniary damage (which can only be personal injury), i.e. damage that does not relate to the economic sphere of the subject of civil law and cannot be converted into money, is different. The form of redress for such damage is compensation. This is because it is traditionally accepted that reparation of non-material damage is not covered by the principle of full reparation of damage expressed in Article 361 § 2 of the Civil Code, and is only possible under the tort regime of liability for damages³⁵ - in relation to the directly injured party, these are situations involving bodily injury or health disorder, deprivation of liberty, inducement by deception, rape or abuse of a relationship of dependence to submit to a sexual act, violation of a personal good (Articles 444, 445, 448 of the Civil Code), as well as the so-called prenatal damage (Article 4461 of the Civil Code). The view was expressed that in the *de lege lata* contractual regime only property damage is at stake, as this regime does not allow for the claiming of compensation for non-material damage³⁶, although a view has also been expressed in the doctrine that it is permissible to award damages for infringement of personal rights under the regime of contact liability³⁷.

It should be assumed that when the claim is based on Article 471 of the Civil Code, and the parties do not contractually extend the scope of the debtor's liability, the rule is that there are no grounds for awarding the creditor compensation for the harm suffered (non-material damage). Such claims may be based on the provisions of the applicable law³⁸. Nevertheless, since damage constitutes any kind of impairment of legally protected goods, and therefore also goods of a non-material nature, contractual liability for non-material damage can also be considered. This is particularly true for certain types of contracts, including contracts for the provision of medical services. The fact that these are contracts creating an obligation of diligence and not an obligation of result is irrelevant to the issue at hand. Indeed, in cases in which claims for damages related to the negative consequences of surgical procedures are filed, issues arise relating to, *inter alia*, the correctness of the consent given for the operation, the correctness of the performance of the operation, as well as the basis (tort or contractual) of the liability of the healthcare facility or physician³⁹. The effect of the

³⁵ See e.g. judgment of the Court of Appeal in Warsaw of 8 September 2009, VI ACa 201/09; CZACHÓRSKI, W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Ed. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968, p. 148; MASŁOWSKI, Z., in: RESICH, Z., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972, t. II, p. 1104; SZPUNAR, A., *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975, pp. 86 i et seq.; JASTRZĘBSKI, J., *Glosa do wyroku SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, „Przegląd Sądowy”* 2006, No. 9, pp. 162-163; KRYLA-CUDNA, K., *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową powstałą wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, pp. 62-64; GUTOWSKI, M., in: GUTOWSKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Art. 353-626*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022, art. 471, side No. 13.

³⁶ ZAGROBELNY, K., w: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, p. 1104.

³⁷ See e.g. REZLER, J., *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele i zdrowiu (według prawa cywilnego)*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968, pp. 31 i n.; SAFJAN, M., *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, in: PYZIAK-SZAFNICKA, M. (ed.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Ed. Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, pp. 273 i et seq.; TRZASKOWSKI, R., *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, „Przegląd Sądowy” 2006, No. 5, pp. 32 i et seq.; POPIOŁEK, W., in: PIETRZYKOWSKI, K., *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Art. 450-1088*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, p. 48.

³⁸ See e.g. judgment of the Supreme Court of 17 December 2004, II CK 300/04, OSP 2006, No. 2, item 20; judgment of the Court of Appeal in Gdańsk of 9 October 2012, I ACa 484/12.

³⁹ Judgment of the Supreme Court of 9 August 2005, IV CK 69/05.

non-performance or improper performance of a contract for medical services is the violation of the personal good of the other contractual party (the patient), then one must also speak of the fulfilment of the elements of a tort. The doctor doesn't only fail to fulfil his contractual obligations at that time. The action (omission) of the doctor of the contractual party may lead to a violation of the patient's personal good, which is included in the open catalogue of these goods contained in Article 23 of the Civil Code. (in particular health). In such a situation, the liability for non-performance or improper performance of the contract covers material and non-material damage⁴⁰.

In addition, pursuant to Article 4(1) of the PrPacjU, in the event of a culpable violation of a patient's rights, the court may award the injured party an appropriate sum as monetary compensation for the harm suffered on the basis of Article 448 of the Civil Code. This doesn't apply to a culpable violation of the patient's right to: 1) to keep valuables in a depository of a medical entity providing inpatient and outpatient health care services; 2) to be informed about the type and scope of health care services provided by the entities providing health care services; 3) to have access to medical documentation concerning his/her state of health; 4) to report adverse reactions to medicinal products.

4.3. Proximate cause

There must be a normal (adequate) proximate cause within the meaning of Article 361 § 1 of the Civil Code between the non-performance or improper performance of an obligation and the resulting damage. Since the damage is supposed to "result" from the breach of an obligation, Article 471 of the Civil Code presupposes the existence of a proximate cause between the debtor's non-performance or improper performance of an obligation and the creditor's damage. On the basis of this provision, the debtor is therefore, in principle, only obliged to compensate for the damage suffered by the creditor as a normal consequence of the non-performance or improper performance of the obligation⁴¹.

Pursuant to Article 361 § 1 of the Civil Code, the party liable for damages is liable only for the normal consequences of the act or omission from which the damage resulted. The examination of the existence of an adequate proximate cause is a two-stage process. In the first stage, an assessment is made as to whether there is a proximate cause between the events under examination (*the conditio sine qua non test*) and, if there is such a link, the second stage examines whether it is a link of an adequate nature ("normal" proximate cause). This means that there is a proximate cause within the meaning of this provision only if the relationship between the event under examination and the damage meets the criterion of "normal consequences". It's therefore a question of links that are objectively normal, typical, average, expected in the usual order of things. Simply put, it's a causal connection in the colloquial sense, i.e. that without the event indicated as the cause, there would have been no damage⁴². It's a well-established view in case law that a consequence is a "normal" effect of

⁴⁰ Another example is a contract for the provision of travel services and the possibility of claiming compensation for a so-called wasted holiday (see Resolution of the Supreme Court of 19 October 2010, III CZP 79/10, OSNC 2011, No. 4, item 41; judgment of the Supreme Court of 24 March 2011, I CSK 372/10, OSNC-ZD 2012, No. A, item 21; judgment of the CJEU of 12 March 2002, C-168/00, *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG.*, EU:C:2002:163). Currently, the possibility to claim compensation is provided for by Article 50(2) of the Act of 24 November 2017 on tourist events and related tourist services (consolidated text of the Journal of Laws of 2022, item 511 as amended), which is the result of the implementation of EU law.

⁴¹ Judgment of the Supreme Court of 15 October 2009, I CSK 84/2009, OSNC 2010, No. 4, item 60.

⁴² See e.g. the judgment of the Supreme Court of 9 February 2001, III CKN 578/00, OSNC 2001, No. 7-8, item 120; KOCH, A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności w prawie cywilnym*, Ed. Państwowe Wydawnictwa Naukowe, Warszawa 1975, pp. 63 i 72.

an event if, in the given set of relations and conditions and in the ordinary course of things, without special circumstances, the damage is the ordinary consequence of that event⁴³.

The damage may be the result not only of an act of the wrongdoer, but also of an omission on the part of the wrongdoer, i.e. a failure to perform a duty incumbent on him, which in the case of contractual liability is most often the source of the damage. As rightly pointed out in the doctrine, in such a situation *the conditio sine qua non test* is modified, as it consists in examining whether, had the correct (ordered) action been taken instead of the omitted one, the chance of the damage occurring would have been significantly reduced. It is not required to state unequivocally that, had the prescribed action been taken, the damage would certainly not have occurred, it's sufficient to prove that the prescribed action would have significantly reduced the likelihood of the damage occurring. At the same time, the required (ordered) action must be feasible for the subject to whom it is ordered to be carried out⁴⁴. The case law, as an example, points to the consideration of whether, if an ambulance with resuscitation equipment, rather than an ordinary ambulance, had been sent to a person who had suffered a heart attack, and that person had been transported immediately to an intensive care unit, the chance of saving his or her life would have increased, except that there can be no certainty, however, that resuscitation in such an ambulance would have been successful⁴⁵.

An example of the exclusion of normality of sequelae as a result of the above test can be found in the facts of *Barnett v. Chelsea and Kensington Hospital Management Committee* (1969). Three people called the hospital in the morning about health problems caused by drinking tea. The nurse who answered these calls consulted a doctor who decided that the matter wasn't urgent and there was no need to intervene, and that the patients should consult their own doctors. One of these patients did not manage to consult another doctor as he died of arsenic poisoning, which was the cause of his health problems. The court found that the doctor had breached his duties by failing to examine the patient, but even if he had done so and the patient had received medical care, it would have been impossible to save his life⁴⁶. Thus, although there was a failure of due diligence on the part of the doctor, the lack of causation eliminated his liability for the injury.

It has been clarified in the case law of the Supreme Court that bodily injury or health disorder constituting a complication (consequence of a complication) related to the treatment undertaken can't, as a rule, be seen as a consequence of the failure to provide due information about the complication. There could only be a proximate cause between the two if there were sufficient grounds for assuming that, had proper information been provided, the patient would have refused to consent to the service⁴⁷. In general, in practice in so-called medical cases, in many situations it isn't possible to assume with certainty a proximate cause between the injury of an injured person undergoing treatment in a medical facility and the conduct of the medical personnel. In this connection, the case law emphasises that the court then assesses whether, in the light of the facts established in the case, there is a sufficiently high probability that such a link exists. The basis for its construction is the recognition, based on life experience, that there are circumstances in the light of which such an inference is justified (*res ipsa loquitur*). However, a sufficiently high degree of probability of the existence of such a relationship must be demonstrated for liability for damages to be accepted⁴⁸. In such a case, it is possible to speak of a hypothetical rather than a certain causal relationship. This approach, however, is

⁴³ See e.g. judgment of the Supreme Court of 26 January 2006, II CK 372/05, OSP 2008, No. 9, item 96.

⁴⁴ SOBOLEWSKI, P., in: OSAJDA, K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Legalis 2023, art. 361, thesis No. 29.

⁴⁵ See judgment of the Supreme Court of 24 May 2005, V CK 654/04.

⁴⁶ See ROGERS, W.V.H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, Ed. Sweet & Maxwell, London 1989, p. 132.

⁴⁷ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 5 July 2018, I CSK 550/17; of 19 June 2019, II CSK 279/18.

⁴⁸ See judgment of the Supreme Court of 3 April 2019, II CSK 96/18.

(rightly) a convenience for the patient, who would otherwise often be deprived of the possibility of successfully claiming medical damages.

It's only if the debtor acts intentionally with the aim of breaching an obligation that liability can arise, despite the lack of a proximate cause link between his conduct and the creditor's damage; the debtor is then charged with all the consequences of his conduct, regardless of whether they can be qualified as being in an adequate proximate cause link with that conduct – the so-called principle of absolute liability for damage caused intentionally⁴⁹. In any situation, however, it's irrelevant whether the debtor foresaw the fact of the damage and its extent (amount).

5. The presumption of fault

Non-performance or improper performance of an existing obligation may be caused by circumstances for which the debtor is responsible and for which he is not. Since the contractual liability of the doctor is based on the principle of fault, it follows from Article 471 of the Civil Code that, in order to be relieved of liability in connection with the contract, the doctor must demonstrate that the non-performance or undue performance of the obligation was a consequence of circumstances for which he or she isn't responsible. While it is for the patient to prove all the prerequisites of the doctor's contractual liability for damages, and failure to prove any of the prerequisites must result in the dismissal of the patient's claim, the burden of proof is shaped differently when it comes to exemption from this liability. Accordingly, the acceptance of liability of the debtor on the basis of Article 471 of the Civil Code isn't dependent on the creditor proving that the improper performance of the obligation is a consequence of circumstances for which the debtor is responsible. It's the debtor, in order to free himself from liability, who should prove the existence of such factual circumstances which, in the circumstances of the case, would give grounds for assessing that the non-performance or improper performance of the obligation was a consequence of circumstances for which he isn't responsible⁵⁰. The patient's demonstration of the three prerequisites for the doctor's liability updates the need for a defence on his part as debtor. The debtor (here: the doctor) may, of course, present evidence contrary to that of the creditor demonstrating the prerequisites of contractual liability, but may also show that the non-performance or improper performance of the obligation is a consequence of circumstances for which he or she isn't responsible⁵¹. This is because we are dealing here – as it is commonly accepted in the judicature and doctrine – with the so-called presumption of debtor's fault, i.e. a reversal of the principle of the burden of proof, according to which the burden of proving a fact rests on the person who derives legal consequences from this fact (Article 6 of the Civil Code and Article 232, first sentence of the Civil Procedure Code). Such a presumption stems from the fact that it would often be difficult for the creditor to prove the reasons for which the debtor failed to perform an obligation or performed it improperly, as the creditor is usually not involved in the actions undertaken by the debtor. The debtor, on the other hand, can prove the circumstances that caused the breach of the obligation. Furthermore, Article 471 of the Civil Code is intended to protect the creditor (strengthening his position), who acts in trust in the other party to the legal relationship. If it were placed on the creditor to prove that the non-performance or improper performance of the obligation was caused by circumstances for which the debtor was responsible, this would undoubtedly significantly worsen the situation of the creditor. In many cases, the establishment of such a circumstance requires special knowledge, so expert evidence is necessary.

⁴⁹ See BORYSIK, W., in: OSAJDA, K. (ed.), *Kodeks...*, 2023, art. 471, thesis No. 70.

⁵⁰ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 9 January 2002, V CKN 630/00; of 5 December 2008, III CSK 211/08.

⁵¹ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 18 February 2009, I CSK 327/08; of 24 June 2013, II PK 344/12; judgment of the Court of Appeal in Lublin of 19 February 2013, I ACa 717/12.

As indicated, this presumption is rebuttable (*praesumptio iuris tantum*). The prevailing view in the case law is that the debtor will rebut the presumption arising from Article 471 in fine of the Civil Code if he demonstrates a specific circumstance constituting the cause of non-performance or improper performance of the obligation for which he isn't responsible⁵². The doctrine also expresses the view that the debtor does not have to show a specific reason for the non-performance or improper performance of an obligation, as long as he shows that he exercised due diligence in a specific situation⁵³. It's reasonable to combine both positions, as exculpation will occur both if the debtor demonstrates that a particular cause of the breach of duty was due to circumstances for which he isn't responsible and if he demonstrates that he exercised due care in performing the duty regardless of what the actual cause of the breach of duty was⁵⁴. The rebuttal of the presumption of fault may also concern the demonstration of the prerequisites set out in Articles 425 or 426 of the Civil Code, which apply to both tort and contractual liability⁵⁵. However, in the case of medical liability, the latter article doesn't apply, as it concerns the lack of liability for damage caused to a minor under the age of 13. As far as Article 425 of the Civil Code is concerned, it excludes the liability of a person who, for any reason, is in a state that prevents him/her from making a conscious or free decision and expressing his/her will, for damage caused in such a state, unless the person has suffered a mental disorder due to the use of intoxicating beverages or other similar means, provided that the state of disorder wasn't caused by his/her fault. As an example, a situation is given where a doctor couldn't refuse to help a patient even though he was obviously overworked, so that his physical or mental state prevented him from achieving an adequate standard of performance⁵⁶. It's important that the doctor doesn't put himself in such a state through his own fault.

Summary

The doctor's liability for medical (medical) errors is relatively broad in theory, and the patient is in a privileged position, because – if a contract is concluded – in practice he or she can claim damages under two liability regimes. By far the more common of these liability regimes is the *ex delicto* regime, which is only justifiable if it is assumed that in the *ex contractu* regime no redress for non-pecuniary damage is possible, which, as has been shown, isn't justifiable. However, on the assumption that it is also possible to compensate for non-pecuniary damage in the case of a contract for medical services, the distribution of the burden of proof referred to above constitutes a significant facilitation in relation to the patient's claim under the tort regime. The injured party may, for example, claim compensation for pain and suffering associated with disorder of health or bodily injury as a result of the wrongful performance of the contract. If the patient bases his or her claim on Article 415 of the Civil Code, then it is the patient who must prove the doctor's fault, which in practice is often difficult and many times impossible. Despite this, in court practice, it's under the tort regime that patients claim damages far more often. In terms of evidence, however, this is difficult and

⁵² See, e.g., judgments of the Supreme Court: of 20 November 1979, IV CR 376/79, OSNC 1980, No 4, item 80; of 9 January 2002, V CKN 630/00; of 5 December 2008, III CSK 211/08.

⁵³ See e.g. PAJOR, T., *Odpowiedzialność...*, 1982, p. 277 et seq.; SZPUNAR, A., *Odpowiedzialność cywilna. Komentarz w formie glos*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze „Lex”, Sopot 1997, p. 637.

⁵⁴ See e.g. judgments of the Supreme Court: of 9 January 2002, V CKN 630/00; of 7 July 2005, V CK 869/04; WIŚNIEWSKI, T., in: GUDOWSKI, J. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, art. 471, thesis No. 8.

⁵⁵ See, e.g., judgment of seven the Supreme Court judges of 22 October 1975, V PRN 4/75, OSNC 1976, No. 5, item 90; judgment of the Supreme Court of 24 February 1971, II PR 274/70, OSNC 1971, No. 11, item 201; SZPUNAR, A., *Glosa do wyroku SN z 24 lutego 1961 r., 2 CR 1036/59*, OSPiKA 1962, No. 7-8, item 194.

⁵⁶ See e.g. GARLICKI, S., *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959, p. 183.

complicated, starting with the problems of unequivocally establishing who was responsible for causing the damage and where it occurred, especially as the consequences of a medical (medical) error often become apparent after some time. Hospital infection cases, for example, are considered to be particularly complex in terms of evidence. In addition, not every failure of treatment implies liability on the part of the doctor, whether in tort or in the non-performance or improper performance of a contract. This involves demonstrating a normal causal link between the doctor's (usually) omission and the damage, as well as his or her fault. In the case of contractual liability, the patient doesn't have to prove the latter circumstance.

If the patient is able to prove the prerequisites of the doctor's contractual liability, the reversal of the burden of proof makes it relatively difficult for the doctor to absolve himself from liability on the basis of Article 471 of the Civil Code, bearing in mind the heightened measure of diligence (Article 355 § 2 of the Civil Code). A contract for the provision of medical services is entered into by a medical professional; the patient is always the weaker party to such a contract. This means that any medical error, irrespective of the doctor's will (i.e. whether he acts intentionally or unintentionally), will result in his liability for damages under Article 471 of the Civil Code, provided it was a culpable error. As rightly emphasised in the case law, not every medical error, but only a culpable one, may result in the liability of the doctor or the State Treasury, of which the doctor is an officer, for the resulting damage to the patient. In particular, there are no grounds for such liability if the erroneous identification of the disease in a healthy person was justified by the symptoms and the treatment applied, which would have been appropriate to undertake immediately in the case of a real disease, didn't have any negative consequences for that person other than transient ailments⁵⁷. The doctor is entitled to make a mistake, as no one is infallible unless the mistake is culpable⁵⁸. The lack of need to prove the doctor's fault in the circumstances indicated in Article 471 of the Civil Code gives the patient the opportunity to successfully pursue a claim for damages.

BIBLIOGRAPHY

- BANASZCZYK, Z., GRANECKI, P., *O istocie należytej staranności*, „Palestra” 2002, No. 7–8.
- BĄCZYK-ROZWADOWSKA, K., in: BAGIŃSKA, E. (red.), *System prawa medycznego. Tom 5. Odpowiedzialność prywatnoprawna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021.
- CZACHÓRSKI, W., *Prawo zobowiązań w zarysie*, Ed. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968.
- DOMAŃSKI, G., *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania a odpowiedzialność kontraktowa w prawie francuskim*, *Studia Cywilistyczne* 1972, Vol. XX.
- DROZDOWSKA, U., *Problematyka podstaw odpowiedzialności cywilnej zakładów opieki zdrowotnej – wybrane zagadnienia*, „Radca Prawny” 2002, No. 3.
- DYBOWSKI, T., PYRZYŃSKA, A., in: ŁĘTOWSKA, E. (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013.
- GARLICKI, S., *Odpowiedzialność cywilna za nieszczęśliwe wypadki*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1959.
- GAWLIK, Z., in: KIDYBA, A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz, Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. LexisNexis, Warszawa 2014.
- GOŁACZYŃSKI, J., in: KATNER, W.J. Katner (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023.
- GUTOWSKI, M., in: GUTOWSKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Art. 353-626*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022.

⁵⁷ Judgment of the Supreme Court of 8 December 1970, II CR 543/70, OSNC 1971, No. 7-8, item 136; see also judgment of the Court of Appeal in Lublin of 17 January 2019, I ACa 133/18.

⁵⁸ NESTEROWICZ, M., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.2.2006 r.*, I ACa 69/06, „Prawo i Medycyna” 2007, No. 4, p. 137.

- JASTRZĘBSKI, J., *Glosa do wyroku SN z 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, „Przegląd Sądowy”* 2006, No. 9.
- KOCH, A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności w prawie cywilnym*, Ed. Państwowe Wydawnictwa Naukowe, Warszawa 1975.
- KRAJEWSKI, M., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania (próba alternatywnego ujęcia)*, „Państwo i Prawo” 2000, No. 8.
- KRYLA-CUDNA, K., *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową powstałą wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018.
- LASKORZYŃSKI, P., KOWALCZYK, Ł., *Zobowiązania starannego działania i rezultatu – dyskusja*, „Radca Prawny” 2003, No. 6.
- MACHOWSKA, A., *Koncepcja zobowiązań rezultatu i starannego działania i jej doniosłość dla określenia odpowiedzialności kontraktowej*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, No. 3.
- MACHNIKOWSKI, P., in: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021.
- MAREK, Z., *Błąd medyczny odpowiedzialność etyczno-deontologiczna i prawna lekarza*, Ed. Wydawnictwo Medyczne, Kraków 2007.
- MASŁOWSKI, Z., in: RESICH, Z., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1972, Vol. II.
- NESTEROWICZ, M., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 21.2.2006 r., I ACa 69/06, „Prawo i Medycyna”* 2007, No. 4.
- NESTEROWICZ, M., *Kontraktowa i deliktowa odpowiedzialność lekarza za zabieg leczniczy*, Ed. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa-Poznań 1972.
- NESTEROWICZ, M., *Podstawy prawne zabiegów lekarskich w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Palestra” 1976, No. 1.
- NESTEROWICZ, M., *Prawo medyczne*, Ed. Dom Organizatora TNOiK, Toruń 2019.
- NOWAKOWSKI, Z.K., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1959, No. 2.
- OGIEGŁO, L., *Usługi jako przedmiot stosunków obligacyjnych*, Katowice 1989.
- PAJOR, T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Ed. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1982.
- POPIOŁEK, W., in: PIETRZYKOWSKI, K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom II. Art. 450-1088*, Warszawa 2015 and 2021.
- REZLER, J., *Naprawienie szkody wynikłej ze spowodowania uszczerbku na ciele i zdrowiu (według prawa cywilnego)*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1968.
- ROGERS, W.V.H., *Winfield & Jolowicz on Tort*, Ed. Sweet & Maxwell, London 1989.
- ROMANOWSKI, M., *Zobowiązania rezultatu i starannego działania*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, No. 2.
- SAFJAN, M., *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu*, in: PYZIAK-SZAFNICKA, M. (ed.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Ed. Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004.
- SOBOLEWSKI, P., in: OSAJDA, K. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Legalis 2023.
- SOŚNIAK, M., *Błąd rozpoznania jako podstawa odpowiedzialności lekarza*, „Prace Prawnicze Uniwersytetu Śląskiego” Vol. II, Katowice 1971.
- SOŚNIAK, M., *Cywilna odpowiedzialność lekarza*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977.
- SZANCIŁO, T., in: ZAŁUCKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023.
- SZPUNAR, A., *Glosa do wyroku SN z 24 lutego 1961 r., 2 CR 1036/59, OSPiKA* 1962, No. 7-8, item 194.

- SZPUNAR, A., *Odpowiedzialność cywilna. Komentarz w formie glos*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze „Lex”, Sopot 1997.
- SZPUNAR, A., *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1975.
- TRZASKOWSKI, R., *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, „Przegląd Sądowy” 2006, No. 5.
- WIŚNIEWSKI, T., in: GUDOWSKI, J. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom 3. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.
- ZAGROBELNY, K., w: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021.
- ZOLL, F., in: OLEJNICZAK, A. (ed.), *System prawa prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 106-124
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Instrumentos de regularização fundiária urbana e a efetivação do direito a digna moradia no Brasil: uma proposta de interpretação sistemática do artigo 1.228 do Código Civil e a Lei de Regularização Fundiária

Urban land regularization instruments and the enforcement of the right to decent housing in Brazil: a proposal for systematic interpretation of article 1,228 of the Civil Code and the Land Regularization Act

Marcelo Sampaio Siqueira¹

Álison José Maia Melo²

Thales de Oliveira Machado³

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7)

Sumário: 1. Introdução. 2. Panorama das moradias no Brasil: direito de moradia. 3. A política pública de regularização fundiária no Brasil. 4. O artigo 1.228 do Código Civil em confronto com a Lei nº 13.465, de 2017. 5. Conclusão.

Resumo: O aumento populacional sem o proveito adequado do direito de propriedade vem crescendo, tornando-se necessária uma análise da realidade a partir das regras de resguardo dos cidadãos em relação às suas moradias. O objetivo da pesquisa concerne em averiguar o instituto da regularização fundiária urbana à luz não somente da sua Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017, mas também através da Constituição Federal de 1988 e do artigo 1.228 do Código Civil. Busca-se apresentar como a junção da Regularização Fundiária Urbana (Reurb) e o dispositivo 1.228 do Código Civil podem, juntos, auxiliar na preservação do direito à moradia e à propriedade, bem como identificar possíveis hiatos legislativos no tema. Para que seja alcançado o eixo principal do presente estudo, utiliza-se o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa de bibliografia e documentos. Conclui-se que o artigo 1.228 do Código Civil e a Reurb devem ser utilizadas de maneira complementar, e não de forma excludente, com o fim de promover o acesso da população de baixa renda a um imóvel com justo título de natureza real. O Estado deve exercer

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7. Professor Titular de Direito Civil da UNI7. Procurador do Município de Fortaleza.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7. Professor Titular de Direito Empresarial da UNI7. Servidor público. Advogado.

³ Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Privado pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Especialista em Direito Imobiliário, em Direito Notarial e Registral e em Direito Empresarial. Advogado.

ativamente sua obrigação de executar os direitos fundamentais dos indivíduos, mais especificamente o direito de propriedade.

Palavras-chave: Regularização Fundiária; Direito de Propriedade; Habitação; dignidade da pessoa humana.

Abstract: The population increase without the proper fulfillment of the right of property has been growing, making it necessary an analysis of the reality from the rules that protects citizens in relation to their homes. This research aims to investigate the institute of Urban Land Regularization (Reurb) in the light of Brazilian Law No. 13,465 of July 11, 2017, but also through Brazilian Federal Constitution of 1988 and of article 1,228 of Brazilian Civil Code. It presents how the combination of Reurb and article 1,228 provision can assist in the preservation of the social right to housing and property, as well as to raise possible legislative gaps on the subject. In order to achieve the main axis of this study, it adopts deductive methodology through qualitative research, based on literature, laws and jurisprudence. It concludes that article 1,228 of the Civil Code, as well as Reurb, can be used in a complementary fashion, and not by exclusion, aiming the purpose of promoting low-income population access to a property with fair real nature title. Nevertheless, it is necessary for the State to exercise actively its obligation to enforce the fundamental rights of individuals, more specifically the right to property.

Keywords: Land regularization; Property right; Housing; dignity of human person.

1. Introdução

É pública e notória, e especialmente agravada em virtude da crise sanitária e econômica causadas pelo impacto do Coronavírus, a desigualdade social que aflige a sociedade brasileira, onde 28% do total da renda brasileira está concentrada em 1% da população brasileira e os 40% mais pobres sobrevivem com somente 10%⁴. Esse dado é suficiente para demonstrar a pobreza da maioria do povo brasileiro, cuja consequência é sentida em diversos aspectos sociais, entre os quais se destaca a questão da falta de moradia e os prejuízos à dignidade sofrida pelos cidadãos.

O desrespeito ao direito de moradia e a necessidade de uma política que possibilite o acesso da população a uma habitação digna abre uma discussão não só acerca da melhor política, mas principalmente ascende a necessidade de se promover uma consistente distribuição do bem em questão e de se realizar uma regularização fundiária, provendo a população de justo título do imóvel ocupado e possibilitando uma escorreita sucessão. A crise da moradia no Brasil permanece grave e a pandemia do novo coronavírus agravou o cenário de descaso nas áreas irregulares, especialmente nas favelas⁵, demonstrando, assim, a situação de vulnerabilidade a que se submetem as famílias que moram nessas áreas.

É necessário aduzir a regularização fundiária urbana contextualizando-a entre o direito à propriedade privada e a dignidade da pessoa humana, visto que é possível identificar as diferentes realidades, direitos e expectativas de inúmeros brasileiros ao confrontar os três assuntos. A partir disto, convém considerar o aumento desregrado populacional que, confrontado com o padrão de produção capitalista que determina a forma de ocupação dos espaços urbanos de forma a atender à sua lógica de redução de despesas à custa do bem-estar social, resulta em um desenvolvimento urbano inadequado, e a consequência disso diz respeito a políticas públicas não suficientes para a sociedade de modo geral⁶.

⁴ UNDP (United Nations Development Programme). *Human Development Report 2019: beyond income, beyond averages, beyond today: inequalities in human development in the 21st century*, UNDP, New York, 2019, p. 309.

⁵ LIMA, J. D. "How the Pandemic Exposes the Housing Crisis in Brazil", *RioOnWatch: 11 years of community reporting in Rio*, 2020.

⁶ MONTEIRO, A. R., VERAS, A. T. R. "A questão habitacional no Brasil", *Mercator*, 16, 2017.

Em função dessa grande confusão social causada pelo crescimento urbano desordenado, surge a problemática do conflito fundiário urbano, ocasionado pela ocupação de áreas públicas ou privada por pessoas que buscam satisfazer às necessidades de moradia. O conflito instalado e a falta de regularização colocam milhões de brasileiros à margem de um título que lhes confira direitos, como propriedade e acesso a crédito.

Paralelamente ao problema social e ao direito de propriedade e posse, a Constituição Federal ressalta que a propriedade deverá cumprir a sua função social (art. 5º, XXIII; art. 170, III). Tal limite, portanto, aponta que nem a propriedade, nem a posse serão absolutos; do contrário, somente serão plenos quando cumprirem com o dever de ordenação das cidades exposto no plano diretor (art. 182, § 2º). Em ocorrendo descumprimento desta função social, o proprietário perde a garantia do direito de propriedade (art. 182, § 4º).

A Lei nº 13.465, editada em 2017, tem como objetivo fornecer regramento à regularização fundiária no Brasil, dada a extrema importância social do tema, justificando-se através dos dados que serão explanados no decorrer do artigo e das questões relativas ao desenvolvimento social e ao controle da propriedade. Como dito, a supracitada lei tem como encargo, entre outros tópicos tratados em seus artigos, a realização da Regularização Fundiária Urbana (Reurb), que visa conceder título de direito real a pessoas desprovidas de segurança jurídica no tocante sua posse, permitindo a população acesso a propriedade ou direito real sobre coisa alheia.

A Reurb pacifica a desigualdade social através do seu conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, sociais e ambientais que visam a regularização de núcleos urbanos informais, isto é, a Reurb diz respeito a um procedimento que pretende regularizar diversas moradias irregulares por meio de duas modalidades, a Reurb-S (de interesse social) e a Reurb-E (de interesse específico), os quais trazem, através de seus instrumentos, alternativas práticas a fim de executar o direito à moradia e à propriedade.

O problema principal do presente artigo consiste na identificação da compatibilidade entre as regras da Lei nº 13.465, de 2017, no tocante a regularização fundiária de ocupações, e o art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, a partir da perspectiva da propriedade imobiliária urbana, acerca do desregramento do direito de moradia e de que forma a Reurb pode se mostrar efetiva para as políticas públicas voltadas à garantia de uma habitação digna. Isto é, a regularização promovida pela regra dos parágrafos do artigo 1.228 constitui um tipo de "Reurb"?

A questão central é analisar se a regularização fundiária realizada pelo Município e regulado pela citada Lei de 2017 entra em conflito com a norma do artigo 1.228 do Código Civil, responsável por impor limites ao direito de propriedade, ou se as duas podem coexistir.

No tocante aos aspectos metodológicos, a concretização deste artigo parte de pesquisa bibliográfica na produção teórica, legislativa e doutrinária sobre o assunto registrada em suportes diversos, como livros, artigos científicos e diplomas legais, bem como em decisões judiciais. Com o emprego do método dedutivo, procura-se resolver os problemas interpretativos referentes à efetividade da regularização fundiária urbana prevista na Lei do Reurb.

O desenvolvimento da pesquisa foi dividido em três partes: na primeira, aborda-se o panorama da propriedade imobiliária no Brasil, sendo responsável por introduzir o assunto e embasar o que se averigua na segunda parte, que concerne ao instituto da Reurb; e, por fim, na terceira seção, analisa-se a regra do artigo 1.228 do Código Civil tendo em considerando o tema regularização fundiária urbana e a efetivação do direito a digna moradia como valorização da propriedade à luz da Constituição Federal de 1988.

2. Panorama das moradias no Brasil: direito de moradia

Partindo de uma análise histórica, pode-se exprimir que o desenvolvimento das grandes metrópoles do Brasil, com o passar do último século, destacou-se pela constituição de duas urbes diferentes: uma legal e outra ilegal, as quais se diferem pelo fato de que a primeira possui enfoque na classe média e alta, em menor número, e a segunda, por sua

vez, abriga a população de classe baixa, de porte mais periférico, estendendo, por consequência, para a região metropolitana⁷. A conotação de legalidade para a classe média e alta, todavia, tem um caráter meramente superficial, marcado pelo registro do título, mas muitas vezes passa por outros tipos de ilegalidade, a exemplo da instalação de empreendimentos imobiliários em áreas de proteção ambiental, sem a realização de estudos adequados para outras dimensões dos espaços urbanos (como a existência de sítios arqueológicos ou o impacto na mobilidade). A construção da estética da legalidade para a elite reflete o padrão da sociedade brasileira.

Nos primeiros anos do século passado, a sociedade se fortaleceu por consequência dos fluxos migratórios ocorridos a fim de assegurar mão de obra para trabalhos rurais. Com isso, a rápida e, por conseguinte, desordenada mudança de um território rural para urbano pode ser explicada em todo a amplitude nacional através da lógica do processo de industrialização à época, ocasionando o surgimento de cidades desorganizadas em torno dos mercados crescentes⁸. O acontecimento da urbanização, ao passo em que é decorrência imperiosa no processo de renovação da nação, também diz respeito a um ambiente de produtividade de desigualdades sociais e socioeconômicas⁹.

As desigualdades sociais no Brasil observadas desde a época da colonização refletem principalmente nas moradias, sendo as favelas a maior demonstração que ratifica essa realidade. Nesse cenário o quantitativo de pessoas que residem nesses aglomerados é grandioso. Segundo o Censo 2010 do IBGE, o Brasil tinha cerca de 11,4 milhões de pessoas morando em favelas (6% da população à época)¹⁰. Em 2020, mesmo não tendo ocorrido o censo por problemas decorrentes da COVID-19, esse número é exponencialmente maior. A projeção mostra 5,1 milhões de habitações em favelas ou aglomerados subnormais, totalizando um número superior 15 milhões de habitantes¹¹.

O ordenamento constitucional do Brasil, em 1988, resguarda formalmente o direito social à moradia, através da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, que em conjunto com outros princípios, como a função social da propriedade e dignidade da pessoa humana confere direito subjetivo aos desprovidos de habitação, esbarrando a efetividade no princípio da reserva do possível. Nada obstante, o direito à moradia compõe a base dos direitos sociais, que estão historicamente relacionados com a necessidade de organização do espaço urbano decorrente do êxodo rural aliado à organização do trabalho nas cidades. Para Nassar¹², o direito à moradia deve ser analisado em duas variáveis distintas, sendo a primeira a dimensão positiva, que diz respeito à obrigação estatal de executar uma política habitacional de interesse social; a segunda, por sua vez, diz respeito à dimensão negativa, a qual acarreta sobrestar os deslocamentos forçados da população, geralmente de baixa renda, e possibilitar a regularização nos locais que ocupam.

Diante de tais ocorridos históricos, de acordo com a análise feita pela Fundação João Pinheiro em 2017, o ano de 2015 possuía um déficit habitacional de cerca de 5.572.000 milhões de domicílios, bem como, no que diz respeito à inadequação fundiária, um número de 1.871.000 de domicílios¹³. Nos dias atuais, o pertinente confronto no que diz respeito à falta de habitação adequada para a população de classe baixa deve se dar através da constituição de instrumentos políticos e econômicos apropriados. Ademais, o déficit em 2019 fechou em 7,79 milhões de moradia – número que, mesmo expressando

⁷ D'OTTAVIANO, M. C., SILVA, S. L. "Regularização fundiária no Brasil: velhas e novas questões", *Planejamento e Políticas Públicas (PPP)*, 32, 2009, p. 204.

⁸ LIMA, D. F., SOUSA JUNIOR, A. M. "Marcos regulatórios da regularização fundiária urbana: foco nas leis 11.977/2009 e 13.465/2017", *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 3, 2020, p. 1837-1838.

⁹ SANTOS, M. *Urbanização Brasileira*, Edusp, São Paulo, 2008.

¹⁰ BELLO, L. "Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas", *Agência Notícias IBGE*, 2017.

¹¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. "Aglomerados subnormais: o que é", *[Portal do] IBGE*, 2020.

¹² NASSAR, P. A. S. *Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, Dissertação de Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, 2011, p. 21

¹³ NASCIMENTO, M. C. G. *Regularização Fundiária de Interesse Social no Direito Brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 43.

uma queda à frente de 2018, explana a importância de haver instrumentos que executem de maneira ativa o regramento do direito à moradia¹⁴.

Mais recentemente, o contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus (COVID-19 ou SARS-CoV-2) contribuiu para o aumento de percentual de pobreza e infraestrutura no país, trazendo resultados mais negativos em relação ao direito à moradia se comparado a 2019: em 2020, o levantamento indicou um déficit absoluto de 6.346.000 habitações no Brasil, tendo como adensamento excessivo 5,2% do déficit; a coabitação, por sua vez, apresentou 29,9% de déficit, isto é, 1.900.444 moradias¹⁵. Essa situação de crise sanitária ressaltou mais uma dimensão necessária e relevante do direito à moradia, consistente na garantia de um ambiente resiliente, propício para a redução de contágio de endemias, epidemias e pandemias.

Diante de tal fato, é necessário pautar a necessidade de formulação e aplicabilidade de políticas públicas a fim de concretizar severamente o direito de propriedade, sendo indubitável afirmar que tal encargo estatal não diz respeito a ofertar habitação para toda a sociedade, mas, sim, desobstruir a todos, sem distinção, o acesso à habitação de maneira idônea por meio de planejamento e programas focados aos segmentos sociais no espectro do mercado imobiliário, visto que a igualdade não pode ser entendida como um valor despótico, sob pena de vitimar a própria sociedade da soberania popular¹⁶.

Tendo em vista a abordagem tanto do direito à moradia, quanto o de propriedade, faz-se imperioso afirmar que a moradia diz respeito a uma prerrogativa que abraça e limita o direito de propriedade, isto é, ambos não são discordantes; entretanto, existem ocorrências, na esfera de políticas habitacionais e urbanas, em que estes entram em oposição e, consequentemente, o predomínio de um destes só pode ser estipulado em casos concretos.

Ao passo que a moradia presume território, lugar para habitar, sua prestação perpassa uma contestação por espaço, embasada com o modelo clássico do direito de propriedade e seu espólio individualista. Mesmo que o princípio da função social da propriedade, retratado desde a Constituição de 1934, traga uma perspectiva socializante de configuração do direito de propriedade, este não se separou de seu legado especulativo; ocupar-se de terra ou de grande quantidade de imóveis, utilizando-os e usufruindo-os com total independência, ainda é compreendido como resquício de sua compreensão como direito natural no imaginário capitalista. No debate político e judicial, as diferentes visões persistem em dialética convivência.

Mesmo defronte ao predomínio histórico da visão proprietária, tal conjuntura tem-se aumentado para o manejo de outras ferramentas jurídicas que não são patrimônio *stricto sensu*, mas que se apresentam de maneira jurídica e faticamente possíveis, visto que se envolvem em perspectivas que impedem a apropriação privada, como em hipóteses de legitimação de posse.

A posse está intimamente ligada a propriedade, sendo a exteriorização desta. Guido Alpa¹⁷, ao falar da evolução do conteúdo da propriedade, faz a seguinte conclusão: "A propriedade, como é entendida hoje, é o resultado de um longo processo histórico no qual o conteúdo do direito vem modelado pela evolução política, social e econômica dos diversos países e a forma jurídica que o exprime sofre, portanto, modificações notabilíssimas. É um grave erro interpretar os institutos de *dominium* ou de *possessio* do Direito Romano, aplicando-lhes as nossas categorias. Para além das afinidades (ou

¹⁴ CONCEIÇÃO, A. "Déficit habitacional tem leve queda em 2019, mas peso do aluguel para as famílias aumentou", *Valor Investe*, 2020.

¹⁵ ARANTES, J. T. "Déficit habitacional é obstáculo para isolamento social, dizem cientistas", *Agência FAPESP*, 2020.

¹⁶ BITENCOURT, C. M. "Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015, p. 84.

¹⁷ ALPA, G. *Che cos'è Il diritto privato?* Laterza, Roma, 2007, p. 86.

identidades) terminológicas, seus conteúdos são muito diversos daqueles do medievo, daqueles do início do século XIX e dos de hoje”¹⁸.

O titular do direito de propriedade, como também da posse, que usa seu bem sem atender, na mesma medida, ao bem-estar social está sujeito a sanções estatais, como a perda destas. Não se defende nesse artigo a socialização da propriedade privada, mas seu uso em conformidade com o ordenamento jurídico, que tem como fundamento primário a Constituição. A posse possui a mesma garantia da propriedade, sendo que seu exercício pode levar a aquisição da propriedade, como também a perda, em outras situações.

A função social da propriedade, como também da posse, que constitui um princípio dirigido ao proprietário, compõe, conforme visto, uma limitação ao direito de propriedade e não a propriedade, podendo ser visto, sim, como elemento isolado da propriedade, mas não dissociado, cujo conteúdo é restringir a liberdade individual do titular do direito e forçá-lo a socializar o uso daquele bem, o que constitui um dever, sob pena de esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade. Portanto, não só o conteúdo da função social está atrelado ao critério econômico, mas também à sua consequência. O direito à posse imobiliária do solo e o uso da faculdade de construir, para estarem devidamente garantidos pelo poder estatal, obrigam ao proprietário ou possuidor a manter o uso em conformidade com as finalidades sociais e econômicas exigidas (artigo 1228 do CC) e reconhecidas para aquele dado momento, constituindo, sim, um dever fundamental.

Para que possam se efetivar direitos sociais no espectro do direito à habitação, é importante uma união de providências palpáveis fornecidas pelo Estado. Destarte, é importante a regularização formal de posses e propriedades nos ditames de regularização fundiária, a fim de não enjeitar os cidadãos no livre mercado imobiliário. Devem ser instituídos procedimentos que impossibilitem ou prejudiquem a interferência de sua estratégia acumuladora e supressiva, de forma que a introdução eficaz à habitação seja assegurada. Esse desempenho deve ser embasado pelo apoderamento ordenado do solo, de forma a impossibilitar que este seja apossado por certos centros de poder, inviável para grande parte da sociedade¹⁹.

No Brasil, ao se analisar a jurisprudência e a doutrina, observa-se que o direito social à moradia constitui também um direito subjetivo, considerando-se a carência de grande parte da população e a necessidade de execução de medidas que garanta o acesso. Ressalta-se que como esse fato jurídico em análise, direito a moradia, não apresenta grande relevância para os países europeus, que constituem em sua maioria Estados desenvolvidos, há uma tendência de não se conferir ao direito de moradia o caráter subjetivo. Em síntese, nos países desenvolvidos, o direito fundamental à habitação é tido como uma espécie de norma programática de eficácia plena, mas dirigida ao executivo e ao legislador.

O acesso da população a propriedade imobiliária urbana constitui importante fator de promoção da dignidade da pessoa humana. Andrade²⁰ afirma que “a efetivação do Direito Fundamental Social à Moradia é condição basilar para o cumprimento dos compromissos constitucionais de 1988. Sua realização é premissa para a realização de vários outros direitos fundamentais, individuais e sociais, e por isso merece tratamento especial no que tange às prioridades da agenda política das cidades brasileiras.” O direito de propriedade a um bem, para fins de moradia, por exemplo, permite ao seu titular não só as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, mas principalmente confere poderes de habitação de forma exclusiva e absoluta, mesmo que limitada pela legislação e funções sociais da propriedade e das cidades.

¹⁸ No original: “*La proprietà, come oggi è intesa, è il risultato di un lungo processo storico nel quale il contenuto del diritto viene modellato dall’evoluzione politico sociale ed economica dei diversi paesi e la forma giuridica che lo esprime subisce perciò notevolissime modificazioni. È grave errore interpretare le espressioni di dominium o di possessio, del diritto romano, applicando ad esse le nostre categorie. Al di là delle affinità (o identità) terminologiche, i loro contenuti sono assai diversi da quelli del medioevo, da quelli del primo ottocento e da quelli di oggi.*”

¹⁹ FERREIRA FILHO, P. S. “As lógicas por trás das políticas de regularização fundiária: a alteração de paradigma pela lei 13.465/2017”, *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 3, 2018, p. 1452.

²⁰ ANDRADE, L. T. *Manual de direito urbanístico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 63.

Conforme defendido por Siqueira²¹, a função social da cidade expressa um preceito constitucional dotado de positividade e eficácia, que condiciona diretamente o desenvolvimento urbano da cidade. O condicionamento ocorre no sentido de que toda intervenção urbanística, entre elas a edificação promovida pelos particulares, deve atender ao princípio do bem-estar social. A diferença entre função social da propriedade imobiliária urbana e função social da cidade é sutil, já que o fim perseguido por ambas é semelhante, mas a segunda possui um raio de ação mais difuso, amplo e direcionado à Administração Pública, enquanto a primeira tem como objeto a restrição constitucional direta do direito de propriedade, direcionada ao proprietário.

Por fim, é necessário pautar que os problemas relacionados à escassez no que diz respeito a falta de acesso ao direito de propriedade imobiliário no âmbito nacional em muito tem relação com as atuais circunstâncias precárias em que vivem as classes mais baixas, exigindo do Estado uma atuação proativa no respeito ao este direito subjetivo. Portanto, a seção a seguir aborda a Regularização Fundiária Urbana (Reurb), isto é, o processo através do qual se assegura o direito à moradia àqueles que habitam em assentamentos informais encontrados em áreas urbanas. A seguir, apresentar-se-á a legislação específica que interliga o tema principal do artigo: a regularização fundiária.

3. A política pública de regularização fundiária no Brasil

A intitulada “Reurb” refere-se a mais uma tentativa de promover uma ampla Regularização Fundiária Urbana, outrora abordada pela Lei nº 11.977, de 2009. A definição completa do instituto é apresentada pela nova Lei relacionada ao tema, isto é, a Lei nº 13.465 de 2017, que trata de outros assuntos, como por exemplo, direito de laje, afirmando que se constitui em medidas urbanas, legais, ecossistêmicas e sociais focadas na integração dos núcleos urbanos não formais ao ordenamento territorial urbano, bem como à qualificação de seus habitantes.

Referida Lei trouxe duas modalidades de Reurb, a de interesse social (Reurb-S) e a de interesse específico (Reurb-E). O presente estudo se limitará a tratar da Reurb-S, destinada a situações de interesse social, isto é, núcleos urbanos informais consolidados²² ocupados por população de baixa renda reconhecida pelo executivo municipal, na dicção do artigo 13, inciso I da Lei 13.465/2017. Não se dedicará atenção às hipóteses de interesse específico ou Reurb-E.

Os instrumentos regulados pela Lei mostram uma preocupação do legislador em dar acesso a um direito real a possuidores ou detentores de bem imóvel desprovidos de regularização, possibilitando, por exemplo, sucessão, transmissão de direitos, formalização de atividades empresariais no local etc. Além do mais a Reurb, regulada pela Lei de 2017, artigo 33, possibilita reordenação urbana de áreas ocupadas e alheias aos cumprimentos das normas urbanísticas das cidades.

Mesmo após o consenso em relação à importância de regularizar os assentamentos informais, a Reurb, que dispõe tanto em relação às regularizações urbanas, quanto rurais, é resultado de uma veemente discussão desde o seu nascimento, visto que, além de modificar diversas outras leis, a Lei nº 13.465, de 2017, substituiu de forma

²¹ SIQUEIRA, M. S. *Direito de construir: perfil constitucional e restrições*, 2. ed., Juruá, Curitiba, 2018.

²² BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017: “Art. 11. Para fins desta Lei, consideram-se: I - núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural; II - núcleo urbano informal: aquele clandestino, irregular ou no qual não foi possível realizar, por qualquer modo, a titulação de seus ocupantes, ainda que atendida a legislação vigente à época de sua implantação ou regularização; III - núcleo urbano informal consolidado: aquele de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação, a natureza das edificações, a localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos, entre outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município; [...]”.

integral a legislação basilar acerca da regularização fundiária urbana²³. Todo o procedimento criado pela nova lei, que é complexa, prescinde de um procedimento administrativo com definição das pessoas que podem efetivar o requerimento, conforme o artigo 14 da Lei da Reurb, até a aprovação do projeto, de acordo com o artigo 40, considerando a natureza do bem público (União, Estado ou Município) ou privado.

Como já ocorria na Lei de 2009, portanto, a regularização fundiária somente pode ocorrer após a aprovação, pelo município, de um projeto urbanístico específico para cada assentamento. O referido projeto terá como objetivo promover o parcelamento do solo, indicando os logradouros e terrenos públicos, bem como definir a localização dos futuros lotes²⁴. Logo, o objetivo do projeto não é tão somente regularizar, mas especialmente urbanizar a área indicada.

De acordo com o Enunciado 593, explanado na VII Jornada de Direito Civil, “é indispensável o procedimento de demarcação urbanística para regularização fundiária social de áreas ainda não matriculadas no Cartório de Registro de Imóveis, como requisito à emissão dos títulos de legitimação da posse e de domínio”²⁵.

A lei é responsável por criar uma nova ferramenta jurídica, definida como “legitimação fundiária”, que concede ao município o dever de atribuir a propriedade do terreno, seja ele público ou privado, ocupado ao morador de núcleo urbano informal consolidado, existente em 22 de dezembro de 2016, independentemente do pedido anterior de posse, isto é, o dono de um terreno invadido em novembro de 2016 poderá, portanto, ser confiscado por um ato do município, sem direito a qualquer tipo de indenização, caso este compreenda que a ocupação estava consolidada na data citada²⁶.

A lei de 2017, em comparação com a lei de 2009, Lei nº 11.977/09, é bem mais abrangente, não só por regular a denominada Reurb-E (núcleos urbanos informais ocupados por pessoa não qualificadas na hipótese da Reurb-S, no artigo 13 da Lei 13.465/2017), mas por regular diversos instrumentos, a exemplo do direito de laje – compreendido como direito real autônomo e independente²⁷ – e do condomínio de lotes, que visam a regularizar o uso da propriedade ou de outra espécie de direito real sobre o bem em questão. Outro importante aspecto é que a nova lei permite a transferência de domínio de áreas públicas, além de promover um reordenamento urbano, após projeto realizado e executado pelo Município.

A matéria é prolixa, existindo atualmente três Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) envolvendo a Lei nº 13.465/17, pela a inconstitucionalidade total e parcial. Todas elas se encontram na relatoria do Ministro Dias Toffoli e estão conclusas desde setembro de 2020 e sem concessão de medida liminar. A ADI nº 5.771/DF, interposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), questiona relevância e urgência para edição MP 759 que se converteu na Lei Federal nº 13.465/17; a ADI nº 5.787, interposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), discute renúncia de receita na venda de imóveis públicos, alienação de patrimônio sem interesse público, e violação de publicidade; e a ADI nº 5.883, interposta pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB), ataca a constitucionalidade procedimentos de regularização e do Sistema de Registro Eletrônico dos Imóveis²⁸.

É digno de nota a existência de outros aspectos polêmicos da Lei no tocante a questões inconstitucionais, podendo citar que a Constituição de 1988, por sua vez, concede somente a usucapião de terrenos privados de até 250 m², em caso de posse superior a 5 anos que não fora contestada pelo proprietário, na forma do artigo 183, e que a Lei de 2017 possibilita a perda da propriedade de bens públicos, considerando o projeto de

²³ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

²⁴ PINTO, V. C. “Mitos e verdades sobre a nova Lei da Regularização Fundiária Urbana”, *Caos Planejado*, 2017.

²⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*, CJF, Brasília, 2015.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

²⁷ FARIAS, C. C., EL DEBS, M., DIAS, W. I. *Direito de laje: do puxadinho à digna morada*, JusPodivm, Salvador, 2020, p. 55.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “ADI 5771”, [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2017; Id. “ADI 5787”, [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2017; Id. “ADI 5883”, [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2018.

reurbanização. Destaca-se em acréscimo o comando da Lei 13.465/2017 que dispõe sobre desafetação de bem público municipal, no artigo 71²⁹, cabendo tal competência à lei municipal. Discussão interessante é acerca da constitucionalidade de regras de Lei Federal, cuja competência é nitidamente dos Municípios, como dispor de bens públicos municipais.

Em síntese, considerando que o texto constitucional não autoriza a usucapião de bens públicos, os ocupantes de área pública, que nunca tiveram a alternativa de adquirir a propriedade via usucapião, têm agora a possibilidade com a Reurb-S obter o domínio da área ou algum tipo de direito real. A Reurb dispensa os entes públicos das exigências de autorização legislativa, avaliação prévia do imóvel e desafetação dos bens ocupados, autorizando que a regularização seja concretizada de forma independente de autorização da respectiva câmara municipal³⁰.

A Lei prevê literalmente duas espécies de regularização fundiária, assumindo as definições de Regularização de Interesse Social (Reurb-S) e Regularização Fundiária de Interesse Específico (Reurb-E), que foram desenvolvidas pela antiga lei – não somente renomeados, mas os preceitos para conceituação de espaços aptos à regularização urbana foram alterados pela Lei 13.465/2017³¹.

O artigo 69 da Lei 13.465/2017 cria uma espécie de Reurb denominada ao possibilitar que as glebas parceladas para fins urbanos anteriormente a 19 de dezembro de 1979, que não possuírem registro, poderão ter a sua situação jurídica regularizada mediante o registro do parcelamento, desde que esteja implantado e integrado à cidade, podendo, para tanto, utilizar-se dos instrumentos previstos nesta Lei. O requerimento de regularização poderá ser feito por qualquer interessado em instrumento dirigido ao oficial do cartório de registro de imóveis a efetivação do registro do parcelamento, munido de documentos citados no artigo.

A Reurb-S, apresentada pela Lei nº 13.465/2017 no artigo 13, inciso I³², é focada nos espaços urbanos não formais fixados concentrados de maneira predominante por cidadãos de baixa renda. A capacidade aquisitiva dos residentes do referido espaço passa a ser a singular condição que controla a adequação do espaço como passível ou não de Reurb-S.

Na Reurb-S, considerando o artigo 37 da Lei de 2017, cabe ao poder público competente, de maneira direta ou através da administração pública indireta, implementar a infraestrutura necessária, bem como os equipamentos comunitários e as melhorias habitacionais estipuladas nos projetos de regularização e, inclusive, arcar com os ônus de sua manutenção³³.

A Regularização Fundiária de Interesse Específico (Reurb-E), por sua vez, não apresentou muitas alterações pela nova Lei, visto que se trata, ainda atualmente, de uma especificação residual, admissível aos espaços urbanos informais ocupados por cidadãos não qualificados como baixa renda e, por conseguinte, os núcleos não abrangidos pela Reurb-S terão espaço na Reurb-E³⁴.

Nada obstante, a Reurb tem entre seus objetivos³⁵ buscar o aumento das ações dos poderes executivos dos entes federativos a fim de assegurar à população os direitos

²⁹ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017: “Art. 71. Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.” (grifos nossos)

³⁰ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

³¹ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

³² BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017: “Art. 13. A Reurb compreende duas modalidades: I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e [...]”.

³³ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

³⁵ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017: “Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios: I - identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições

de propriedade e de moradia, bem como de condições basilares para dignidade na habitação. Tal intuito possui base no fato de que a Reurb busca superar ditames puramente jurídicos da titulação daqueles que possuem imóveis públicos ou privados de maneira não regular, ao passo que abarca medidas urbanísticas, ambientais e sociais, buscando, consequentemente, a reurbanização nacional³⁶.

Já de acordo com o artigo 23 da mesma Lei³⁷, a legitimação fundiária institui aspecto originário de aquisição do direito real de propriedade averiguado por prática do Poder Público, tão somente no espectro da Reurb. O referido apanágio é ofertado àquele que reter em sua posse, em área pública ou privada, como sua, espaço imobiliário com finalidade urbana, componente de núcleo urbano informal consolidado existente até 22 de dezembro de 2016³⁸.

Soa alarmante deparar-se com a ideia de que a legitimação fundiária se finde a abordar dos núcleos urbanos informais consolidados até 22 de dezembro de 2016, conforme supracitado. Ademais, outro impasse deparado diz respeito ao já comentado

urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; II - criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; IV - promover a integração social e a geração de emprego e renda; V - estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; VII - garantir a efetivação da função social da propriedade; VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; IX - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; X - prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.”

³⁶ OLIVESKI, M. A. A., ALLEBRANDT, S. L., MUELLER, A. A., OLIVESKI, P. M. “As políticas públicas de parcelamento e uso do solo urbano: uma análise da nova lei federal de regularização fundiária (13.465/17) e o direito à moradia em áreas urbanas”, *(Re)Pensando Direito*, v. 8, n. 15, 2018, p. 34.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017: “Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016. § 1º Apenas na Reurb-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições: I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural; II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação. § 2º Por meio da legitimação fundiária, em qualquer das modalidades da Reurb, o ocupante adquire a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado. § 3º Deverão ser transportadas as inscrições, as indisponibilidades ou os gravames existentes no registro da área maior originária para as matrículas das unidades imobiliárias que não houverem sido adquiridas por legitimação fundiária. § 4º Na Reurb-S de imóveis públicos, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as suas entidades vinculadas, quando titulares do domínio, ficam autorizados a reconhecer o direito de propriedade aos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado por meio da legitimação fundiária. § 5º Nos casos previstos neste artigo, o poder público encaminhará a CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, dispensados a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam. § 6º Poderá o poder público atribuir domínio adquirido por legitimação fundiária aos ocupantes que não tenham constado da listagem inicial, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo dos direitos de quem haja constado na listagem inicial.”

³⁸ REIS, M. A. N. *A regularização fundiária como política para efetivação do direito à moradia no Brasil: os reflexos trazidos pela lei nº 13.465/2017 e a experiência da implementação de políticas habitacionais no município de Alvorada/RS*, Dissertação de Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Disponíveis, Faculdade de Direito Público, Porto Alegre, 2018, p. 65.

artigo 10, no seu inciso X, a partir do momento em que a Lei afirma ser de encargo dos municípios tomar precauções e não estimular a constituição de novos núcleos urbanos informais.

É interessante salientar que a Reurb foi aprovada para regular situações jurídicas pretéritas, regularizando ocupações existentes e consolidadas até as datas (marca temporal) citadas na legislação. Em síntese, as ferramentas trazidas na legislação para fins de Reurb não poderão ser empregadas para intermediar empreendimentos recentes. Aspecto interessante é que o início do processo de regularização pelo município, por exemplo, assegura a estância do núcleo informal na propriedade, de acordo com seu artigo 31, § 8º³⁹. Com isso, inclusive nos núcleos que não cumprem as exigências da Reurb, acaba sendo assegurado um tempo de posse, até que seja finalizado o processo.

Não é objetivo do presente artigo fazer comentários dos diversos artigos que compõem a Lei 13.465/2007, especialmente os que fomentam a regularização fundiária urbana, mas destacar aspectos relevantes que levam a legitimação da posse e até a certidão de regularização fundiária, quando do término do processo. Tal fato possibilita a concessão da propriedade ou outra espécie de direito real, como por exemplo, a concessão de direito real de uso ao ocupante, com a consequente perda da propriedade de outrem, seja pessoa natural ou jurídica de direito privado ou público.

Nesse item resta claro que se está diante de um modo originário de aquisição de direito real. Verifica-se, não obstante, problemas ainda existentes mesmo após as inovações apresentadas pela Lei nº 13.465, de 2017; entretanto, esta indubitavelmente aprimora ocorrências outrora obsoletas e, portanto, surge em momento oportuno para a evolução do direito de propriedade em território brasileiro. Para que se possa consolidar e linear o tema, torna-se imperiosa a análise do artigo 1.228 do Código Civil vigente, em diálogo com a Lei ora tratada.

4. O artigo 1.228 do Código Civil brasileiro em confronto com a Lei nº 13.465, de 2017

O direito de propriedade, conforme já introduzido nas seções anteriores, é garantido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, que diferentemente do diploma civil anterior, considerando os influxos do século XX e as evoluções do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais com a inserção dos valores morais, trouxe a ideia de uma propriedade funcionalizada com os limites da função socioambiental e econômico da propriedade, não no sentido de que a propriedade é uma função social, mais limitada por esta. Nesta toada, o Código Civil atual, em seu artigo 1.228⁴⁰, introduziu cinco parágrafos a fim de explicitar os limites ao direito de propriedade.

No que tange ao § 1º, esta regra concerne a uma das normativas mais extensivas no que diz respeito aos limites de propriedade, ao passo que o legislador determina o acatamento às ordens econômicas e sociais do país, inclusive em relação ao cumprimento

³⁹ BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Presidência da República, Brasília, 2002: "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores."

acerca da preservação ao meio ambiente⁴¹. Com isso, delimitam-se as aplicabilidades do direito de propriedade em espectro ambiental, econômico, cultural e social.

Sílvio Venosa⁴², ao comentar o § 2º, afirma que “o direito de propriedade mal utilizado ou utilizado sem finalidade ou com finalidade meramente emulativa constitui abuso de direito, ainda que o ato ou a conduta não estejam especificamente descritos na lei. Trata-se de exercício irregular do direito e, portanto, eivado de ilicitude.”. Em síntese, o uso da propriedade contrários as funções descritas no parágrafo primeiro do artigo 1.228 constitui ato ilícito, deixando claro que o cumprimento da função é destinado ao proprietário ou possuidor.

Já em relação ao § 3º, ao afirmar que o proprietário pode ser privado em hipóteses de necessidade, utilidade pública ou interesse social e, ainda, em casos de requisição por consequência de perigo público eminente, indica limitações deveras explícitas no que concerne à falta de autonomia do possessor em relação a eventuais possibilidades de acontecimentos, dadas as consequências de que o interesse coletivo prevalece ao individual⁴³. Se o proprietário tivesse, de fato, direito absoluto e real acerca da propriedade, apenas a despossessaria por ato de manifestação de vontade. Verifica-se, no entanto, que desde a Constituição do Império do Brasil de 1824, artigo 179, inciso XXII, é permitida a intervenção do Estado na propriedade, entre elas a imobiliária, sendo o direito de propriedade absoluto, mas com limites legais.

Mas a grande inovação do artigo 1.228 está nas regras criadas dos §§ 4º e 5º, que estabelecem nova forma de perda e aquisição da propriedade ao permitir que os réus numa ação reivindicatória apresentem pedido nos autos para reconhecimento de sua propriedade, conforme tese aprovada nas Jornadas de Direito Civil⁴⁴, desde que provem os seguintes requisitos:

- a) reivindicação de extensa área;
- b) posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas;
- c) existência de realização na área, objeto da lide, por parte dos ocupantes, de obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

A consequência do pedido, caso julgado procedente, é a perda da propriedade do autor da ação e a necessidade de fixação de pagamento de indenização devida ao proprietário⁴⁵. A novidade está no fato de que a figura criada não pode ser considerada propriamente uma hipótese de usucapião, pois há necessidade de pagamento (bem como o dispositivo localiza-se topicamente fora das regras de usucapião do Código Civil), tampouco de desapropriação, pois o ato que intervém na propriedade não é de natureza pública (conquanto a própria Lei da Reurb denomine o instituto de “desapropriação em favor dos possuidores”, ela não está listada nas espécies definidas no art. 5º, XXIV, da Constituição), não sendo cabível a imputação da justa indenização à administração pública.

Teori Albino Zavaski⁴⁶, ao tratar do assunto, entende ser inadequada a classificação do instituto como espécie de desapropriação (artigo 1.228, § 4º do Código Civil de 2002). Nesse sentido, leciona o doutrinador: “A desapropriação é ato de natureza administrativa e, no caso, o ato do juiz é tipicamente jurisdicional: ele simplesmente resolve um conflito de interesses entre particulares, decidindo num sentido ou em outro, segundo estejam atendidos ou não os pressupostos legais. O juiz não poderá ‘desapropriar’

⁴¹ SANTOS, F. C. A. “Algumas considerações sobre o direito das coisas no Novo Código Civil”, *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 17, n. 2, 2005, p. 38

⁴² VENOSA, S. S. *Código Civil interpretado*, 4. ed., Atlas, São Paulo, 2019, p. 1.065

⁴³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Presidência da República, Brasília, 2002.

⁴⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*, CJP, Brasília, 2007, p. 27

⁴⁵ FERREIRA, G. “Reflexos do interesse social da posse na decretação da perda da propriedade privada: perspectiva para a compreensão da função social da posse na moldura do direito civil constitucional”, *Revista Jurídica FURB*, v. 18, n. 36, maio/ago. 2014, p. 148.

⁴⁶ ZAVASCKI, T. A. *A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

sem que os interessados o peçam expressamente, até porque eles é que sofrerão os ônus correspondentes, de pagar o preço e serão eles, e não o Poder Público, que adquirirão a propriedade. O Estado sequer é parte no processo, atuando nele como órgão jurisdicional. Se fôssemos comparar com algum instituto já formado e sedimentado em nosso sistema, haveríamos de fazê-lo, não com o da desapropriação, mas com o da usucapião. Pelos seus requisitos ('posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos') assemelha-se à usucapião, com a única diferença de que, para adquirir a propriedade, os possuidores-usucapiantes ficam sujeitos a pagar um preço. Ou seja: é espécie de usucapião onerosa".

Ao analisar o artigo 1.228, do Código Civil, em sua íntegra, percebem-se as novas formas de perda e aquisição de propriedade, outrora não estipuladas no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, a doutrina esvai-se em variadas correntes de análises; alguns definindo os dois últimos parágrafos como uma forma de usucapião coletivo⁴⁷, outros como posse-trabalho⁴⁸, outros como desapropriação judicial⁴⁹.

Sem embasamento legal sólido, com a devida vênia, os participantes da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF, aprovaram o enunciado 308, que afirma: "A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado 84 da I Jornada de Direito Civil"⁵⁰.

Gustavo Tepedino⁵¹ ao analisar o artigo 1.228 afirma que "justifica-se a exceção em favor dos possuidores, que construíram com seu trabalho obra de interesse social, preterindo-se o proprietário do terreno. Mostra-se, desse modo, compatível com o sistema a solução que preconiza na espécie uma nova modalidade de aquisição originária da propriedade, por acessão social coletiva, ou acessão industrial imobiliária, na qual predomina o valor econômico e social das construções sobre o imóvel, funcionalizadas ao acesso a garantias fundamentais".

Em síntese, acredita-se que a conclusão mais acertada é que a figura criada pelos parágrafos finais do artigo 1.228 constitui uma intervenção no direito de propriedade, acarretando sua perda, sendo, no entanto, um *tertium genus* de aquisição da propriedade, por **acessão social coletiva**⁵². Nesse mesmo sentido, Pablo Rentería⁵³, em estudo dedicado à identificação desse instituto, afasta as modalidades de usucapião e desapropriação para enquadrá-lo também como **acessão invertida social**. Os parágrafos finais do artigo 1.228 foram alvo de intensos debates nas Jornadas de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, cabendo destacar o Enunciado 82 da I Jornada afirma ser constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil⁵⁴.

⁴⁷ MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil, volume 3: direito das coisas*, Saraiva, São Paulo 2003, p. 86.

⁴⁸ DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 178.

⁴⁹ NERY JÚNIOR, N., NERY, R. M. A. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, 2002, p. 419; UCHÔA, A. M. R. L. *Posse-trabalho e aquisição da propriedade imóvel por desapropriação judicial privada: análise dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002*, Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016, p. 465.

⁵⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*, CJF, Brasília, 2007, p. 67.

⁵¹ TEPEDINO, G., BARBOZA, H. H., MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 3, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

⁵² TEPEDINO, G., BARBOZA, H. H., MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 3, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

⁵³ RENTERÍA, P. "A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228", *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, 2008, p. 71-91.

⁵⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*, CJF, Brasília, 2007, p. 27

Digno de nota a crítica de Mota e Torres⁵⁵ à proposta de Rentería, entendendo não se enquadrar como acessão invertida social porque esse instituto somente poderia ser exercido como resposta à pretensão reivindicatória do antigo proprietário e porque não seria condizente com uma interpretação sistemática do Código Civil. Sugerem tratar na verdade de uma exceção material de não-funcionalização social do domínio o que, com a devida vênia, ao criar um *quartum genus* muito específico, não colabora para uma compreensão sistemática do direito das coisas brasileiro, sendo mais recomendável reconhecer como uma modalidade especial de acessão.

A discussão sobre a perda e aquisição da propriedade já é tratada de forma sistêmica pelo menos desde o direito romano face necessidade dos bens terem definidos sempre seus detentores, principalmente quando se tratar de bem imóvel, face sua importância patrimonial e o direito de moradia. A perda da propriedade deve ser seguida da aquisição por outrem, mesmo sendo de natureza originária. Para ilustrar o exposto, Tabosa⁵⁶, leciona que a renúncia e o abandono (*res nullius*), como ato unilateral de perda da propriedade, já era objeto de atenção do jurista Ulpiano, citado no Digesto de Justiniano (século VI d.C.)

A doutrina lusitana, citando Santos Justo⁵⁷, traz como modalidades de extinção da propriedade a: expropriação; perda da coisa; impossibilidade definitiva de exercício; abandono; renúncia; caducidade; não uso; e outras modalidades, como: contrato; usucapião e acessão.

O cerne da questão é que, conforme o visto, os parágrafos finais do artigo 1.228 do Código Civil também permitem, além da aquisição da propriedade, uma regulariza fundiária ao dar acesso a propriedade de pessoas que tinha a posse, mesmo que precária, aos ocupantes da área reivindicada.

O diálogo das regras postas pelos dois últimos parágrafos do artigo 1.228 do Código Civil com a Lei 13.465/2017, mais especificamente a parte que regula a Reurb, é tênue. A certidão de regularização fundiária, disciplinada no artigo 41 da Lei especial em comento, confere, aos detentores da área objeto do projeto de reurbanização, direito real após o devido registro, sendo também forma de aquisição originária da propriedade. Tanto para Reurb-S, quanto para a forma de aquisição prevista para o artigo 1.228, exige-se ocupação consolidada, sendo que a consequência seria aquisição da propriedade ou outra espécie de direito real, considerando a posse.

Mas as diferenças são enormes. O artigo 1.228, §§ 4º e 5º, exige prazo de cinco anos e pagamento ao proprietário, enquanto que na Reurb-S não há indenização e visa regular situações pretéritas de ocupação existentes até 22 de dezembro de 2016, artigo 23 da Lei nº 13.465/2017. Mesmo com essas diferenças, os dois institutos recentes, ora citados, criados em nosso País levam à possibilidade de aquisição de direito real (propriedade, concessão de direito real de uso, entre outros), regularizando a propriedade ou o acesso a esta.

O artigo 1.228, nos citados parágrafos, é criado para situações futuras e tem o objetivo de criar uma forma de aquisição de propriedade; já a Reurb-S tem também o objetivo de urbanizar a área atingida. Em síntese, são instrumentos diferentes, mas complementares, pois áreas adquiridas pelo instrumento previsto no § 4º podem ser objeto de Reurb-S, considerando a necessidade de definição das áreas públicas, servidões e fixação dos lotes, mediante serviço executado pelos Municípios, com observância dos artigos 15 e 33, § 1º, inciso I.

Tanto a forma de aquisição de direito real pela via do Reurb-S, como pela acessão inversa social constituem intervenções do Estado na ordem privada, embora o artigo 1.228, §§ 4º e 5º só se aplique a bens particulares. Faz-se necessário introduzir a prevalência do interesse social e consequente da função social como elemento principal denotador da perda do direito real para um e aquisição para outro. A Tabela 1 consolida as principais diferenças entre os institutos.

⁵⁵ MOTA, M., TORRES, M. A. A. "A função social da posse no Código Civil", *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, 2013, p. 287-289

⁵⁶ TABOSA, A. *Direito romano*, 3. ed., Fa7, Fortaleza, 2007, p. 240.

⁵⁷ SANTOS JUSTO. *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra 2007, p. 509.

Tabela 1 – Diferenças entre o instituto da acessão social coletiva e a Reurb-S

	Acessão social coletiva	Reurb-S
Base legal	Código Civil art. 1.228, §§ 4º e 5º	Lei nº 13.465/2017 art. 13, I
Objetivo principal	direito de propriedade	regularização fundiária e urbanização
Instrumento utilizado	ação reivindicatória	mecanismos diversificados de propriedade e de posse
Exigência	ocupação consolidada	ocupação consolidada
Imóveis	somente particulares	públicos e particulares
Prazo	5 anos	situações existentes até 22/12/2016
Indenização	sim	não
Efeito	prospectivo	retrospectivo
Iniciativa	privada	pública e privada

Fonte: elaborado pelos autores.

Não se pretende, no entanto, esgotar no presente trabalho as vertentes doutrinárias existentes acerca do instituto, mas sim apresentá-lo através da sua importância a partir do momento que oferta benefícios que facilitam a concretização do instrumento da Reurb – a partir do momento que esta estabelece diretrizes e limitações a fim de aumentar a participação do ente estatal no respectivo assunto, abrem-se portas para que a regularização fundiária, através das suas contemporâneas normativas, encontre espaço a fim de dissipar os impasses históricos encontrados no direito de propriedade.

O artigo 1.228, §§ 4º e 5º, concerne a um instituto seriamente inovador que, se bem utilizado, poderá auxiliar o instrumento da Reurb com o objetivo de frustrar ocorrências de caos social encontrados no acatamento de ordens judiciais de evacuação de propriedade ocupadas por um vasto espaço de tempo, por grande quantidade de pessoas que, comumente, se encontram em situações hostis.

Trata-se, não obstante, a regra do artigo 1.228 do Código Civil de um meio compulsório de perda de propriedade, não se confundindo, todavia, com usucapião – esta é causa originária de obtenção da propriedade imóvel e não resulta em qualquer encargo de indenização ao antigo dono privado da propriedade. Também não se confunde com a aquisição via Reurb-S, cujo instituto, conforme defendido, pode ser usado de forma complementar à aquisição possibilitada pela regra do Código Civil. Destarte, depara-se, aqui, com um instituto singular, no qual se enrevesa o princípio de que a acessão segue o terreno, em virtude do interesse social que decorre deste.

O STF na decisão monocrática do RE 1.236.632/AC⁵⁸ se debruçou em aspectos importantes do artigo 1228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, tendo o relator Ministro Gilmar Mendes negado seguimento ao Recurso Extraordinário do ente Municipal, alegando que ação tratada no § 4º citado, transformada em ação de desapropriação indireta, consigna o dever apenas da municipalidade, que cabe a regularização fundiária urbana, ao pagamento indenizatório ao particular, que perdeu a propriedade.

Não resta dúvida ser questionável que a indenização devida ao particular seja imputada administração pública, não existindo regra que impute essa obrigação, não sendo o tipo de processo dos parágrafos finais do artigo 1.228 do CC compatíveis com ação de desapropriação indireta. No entanto, a menção ao citado julgado é emblemático da dificuldade que o tema desperta nos aplicadores do direito.

A correlação existente entre a Reurb e a aquisição de propriedade, considerando a ocupação, advinda do artigo 1.228 do Código Civil, dá-se a partir do momento em que o denominado artigo apresenta novas formas de aquisição e consequente perda de propriedade outrora não explanadas no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de apresentar o direito de reavê-la em caso de posse injusta. Observa-se que, tanto no caso da Reurb como no instituto criado pelo artigo 1.228 do Código Civil, há o embasamento

⁵⁸ MENDES, G. "Decisão", em SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Recurso Extraordinário 1.236.632 Acre*, 2019.

necessário para a defesa do argumento de que os institutos caminham juntos, porque ambos têm como intuito a proteção do direito de posse consolidada, em contrapartida ao abandono da propriedade por parte dos proprietários anteriores. Logo, a utilização de qualquer um deles se encontra em consonância com o princípio da função social, não sendo garantida, nesses casos, considerando o preenchimento dos requisitos legais, a propriedade da pessoa que deliberadamente abandona ou deixa de lutar pelo seu direito ou tem perdido seu direito face interesse maior.

Em síntese, o instituto do artigo 1.228 do CC permite o acesso a propriedade, diferindo da Reurb-S, cuja ocupação pode ser originária até em bem público, sendo esta promovida pelo Município. A regra do Código Civil, parágrafos 4º e 5º, são originárias de ocupação em área privada. Ressalta-se que a Reurb-S é bem mais complexa, pois permite não só a concessão de um direito real, mas permite uma intensa reurbanização da área.

5. Conclusão

A Lei nº 13.465/2017 apresenta normativas arqueáveis para a regularização fundiária de terrenos ocupados de propriedade da Administração pública e de particulares, tanto em esfera de centros urbanos, quanto em território rural. A regra do artigo 1.228, §§ 4º e 5º, também visa em última instância à regularização fundiária de área particular ocupada de forma coletiva, geralmente por população de baixa renda. Na pesquisa, que analisa os instrumentos para fornecimento de direito real a pessoas desprovidas desse direito, apresentam-se as seguintes conclusões:

- a) Tendo em vista a abordagem tanto do direito à moradia, quanto do de propriedade, faz-se imperioso afirmar que a moradia diz respeito a uma prerrogativa que abraça e limita o direito de propriedade, isto é, ambos não são discordantes, entretanto, existem ocorrências, na esfera de políticas habitacionais e urbanas, em que estes entram em oposição e, conseqüentemente, a predominância de um destes só pode ser estipulado em casos concretos.
- b) É interessante salientar que a Reurb foi aprovada para regular situações jurídicas pretéritas, regularizando ocupações existentes e consolidadas até as datas (marca temporal) citadas na legislação. Em síntese, as ferramentas trazidas na legislação para fins de Reurb não poderão ser empregadas para intermediar empreendimentos recentes. Aspecto interessante é que o início do processo de regularização pelo município, por exemplo, assegura a existência do núcleo informal na propriedade, de acordo com o artigo 31, § 8º. Com isso, inclusive nos núcleos que não cumprem as exigências da Reurb, acaba sendo assegurado um tempo de posse, até que seja finalizado o processo.
- c) O artigo 1.228 do Código Civil, considerando os citados §§ 4º e 5º, é criado para situações futuras e tem o objetivo de criar uma nova forma de aquisição de propriedade, uma acessão social coletiva, já Reurb-S tem também o objetivo de urbanizar a área atingida, através de diferentes mecanismos. Em síntese, são institutos diferentes, mas complementares, pois áreas adquiridas pelo instrumento previsto no Código Civil podem ser objeto de Reurb-S, considerando a necessidade de definição das áreas públicas, servidões e fixação dos lotes, devendo essa política pública ser executada pelos municípios, devendo ser observados os artigos 15 e 33, § 1º, inciso I.
- d) O afastamento de políticas públicas eficazes estimula diversas problemáticas nas ocupações irregulares, reprimindo o acesso à moradia pela sociedade de classe inferior economicamente. Cabe, nada obstante, ao ente estatal o fornecimento essencial dos respectivos direitos fundamentais, que se realizam através do reconhecimento da função social de posse. A posse não deve ser entendida somente apartada da propriedade em si, mas sim através do respectivo instituto, visto que inúmeros brasileiros carecem do Direito à Moradia, principalmente aqueles em situações de aglomeração.
- e) o instituto do artigo 1.228 do CC permite o acesso a propriedade, diferindo da Reurb-S, cuja ocupação pode ser originária até em bem público, sendo esta

promovida pelo Município. A regra do Código Civil, parágrafos 4º e 5º, são originárias de ocupação em área privada. Ressalta-se que a Reurb-S é bem mais complexa, pois permite não só a concessão de um direito real, mas permite uma intensa reurbanização da área.

Referências

- ALPA, G. *Che cos'è Il diritto privato?* Laterza, Roma, 2007.
- ANDRADE, L. T. *Manual de direito urbanístico*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- ARANTES, J. T. "Déficit habitacional é obstáculo para isolamento social, dizem cientistas", *Agência FAPESP*, 2020. Disponível em: <https://agencia.fapesp.br/deficit-habitacional-e-obstaculo-para-isolamento-vertical-dizem-pesquisadores/32874/>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- BELLO, L. "Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas", *Agência Notícias IBGE*, 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- BITENCOURT, C. M. "Sobre o possível controle judicial de políticas públicas: um olhar a partir do campo de conformação do legislador e do administrador", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 2, n. 2, 2015, p. 143-166. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/5168>. Acesso em: 3 ago. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Assembleia Nacional Constituinte, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Presidência da República, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*, Presidência da República, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.
- CONCEIÇÃO, A. "Déficit habitacional tem leve queda em 2019, mas peso do aluguel para as famílias aumentou", *Valor Investe*, 2020. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/produtos/imoveis/noticia/2020/09/29/dficit-habitacional-tem-leve-queda-em-2019-mas-peso-do-aluguel-para-as-familias-aumentou.ghtml>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III e IV: enunciados aprovados*, CJF, Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2020.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *VII Jornada de Direito Civil*, CJF, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vii-jornada-direito-civil-2015.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- D'OTTAVIANO, M. C., SILVA, S. L. "Regularização fundiária no Brasil: velhas e novas questões", *Planejamento e Políticas Públicas (PPP)*, 32, 2009, p. 201-229. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/172/185>. Acesso em: 29 jul. 2020.
- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2002.
- FARIAS, C. C., EL DEBS, M., DIAS, W. I. *Direito de laje: do puxadinho à digna morada*, JusPodivm, Salvador, 2020.
- FERREIRA, G. "Reflexos do interesse social da posse na decretação da perda da propriedade privada: perspectiva para a compreensão da função social da posse na moldura do direito civil constitucional", *Revista Jurídica FURB*, v. 18, n. 36, maio/

- ago. 2014, p. 143-160. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/4181>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- FERREIRA FILHO, P. S. "As lógicas por trás das políticas de regularização fundiária: a alteração de paradigma pela lei 13.465/2017", *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 3, 2018, p. 1449-1482. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/32040/26007>. Acesso em: 18 jul. 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. "Aglomerados subnormais: o que é", [Portal do] IBGE, 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/geociencias/organizacao-do-territorio/tipologias-do-territorio/15788-aglomerados-subnormais.html?=&t=o-que-e>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- JOLO, A. F. "Direito à Moradia: regularização fundiária", *Revista Intertemas*, v. 33, n. 33, fev. 2017, p. 33-48. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6015>. Acesso em: 1 ago. 2020.
- LIMA, J. D. "How the Pandemic Exposes the Housing Crisis in Brazil", *RioOnWatch: 11 years of community reporting in Rio*, 2020. Disponível em: <https://rioonwatch.org/?p=60460>. Acesso em: 01 abr. 2021.
- LIMA, D. F., SOUSA JUNIOR, A. M. "Marcos regulatórios da regularização fundiária urbana: foco nas leis 11.977/2009 e 13.465/2017", *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 3, 2020, p. 288-316. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/42961>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- LUFT, R. M. *Regularização Fundiária de Interesse Social: a coordenação entre as políticas de urbanismo e de habitação social no Brasil à luz de experiências do direito francês*, Tese de Doutorado em Direito, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, Paris, 2014. Disponível em: http://www.bdt.uerj.br/tde_busca/processaPesquisa.php?pesqExecutada=1&id=5270&PHPSESSID=qiif97a0m74dardfd2sup7c0n0. Acesso em: 20 jul. 2020.
- MENDES, G. "Decisão", em SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Recurso Extraordinário 1.236.632 Acre*, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341628577&ext=.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- MONTEIRO, W. B. *Curso de Direito Civil, volume 3: direito das coisas*, Saraiva, São Paulo 2003.
- MONTEIRO, A. R., VERAS, A. T. R. "A questão habitacional no Brasil", *Mercator*, 16, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/mercator/a/ZkVrVHZqbHWQwK6HRpGrcXN/?lang=pt>. Acesso em: 1 abr. 2021.
- MOTA, M., TORRES, M. A. A. "A função social da posse no Código Civil", *Revista de Direito da Cidade*, v. 5, n. 1, 2013, p. 249-324. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9731>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- NASCIMENTO, M. C. G. *Regularização Fundiária de Interesse Social no Direito Brasileiro*, Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4108502/mod_resource/content/1/Dissertacao_Final_Mariana_Chiesa_Gouveia_Nascimento%20%283%29.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.
- NASSAR, P. A. S. *Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, Dissertação de Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9158/NASSAR%20-20JDMTC%20-%20BKAB%20-%20final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 ago. 2020.
- NERY JÚNIOR, N., NERY, R. M. A. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- OLIVESKI, M. A. A., ALLEBRANDT, S. L., MUELLER, A. A., OLIVESKI, P. M. "As políticas públicas de parcelamento e uso do solo urbano: uma análise da nova lei federal de regularização fundiária (13.465/17) e o direito à moradia em áreas urbanas", *(Re)Pensando Direito*, v. 8, n. 15, 2018, p. 25-44. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229767226.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2020.

- PINTO, V. C. "Mitos e verdades sobre a nova Lei da Regularização Fundiária Urbana", *Caos Planejado*, 2017. Disponível em: <https://caosplanejado.com/mitos-e-verdades-sobre-a-nova-lei-da-regularizacao-fundiaria-urbana/#X>. Acesso em: 30 mar. 2021.
- REIS, M. A. N. *A regularização fundiária como política para efetivação do direito à moradia no Brasil: os reflexos trazidos pela lei no 13.465/2017 e a experiência da implementação de políticas habitacionais no município de Alvorada/RS*, Dissertação de Mestrado em Tutelas à Efetivação de Direitos Disponíveis, Faculdade de Direito Público, Porto Alegre, 2018.
- RENTERÍA, P. "A aquisição da propriedade imobiliária pela acessão invertida social: análise sistemática dos parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228", *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, 2008, p. 71-91.
- SALES, C. B., SOUZA, A. S. R. "Dignidade Humana e Direitos Reais Sociais: instrumentos de efetividade à moradia e demais interesses sociais", *Jornada de Produção Científica em Direitos Fundamentais e Estado*, v. 5, n. 8, 2009, p. 43-64.
- SANTOS, F. C. A. "Algumas considerações sobre o direito das coisas no Novo Código Civil", *Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva*, v. 17, n. 2, 2005, p. 21-68. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2509>. Acesso em: 4 ago. 2020.
- SANTOS, M. *Urbanização Brasileira*, Edusp, São Paulo, 2008.
- SANTOS JUSTO. *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra 2007.
- SIQUEIRA, M. S. *Direito de construir: perfil constitucional e restrições*, 2. ed., Juruá, Curitiba, 2018.
- STAUT JUNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*, Juruá, Curitiba, 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "ADI 5771", [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255150>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "ADI 5787", [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277531>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. "ADI 5883", [Portal do] Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5342200>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- TABOSA, A. *Direito romano*, 3. ed., Fa7, Fortaleza, 2007.
- TEPEDINO, G., BARBOZA, H. H., MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. 3, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- UCHÔA, A. M. R. L. *Posse-trabalho e aquisição da propriedade imóvel por desapropriação judicial privada: análise dos §§ 4º e 5º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002*, Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=99597#>. Acesso em: 16 dez. 2022.
- UNDP (United Nations Development Programme). *Human Development Report 2019: beyond income, beyond averages, beyond today: inequalities in human development in the 21st century*, UNDP, New York, 2019. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2021.
- VENOSA, S. S. *Código Civil interpretado*, 4. ed., Atlas, São Paulo, 2019.
- ZAVASCKI, T. A. *A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 125-144
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Necessary improvement of the brazilian autocompositive system: proposals for changes in the training of conciliators and mediators

Juliana Raquel Nunes¹

Universidade de Marília - UNIMAR

Bruno Bastos de Oliveira²

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP

Heloisa Helou Doca³

Universidade de Marília - UNIMAR

Rui Miguel Zeferino Ferreira⁴

Instituto Superior de Entre Douro e Vouga - ISVOUGA

Maria Macena de Oliveira⁵

Universidade de Marília - UNIMAR

Summary: 1. Introduction. 2. Training of conciliators and mediators in the current brazilian autocompositive system. 3. A complementary proposal for the training of conciliators and mediators. 4. Conciliator and mediator's self-knowledge. 5. Knowing a little more about psychism development. 6. Empathy as a fundamental element for conciliation/mediation. 7. Final considerations. 8. References

Abstract: This article aims to expose reflections on the autocompositional system in Brazil. Its objective is to formulate a proposal for remodeling the syllabus of the Training and Training Course for Conciliators and Mediators, because a well-structured training for the professional, which also introduces general notions about

¹ Graduated in Law from the Eurípedes de Marília University Center; Specialist in Civil Procedural Law from Universidade Anhanguera-Uniderp; Doctor and Master in Law from the University of Marília - UNIMAR.

² Assistant Professor at the Faculty of Human and Social Sciences (FCHS) of the Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - Campus de Franca - SP, linked to the Department of Public Law. PhD in Legal Sciences - Human Rights and Development - from the Federal University of Paraíba. Masters in legal sciences, Economic Law concentration area, from the Federal University of Paraíba.

³ Professor with the University of Marília - Unimar, with a workload of 40 hours). She holds a Bachelor's, Masters and Doctorate in Letters from the Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho.

⁴ Adjunct Professor at the Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). PhD in Law from the University of Santiago de Compostela.

⁵ Master and PhD student in Law at the University of Marília - UNIMAR. E-mail: mariamacenaadv@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9118-4161>.

Recibido: 09/05/2022

Aceptado: 24/10/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10156396

the mental universe of the human being, can guarantee self-composing sessions in a more complete way. Using the deductive method, based on descriptive research, it is concluded that such reformulation needs to be carried out, as a way of giving effectiveness to the Brazilian autocompositional system.

Keywords: Autocompositional system. Reformulation. Effectiveness. Empowerment.

1. Introduction

The reformulation of the procedural system in Brazil should start from the proposed change in the Course for Formation and Qualification of Conciliators and Mediators, with the purpose of awakening and developing in the professional conciliator/mediator a look that seeks to observe beyond what is apparent in the way of acting communicate and behave of individuals.

The presence of unconscious psychic aspects in the formation and resolution of conflicts, as well as the understanding that there is a strong tendency to transfer and interpret one's own contents as belonging to the other, reveal great tangles while these mechanisms are unknown by the conciliator/mediator, making it a better training of these dialogue facilitators is necessary, which is expected to be achieved by encouraging more complete training.

Based on these reflections, this paper aims to present a complementary suggestion to the Formation and Training Course for Conciliators and Mediators. Mainly in view of the understanding that knowledge about the emotional universe guarantees greater control over the reactive responses, that may appear during conducting a conciliation/mediation session, acquiring a better condition to identify any uncomfortable feelings, avoid overload and, essentially, allow a truly impartial performance.

2. Training of conciliators and mediators in the current brazilian autocompositive system

It is essential to think about training that values the integral preparation of the professional conciliator/mediator, including with regard to their psychological preparation, since they will face very delicate situations that are being experienced by the parties. If the conciliator/mediator is not well trained or does not have the necessary knowledge of its scope, limits and unconscious situations that may emerge during the sessions, its attitudes may even cause a deterioration in the quality of the existing relationship between those involved.

A well-structured training for conciliators/mediators, which introduces general notions about the mental universe of human beings and presents a didactic way of understanding psychic functioning, enables conciliation/mediation sessions in a more complete way. This understanding allows the professional to learn to deal better with the frustrations that occur during the sessions, making them more patient and understandable.

It should be noted that the themes apply to both conciliators and mediators, considering the differentiation between professionals brought about by article 165, paragraphs 2 and 3, of CPC/15, given the fact that the issues addressed here are intended to propose an important complement in the training of the professional who works in the sessions, regardless of whether or not their performance is more active, with regard to proposed solutions to disputes, or whether or not there was a previous bond between the parties⁶.

⁶ Lei nº 13.105, de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Available in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Access: April 19, 2022.

Such an explanation is justified by the fact that Brazilian civil procedural law presents the figure of the conciliator as a third party who acts as a negotiator, also without a decision-making function, but quite interactive, using self-composition techniques, in the search for composition between those involved in the conflict, through an agreement, through proposals and counter-proposals that are brought up during the session, especially in situations where there was no previous bond between the participants.

The mediator, on the other hand, appears as a third party who also acts using self-composition techniques and his theoretical knowledge to stimulate creative dialogue between those involved in the controversy, in order to rescue the respectful relationship, considering the existence of a previous bond between the parties. In mediation, the intention of transforming the conflict is usually more present, so that it can be deconstructed, going beyond its mere punctual resolution, with its final purpose.

Considering these premises, it is possible to verify that any person, older and capable, has the potential to develop the essential skills to act as a conciliator/mediator. It is essential, however, to obtain a good understanding of the institutes, in addition to participating in an appropriate Training and Qualification Course for Conciliators and Mediators, which is why it was concerned to present a complement to the training requirements already listed by the CNJ in the Resolution 125/10 and the Mediation Law.

This is because the Mediation Law and the Brazilian Code of Civil Procedure propose a policy to expand self-composition practices, encouraging conciliation and mediation, whether in a judicial or extrajudicial manner, through the awareness of the parties, judges, lawyers, public defenders, members of the Public Ministry, among others.⁷

Currently, for a person to act as a conciliator/mediator within the scope of the Judiciary, he/she must meet the Curriculum Guidelines presented in Annex I of Resolution 125/10 of the CNJ, as well as comply with the requirements set forth in Law of Mediation, edited on June 26, 2015, under nº 13.140, which brings in its provisions the requirements for the performance of the judicial mediator to be possible. Subsection III dealt with the subject in articles 11 to 13:

Art. 11. A capable person who has graduated at least two years ago from a higher education course at an institution recognized by the Ministry of Education and who has obtained training at a mediator training school or institution recognized by the National School of Training and Improvement of Magistrates - ENFAM or by the courts, observing the minimum requirements established by the National Council of Justice together with the Ministry of Justice.⁸

In addition, article 167, paragraph 1, of CPC/15, provides that the conciliator or mediator may request registration in the National Register, in the Register of the Court of Justice or the Federal Regional Court, provided that the minimum qualification requirement is met, by taking a course at a duly accredited entity, in

⁷ BEZERRA JÚNIOR, J. A. "O Direito e os Meios Consensuais de Resolução de Conflitos: o nexo entre a formação discente e a atuação profissional", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 27, n.º 1 (2022), pp. 110-126. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16413>. Access: August 26, 2022.

⁸ Lei nº 13.105, de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Available in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Access: April 19, 2022.

accordance with the curriculum parameter defined by the National Council of Justice in partnership with the Ministry of Justice.⁹

Thus, the interested party is required to have civil capacity, training in a higher education course, at least two years ago, in an entity duly recognized by the Ministry of Education, in addition to training in a body for training conciliators/mediators, who meet the conditions defined by the CNJ together with the Ministry of Justice.

However, article 9 of the Mediation Law allows, extrajudicially, mediation to be carried out by any person who has civil capacity, confidence of the interested parties and who considers himself in a position to preside over the session, without any requirement as to the due qualification by entity duly recognized by the CNJ.¹⁰

It should be noted that the requirements laid down in art. 11, cited above, are certainly imposed with the aim of guaranteeing operational efficiency, organizing and standardizing the services provided through mediation sessions, which should also be extended to conciliation sessions. It is indispensable that everyone who identifies with the exercise of mediation/conciliation undergo a complete Training and Capacity Building, which will certainly only bring positive instruments that will enable a good performance.

There is thus a great incentive to train new conciliators/mediators and consensual forms of conflict resolution, in order to make the parties involved aware that, with the help of a dialogue facilitator (whether conciliator or mediator), they will be able to solve many of their problems, even easing the overload situation of the Brazilian procedural system.¹¹

Despite the fact that the self-compositional institutes, for a long time were linked to the unbureaucratized and informal practice, it is certain that the institution of regulations for mediation and conciliation has been constant in Brazil, with a view to the better applicability of these consensual mechanisms, being it is extremely important that there is an awareness of the relevance of training, although the certainty remains that mediated dialogues will continue to exist outside the law.

Article 12, paragraph 3, of CNJ Resolution No. 125/2010 establishes that the courses aimed at qualification, training and improvement of professional conciliators/mediators must meet the curricular guidelines presented by the CNJ in Annex I, being necessary, without fail, to be complemented by a supervised internship of 60 (sixty) hours.¹²

Annex I of the aforementioned Resolution presents a very important list of minimum topics that need to be studied, reflected on and improved so that the conciliator/mediator can have a good basis to chair the sessions. The programmatic content is composed of subjects that deal with the origin of the consensual means of solving conflicts of interest, as well as the presentation of the main Brazilian

⁹ Lei nº 13.105, de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Available in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Access: April 19, 2022.

¹⁰ Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei de Mediação*. Deals with mediation among individuals as a means of resolving disputes and on the self-composition of conflicts within the scope of public administration; amends Law No. 9,469, of July 10, 1997, and Decree No. 70,235, of March 6, 1972; and revokes § 2 of art. 6 of Law No. 9,469, of July 10, 1997.

¹¹ VITORELLI, E.; BORTOLAI, L. H. "(In) devido processo: precedentes e tecnologia em um sistema judiciário sobrecarregado", *Novos Estudos Jurídicos*, v.26, n.º 1 (2022), pp. 375-405. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17590>. Access: August 26, 2022.

¹² *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça*. Deals with the National Judiciary Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the scope of the Judiciary and other measures. Text compiled from the wording provided by Amendment No. 01/2013, Amendment No. 02/2016 and Resolution No. 290/2019. Available in: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Access: December 30, 2021.

legislation, namely, Resolution 125/2010 of the CNJ, the Code of Civil Procedure edited in 2015 and the Mediation Law, which came into effect in 2015.

The material also works on the principle of access to justice, the change in mentality and the relevance of the quality of care provided by dialogue facilitators (conciliators and mediators). Trainees are presented with the structures of the CNJ, NUPEMEC and CEJUSC. They also have contact with the way conciliation or mediation sessions are designated, in accordance with CPC/15, as well as matters related to training and remuneration are dealt with.

The theme of the culture of peace and the national and international panorama of conflict resolution methods are also explored. As well as possible alternative resolution procedures, such as negotiation, arbitration, the judicial process, hybrid processes, in addition to the own mediation and conciliation. Justifying itself due to the globalization scenario that has changed paradigms and stimulated the creation of new understandings and concepts, striving for agility, tranquility and necessary certainties for the effectiveness of the delivery of the judicial.¹³

The Theory of Communication is approached together with the conceptual premises of self-composition, as well as the definition of the Modern Theory of Conflict. More in-depth classes on consensual mechanisms for conflict resolution - negotiation, conciliation and mediation - are taught, including basic and intermediate techniques that exist to assist in the positive outcome of sessions and methods of formalizing agreements.

The training also presents the different areas of use of conciliation and mediation, such as consumer, work, family, criminal, social security, school, environmental, health, condominium, business, etc. different spheres of knowledge that support such practices.

Finally, an attempt is made to study the role of procedural subjects, namely, conciliators/mediators, magistrates, lawyers, members of the Public Ministry and the Public Defender's Office, the parties, attorneys, among others, being presented, in addition to moreover, the Code of Ethics for trainees, extremely relevant content to ensure integrity and quality performance.

The Escola Paulista da Magistratura - EPM, an entity duly qualified to provide Training Courses for Conciliators and Mediators, has included in its list of subjects addressed the "Oficina de Pais e Filhos", with a view to the humanization of Family Justice. It should be noted, however, that there is a list of entities qualified to provide the Training Course in the State of São Paulo and that the EPM was used, in this work, only as an example.

The "Parents and Children Workshop" is a very important topic to be studied by professionals in training. As it is a preventive, educational and multidisciplinary program aimed at families going through the restructuring phase, motivated by the breakup of the marital bond, whose objective is to help those involved to deal with the difficulties inherent to this stage of life, avoiding greater traumas, especially for younger children.¹⁴

As a novelty, Escola Paulista da Magistratura - EPM included subjects related to self-knowledge, systemic posture and orders for help in its course program. This initiative demonstrates the concern to provide training that will enable the future conciliator/mediator to improve their ability to deal with the conflicts presented by the parties.¹⁵

¹³ BONA, C. D.; CARDOZO, J. F.; PILAU SOBRINHO, L. L. "Direito Transnacional e o Estado: novas formas de solução de conflitos (público e privado) ante as novas perspectivas para o direito", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n.º 3 (2022), pp. 875-893. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18330> . Access: August 26, 2022.

¹⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. EPM – Escola Paulista da Magistratura. *EPM realizará novo curso de formação de mediadores e conciliadores*. 27 ago. 2019. Available in: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia/58623>. Access: December 30, 2021.

¹⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. EPM – Escola Paulista da Magistratura. *EPM realizará novo curso de formação de mediadores e conciliadores*. 27 ago. 2019. Available in: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia/58623>. Access: December 30, 2021, p. 39.

Self-knowledge guarantees the facilitator of the dialogue extremely important instruments for interacting and dealing with himself and with the others involved in the session, in a neutral, impartial and empathetic way. Likewise, the inclusion of systemic content enables the introduction of relevant and complementary methods, which effectively contribute to the resolution of controversies.

Notions linked to the systemic posture add more knowledge to the conciliator/mediator in order to facilitate the identification of the reasons why there was an imbalance that caused a certain conflict between the parties. It is, therefore, another means that seeks to help the understanding of the existing tangles that may negatively influence the relationship of those involved in a given problem.

In this way, considering the importance of the integral formation of future conciliators/mediators, the Formation and Qualification Course should be recognized as a necessary requirement for anyone interested in becoming a facilitator of dialogue or, even, who has an approximation with self-composition institutes, and not only serve as a requirement for those who claim to exercise their functions within the scope of the Judiciary, in accordance with the provisions of Article 11 of the Mediation Law.

Another essential circumstance to be analyzed concerns the performance of conciliators. Despite Annex I of CNJ Resolution 125/10 presenting the Curricular Guidelines required for the basic training of both conciliators and mediators, as well as the complementary training proposal also covering these two professionals, it has been requested, when opening vacancies for the actions in the CEJUSCs of the State of São Paulo, that only the mediator has trained for at least two years in a higher education course at an institution recognized by the Ministry of Education.

The condition established for mediators is extremely valid, however, it should also be extended to conciliators, mainly because they have a very participatory and interactive attitude during the sessions, and may even "[...] suggest solutions to the dispute, being prohibited the use of any type of constraint or intimidation for the parties to reconcile", according to § 2 of art. 165 of CPC/15.¹⁶

It should also be noted that the Chambers of Conciliation and Mediation existing in Brazil have sought to present professionals with excellent CVs, demonstrating their concern in carrying out additional training, in order to enable a better quality service to those interested in participating in the consensual procedure.

However, it appears that professionals are still not aware of the need to carry out studies aimed at understanding the mental universe, in order to develop a biopsychosocial vision, with its meaning of understanding the human being as a whole, mainly because they work in an environment in which you work directly with people, regardless of the chosen line of action (business, family, consumer, restorative, labor, etc.).

It should be noted that, just as an example, some academic and professional data will be presented below regarding certain mediators working in Chambers of Mediation, Conciliation and Arbitration installed in Brazil, which were also chosen at random, only with in order to show that. Although the working professionals have a vast and relevant technical curriculum, there is no interest in contemplating studies about the functioning of mental life, which would help in conducting the sessions more completely.

Mediator Nathalia Mazzonetto's curriculum was taken from the platform of CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil (Business Mediation and Arbitration Chamber Brazil), established in 1998, which manages conflicts, including those between Public Administration, through arbitration, business mediation and dispute board (destined for to the prevention or resolution of conflicts arising from contractual performance):

¹⁶ Lei nº 13.105, de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Available in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Access: April 19, 2022.

NATHALIA MAZZONETTO

Graduated in Law from PUC/SP (2004), specialized in Civil Procedure and Arbitration at Università degli Studi di Milano (2005 - Milan / Italy) and in Intellectual Property at Università Commerciale Luigi Bocconi (2005 - Milan / Italy) and at College of Law at GV - GVLaw/SP (2006). She has a master's degree (2012) and a doctorate from USP (2016), with her line of research on both fronts in arbitration (third parties and arbitrability of Intellectual Property disputes). He did a master's degree at USP with the support of FAPESP. Studied Applied Digital Law at FGVLaw (2018). He participated in numerous and renowned training and training courses in Mediation, in Brazil, Argentina and the USA, promoted by institutions such as INTA, CPR, ICFML, Harvard Law School, ABPI, IMAB and others. (CAMARB, 2020).

Likewise, it was decided to demonstrate, just as a random example, the curriculum of a mediator working at CAMES – Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada, which promotes the resolution of property, financial and contractual disputes extrajudicially, with the use of mediation, arbitration and dispute board:

MARCELO GIRADE CORRÊA

Advanced Mediator, certified by the Institute for Certification and Training of Lusophone Mediators – ICFML, Judicial Mediator since 2002, Professor, Lecturer, Managing Partner of M9GC – Conflict Resolution Training, Instructor in Negotiation, Mediation, Conciliation and Advocacy in Mediation before several State Courts and Labor in Brazil, as well as institutions such as CNJ, TCU, AGU and ENAM. Graduated in History. Postgraduate degree in Social Psychology from the State University of Saint Petersburg – Russia and in Judicial Administration from FGV. Founding member of ICFML Brazil. Coordinator of the Graduate Program in Conflict Mediation and Arbitration at the Center for Legal Studies at College Unyleya. Member of the Advisory Board of the National School of Mediation and Conciliation of the Ministry of Justice, member of the Brazilian Institute of Collaborative Practices and member of the Advocacy in Mediation and Technical Training of Mediators and Law Operators subgroups at IMI-Hub Brasil. Member of GEMEP – Private Business Mediation Study Group of the Brazilian Arbitration Committee and of the Scientific Commission of the 2017 International Congress on Business Mediation, organized by GEMEP. Author of articles and co-author of works in the area of conflict resolution, such as the CNJ Judicial Mediation Manual and the Conflict Resolution Manual for Company Representatives of the National School of Mediation and Conciliation.¹⁷

To finalize the illustrative list of some mediators working in Brazilian private chambers, the curriculum of a mediator who works at CBMA – Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, established in 2002, with the Associação Comercial do Rio de Janeiro as its founders, will be mentioned. ACRJ, the National Federation of Private

¹⁷ CAMES. *Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada*. Available in: <https://www.camesbrasil.com.br/mediacao/>. Access: April 22, 2022.

Insurance and Capitalization Companies - FENASEG and the Federation of Industries of the State of Rio de Janeiro - FIRJAN:

ALEXANDRE PALERMO SIMOES

Lawyer, Mediator, Negotiator, Facilitator and Teacher. Founding partner of Ragazzo, Simões, Lazzareschi e Montoro Advogados (1990). Certified Mediator by De Família (2011), Mediaras (Buenos Aires, 2011), Advanced Mediator by ICMFL (São Paulo, 2015), by ALGI Mediação (2016) and Certification (Advanced Mediator - Level III) by IMI - International Mediation Institute, in progress. Graduated from the Faculty of Law of USP (1987) and Postgraduate from the same University, in Commercial Law (1989). Participated in the continuing education course "The English Legal System" at the University of Cambridge (1988); He studied Negotiation Techniques from the "Scotwork Negotiating Skills" (2009) and obtained an "Advanced Negotiation" certificate from the University of California-Berkley (2010). Teaches "Negotiation Techniques" and "Negotiation and Communication Strategies" for postgraduate students at FIAP (Faculty of Informatics and Administration in São Paulo); lectures on "Business Mediation" at the Postgraduate Course (LLM in Business Law) at CEU-IICS (Center for Extension in Law of the International Institute of Social Sciences), and on "Business Mediation," "Negotiation" and "Arbitration" at Advance Câmara, at Pretel Mediações Condominiais and at Centro Mediar e Conciliar. He is a member of the CBar – Brazilian Arbitration Committee (acts as co-coordinator of the Study Group on Private Business Mediation - GEMEP); member of the Mediation Council of the Center for Mediation and Arbitration of the Brazil-Canada Chamber of Commerce (CAM-CCBC) and is an Associate of AASP and IASP.¹⁸

It is observed that both the Judiciary Power and the Private Chambers of Mediation and Conciliation tend to pay attention to the need to present a multidisciplinary field of action, composed of jurists, administrators, psychologists, among others. It happens that, even in the face of the possibility of the parties opting for a conciliator/mediator with a background in Psychology. Or even choosing such a professional to assist as co-conciliator or mediator, what is defended is the importance that everyone who attends a Training Course for Conciliators and Mediators have in the programmatic content, including general notions about the psychic universe.

In this way, it is verified the indispensability of being studied in the Formation and Qualification Course for Conciliators and Mediators, especially after the class destined to the conflicts and their theories, as will be exposed in the sequence, the themes that stimulate the understanding of the dynamics and the functioning of the human mind, ensuring a more complete training for future professionals.

3. A complementary proposal for the training of conciliators and mediators

¹⁸ CBMA. *Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem*. Available in: <http://www.cbma.com.br/index.php?t=pagina&a=arbitros&tip=2>. Access: April 22, 2022.

It is understood that more complete training, qualification and improvement is essential for professionals who will apply self-composition means, because there is already an ingrained culture among Brazilians in the sense of delegating the resolution of their problems to the State-judge.

Faced with this scenario, it is essential that conciliators and mediators be able to disseminate a cultural change. In the sense of disseminating that, interlocutions based on healthy dialogue are the best alternatives to resolve countless conflicts inherent to life in society, in order to avoid the emotional exhaustion that occurred with the processing of the judicial process and with the length of time.

In addition, professionals need to be aware of the importance of the Education and Training Course, in order to acquire sufficient knowledge, so that they can be qualified to chair conciliation and mediation sessions efficiently. Complement which is why it is argued that this training would be extremely relevant in its programmatic content, taking advantage of the interdisciplinary approach between Law and Psychoanalysis.

Starting from these premises, for a complementary training, the Course of Formation and Qualification of Conciliators and Mediators would remain divided into two stages. Consistent in the theoretical phase, with the inclusion of general notions regarding the mental universe of the human being, transposing the load hours for 60 (sixty) hours, instead of the forty hours indicated by the Curricular Guidelines of the CNJ, with the permanence of the practical module, corresponding to the supervised internship of 60 (sixty) hours. Totaling the minimum workload of training and qualification in 120 (one hundred and twenty) hours, and not just one hundred hours, as is currently the case.

Thus, the following themes would be developed in the syllabus contained in the Curriculum Guidelines presented by Resolution nº 125/10 of the National Council of Justice:

- a) Historical overview of consensual conflict resolution methods. Brazilian legislation. Law of Special Courts. CNJ Resolution No. 125/2010. Code of Civil Procedure. Mediation Law;
- b) The National Judiciary Policy for the adequate treatment of conflicts. Access to justice. Cultural change. Structuring - CNJ, NUPMEC and CEJUSCs. The conciliation and mediation hearing at CPC/15;
- c) Culture of peace and conflict resolution methods, with an approach to the national and international scenario. Autocomposition and heterocomposition. Dispute resolution procedures, such as negotiation, conciliation, mediation, arbitration, court proceedings and hybrid processes;
- d) Communication Theory/Game Theory. Communication axioms. Verbal and non-verbal communication. Active listening. Communication in interaction guidelines and in the study of human interrelationships: sociological and psychological aspects;
- e) Modern Conflict Theory. Concept and structure. Objective and subjective aspects. Training of conciliators and mediators. Quality of care;
- f) The relevance of interdisciplinarity between Law and Psychoanalysis. The importance of understanding the emotional universe for the application of self-composition mechanisms. Sigmund Freud and the contributions of the psychoanalytic method. The emergence of Psychoanalysis;
- g) Mental processes according to psychoanalysis. Topographic theory of the psychic apparatus. The structural model of personality and the second topic of the psychic apparatus. Ego defense mechanisms and possible situations experienced in conciliation/mediation sessions. Personality theory and childhood sexuality. Stages of personality development. The psychodynamics of the mind: transferences and countertransferences. Self-compositional mechanisms and Psychoanalysis in practical cases: the mental universe and its unconscious processes;
- h) Self-awareness on the part of the conciliator/mediator. Knowing a little more about psychic development. A holistic view. Empathy as a fundamental element for mediation. Remuneration of the conciliator/mediator;

- i) Negotiation. Concept. Integration and distribution of value in negotiations. Basic negotiation techniques (bargaining positions; separating people from problems; focusing on interests; developing win-win options; objective criteria; best alternative to negotiated agreements). Intermediate negotiation techniques (strategies for establishing rapport; turning opponents into partners; effective communication; non-violent communication);
- j) Conciliation. Concept and philosophy. Judicial and extrajudicial conciliation. Conciliation in CPC/15. Techniques (recontextualization, identification of implicit proposals, caressing, active listening, mirroring, production of option, packaging of questions and interests of the parties, reality testing, etc.). Completion of reconciliation. Formalization of the agreement. Essential data of the conciliation term (qualification of the parties, identification number, nature of the conflict, etc.). Drafting of the agreement. Minimum requirements and feasibility. Referrals and statistics. Stages (session planning, presentation or opening, clarification or investigation of the parties' proposals, creation of options, choice of option, drawing up of the agreement);
- l) Mediation. Concept and philosophy. Judicial and extrajudicial, prior and incidental mediation; Steps – Pre-mediation and Mediation itself (reception, initial statement by the parties, planning, clarification of hidden interests and negotiation of the agreement). Techniques or tools (comediation, recontextualization, identification of implicit proposals, formulation of questions, active listening, production of option, packaging of questions and interests of the parties, reality test or reflection, among others);
- m) Areas of use for conciliation/mediation. Business, family, civil, consumerist, labor, social security, criminal, restorative justice, among others. Involvement with other areas of knowledge;
- n) Interdisciplinarity of mediation. Concepts from the different areas of knowledge that support the practice: Sociology, Psychology, Anthropology and Law. Workshop and Parents and Children;
- o) The role of the conciliator/mediator and their relationship with those involved (or agents) in conciliation and mediation. Operators of the law (the magistrate, the prosecutor, the lawyer, the public defender, etc.). Techniques to encourage lawyers to act efficiently in conciliation/mediation. Overcoming difficulties: situations of imbalance, emotional imbalance, drunkenness, disrespect;
- p) Ethics of conciliators and mediators. The third facilitator: functions, posture, attributions, performance limits. Code of Ethics – CNJ Resolution 125/2010 (attached).

The Theoretical Module is also composed of didactic material made available as handouts, introductory works (manuals, books, articles, texts, etc.). However, it would also serve as a contribution to the new model of Formation and Training Course, the inclusion of suggestions that present some films, videos and songs that would help the future professional to associate and think about the situations that may be experienced during his/her performance as a conciliator /mediator, which would encourage him to reflect on emotional dynamics in a playful way.

As a proposal, therefore, here are some films: "O Clube da Felicidade e da Sorte", which portrays some family conflicts, from one generation to another; "Se Eu Fosse Você", for addressing the existing difficulties in the face of differences between the sexes; "The Sharing", because it explores the situation of loss, division and misunderstandings; "Primo Basílio", for showing situations of love and marital betrayal.

One can also indicate "O Quatrilha", for announcing facts experienced before the end of a marriage; "A Partida" (The Departure), for enabling an analysis of death, life and the consequences of the absence of one of the parents; "Um Crime de Mestre", for presenting a situation of crime of passion, in the face of non-acceptance of betrayal; "Vizinhos", for revealing passages of disagreements between nearby

residents; "Relatos Selvagens", for addressing cases of violence, revenge and traffic fights.

Thinking about relevant videos that can be easily extracted from the YouTube platform, "Who do you want to have dinner with" is suggested, as it allows reflections on empathy and new perspectives; "The Art of Optimism", which portrays situations experienced in old age, such as loneliness, patience, losses; "Patch Adms - Love is contagious", for addressing contact with emotions and the importance of active listening.

With regard to the indication of songs, which would also collaborate with the reflections in a playful way, we can mention "Ciranda da Bailarina", by Chico Buarque, from which themes such as awareness, imperfections, idealization can be thought of; "Primavera", by Tim Maia, which allows associations with issues related to reconciliation and divorce.

Complementing the list of songs is "Não Enche", by Caetano Veloso, which portrays the Negative Theory of Conflict and its possible effects on the rupture of the affective bond; "Do Fundo do Meu Coração", by Adriana Calcanhotto, which addresses decision-making and stages of grief in separations; "Food", by Titãs, through which themes related to heritage and consumerism can be worked on.

There is no doubt; therefore, that the conciliator/mediator needs to awaken great confidence in the parties, so that they feel that the professional has sufficient qualifications, skills and knowledge to allow the satisfactory performance of his work. Likewise, it is important that the professional be seen as a person with emotional balance, capable of really helping those involved in resolving the conflicts experienced.

Therefore, the understanding of the emotional universe, through the concepts of Psychoanalysis developed by Sigmund Freud, encompassing relevant considerations regarding psychic determinism, psychoanalytic instances such as consciousness, pre-consciousness and unconsciousness, in addition to the *id*, *ego* and *superego*, would help a lot in the training of conciliators/mediators.

Also based on these complementary contents, the conciliator/mediator would acquire conditions to think broadly about the situations that arise, that is, manifest contents and latent contents, considering that the manifests refer to what is being treated explicitly, while the latent ones are those that are present, between the lines, due to their origin being little conscious or unconscious.

By acquiring notions about the existence of ego defense mechanisms, the conciliator/mediator will reach a greater understanding about the possible interference of protective forms of mental balance. Which will enable more efficient ways of managing their behavior; their reactive emotional responses, as well as how it will manage to acquire better management conditions with the situations presented by the parties.

Initial knowledge about the stages of development of the human being's personality, as well as the possibilities of more elaborate or complicated processes, will provide a holistic view, stimulating more empathetic and professional postures in the handling of each conciliation and mediation session.

The contents related to possible transferences and countertransferences, cornerstones of Psychoanalysis, contribute to the understanding of the reasons why some conciliation/mediation sessions are carried out with good performance, while others take place in a tumultuous way.

This material presented, and recreational topics such as films, videos and music, would certainly enable a more complete training of the conciliator/mediator. In addition, it is up to the future professional to understand the importance of self-knowledge and stick to this topic with a view to enabling better performance, as well as understanding how empathetic work brings positive results, as will be clarified below.

4. Conciliator and mediator's self-knowledge

Still thinking about the most complete formation of the conciliator/mediator, in order to develop a quality work it is necessary that he obtain a theoretical, methodological and technical background, accompanied by a certain knowledge about himself, through self-reflection. Thus, it will have enough content to understand and face the issues presented in the sessions it presides over.

Self-reflection provides a better understanding of the path of life, in addition to providing tools for the conciliator/mediator to identify and discriminate between what belongs to him and what belongs to the other, allowing him to proceed in a truly impartial manner.¹⁹

Possessing some knowledge of the psychic world is a central point for the conciliator/mediator to begin to recognize and assume their anguish, their fears, their determinations, their feelings, only then will they be able to act with empathy, willingness and humility, so as not to put in the share your inner difficulties. From this movement, it will be possible to notice relevant changes in the way of approaching high-stress situations, as well as a more mature, self-responsible, less defensive and more adaptive daily behavior.

It is important to emphasize that it was necessary for Sigmund Freud to follow a trajectory marked by observation, listening and reflection so that he could present to science concepts of great relevance such as the unconscious, transference, resistance, slips of the tongue, among many others, thus highlighting , the method of Psychoanalysis discussed here.

For that, Freud starts to look inside himself, carrying out a kind of analytical listening through the interpretation of his own dreams, which allowed him to enter into the complexity of the unconscious, to understand its functioning.²⁰

In this respect, it is essential that self-knowledge be based, including, on the dream content, considering that, through this procedure, the understanding of very relevant situations that are part of the psychic life of each analyzing person will be made possible.

Dealing with what he called self-observation, Sigmund Freud portrays the importance of the existence of a concentrated attention, being relevant that a position of rest is assumed and, mainly, that the criticism regarding the thoughts that come to be expressly declined, and the behavior must therefore be entirely impartial.²¹ (

These observations pointed out by Freud have already shown themselves to be a paradigm shift in science presented until then, since Freud himself is involved in the process of forming his theory, starting from self-analysis. Through it, together with clinical cases, he proves the strength of mental life and its unconscious processes that interfere in people's daily lives.

Self-knowledge and knowledge about mental organization are relevant tools for interaction and dealing with oneself and the other. Therefore, it is important to understand the functioning of the human mind, which is based on a complex interaction between biological, psychological and social elements.

¹⁹ MARUCCO, N. C. A "Análise do Analista: análise didática, reanálise e autoanálise", *Jornal de Psicanálise*, v. 41. n. 74 (jun. 2008), pp. 187-196. Available in: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-58352008000100013&lng=pt&nrm=iso. Access: January 26, 2022, p. 192.

²⁰ TOREZAN, Z. C. F.; AGUIAR, F. "O Sujeito da Psicanálise: particularidades na contemporaneidade", *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, vol. 11, n. 2 (2011). Available in: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000200004. Access: December 28, 2021.

²¹ FREUD, S. *O método de interpretação dos sonhos: a análise de uma amostra onírica*. Tradução do alemão de Renato Zwick. Revisão técnica de Tania Rivera. Ensaio biobibliográfico de Paulo Endo e Edson Sousa, L&PM POCKET, Porto Alegre, 2013. Available in: <https://drive.google.com/file/d/1Ay2M-g-kDX7DVJHo6OMQvF9TaB6tCRqS/view>. Access: October 13, 2022.

Three phenomena must be considered when evaluating the psychological state and human behavior. The first is that behavior or emotional state vary greatly with age. The second is that psychological development does not proceed uniformly and, finally, the third refers to the culture in which each person is inserted, with its peculiarities.

For the conciliator/mediator to ensure a good self-composition procedure, it is essential that he acquire, at least, notions about mental life. Other topics will be presented below, with the aim of demonstrating to the conciliator/mediator how much the emotional aspects, often unconscious, influence every human being from the beginning of life, which proves the complexity involved in psychic development.

5. Knowing a little more about psychism development

The child, when he arrives in the world, necessarily needs care and affection, finding himself in an environment in which the parents will bring psychic inheritances, including from other generations, both positive and negative. In this sense, Flávio Fortes D'Andrea clarifies that "since conception, the individual is already a unique being, whose characteristics came from factors inherited from parents"²².

From birth, therefore, the human being develops within a group, usually the family group, which becomes the basis of his constitution as a subject. In this sense, Correa elucidates, "the family group is the privileged space of unconscious generational psychic transmission that underlies the construction of subjectivity."²³

Under these conditions, the family group necessarily contributes to the process of internalization and socialization, and over the years, other groups begin to interact, such as recreational, educational, professional groups, providing important references of identity, belonging and affection.

Thus, the individual must be thought of as a meeting place of multiple and complex determinations, be they family, cultural, historical, social, which causes his constitution to occur from his relationships with others who preceded him, taking into account the intergenerationality and transgenerationality, as well as the integrations and incorporations resulting from its development.

Intergenerationality refers to the mental inheritance of the child's parents, with their experiences, causing them to be transmitted in some way. Thus, the passage from one generation to another leads to modifications of what was disseminated, creating links that are processed within the psyche of each individual.²⁴

Still in this context, parents also bring the legacies they received from their ancestors, called transgenerational, which, likewise, contribute to the transmission of content to the child. Therefore, they can be re-edited in the parents and, from then on, in their children, in a combination that involves at least three previous generations of the family, in a continuous game of mutual reprojections, perverse, prohibitive, psychotic contents, as well as values, expectations, ambitions, etc.²⁵

As an example, cases of recurrent suicides in the same family can be cited, which may be related to genetic predispositions that condition aggressive and impulsive personalities, the occurrence of mental illness or even psychological factors, and affect several generations, such as what can happened to Getúlio Vargas, his son Manuel Antônio Vargas and his grandson Getúlio Vargas Neto.²⁶

²² D'ANDREA, F. F. *Desenvolvimento da personalidade: enfoque psicodinâmico*. Bertrand Brasil, 19. ed., Rio de Janeiro, 2012, p. 31.

²³ CORREA, O. B. R. *O legado familiar: a tecelagem grupal da transmissão psíquica*. Contracapa Livraria, Rio de Janeiro, 2000, p. 13.

²⁴ BENGHOZI, P.; et al. *Os avatares da transmissão psíquica geracional*. Olga B. Ruiz Correa (org.). Escuta, São Paulo, 2000.

²⁵ ZIMERMAN, D. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Artmed, Porto Alegre, 2001, p. 418.

²⁶ BOTEAGA, N. Suicídio e Hereditariedade. Sent December 2018. *YouTube*. 4min08s. Available in: https://www.youtube.com/watch?v=hfM_U-l0qo0. Access: March 23, 2022.

Transgenerationality concerns the fact that “each of the child's parents maintains the internalization of their respective original families, with the corresponding values, stereotypes and conflicts”. In addition, it should be noted that the unresolved demands of the child's parents with their respective parents they can be restored in children, occasions in which, in the extreme cases, situations can remain unchanged for successive generations.²⁷

All human beings, therefore, are being molded from these legacies, from the expectations of the parents, from the social, economic, cultural context in which they are inserted, from the education and from the transmitted values. The very conditions of pregnancy, the biopsychic balance of the mother, the circumstances of childbirth, and all these factors can contribute to a favorable predisposition or not to development

Transmission processes result in connections with and between different intrapsychic and intersubjective levels intermediated by groups and other psychic formations, ensuring modifications that allow for a differentiation between what is transmitted, inherited and later assimilated.²⁸

In this way, it is possible to verify that there is a family legacy to be metabolized, managed and transformed, since the configuration of the phenomena responsible for the mental evolution of each individual also interacts with the genealogical psychic transmission and with the unconscious cultural foundations.

It should also be noted that demonstrations of affection help the baby and child to develop in a healthy way. The safer and more loved she feels, the better the mechanisms that lead to autonomy, independence and emotional security will be developed. School, friends, the way the family deals with everyday problems and situations, all contribute to the emotional development of human beings.

Everyone is born with the potential to succeed. However, babies and children who experience emotional neglect in their early years have greater difficulties forming healthy bonds with other people, and may later develop relationship problems, becoming overly dependent on other people or socially isolated.²⁹

It is necessary, from the beginning, that the baby and the child feel the love and company of those around them. Feeling loved provides a special sensation of warmth, affection and security, which enables the construction of a healthy self-esteem. On the contrary, they will develop a high probability of having little autonomy, presenting difficulties, including being alone.

Self-perception based on aroused feelings such as tenderness, anger, taking sides, in addition to observing the parties, helps the conciliator/mediator to build an expanded idea about the situation manifested in the session. A person's healthy development is a contributing factor in all interactions they experience.

In this way, this knowledge transmitted to the conciliator/mediator helps in their understanding of how complex the constitution of human beings is. This contributes to a more comprehensive view of the situations in each audience that will be faced, based on a neutral position during its performance.

It is remarkable, therefore, the importance of self-knowledge on the part of the conciliator/mediator, seeking to understand the content that he carries from the moment he arrived in the world, with the awareness that this content, if not well identified, can even interfere with the your way of acting or making decisions.

By dealing with their personal issues and their own desires, through an internal reflection, the immense universe of the unknown opens up, which must be probed,

²⁷ ZIMERMAN, D. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Artmed, Porto Alegre, 2001, p. 418.

²⁸ BENGHOZI, P.; et al. *Os avatares da transmissão psíquica geracional*. Olga B. Ruiz Correa (org.). Escuta, São Paulo, 2000.

²⁹ NUNES, P. *Compreendendo o Universo Psíquico*. Lecture promoted by the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of the Comarca de Marília – CEJUSC, in partnership with the University of Marília – UNIMAR (17 out. 2018)

explored and, at the same time, understood, welcomed and tolerated, considering that repressed complex and painful situations can often surface.

This initiative makes the conciliator/mediator develop self-confidence, that is, an inner security that will allow greater freedom and clarity to deal with eventual problems, difficulties, failures, losses, embarrassments. By achieving this tolerance, in the face of life's inevitable situations, you will be able to manage traumas, gaining skill and autonomy in your sessions.

The problem is that many people, given the education received or the demands imposed by social interaction, choose to oppress certain contents that were already retracted. However, for self-reflection to be valid there must be a review, understanding and interpretation of an entire experience, including childhood memories, thus awakening to a holistic view.

In his research, Sigmund Freud also emphasizes the importance of reflecting on the diseases that manifest themselves in the human body, not least because, in many cases, they are intertwined with feelings, which tend to generate aggressive physical manifestations, hampering the ability of infected cells to resist.³⁰

The psychological imbalance of the human being can be the cause of several illnesses, especially if we consider unresolved internal issues, unsurpassed traumas and stress, since there is a mutual relationship between psychic phenomena and bodily situations, also known as somatic ones.

6. Empathy as a fundamental element for conciliation/mediation

Empathy can be considered a fundamental element for the success of conciliation/mediation sessions, since its distinctive quality is the ability to promote connection between those involved, at the time when it adopts the attitude of removing everything that may give rise to prejudgments or preconceptions about the other, promoting a more interactive understanding.³¹

It is worth understanding how difficult it is to express your deepest feelings and needs. However, there is a break in this pattern when there is empathy, for the simple fact that the person feels welcomed in their emotions, which contributes to clarity in understanding. Therefore, it is imperative that egocentrism be removed, directing attention exclusively to the other.³²

In every performance, the conciliator/mediator needs to act empathetically, awaken trust in the parties, establish contact, and transform the environment that, at first, can be seen as hostile, into a welcoming space. For this to happen, it is necessary to listen carefully, ask questions, demonstrate understanding and tolerance for the issues addressed, as well as pay attention to the words, to the speech used in the sessions.

In this way, the good performance of conciliation/mediation sessions is also linked to the communicative ability of the conciliator/mediator, as he seeks to reach, through dialogue, the needs of the parties involved in the conflict, as well as his ability to translate, in a non-aggressive manner, the claims deduced. With his speech, the conciliator/mediator should favor communication, encouraging a joint effort to find the most effective solution for all involved.

³⁰ FREUD, S. *Um Caso de Histeria, Três Ensaios Sobre Sexualidade e Outros Trabalhos*. Vol. VII (1901-1905). Imago Editora Ltda, Rio de Janeiro, 1972.

³¹ DUGACSEK, J. V. "A Vulnerabilidade e a Empatia como Elementos Essenciais para uma Comunicação Efetiva e seu Papel no Contexto de Mediação", *Revista Mediação & Justiça*. n. 1 (jan./jul. 2018), pp. 84-105. Available in: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=media%C3%A7%C3%A3o+e+empatia&btnG=. Access: February 2, 2022.

³² VASCONCELOS, K. N. "Mediação Humanista: A Mediação como Caminho e o Caminho da Mediação", *Revista Internacional Consinter de Direito*, Ano II – Número II. 1º Sem. 2016. Available in: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/mediacao-humanista-a-mediacao-como-caminho-e-o-caminho-da-mediacao/>. Access, February 3, 2022.

In addition to being careful with the use of words, all conciliators/mediators must pay attention to social prejudices, principles and values, and it is extremely necessary to prevent them from arising during the session, avoiding, for this, the judgment of acts, behaviors and thoughts presented by the parties, from the point of view of right or wrong.

Attitudes must be based on sincere impartiality, repelling unreasonable reactions, through empathy, considering the origin of the Greek term "empathia", which means "passion or state of emotion", constituted by EN - "in" plus PHATOS - "emotion, feeling", which brings the idea of being inside the feeling of the other.³³

It is necessary to make yourself available to understand the other, distancing yourself from a supposed pre-existing knowledge, by imagining that you already know what the other thinks and what is the ideal way to act in the face of the presented situation, as William Ury clarifies:

As I have observed in my mediation work, we often listen to others from our frame of reference, judging what they say from our point of view. Imbued with an attitude of genuine respect, we can practice the art of listening to others from their frame of reference, their point of view. We must listen not only to the words, but also to the unexpressed thoughts and feelings. We need to apprehend the content of what is being said, but also consider the human being who expresses it.³⁴

In this context, the conciliator/mediator learns to initiate and maintain a differentiated communication, seeking to understand in depth the ideas and feelings of the other person, paying attention to the meaning that the reported experience has for him, allowing him to reaffirm himself in the another the important feeling of welcome and understanding.³⁵

The choice to act with empathy causes an exchange to emerge between the conciliator/mediator and the party, in the most diverse sensorial dimensions, either through silence or, as Vasconcelos clarifies, through "words, gestures, attitudes, looks, tone of voice, body positions, physical tension and distension, synchrony of attitudes, breathing rhythm, etc."³⁶

It should be noted that in Germany, the term empathy found references in a process called *Einfühlung*, which is related to the potential that artistic works have to generate feelings of admiration and uniqueness in their spectators. In 1909, the first translation of the German term into English was carried out, resulting in the word empathy, referring to the "ability to know the conscience and feelings of other people, through a process of internal imitation".³⁷

By behaving empathetically, the conciliator/mediator develops a distinct process, through which he starts to enable the real understanding of the other, which makes

³³ EMPATIA. *Origem da Palavra*. 26 jan. 2011. Available in: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/empatia>. Access: December 26, 2022.

³⁴ URY, W. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Sextante, Rio de Janeiro, 2015, p. 71.

³⁵ NUNES, P. *Compreendendo o Universo Psíquico*. Lecture promoted by the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of the Comarca de Marília - CEJUSC, in partnership with the University of Marília - UNIMAR (17 out. 2018).

³⁶ VASCONCELOS, K. N. "Mediação Humanista: A Mediação como Caminho e o Caminho da Mediação", *Revista Internacional Consinter de Direito*, Ano II - Número II. 1º Sem. 2016. Available in: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/mediacao-humanista-a-mediacao-como-caminho-e-o-caminho-da-mediacao/>. Access, February 3, 2022.

³⁷ SAMPAIO, L. R.; *et al.* "Estudos sobre a dimensionalidade da empatia: tradução e adaptação do Interpersonal Reactivity Index (IRI)", *Psico*. v. 42, n. 1 (jan./mar. 2011), pp. 68. Available in: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=empatia&btnG=. Access: January 29, 2022.

it possible to understand the demands as equally relevant, since the tendency is to carry out an evaluation of the situation presented, approaching more of a value judgment than a possibility of effective reception and understanding.

When a party begins his report in the session, it is common for the conciliator/mediator to have thoughts such as: "I already know where this is going", "it is not right", "it does not fit", "it does not make sense", among countless others. Rarely is there a true openness to understanding what it means, for that particular person, everything that is externalizing.

Acting empathetically is not an easy attitude; it requires a lot of patience and training, as it implies a necessary change in behavior, bearing in mind the need to fully penetrate the entire frame of reference presented. However, from this movement, one discovers, above all, the positive value triggered in the individual who feels understood.³⁸

As Vasconcelos clarifies, "listening, giving attention, welcoming without judging is not a technique, but an experience, a continuous learning process". Listening and looking must always be attentive, showing respect for the individuality of others, their message, their need for understanding, which contributes to a new perception of conflict and the dissemination of a true culture of peace.³⁹

In the quest to overcome the established conflict, it is imperative that the ability to recognize and respect otherness be awakened, paying attention to the fact that those involved are subjects of rights, whose expressions of will and feelings are shown to be opposite in that particular circumstance. Once this relationship is established, feelings are validated, making the search for a solution that includes both parties less difficult.

It is also extremely important that the conciliator/mediator has a clear understanding that people act, think, react, believe and feel in different ways. This clarity prevents feelings of frustration, misunderstanding or judgment from arising, as it is common for people to have a certain resistance to accepting different attitudes in relation to the way the other faces certain problems and situations.

The greater the possibility of developing feelings of acceptance and appreciation, the better the conduct of conciliation/mediation sessions. Those involved need to be seen as people of value, regardless of their condition, their emotions or their behavior.

This welcome should prevail even if the conciliator/mediator is faced with contradictory or resistant attitudes on the part of those involved, so it will be possible to emerge a relationship of affection and security in the professional, elements of paramount importance to guarantee a successful session.

The greater the proximity to the needs and feelings instilled in the words externalized by the parties, the better the perception they have that their interests are being met, which generates a sense of security and confidence. Otherwise, once the connection is lost, the vitality of the procedure is lost.⁴⁰

In this context, it is important for the conciliator/mediator to act with empathy, even in the face of negative manifestations brought by the parties, so that the attitude is not understood as something personal, which usually leads to feelings of anger and hurt, making dissolution difficult of the conflict situation.

In the same way, empathy should even be used to interrupt an exposition in which there is a lack of awareness regarding feelings, precision and request, because by acting in this way the conciliator/mediator will help the party to connect with the interests for behind the externalized words.

³⁸ ROGERS, C. R. *Tornar-se Pessoa*. Martins Fontes, 5. ed., São Paulo, 1997.

³⁹ VASCONCELOS, K. N. "Mediação Humanista: A Mediação como Caminho e o Caminho da Mediação", *Revista Internacional Consinter de Direito*, Ano II – Número II. 1º Sem. 2016. Available in: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/mediacao-humanista-a-mediacao-como-caminho-e-o-caminho-da-mediacao/>. Access, February 3, 2022.

⁴⁰ ROSENBERG, M. B. *Comunicação Não-Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Ágora, São Paulo, 2006.

Therefore, in order to empathy becomes true, it is essential that the conciliator/mediator develops the ability to relate and understand what is happening inside the other person, collaborating to defuse complex situations. Which allows pain, suffering and anguish to be alleviated and that a healthy dialogue is established, which makes it possible to find a mutually satisfactory solution for those involved.

7. Final considerations

The need for mediators/conciliators to have a more complete training was demonstrated, in order to provide an effectively empathetic and impartial performance. Several professionals restrict themselves only to the knowledge passed on by the Training Course. Which can be added to the existing setback regarding remuneration, considering that in several locations the provision of services is still done on a voluntary basis, which makes it difficult to demand for better preparation for the exercise of activities.

Understanding the emotional universe, the transference and projective dynamics that may arise during conciliation/mediation sessions, whether with regard to the parties or between them and the conciliator/mediator, enriches the vision of these peacemaking instruments, allowing the expansion of its technical improvement, since the professional's performance would be based on new paradigms, which allow perceptive and behavioral changes.

Considering the role of the conciliator/mediator, that is to preside over the hearings in order to provide the parties with the necessary conditions to reach a better resolution for the experienced problem. Analyzing the psychic extension involved in the conflicting situations that arise in the conciliation/mediation sessions will bring you better conditions to contribute to the positive outcome of the sessions.

It was possible to verify, with the study, that both the Judiciary and the Private Chambers of Mediation and Conciliation usually pay attention to the need to present a multidisciplinary field of action, composed of jurists, administrators, psychologists, among others. It happens that, even in the face of the possibility of the parties opting for a conciliator/mediator with training in Psychology. Alternatively, even choosing such a professional to assist as co-conciliator or mediator. What is defended is the importance of everyone who attends a Course in Training and Qualification for Conciliators and Mediators to have contact, including with general notions about the psychic universe, a contact that would bring better conditions even for society, which includes procedural agents and the entire sphere of the Judiciary.

A more complete formation of procedural subjects, with emphasis on conciliators and mediators, allows reflections that value the integral preparation of the professional. Including manifestations about the importance of also having a psychological preparation, since they will be faced with countless difficult situations experienced by the parties on a daily basis, which requires complete preparation, as, on the contrary, it may even cause a deterioration in the quality of the existing relationship between the mediators.

The research concludes, therefore, due to the need for a complement to the Formation and Training Course for Conciliators and Mediators, and it is still essential that there be an effective social awareness under the necessary transposition, especially on the part of the procedural subjects, who should also to dedicate himself to expanding his knowledge, with studies about the dynamics of the mental life of the human being.

8. References

BENGHOZI, P.; *et al. Os avatares da transmissão psíquica geracional*. Olga B. Ruiz Correa (org.). Escuta, São Paulo, 2000.

- BEZERRA JÚNIOR, J. A. "O Direito e os Meios Consensuais de Resolução de Conflitos: o nexó entre a formação discente e a atuação profissional", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 27 n. 1. (2022), pp. 110-126. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/16413>. Access: August 26, 2022.
- BONA, C. D.; CARDOZO, J. F.; PILAU SOBRINHO, L. L. "Direito Transnacional e o Estado: novas formas de solução de conflitos (público e privado) ante as novas perspectivas para o direito", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 3 (2022), pp. 875-893. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18330>. Access: August 26, 2022.
- BOTEGA, N. Suicídio e Hereditariedade. Sent December 2018. *YouTube*. 4min08s. Available in: https://www.youtube.com/watch?v=hfM_U-l0qoQ. Access: March 23, 2022.
- CAMES. *Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada*. Available in: <https://www.camesbrasil.com.br/mediacao/>. Access: April 22, 2022.
- CBMA. *Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem*. Available in: <http://www.cbma.com.br/index.php?t=pagina&a=arbitros&tip=2>. Access: April 22, 2022.
- CORREA, O. B. R. *O legado familiar: a tecelagem grupal da transmissão psíquica*. Contracapa Livraria, Rio de Janeiro, 2000.
- D'ANDREA, F. F. *Desenvolvimento da personalidade: enfoque psicodinâmico*. Bertrand Brasil, 19. ed., Rio de Janeiro, 2012.
- DUGACSEK, J. V. "A Vulnerabilidade e a Empatia como Elementos Essenciais para uma Comunicação Efetiva e seu Papel no Contexto de Mediação", *Revista Mediação & Justiça*. n. 1 (jan./jul. 2018), pp. 84-105. Available in: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=media%C3%A7%C3%A3o+e+empatia&btnG=. Access: February 2, 2022.
- EMPATIA. *Origem da Palavra*. 26 jan. 2011. Available in: <https://origemdapalavra.com.br>palavras>empatia>. Access: December 26, 2022.
- FREUD, S. *O método de interpretação dos sonhos: a análise de uma amostra onírica*. L&PM
- POCKET, Porto Alegre, 2013. Available in: <https://drive.google.com/file/d/1Ay2M-g-kDX7DVJHo6OMOVf9TaB6tCRqS/view>. Access: October 13, 2022.
- FREUD, S. *Um Caso de Histeria, Três Ensaíos Sobre Sexualidade e Outros Trabalhos*. Vol. VII (1901-1905), Imago Editora Ltda, Rio de Janeiro, 1972.
- Lei nº 13.105, de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Available in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>. Access: April 19, 2022.
- Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. *Lei de Mediação*. Deals with mediation among individuals as a means of resolving disputes and on the self-composition of conflicts within the scope of public administration; amends Law No. 9,469, of July 10, 1997, and Decree No. 70,235, of March 6, 1972; and revokes § 2 of art. 6 of Law No. 9,469, of July 10, 1997.
- MARUCCO, N. C. A Análise do Analista: análise didática, reanálise e autoanálise. *Jornal de Psicanálise*. v. 41. n. 74. jun. 2008. São Paulo, p. 187-196. Available in: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-58352008000100013&lng=pt&nrm=iso. Access: January 26, 2022.
- NUNES, P. *Compreendendo o Universo Psíquico*. Lecture promoted by the Judicial Center for Conflict Resolution and Citizenship of the Comarca de Marília – CEJUSC, in partnership with the University of Marília – UNIMAR (17 out. 2018).
- Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. *Conselho Nacional de Justiça*. Deals with the National Judiciary Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the scope of the Judiciary and other measures. Text compiled from the wording provided by Amendment No. 01/2013, Amendment No. 02/2016 and Resolution No. 290/2019. Available in:

- https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf. Access: December 30, 2021.
- ROGERS, C. R. *Tornar-se Pessoa*. Martins Fontes, 5. ed., São Paulo, 1997.
- ROSENBERG, M. B. *Comunicação Não-Violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Ágora, São Paulo, 2006.
- SAMPAIO, L. R.; et al. "Estudos sobre a dimensionalidade da empatia: tradução e adaptação do Interpersonal Reactivity Index (IRI)", *Psico*. v. 42, n. 1 (jan./mar. 2011), pp. 68. Available in: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=empatia&btnG=. Access: January 29, 2022.
- TOREZAN, Z. C. F.; AGUIAR, F. "O Sujeito da Psicanálise: particularidades na contemporaneidade", *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, vol. 11, n. 2 (2011). Available in: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000200004. Access: December 28, 2021.
- Tribunal de Justiça de São Paulo. EPM – Escola Paulista da Magistratura. *EPM realizará novo curso de formação de mediadores e conciliadores*. 27 ago. 2019. Available in: <https://epm.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia/58623>. Access: December 30, 2021.
- URY, W. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Sextante, Rio de Janeiro, 2015.
- VASCONCELOS, K. N. "Mediação Humanista: A Mediação como Caminho e o Caminho da Mediação", *Revista Internacional Consinter de Direito*, Ano II – Número II. 1º Sem. 2016. Available in: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-ii-volume-ii/parte-3-aspectos-relevantes-no-futuro-do-direito/mediacao-humanista-a-mediacao-como-caminho-e-o-caminho-da-mediacao/>. Access, February 3, 2022.
- VITORELLI, E.; BORTOLAI, L. H. "(In) devido processo: precedentes e tecnologia em um sistema judiciário sobrecarregado", *Novos Estudos Jurídicos*, v. 26, n. 1 (2022), pp. 375-405. Available in: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/17590>. Access: August 26, 2022.
- ZIMERMAN, D. *Vocabulário Contemporâneo de Psicanálise*. Artmed, Porto Alegre, 2001.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 145-159
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

As startups no direito brasileiro e as projeções futuras dessas empresas no agronegócio

Startups in brazilian law and future projections of these companies in agribusiness

Patrícia Spagnolo Parise Costa¹

Universidade de Rio Verde, GO, Brasil

Pauliney Costa e Cruz²

Universidade de Rio Verde, GO, Brasil

Sumario: 1. Introdução. 2. O que é uma *startup*? 3. *Startup* e inovação. 4. Disciplina jurídica das *startups*. 5. As *startups* (*agtechs*) no agronegócio. 6. Considerações finais. 7. Referências.

Resumo: nos dias atuais, as atividades econômicas desenvolvidas no campo exigem, cada vez, mais o emprego de tecnologias e inovações. Nesse sentido as ferramentas de trabalhos manuais se tornam obsoletas, abrem-se espaços para mecanismos modernos como as *startups*. No âmbito empresarial, elas crescem no mundo todo e no Brasil, particularmente, nos setores do agronegócio. Tão importante quanto a definição de *startups* é saber como elas se enquadram no direito brasileiro e quais são as suas projeções futuras. Assim, indaga-se: qual é a natureza jurídica das *startups*? Como elas se enquadram no ordenamento jurídico brasileiros? E qual o potencial de crescimento dessas práticas no agronegócio? O objetivo do presente artigo é analisar o tratamento jurídico das *startups* no Brasil, conceituar *startups* e apontar se, efetivamente, essas empresas tidas como promissoras, têm potencial de crescimento no agronegócio. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica. Verificou-se que as *startups* possuem personalidade jurídica própria e devem ser submetidas às mesmas leis aplicadas a pessoas jurídicas no Brasil. No mais, embora a Lei Complementar n. 182/2021 tenha trazido avanços regulatórios, ainda existem aspectos a serem regulamentados, de forma a viabilizar a sua aplicação normativa necessária à potencialização do crescimento das *startups*.

¹ Doutora em Direito Público pela Unisinos – RS, mestre em Direito pela Unaerp – Ribeirão Preto – SP, professora titular de Direito Constitucional na UniRV – Rio Verde – GO.

² Mestrando em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento pela UniRV – Rio Verde – GO, é especialista em Direito Público pela mesma Universidade e possui MBA em agronegócio pela USP/ESALQ, professor de Direito Civil na UniRV – Rio Verde – GO.

Palavras-chave: *Startups*. Direito. Pessoa jurídica. *Agtechs*.

Abstract: nowadays, the economic activities developed in the countryside demand, more and more, the use of technologies and innovations. In this sense, manual work tools become obsolete, opening up spaces for modern mechanisms such as startups. In the business sphere, they grow all over the world and in Brazil, particularly in the agribusiness sectors. As important as the definition of startups is knowing how they fit into Brazilian law and what their future projections are. Thus, the question is: what is the legal nature of startups? How do they fit into the Brazilian legal system? And what is the growth potential of these practices in agribusiness? The purpose of this article is to analyze the legal treatment of startups in Brazil, conceptualize startups and point out whether, effectively, these companies considered promising have growth potential in agribusiness. For that, a bibliographical research was carried out. It was found that startups have their own legal personality and must be subject to the same laws applied to legal entities in Brazil. Furthermore, although Complementary Law n. 182/2021 has brought regulatory advances, there are still aspects to be regulated, in order to enable its necessary normative application to enhance the growth of startups.

Keywords: Startups. Rights. Legal person. *Agtechs*.

1. Introdução

Nos dias atuais, as atividades econômicas desenvolvidas no campo exigem, cada vez mais, o emprego de tecnologias e inovações. À medida em que as ferramentas de trabalhos manuais se tornam obsoletas, abrem-se espaços para mecanismos modernos, tais como as *startups*, empresas que crescem no mundo todo e no agronegócio brasileiro. Tão importante quanto definir startup é saber como elas se enquadram no direito brasileiro e quais são as suas projeções futuras.

Uma *startup* é formada por um grupo de pessoas iniciando uma empresa, trabalhando com uma ideia diferente, escalável e em condições de extrema incerteza. Trata-se de uma instituição humana desenhada para criar um novo produto ou serviço em condições de extrema incerteza.³

O que se pode entender é que o foco não está nas pessoas e sim no produto ou serviço. Ao contrário de uma empresa tradicional, a *startup* baseia-se, a todo tempo, em *feedbacks* para dar início ao seu plano de negócio.

As vantagens que estão relacionadas a este tipo de empresa são: dedicação dos funcionários, agilidade, conexão com os clientes, brevidade de resposta e o fácil acesso às informações.

As *startups* estão no cerne de todos os debates empresariais, todavia, existem dúvidas acerca das regras jurídicas e fiscais essenciais para a criação e desenvolvimento dessa modalidade de empresa, mesmo após a criação da Lei Complementar n. 182/2021, também chamada de “Marco Legal das *Startups*”. Assim, considerando o crescimento das *startups* no Brasil, emergem os questionamentos: Qual é a natureza jurídica das startups? Como elas se enquadram no ordenamento jurídico brasileiro? E qual o potencial de crescimento dessas práticas no agronegócio?

Nesse contexto, coloca-se como objetivo principal da pesquisa discutir a disciplina jurídica das *startups* no Brasil e, particularmente, seu potencial no âmbito do agronegócio.

³ SEBRAE. *O que é uma startup?* Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ac/artigos/o-que-e-uma-startup,17213517aa47a610VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

Para alcançar tal pretensão, o artigo é dividido em quatro partes. Na primeira é apresentado o conceito e abordada a origem das *startups*. Na segunda, analisado o perfil inovador das mesmas.

Logo em seguida, é retratado a legislação inerente às *startups*. Por fim, na quarta e última parte, espera-se evidenciar as potencialidades dessas novas empresas no agronegócio e sua importância no cenário econômico nacional.

Para a realização desta pesquisa valeu-se do método de abordagem dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuances do tema, para então envolver as suas particularidades, mormente quanto ao enquadramento jurídico dessas empresas no Brasil.

Em relação ao procedimento, foi utilizado o método comparativo, de grande valia para que se possa traçar o necessário paralelo entre as posições que versam sobre o tema, de forma a identificar qual seria o melhor entendimento.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada (revistas científicas especializadas, livros, entrevistas, legislações e projetos de lei), com o intuito de favorecer a avaliação do tema a partir de um novo prisma, propiciando conclusões inovadoras.

2. O que é uma *startup*?

Para Ries⁴, *startup* é uma instituição humana desenhada para criar um novo produto ou serviço em condições de extrema incerteza. O que se pode entender é que o foco não está nas pessoas e, sim, no produto ou serviço. Ao contrário de uma empresa tradicional, a *startup* baseia-se, a todo tempo, em feedback para dar início ao seu plano de negócio.

As vantagens que estão relacionadas a este tipo de empresa são: dedicação dos funcionários, agilidade, conexão com os clientes, brevidade de resposta e o fácil acesso a informações.⁵

A economia digital pode ser caracterizada como um "fenômeno emblemático", chamado de processo de "uberização" da economia. A Uber mostrou como, por meio de um dispositivo móvel e alguns algoritmos, uma atividade tradicional muito regulamentada de prestação de serviço de táxi foi superada na Europa em apenas cinco anos.⁶

Um fator importante que contribuiu para o crescimento da Uber é o seu potencial. Não é apenas o fato de que a empresa está mudando a forma de muitas cidades em contratar carro, mas eles estão fazendo isso de uma maneira que está transformando a propriedade de carros e transporte em geral- tendo uma estrutura definida e utilizando-a em uma nova maneira totalmente diferente.⁷

O modelo de negócios da Uber, estendido internacionalmente, é característico não só da nova economia, mas de um novo mundo de trabalho e é seguido por outras empresas como a Airbnb, a Taskbrabit e a Upwork. Estas últimas aproveitam as redes de internet de alta velocidade, a Big Data (combinando através de plataformas de internet enormes quantidades de dados comerciais, geográficos e pessoais que podem ser utilizados por empresas ou *startups*) e a explosão de novos dispositivos

⁴ RIES, E. *A Startup Enxuta: como os empreendedores atuais utilizam inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*, Ed. Leya, São Paulo, 2012.

⁵ Ibid.

⁶ KRULL, S. *El cambio tecnológico y el nuevo contexto del empleo*, Ed. Cepal, México, 2016.

⁷ ELLIS, S.; BROWN, M. *Growth Engines: case studies of how today's most successful startups unlock extraordinary growth*, 1 ed., Ed. The GrowthHackers.com Tema, Estados Unidos, 2014. E-book.

móveis que permitem que provedores de serviços, trabalhadores e usuários ou consumidores estejam conectados em todos os momentos e lugares.

O resultado da chamada economia digital, colaborativa, compartilhada, ou de acordo com a demanda, foi que as distâncias foram reduzidas e as fronteiras entre locais de trabalho, repouso ou casa e os vários setores da economia (transporte, acomodação etc.) foram transformados.

Essas transformações geraram inúmeras questões e debates sobre a relação entre as pessoas e seu caráter de trabalhador, entre a plataforma e o seu papel como empregador. Também houve transformação no lugar onde os lucros são gerados e os impostos são pagos, ou nas responsabilidades individuais e coletivas que derivam dele.⁸

Além disso, esse fenômeno reflete as desigualdades globais, ao unir na mesma cadeia, trabalhadores desempregados ou precários que buscam completar seus escassos rendimentos a partir de sua participação nas plataformas com aqueles com maiores recursos que se beneficiam do poder de contratar os serviços de que necessitam a custos mais baixos.

Embora as estatísticas ainda não tenham sido capazes de refletir o impacto das novas tecnologias sobre a economia, é difícil avaliar suas consequências em relação a, por exemplo, quantos empregos serão criados, transformados e destruídos. Como Krull⁹ e Degryse¹⁰ concluem, não há consenso entre os autores, por exemplo, se é realmente esta uma verdadeira revolução industrial como a anterior, ou se estamos apenas diante de uma nova tendência no desenvolvimento. Não se sabe se é possível falar de um estágio disruptivo na evolução do modo de fazer as coisas para promover um novo modelo de gestão de recursos e métodos de produção ou se a tecnologia é um fator de otimização (custo marginal zero) que levará a uma sociedade melhor, a um governo melhor, o qual conduzirá ao progresso econômico e social.

Todas essas são questões abertas que, para serem respondidas, exigem que o tempo e o conhecimento disponíveis hoje sejam aprovados. Em relação ao mundo do trabalho, Degryse¹¹ argumenta que grandes mudanças são necessárias. Um ajuste simples das formas de treinamento ou do investimento em habilidades e qualificações seria totalmente insuficiente porque é um "novo mundo de trabalho onde tudo será diferente".

Por exemplo, no setor de serviços, a relação entre o trabalhador ou prestador de serviços e o empregador será modificada, o que, de fato, como argumenta esse autor, é o algoritmo que fornece o trabalho, calcula o pagamento e o torna efetivo. Eles também mudarão o contrato de trabalho ou a negociação salarial, os procedimentos de demissão que podem assumir a fórmula simples de uma desconexão da conta (por exemplo, do parceiro-parceiro da Uber, de acordo com a qualificação feita pelos usuários).

Ao mesmo tempo, os padrões trabalhistas e previdenciários serão transformados. No caso da indústria, a relação entre o trabalhador e as novas máquinas inteligentes, as formas de controle do trabalhador e as práticas gerenciais seriam modificadas. Observando a União Europeia, Degryse¹² argumenta que o que estaria em jogo com o avanço da economia digital é o mesmo modelo social europeu, cuja sobrevivência dependeria do grau provável liberdade ou escravidão, colaboração ou precarização, proteção ou desregulamentação, questões que terão consequências no equilíbrio de poder entre trabalhadores e empregadores e, portanto, nos mercados e instituições de trabalho.

⁸ DEGRYSE, C. "Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets", *ETUI Research Paper - Working Paper*, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2730550>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

⁹ KRULL, S. *El cambio tecnológico y el nuevo contexto del empleo*, Ed. Cepal, México, 2016.

¹⁰ DEGRYSE, C. Op. cit.

¹¹ DEGRYSE, C. Op.cit.

¹² DEGRYSE, C. Op. cit.

O impacto será diferenciado de acordo com os países, setores e tipos de empregos emergentes da nova economia digital. Ele argumenta que um dos principais problemas a enfrentar é como regulamentar essas empresas na economia digital, cujo enorme poder financeiro e de *lobby* permitiu que elas evitassem, sob estratégias agressivas e com sucesso, a legalidade.

No entanto, há indícios de que talvez o momento da regulamentação exclusiva pelo mercado esteja terminando porque à medida em que as consequências negativas desse tipo de negócio se tornam aparentes, as autoridades públicas começaram a reagir colocando restrições ao seu funcionamento.

Até mesmo o reconhecimento do caráter dos trabalhadores e dos prestadores de serviços está sendo exigido, como aconteceu no caso da Uber no Brasil.

As *startups* estão livres dos grilhões da burocracia corporativa de várias camadas, são mais flexíveis, podem transformar ideias em produtos, melhorando-os de acordo com as necessidades do consumidor. Seu alto risco motiva profundamente todos os esforços de seus funcionários para o sucesso. Além disso, as empresas iniciantes criam novos mercados ou mudam completamente antigos mercados, apresentando produtos que mudam o mundo. Os gigantes de hoje como *Apple*, *Facebook* e *Google* já foram pequenos, mas sempre foram ambiciosos.¹³ No âmbito legislativo, a regulamentação integral da Lei Complementar n. 182/2021 (Marco Legal das Startups) possibilitará impulsionar o ramo no país e facilitar a geração de empregos.

Diversos autores abordam a evolução histórica das *startups*. Apesar de os Estados Unidos possuírem boa parte da influência no que diz respeito à origem das *startups*, outros países também desenvolveram ferramentas que foram cruciais para a evolução das mesmas.

Acerca dos processos para criação de *startups*, estas se iniciam pela incubação ou aceleração. Para evitar a morte prematura de uma boa ideia, a incubadora oferece consultoria em apoio material e logístico, o que facilita a primeira etapa do nascimento da empresa. Um dos casos mais típicos é o da *Sun Microsystems*, que foi treinada por professores e funcionários em 1982 e se tornou uma referência em servidores e linguagens de programação.¹⁴

Para o autor supracitado, algumas empresas do tipo começam na garagem de casa, onde apenas fundadores visionários que trabalham depois de receber serviços formais podem transformar ideias em realidade. Nos Estados Unidos, essa história é, na verdade, uma clássica história americana: dois jovens que trabalhavam nos fins de semana e no turno da noite na esperança de estabelecer uma empresa boa e lucrativa:

Talvez o mais clássico de todos seja a história dos estudantes de engenharia elétrica Bill Hewlett e Dave Packard, formados em Stanford, que começaram a trabalhar no desenvolvimento de novos equipamentos elétricos em 1939 em uma garagem com apenas US\$ 500,00 em caixa. Mais de 80 anos depois, todos devem ainda reconhecer a sigla HP em vários setores da economia, empregando hoje mais de 310 mil funcionários.¹⁵

¹³ CORL, E. *How startups drive the economy*. 2019. Disponível em <<https://medium.com/@ericcorl/how-startups-drive-the-economy-69b73cfbae1>>. Acesso em: 10 de maio de 2022.

¹⁴ LONGHI, F. "A história da revolução das startups", *IMasters*. 2011. Disponível em <<https://imasters.com.br/carreira-dev/a-historia-da-revolucao-das-startups>>. Acesso em: 28 de abril de 2022.

¹⁵ Ibid.

Para Przem¹⁶, a “Bolha Ponto-Com” ou “Bolha da Internet” é o nome dado ao período do final da década de 90 e início dos anos 2000, quando diversas empresas surgiram pelo segmento da internet. O autor afirma que é um equívoco associar o início das *startups* à “Bolha Ponto-com”, embora, na época, o termo *startups* tenha ganhado bastante visibilidade. As reais primeiras *startups* se desenvolveram há muitas décadas, podendo ter surgido nos tempos seguintes à Grande Depressão de 1920/1930, ou mesmo antes. Ademais:

Em 2015, o número de *startups* mapeadas no Brasil era de 4.451. Esse número continuou crescendo gradualmente nos anos consecutivos, mas teve o seu grande boom em 2018, quando atingimos a marca de 10.000 *startups*. Atualmente, já estamos com 12.800 *startups* mapeadas em nossa base (Startupbase) e a média de crescimento é de 26,75% por ano. Mas afinal, o que aconteceu no mundo das *startups* nesses anos? A resposta é: muita coisa! Não só o número de *startups* foi crescendo, como diversas iniciativas e instituições foram se desenvolvendo para dar apoio e construir esse ecossistema, afinal, empreendedor não faz nada sozinho.¹⁷

Apesar de ser impossível dizer exatamente como foi o início da “era *startup*”, é seguro dizer que esse início tem muito em comum com a ascensão do ecossistema de negócios do Vale do Silício. Portanto, pode-se supor que o primeiro lote de *startups* foi de empresas do Vale do Silício, como a *International Business Machines Corporation* (IBM). A IBM foi fundada em 1911 e, desde então, tornou-se um dos maiores fabricantes mundiais de *hardware*, *middleware* e *software*. Mesmo que não seja a primeira verdadeira *startup*, é importante considerá-la como a primeira.¹⁸

Outros grandes exemplos são a *Apple* e a *Microsoft*. Um exemplo melhor é o *Google*, que criou um nicho de mercado completo para todas as empresas em expansão. O *Google* foi fundado em 1998. A base de seu famoso mecanismo de busca foi criada em 1997, mas como parte do curso de seu fundador, Brin, e do Ph.D. de Page. Logo, os dois entenderam todo o seu potencial e decidiram abrir uma empresa. O *Google* é um ótimo exemplo de início para as *startups* porque começou como uma experiência e se desenvolveu para tornar-se um líder no mercado, devendo ser isso o que todo desenvolvedor de *startup* deve pensar.¹⁹

3. *Startup* e inovação

No contexto atual, a inovação é um dos fatores mais importantes no desenvolvimento socioeconômico nacional e regional. Todos os países desenvolvem estratégias baseadas em *designs* inovadores. A inovação é vista como uma oportunidade para se desenvolver rapidamente e melhorar a competitividade no cenário internacional.

O grau de inovação em uma dada economia é medido pelo número de patentes depositadas, o número de patentes registradas e o número de patentes citadas. Número de patentes indica o nível de conhecimento acerca da necessidade de proteger os direitos de propriedade intelectual e o número de patentes concedidas reflete a qualidade da solução. A gestão da propriedade intelectual tem um impacto

¹⁶ PRZEM. “What is a Startup? The Historical Background”, *Growly*. 2016. Disponível em: <<https://www.growly.io/what-is-a-startup-the-historical-background/>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

¹⁷ FLÁVIA CARRILO, A. “A evolução do ecossistema de startups nos últimos oito anos”, *Startup*. 2019. Disponível em: <<https://startupi.com.br/2019/04/a-evolucao-do-ecossistema-de-startups-nos-ultimos-oito-anos/>>. Acesso em 28 de abril de 2022.

¹⁸ PRZEM. “What is a Startup? The Historical Background”, *Growly*. 2016. Disponível em: <<https://www.growly.io/what-is-a-startup-the-historical-background/>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

¹⁹ Ibid.

positivo na economia e nas patentes e outras formas de propriedade intelectual são fontes de benefícios econômicos.²⁰

A partir disso, as *startups* se desenvolveram como alternativa de inovação em diversos países. Elas se mostraram como um novo modelo de negócio que modificou a tradição de novas empresas. De acordo com um relatório da Brasscom, o termo *startup* é usado para se referir a empresas recém-criadas e lucrativas, com modelos de negócios inovadores em qualquer área ou indústria. Na década de 1990, um grande número de *startups* de tecnologia surgiu no Vale do Silício da Califórnia, EUA.

Desde 1960, a região tem sido o berço de gigantes globais de Tecnologia de Informação. De lá saíram empresas como *Google*, *Apple Inc.*, *Microsoft* e outras.²¹ A chave de sucesso de uma *startup* é a viabilidade e a resposta do mercado às ideias. Em relação à primeira dificuldade, comum a todas as empresas, seja qual for o porte, existem alguns planos de aceleração privados ou governamentais que podem ser utilizados para garantir a sobrevivência dos primeiros anos de atividades da empresa.²²

Baran e Zhumabaeva²³ afirmam que a competição obriga as empresas a buscarem novos métodos de produção, a introduzirem novos produtos e melhoria dos já existentes. Entretanto, é relevante que as empresas sejam cientes do capital intelectual, de recursos humanos e de propriedades intangíveis em sua posse; todas podem ser de valor substancial. Dessa forma, torna-se necessário o aprofundamento e o estudo dos aspectos relacionados aos parâmetros legislativos e jurídicos das *startups*. Ademais, os autores entendem que, num contexto global, 3,1 milhões de pedidos de patentes foram depositados durante o ano de 2016.

Em adição a isso, tem-se o seguinte cenário, demonstrado por Carrilo²⁴:

Hoje, podemos dizer que o Brasil possui um ecossistema de *startups* maduro. O mercado de *startups* brasileiras mais que dobrou nos últimos seis anos: em 2012, tínhamos 2519 *startups* mapeadas na associação. Em 2017, esse número alcançou 5147 empresas. E atualmente estamos mais um passo à frente: 10.800 *startups* registradas em nosso banco de dados.

Observando o contexto brasileiro, o que se percebe é que o país está em potencial crescimento e desenvolvimento do setor de *startups*, mas ainda sofre desvantagem em relação a outros países, o que justifica o aprofundamento deste tema e de suas implicações.

4. Disciplina Jurídica das *startups*

A crescente capilarização de *startups* na sociedade reclama e estimula, crescentemente, desafios como inovações e adaptações ao ambiente de preservação e o respeito à coletividade. Parte-se do pressuposto de que direitos de

²⁰ BARAN, A.; ZHUMABAEVA, A., "Intellectual property management in startups - problematic issues", *Sciendo - Engineering Management in Production and Services*, v. 10. n. 2, 2018.

²¹ BRASSCOM. Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação, *Startup*, s.d. Disponível em: <<http://www.brasilitplus.com/brasilit/upload/download/1416332923startups.pdf>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

²² Ibid.

²³ BARAN, A.; ZHUMABAEVA, A., "Intellectual property management in startups - problematic issues", *Sciendo - Engineering Management in Production and Services*, v. 10. n. 2, 2018.

²⁴ FLÁVIA CARRILO, A., "A evolução do ecossistema de startups nos últimos oito anos", *Startup*. 2019, p. 1. Disponível em: <<https://startupi.com.br/2019/04/a-evolucao-do-ecossistema-de-startups-nos-ultimos-oito-anos/>>. Acesso em 28 de abril de 2022.

propriedade, direitos de ambiente e direitos do consumidor são levados em consideração para estabelecimento pleno das premissas estabelecidas por uma *startup*.

A proporção de um ambiente que estimule a maturidade de determinado serviço é essencial para o estabelecimento e preservação da sua relevância e concorrência em um mercado aberto. Diante disso, a análise e investigação dos direitos do consumidor estabelecidos e realizados dentro da ambientalização de uma *startup* é crucial para atender a exigências do investidor, do próprio investimento e do recebedor, que diz respeito ao consumidor de tais serviços.

O primeiro ponto a se analisar é a Lei nº 13.709/2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.²⁵ A disposição de tal Lei diz respeito aos dados pessoais expostos pelos envolvidos na realização da *startup*, dos colaboradores, dos empregados pessoais e das pessoas que recebem o serviço prestado pela *startup*.

É importante salientar que tal Lei não é considerada uma Lei de consentimento, pois ela considera as bases legais de tratamentos de dados previstos em Lei. Tendo por base o exposto, é importante destacar que o consentimento não é um requisito e uma obrigatoriedade para qualquer hipótese de tratamento, porém, é necessário o estabelecimento de uma transparência acerca do tratamento dos dados.

No que se refere às premissas básicas e relevantes para o cumprimento de determinada Lei, tem-se os seguintes pontos, segundo Azevedo²⁶:

- a) Consentimento do titular: claro, inequívoco, específico, para finalidade determinada, por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular, de forma destacada (em cláusula específica) no contrato, sob pena de não ser considerado válido o consentimento;
- b) Para cumprimento de obrigação legal ou regulatória;
- c) Execução de contrato do qual o titular dos dados pessoais seja titular;
- d) Exercício regular de direito em processo judicial, administrativo ou arbitral;
- e) Proteção da vida;
- f) Legítimo interesse: com o tratamento dos dados pessoais estritamente necessários para a finalidade pretendida, o que deverá ser feito de forma transparente (clara e inequívoca para o titular) e para
 - (i) apoio e promoção de atividades do controlador; e
 - (ii) proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, nos termos desta Lei.
- g) Proteção ao crédito.

Vale considerar, ainda, a configuração de inovações e desenvolvimento de ideias atribuídas às *startups*, ponto que acaba por minimizar ou até excluir a intervenção subsidiária do Estado nas atividades econômicas, como regulamentado pela MP da Liberdade Econômica, aprovada pelo Congresso Nacional e transformada na Lei n. 13.874/2019.

²⁵ BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Brasília, DF, Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 9 de maio de 2023.

²⁶ AZEVEDO, B. *Direito e Startups: entenda o que o direito tem a dizer sobre o ecossistema inovador e empreendedor*, 2019, p. 4. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/o-que-o-direito-tem-a-dizer-sobre-o-ecossistema-inovador-e-empreendedor/>. Acesso em 23 de maio de 2023.

Certamente, a exclusividade e singularidade dos parâmetros que regem os direitos concernentes às *startups* são essenciais para consolidação e preservação das mesmas como estabelecimentos experimentais e singulares. A validação do consumidor como sinônimo de “experimentador” do produto oferecido por uma *startup* acaba por dispor de uma proteção legal tanto para o consumidor, quanto para o próprio projeto. Nesse sentido, Azevedo²⁷ assinala:

De um lado, a necessidade de flexibilizar controles e sanções, para que os negócios se desenvolvam. De outro lado, a presença de todo um sistema protetivo das relações de consumo, fundado na ideia de que este também é um dos fundamentos de um mercado próspero.

O direito do consumidor estabelecido e disposto em *startups* rege e considera a regulamentação das relações entre a empresa e o seu consumidor final. A evolução e a melhoria na relação entre *startups* e direitos do consumidor evidenciam a adaptabilidade e a transformação de ambas as premissas, com o intuito de disponibilizar pontos e requisitos padrões, porém, adaptáveis.

O Direito do Consumidor que rege as relações entre as empresas e os consumidores, em seu art. 101, Inciso I do CDC garante ao consumidor, por fato do produto, propor ação em seu domicílio, ocorrendo então, com o grande alcance da internet, as *startups* podem ter que se locomover para lugares mais longínquos para se defender. Poderia-se apelar para o uso da arbitragem, porém o artigo 51, inciso VII, considera abusiva a cláusula contratual que estipula a adoção obrigatória de arbitragem.²⁸

A tecnologia é um dos principais pontos que auxiliam e ancoram o processo de adaptabilidade do sistema de *startups* com a crescente diversidade do mercado consumidor. Recursos tecnológicos delineiam o público, bem como suas necessidades e intenções. Até mesmo recursos de mapeamentos são possíveis, sendo tal ponto crucial para direcionamento de um projeto. Assim, é necessário levar em consideração a Lei de Proteção de Dados.

A constante instabilidade do mercado frente à diversas mudanças econômicas e até mesmo sociais reclama e necessita de possibilidades legais para disposição de um êxito profissional notório. A promoção social no que concerne às premissas básicas do funcionamento e legalização de *startups* torna a sociedade mais receptiva e mais preparada para usufruir dos serviços oferecidos por esse tipo de empresa. Isso porque, muitas vezes, o desconhecimento e a ignorância a respeito de determinados serviços podem levar à conceitualização de projetos como estabelecimento inúteis e fraudulentos. A falta de conhecimento induz o consumidor a se distanciar de projetos que consideram a inovação como base de sua continuidade.

O aspecto virtual pertence a um futuro já existente, mas também possibilita a diversificação das oportunidades que se propagam no mesmo sentido em que o mercado se adapta, dentro de um quadro proporcionalmente amplo, pela expansão do consumo diante da nova economia do compartilhamento, onde o serviço se distribui escalonadamente, em detrimento do aperfeiçoamento compulsório do instrumento hábil regulador das relações de consumo.²⁹

²⁷ Ibid.

²⁸ DORIGO BERNARDES, R.F. “Advocacia na startup: a importância na contratação do advogado(a) especializado(a) em startup”, *Revista Conteúdo Jurídico*, v. 5, 2020, p. 1.

²⁹ DORIGO BERNARDES, R.F. “Advocacia na startup: a importância na contratação do advogado(a) especializado(a) em startup”, *Revista Conteúdo Jurídico*, v. 5, 2020, p. 1.

Um sistema que sintetize os direitos dos consumidores juntamente com as novas disposições de mediação é essencial para que se estabeleça e se fomente, cada vez mais, a formulação de projetos de inovação para a sociedade.

Trata-se de um pensamento que se coaduna com os ensinamentos de Ost³⁰, em sua obra "O tempo do direito". O autor formula uma crítica no sentido de que o direito sempre olha para o passado e imagina que será assim no futuro. Mas, com o surgimento de novas questões, este passado já não existirá, ao contrário, permanecerá o hoje em relação ao futuro. E neste sentido, questiona qual seria o tempo adequado para que o direito acompanhe as inovações, em um ambiente de incerteza, insegurança e a imprevisibilidade. Assim, se os códigos já não trazem mais certezas, é preciso exercer a criatividade.

Neste mesmo sentido, Engenlmann³¹, ao tratar sobre o Direito e as inovações tecnológicas, aponta a necessária contribuição do mesmo na definição de marcos regulatórios capazes de acompanhar os novos fatos, que ainda não possuem previsão legal. Neste cenário, o autor dá ênfase ao necessário entrelaçamento entre o Direito e uma ética de responsabilidade com o ser humano e o meio ambiente.

As *startups* se colocam no cenário descrito. Elas representam a inovação em diversos setores da vida social, contribuindo para soluções industriais, mobilidade urbana e até mesmo jogos.

De forma a amparar tais empresas e fomentar a inovação, foi criada a Lei Complementar n. 182/2021 – "Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador" que, certamente, trouxe importantes avanços ao tema, embora ainda existam alguns dispositivos que precisem ser regulamentados de forma a concretizar a norma.

Dentre os aspectos positivos, a referida lei trouxe o conceito de *startup*, estabeleceu o impacto dos chamados investidores-anjo (pessoa física que investe recursos financeiros e conhecimentos por acreditar no potencial da empresa) na divisão societária, criou o *sandbox* regulatório (ambiente isolado, controlado e seguro para experimentação do produto a ser ofertado), viabilizou a participação das *startups* nas licitações públicas, por meio de uma nova modalidade de contratação.³²

Por outro lado, o autor explica que:

É evidente que o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador apesar de sua importância para o mercado em questão, acabou deixando de abordar alguns pontos de extrema importância para as startups, não trazendo benefícios trabalhistas e tributários relevantes, para que assim possa incentivar a criação de um ecossistema propício para um bom desenvolvimento do mercado de empreendimentos inovadores no Brasil.³³

Ademais, é importante que o ambiente experimental (*sandbox*), previsto no artigo 11 da Lei 182/2021, seja devidamente regulamentado, de forma a conferir segurança jurídica tanto para o regulador, quanto para o regulado.

Certamente, "desvelar as contribuições e os impactos concretos derivados da Lei Complementar 182/2021 no sistema econômico e no empreendedorismo inovador brasileiro é um desafio recente para ciência jurídica."³⁴

³⁰ OST, F. *O tempo do direito*, Ed. EDUSC, Caxias do Sul, 1999, 442 p.

³¹ ENGELMANN, W. "A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito: abrindo espaços no direito privado constitucionalidade para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias", em VV.AA. (LUÍS CALLEGARI, A. coord.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010. v. 7. p. 289-308.

³² MARCOS GUERRA, C. *O marco legal das startups e seu impacto no empreendedorismo brasileiro*. 2022. Trabalho de conclusão de Curso (Direito), Centro Universitário AGES, 2022, p. 5.

³³ Ibid. p. 33.

³⁴ Ibid., p. 5.

Diante do exposto, cabe discutir a atuação das *startups* no âmbito do agronegócio brasileiro, conforme se verá no próximo tópico.

5. As *startups* (agtechs) e o agronegócio

Embora tradicionalmente, as *startups* sejam empresas que buscam atender o setor tecnológico, na busca de potencializar negócios com menor custo e tempo reduzido, é certo que a vocação agrícola do Brasil tem atraído cada vez mais estas empresas, levando-se em conta o constante crescimento do setor, aliado à tendência de inovação no campo. Coloca-se, então, um cenário otimista às *startups*:

O otimismo pode ser justificado ainda pela crescente participação dos governos na concessão de crédito e no desenvolvimento de pesquisas voltadas ao setor agrícola. A agricultura de precisão é outro forte motivo que leva às empresas de base tecnológica a investirem no desenvolvimento de produtos e serviços que atendam a uma demanda crescente por soluções em produtividade e redução de custos. A mecanização das lavouras, assim como de qualquer outra atividade agrícola já é uma realidade no Brasil, e ganha força conforme a competitividade do setor aumenta.³⁵

Em pesquisa de campo sobre o tema, foram apontados os principais aspectos que favorecem o crescimento do agronegócio no Brasil e que, por consequência, ilustram um cenário promissor para as *agtechs*:

[...] três motivos alimentam a tese do grande potencial de crescimento do agronegócio brasileiro, são eles: disponibilidade de terra [...] nenhum país do mundo tem tanto espaço territorial para crescer, uma fronteira agrícola por avançar, como o Brasil tem hoje; em segundo lugar, a tecnologia. Temos a melhor tecnologia tropical do planeta; o terceiro fator é o humano. Nós temos no agronegócio brasileiro gente altamente competente, interessada em ficar na agricultura. Nos países desenvolvidos, as populações agrícolas estão envelhecendo, porque os jovens não querem se dedicar a essa atividade. Aqui, ao contrário, eles ficam no campo. [...] essa tríplice condição – terra, gente e tecnologia –, somada a outros fatores, como água disponível e clima favorável, nos dá uma expectativa de grande crescimento do agronegócio.³⁶

No agronegócio, as *startups* são chamadas de *agtechs*. De acordo com Carvalho, o principal objetivo de uma *agtech* é oferecer apoio aos produtores por meio de tecnologias que possam enfrentar os desafios do campo, por exemplo, “reduzindo os impactos ambientais, fazendo o controle biológico do solo ou a gestão de resíduos, oferecendo soluções de gestão de estoques, automação do campo, integração de dados, entre outros”.³⁷

No Brasil, o aperfeiçoamento dos processos ligados à rede com utilização de novas tecnologias tem se mostrado emergente, abrangendo soluções de

³⁵ GUSTAVO DE LIMA, J.; CHÉVEZ POZO, O.C.; RANDOW DE FREITAS, R.; NADAI MAURI, G. D. “Startups no agronegócio brasileiro: uma revisão sobre as potencialidades do setor.” *Brazilian Journal of Production Engineering*, Ed. CEUNES/DETEC, São Mateus, Vol. 3, N.º 1, 2017, p. 108. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/BJPE>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

³⁶ Ibid., p. 119.

³⁷ CARVALHO, Carla. “Agronegócio no Brasil: representatividade do setor e importância das *agtechs* para a nossa economia”, *Terra Investimentos*, 2022. Disponível em: <https://blog.terrainvestimentos.com.br/agronegocio-no-brasil-representatividade-do-setor-e-importancia-das-agtechs-para-a-nossa-economia/>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

marketplace, automação e robotização dos processos produtivos, serviços de logística e transporte e biotecnologia.

De acordo com a Sociedade Nacional da Agricultura (SNA), houve um crescimento de mais de 40% no número de *agtechs* voltadas às práticas do agronegócio, desde o ano de 2019. Dentre elas, destacam-se cinco: a) a Agrosmart, cujo ramo é o de soluções digitais, dados para lavoura, incluindo meteorologia, atuando no Brasil, Argentina, Estados Unidos e Israel; b) a GlobalYeast, que se dedica a soluções quanto à produção de biotenoal e outros materiais verdes; c) a Solinftec, empresa de Araçatuba, SP, criada em 2007 e que se dedica ao desenvolvimento de um ecossistema capaz de fornecer informações para aprimorar as operações mecanizadas, conectando pessoas, diversos modelos de máquinas e dados climáticos. Dessa forma, permite racionalizar e aumentar a produtividade; d) a Solubio, especializada em defensivos agrícolas biológicos e oferece soluções que reduzem os custos das atividades; e) a Xmbots, que desenvolve drones aptos a detectar falhas no plantio.³⁸

Veja-se assim, que, por meio dos recursos tecnológicos oferecidos pelas *agtechs*,

[...] o setor agrícola consegue aumentar os rendimentos na produção e atender a importantes questões ligadas à sustentabilidade. Hoje em dia, já não é mais novidade a utilização de drones, robôs ou outros sistemas de monitoramento nos campos, pois tudo isso melhora a eficiência agrícola de várias formas. Por exemplo, antes desses recursos, a avaliação dos grãos para garantir a qualidade da safra era feita manualmente pelos produtores. Além de demorado, esse processo era completamente suscetível ao erro humano, e também poderia levar a rendimentos inferiores, pois as inspeções danificam parte das colheitas. Já com a tecnologia, pode-se determinar rapidamente eventuais doenças e pragas, e atuar na resolução desses problemas em tempo quando necessário.³⁹

Certamente, as *agtechs* se colocam como um nicho proeminente no cenário do agronegócio brasileiro e também mundial. Eis, portanto, a necessidade de que o Direito acompanhe tais inovações de forma a fornecer a devida segurança jurídica para o funcionamento destas empresas e, também, para a proteção do consumidor destes serviços.

6. Considerações finais

Este artigo discutiu a constituição jurídica das *startups*, analisou os seus direitos e seu potencial de crescimento nos setores do agronegócio brasileiro, contexto em que elas recebem o nome de *agtechs*.

As *startups* são empresas inovadoras, constituídas por vários tipos de investidores, sem obrigação de apresentarem lucros, tendo em vista que nem sempre possuem um produto ou serviço já desenvolvidos.

Sua constituição jurídica é a mesma aplicada às demais empresas, bem como os seus compromissos contábeis. Constituem-se como pessoas jurídicas submetidas às normas do direito civil, contratual, trabalhista e do consumidor. São regidas pela recente Lei Complementar n. 182/2021, conhecida como “Marco Legal das *Startups* e do Empreendedorismo Inovador”. A referida legislação trouxe importantes avanços,

³⁸ SNA. *Startups do agronegócio de destacam no mercado brasileiro*. Disponível em: <https://www.sna.agr.br/startups-do-agronegocio-se-destacam-no-mercado-brasileiro/>. Acesso em: 12 de maio de 2023.

³⁹ CARVALHO, Carla. “Agronegócio no Brasil: representatividade do setor e importância das *agtechs* para a nossa economia”, *Terra Investimentos*, 2022. Disponível em: <https://blog.terrainvestimentos.com.br/agronegocio-no-brasil-representatividade-do-setor-e-importancia-das-agtechs-para-a-nossa-economia/>. Acesso em: 23 de maio de 2023.

mas ainda existem aspectos a serem regulamentados, como a norma que prevê a criação do *sandbox* regulatório. Ademais, deixou a desejar em termos de obrigações trabalhistas e incentivos tributários.

As *startups*, portanto, possuem as obrigações de uma empresa comum, sobretudo, em sua relação com o consumidor. Isso inclui a boa qualidade do produto, da prestação de serviço, a segurança física e a proteção de dados financeiros disponibilizados pelo cliente, tais como dados de cartão de crédito e informações bancárias. Por outro lado, não existem privilégios a serem concedidos a esse tipo de empresa, mesmo quando elas argumentam que promovem a inovação.

É certo que as *startups* devem enfrentar muitos problemas para se tornarem uma organização de sucesso. Além de formular a estratégia de negócios mais eficaz, cada *startup* também precisa se adequar aos parâmetros legislativos. Por ser uma empresa em desenvolvimento, a inobservância desses aspectos pode levar ao fracasso da empresa, principalmente no sentido jurídico.

Os critérios relacionados aos regulamentos para sua implementação, são necessários para a segurança das partes envolvidas e dos investimentos feitos. Entre os diversos ganhos para o País e para a economia do mundo, as *startups* oferecem benefícios para os consumidores e para a sociedade, pois apresentam ferramentas inovadoras para diversos segmentos de mercado.

No agronegócio brasileiro, inclusive, é possível vislumbrar um cenário promissor para o trabalho de inovação das *agtechs*, dado ao significativo crescimento do número dessas empresas, observado, principalmente, desde o ano de 2019.

Os setores de maior visibilidade quanto à atuação das *agtechs* no campo são aqueles voltados à redução dos impactos ambientais, ao controle biológico do solo ou a gestão de resíduos, oferecendo soluções de gestão de estoques, automação e robotização dos processos produtivos, integração de dados, e biotecnologia.

Daí advém a necessidade de um sistema que sintetize os direitos dos consumidores juntamente com as novas disposições de mediação de conflitos jurídicos. Desta forma, é possível fomentar, progressivamente, a formulação de projetos de inovação para a sociedade, particularmente, no que tange ao presente tema, ou seja, no âmbito do agronegócio brasileiro.

7. Referências

- AZEVEDO, B. *Direito e Startups: entenda o que o direito tem a dizer sobre o ecossistema inovador e empreendedor*, 2019, p. 4. Disponível em: <https://bernardodeazevedo.com/conteudos/o-que-o-direito-tem-a-dizer-sobre-o-ecossistema-inovador-e-empreendedor/>. Acesso em 23 de maio de 2023.
- BARAN, A.; ZHUMABAEVA, A., "Intellectual property management in startups - problematic issues", *Sciendo - Engineering Management in Production and Services*, v. 10. n. 2, 2018.
- BARAN, A; ZHUMABAEVA, A., " Intellectual property management in startups - problematic issues", *Sciendo - Engineering Management in Production and Services*, v. 10. n. 2, 2018.
- BRASIL. *Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*, Brasília, DF, Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 9 de maio de 2023.
- BRASSCOM. Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação, *Startup*, s.d. Disponível em <<http://www.brasilplus.com/brasilit/upload/download/1416332923startups.pdf>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

- CARVALHO, Carla. "Agronegócio no Brasil: representatividade do setor e importância das agtechs para a nossa economia", *Terra Investimentos*, 2022. Disponível em: <https://blog.terrainvestimentos.com.br/agronegocio-no-brasil-representatividade-do-setor-e-importancia-das-agtechs-para-a-nossa-economia/>. Acesso em: 23 de maio de 2023.
- CORL, E. *How startups drive the economy*. 2019. Disponível em <<https://medium.com/@ericcorl/how-startups-drive-the-economy-69b73cfbae1>>. Acesso em: 10 de maio de 2022.
- DEGRYSE, C. "Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets", *ETUI Research Paper - Working Paper*, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2730550>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.
- DORIGO BERNARDES, R.F. "Advocacia na startup: a importância na contratação do advogado(a) especializado(a) em startup", *Revista Conteúdo Jurídico*, v. 5, 2020, p. 1.
- ELLIS, S.; BROWN, M. *Growth Engines: case studies of how today's most successful startups unlock extraordinary growth*, 1 ed., Ed. The GrowthHackers.com Tema, Estados Unidos, 2014. E-book.
- ENGELMANN, W. "A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do diálogo entre as fontes do direito: abrindo espaços no direito privado constitucionalidade para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias", em VV.AA. (LUÍS CALLEGARI, A. coord.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010. v. 7. p. 289-308.
- FLÁVIA CARRILO, A., "A evolução do ecossistema de startups nos últimos oito anos", *Startup*. 2019, p. 1. Disponível em: <<https://startupi.com.br/2019/04/a-evolucao-do-ecossistema-de-startups-nos-ultimos-oito-anos/>>. Acesso em 28 de abril de 2022.
- GUSTAVO DE LIMA, J.; CHÉVEZ POZO, O.C.; RANDOW DE FREITAS, R.; NADAI MAURI, G. D. "Startups no agronegócio brasileiro: uma revisão sobre as potencialidades do setor." *Brazilian Journal of Production Engineering*, Ed. CEUNES/DETEC, São Mateus, Vol. 3, n. 1, 2017, p. 107-121. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/BJPE>. Acesso em: 23 de maio de 2023.
- KRULL, S. *El cambio tecnológico y el nuevo contexto del empleo*, Ed. Cepal, México, 2016.
- LONGHI, F. "A história da revolução das startups", *IMasters*. 2011. Disponível em <<https://imasters.com.br/carreira-dev/a-historia-da-revolucao-das-startups>>. Acesso em: 28 de abril de 2022.
- MARCOS GUERRA, C. *O marco legal das startups e seu impacto no empreendedorismo brasileiro*. 2022. Trabalho de conclusão de Curso (Direito), Centro Universitário AGES, 2022, p. 5.
- OST, F. *O tempo do direito*, Ed. EDUSC, Caxias do Sul, 1999, 442 p.
- PRZEM. "What is a Startup? The Historical Background", *Growly*. 2016. Disponível em: <<https://www.growly.io/what-is-a-startup-the-historical-background/>>. Acesso em: 04 de maio de 2022.
- RIES, E. *A Startup Enxuta: como os empreendedores atuais utilizam inovação contínua para criar empresas extremamente bem-sucedidas*, Ed. Leya, São Paulo, 2012.
- SEBRAE. *O que é uma startup?* Disponível em: <https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/ac/artigos/o-que-e-uma->

startup,17213517aa47a610VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso em: 23 de maio de 2023.

SNA. *Startups do agronegócio de destacam no mercado brasileiro*. Disponível em: <https://www.sna.agr.br/startups-do-agronegocio-se-destacam-no-mercado-brasileiro/>. Acesso em: 12 de maio de 2023.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinário (2023), pp. 160-183
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

DERECHO A LA EUTANASIA Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA: NOVEDADES DE LA LEY ESPAÑOLA Y PANORAMA INTERNACIONAL

The right to euthanasia and conscientious objection: new developments in Spanish law and the international landscape.

José Antonio Díez Fernández¹

Universidad Internacional de La Rioja

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes tramitación ley; 2.1. Celeridad en la aprobación de la ley. 2.2. Estructura de la ley española: supuestos. 3. Eutanasia y suicidio asistido: ¿un nuevo derecho de carácter “prestacional”? 4. Análisis comparativo de leyes nacionales; despenalización o reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo. 4.1. Holanda; 4.2. Bélgica. 4.3. Luxemburgo; 4.4. Colombia; 4.5. Canadá; 6. Nueva Zelanda. 5. Jurisprudencia del TEDH sobre eutanasia. 6. Jurisprudencia del Tribunal constitucional. 7. Evolución de la práctica de la eutanasia en España. 8. Análisis crítico de la sentencia del TC 9. La especial visión de la objeción de conciencia en la sentencia Tribunal Constitucional. 10. CONCLUSIONES. ANEXOS: TABLA 1: Fallecimientos por eutanasia desde la aprobación en cada país. TABLA 2: Eutanasias solicitadas/practicadas y objetores desde la vigencia de la ley.

Resumen: España ha sido el octavo país del mundo en legalizar la eutanasia y la ayuda al suicidio, hasta ahora solo reconocida en Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo (2001-2002), Suiza (donde está despenalizado hace años el suicidio asistido prestado por entidades privadas); y, ya fuera de Europa, Colombia (1997) -a la que dedicaremos una atención particular- Canadá (2016), algunos Estados de Australia y de Estados Unidos y, recientemente (2022) Nueva Zelanda.

La nueva ley española tiene algunas singularidades, en contraste con la mayoría de las leyes de otros países que han legalizado esta práctica: en primer lugar, el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo a solicitar de terceros la propia

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Contratado Doctor. Imparte docencia en los Grados de Derecho, Criminología, CC. Políticas, y el Máster Derechos Humanos y Derecho sanitario de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Sus áreas de investigación son los derechos humanos, el ámbito de la libertad de conciencia de ciudadanos frente a los poderes públicos y la Bioética. Ex director del Máster en Bioética online de UNIR. Email: Joseantonio.diez@unir.net Orcid <https://orcid.org/0000-0002-2661-3804>

muerte, fundado en la autonomía y la libertad humanas, y una concepción bastante restrictiva del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales de la salud, materializada en la implementación de un registro público de objetores.

Palabras clave: eutanasia, suicidio asistido, derechos humanos, objeción de conciencia; leyes internacionales.

Abstract: Spain was the eighth country in the world to legalize euthanasia and assisted suicide, until now only recognized in the Netherlands, Belgium, Luxembourg (2002), Switzerland; and, outside Europe, Colombia (1997), Canada (2016), some states of Australia and the United States and, recently (2022) New Zealand.

The new Spanish law has some singularities, in contrast to most pro-euthanasia laws in other countries: first, the recognition of a new subjective right to request one's own death from third parties, based on human autonomy and freedom, and a rather restrictive conception of the right to conscientious objection of health professionals, materialized in the implementation of a public registry of objectors.

Keywords: euthanasia, assisted suicide, human rights, conscientious objection; international laws.

1. Introducción

A fecha de hoy, en la mayor parte del mundo, la eutanasia y el suicidio asistido son prácticas ilegales; pero en los últimos 20 años se ha ido abriendo paso, paulatinamente, dentro del cada vez más amplio marco de los derechos humanos, la aceptación de un derecho a la propia muerte, fundado en un modo específico de entender la dignidad humana ("muerte digna"), basada en la libertad y la autonomía personal, por encima incluso del derecho a la vida.

Son muchos los aspectos que podrían abordarse en un tema tan complejo y controversial como la eutanasia. No obstante, en estas líneas, vamos a ceñirnos a dos puntos específicos, pero que resultan claves para comprender algo más la complejidad del problema: el reconocimiento del derecho a la propia muerte como un nuevo derecho humano subjetivo, y la objeción de conciencia, como postura legal y moral de los profesionales de la salud frente a ella. Partiremos de la naturaleza jurídica otorgada por la ley española a la prestación de ayuda para morir, contrastándola con la de otros países donde está regulada; continuaremos con un sucinto análisis de la todavía escasa jurisprudencia de los tribunales españoles, en particular, la argumentación empleada por la sentencia del Tribunal Constitucional 19/2023 de 22 de marzo que avala, prácticamente en su totalidad, la ley aprobada y a la objeción de conciencia.

España ha sido el octavo país del mundo en legalizar la eutanasia y la ayuda al suicidio; hasta ahora solo reconocida en Países Bajos, Bélgica, Luxemburgo (2001-2002), Suiza (donde está despenalizado hace años el suicidio asistido prestado por entidades privadas); y, ya fuera de Europa, Colombia (1997), Canadá (2016), algunos Estados de Australia y de Estados Unidos y, recientemente Nueva Zelanda (2022).

2. Antecedentes tramitación ley

2.1. Celeridad en la aprobación de la ley

La ley orgánica 3/2021 de 24 de marzo fue aprobada en tiempo récord (enero de 2020 a marzo de 2021). Su discusión coincidió con la etapa más compleja de la pandemia, que -como es lógico- afectó muy significativamente a la actividad parlamentaria. Fue registrada como proposición de ley² en el Parlamento el 24 de enero de 2020; aprobada por el pleno del Congreso en diciembre de 2020 y pasó el examen del Senado el 17 de marzo de 2021, para ser aprobada definitivamente pocos días después: el 25 de marzo de 2021. Entró en vigor 3 meses después.

Tanto el proyecto como la proposición de ley deben ser aprobados por las dos Cámaras legislativas, pero, mientras el primero es presentado por el Gobierno, la proposición de ley puede ser presentada por cualquier diputado o senador. Es interesante destacar que esta vía puede hacer innecesaria la consulta preceptiva, aunque no vinculante, a los organismos consultivos, como así sucedió³: los más importantes entes consultivos -Consejo de Estado, Consejo General del Poder Judicial, etc.- con competencias en la materia, no fueron siquiera consultados: además, se obvió a diversas entidades profesionales como las siguientes:

a) el Consejo General de Colegios oficiales de Médicos (OMC), quien, además, de la postura expresada en los medios durante la tramitación, publicó en mayo del 2018 su "Posicionamiento ante la eutanasia y el suicidio asistido"⁴, donde señala en coherencia con el Código de Deontología Médica, que *el médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste*⁵.

² Las dos vías más usuales para la presentación de propuestas legislativas en el Parlamento español son los proyectos de ley y las proposiciones de ley; ambas tienen que ser aprobados por las dos Cámaras legislativas, pero mientras que el proyecto de ley es presentado por el Gobierno, la proposición de ley puede ser presentada por cualquier diputado o senador. https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/procedimientosparlamentarios/detalle/index.html?lang=gl_ES

³ Constitución española, artículo 89: *1. La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos regulados por el artículo 8. 2. Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87, tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en éste como tal proposición.*

⁴ Puede verse en:

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_eutanasia_21_05_18.pdf. Una nueva Declaración de este Organismo fue necesaria tras la aprobación de la ley en el Congreso, señalando que *la regulación de la eutanasia en España supone avalar por Ley que la eutanasia es un "acto médico". Esto es contrario a nuestro Código de Deontología Médica y contradice los posicionamientos de la Asociación Médica Mundial*. Más adelante advierte que *el CGCOM activará todos los mecanismos necesarios en defensa de la profesión médica, del ejercicio de la medicina, de los valores del profesionalismo médico y de la relación médico paciente*. Puede encontrarse en:

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/np_ley_eutanasia_cgcom_18_12_2020.pdf

⁵ La Asociación Médica Mundial, en octubre del 2019, publicó una Declaración⁵ en la que manifiesta su *firme oposición a la eutanasia y al suicidio con ayuda médica; ningún médico debe ser obligado a participar en eutanasia o suicidio con ayuda médica, ni tampoco debe ser obligado a derivar un paciente con este objetivo*.

b) el Comité de Bioética de España (organismo consultor dependiente del Ministerio de Sanidad), publicó un informe en octubre del 2020, en el que concluye, entre otras cosas que: *"existen sólidas razones para rechazar la transformación de la eutanasia y/o auxilio al suicidio en un derecho subjetivo y en una prestación pública (...) no solo por razones del contexto social y sanitario, sino, más allá, por razones de fundamentación ética de la vida, dignidad y autonomía"*⁶.

c) La Sociedad Española de Cuidados Paliativos (SECPAL)⁷, considera que la ley *"adolece de deliberación y calidad conceptual, fundamentalmente. No (...) se trata de una ley 'garantista' cuando existen errores conceptuales"*.

d) La Sociedad Española de Psiquiatría, hizo una manifestación pública crítica ante la ley por su posible aplicación en personas con trastornos mentales, que se encuentran en situación de vulnerabilidad⁸

e) El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI): que, a pesar de no tener una posición definida sobre la eutanasia, manifestó graves reservas sobre los artículos 3.b y 5 d): un padecimiento grave, crónico e "imposibilitante". Pidió, sin éxito, al Defensor del Pueblo que la recurriera⁹

Por su parte, la principal de las entidades favorables a la eutanasia – la Asociación por una muerte digna (DMD)- promovió, semanas antes de la aprobación de la ley, un manifiesto "contra el sectarismo" a favor de la ley y en contra de los profesionales sanitarios que se oponían, que firmaron algo más de 200 médicos¹⁰. Se publicaron algunas encuestas realizadas por los Colegios de Médicos, que reflejaban una mayoría de entre 60 y 70% de profesionales favorables a regular la eutanasia, sin embargo, fueron solo cuatro los Colegios provinciales que hicieron la encuesta y la muestra recogida era muy pequeña: entre el 5 y el 25% del total de la colegiación¹¹.

El texto de ley finalmente aprobado muestra debilidades propias de una ley tramitada de forma apresurada; y que fue cuestionado -aparte de los grupos de la oposición- por algunos médicos, miembros del Senado, que tacharon la ley de "deficiente, redactada con muy poca calidad y que lleva a una enorme confusión...y

⁶ Comité de Bioética de España. Informe sobre "El final de La vida y la atención en el proceso de morir

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> (30 de septiembre de 2020)

⁷ Comunicado SECPAL, 25 de marzo de 2021. <https://www.secpal.org/comunicado-de-secpal-y-aecpal-ante-la-ley-organica-de-regulacion-de-la-eutanasia/>

⁸[http://www.sepsi.org/file/Grupos%20de%20trabajo/SEP-Posicionamiento%20Eutanasia%20y%20enfermedad%20mental-2021-02-03\(1\).pdf](http://www.sepsi.org/file/Grupos%20de%20trabajo/SEP-Posicionamiento%20Eutanasia%20y%20enfermedad%20mental-2021-02-03(1).pdf)

⁹ Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) <https://cermi.es/noticia/el-cermi-pide-al-defensor-del-pueblo-que-recurra-ante-el-constitucional-la-ley-de-eutanasia-por-incurrir-en-discriminacion-por-razon-de-discapacidad>

(11-04-2021). Es también expresiva respecto a determinados preceptos de la ley que pueden afectar a personas con discapacidad, la opinión de Naciones Unidas. Expertos de la ONU: la discapacidad no es motivo para aplicar la eutanasia, en <https://www.aceprensa.com/el-observatorio/expertos-de-la-onu-la-discapacidad-no-es-motivo-para-aplicar-la-eutanasia/>

¹⁰ El Manifiesto, colgado en la web www.medicosporlaeutansia.com ya no es posible consultarlo en la red <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/58065637/Lista-medicos-proeutanasia-manifiesto-sectarios.html>

¹¹ AZNAR J. "Opinion of physicians and the general population on the legalization of euthanasia and assisted suicide", *Cuadernos de Bioética*. 2021; 32(104):23-36. <http://aebioetica.org/revistas/2021/32/104/23.pdf>

falta de seguridad jurídica”¹². Hay cuestiones pendientes de aclarar en su aplicación dentro del contexto de la medicina de familia¹³.

2.2. Estructura de la ley española: supuestos

El art. 3 establece las condiciones de salud -aparte de mayoría de edad y nacionalidad española- para solicitar la ayuda para morir: **padecimiento grave, crónico e imposibilitante**, que se define como *la situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociados un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable*.

El elenco de supuestos que exige la ley española para solicitar la eutanasia es muy similar al que contemplan las leyes holandesa y belga, aunque más adelante, tendremos ocasión de detenernos.

3. Eutanasia y suicidio asistido: ¿un nuevo derecho de carácter “prestacional”?

En primer término, cabe decir que la nueva ley (Disposición final primera) modifica el tratamiento de los delitos de inducción y cooperación al suicidio, tipificados en el apartado 4 del art. 143 del Código penal, al que añade un nuevo apartado en los términos siguientes:

«4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3.

En siguiente apartado explicita la exención de responsabilidad penal de *“quienes causaren o cooperaren activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia*.

Aun cuando no aparece un reconocimiento expreso, la Exposición de motivos de la ley no deja lugar a dudas al señalar que *“el derecho a solicitar la ayuda para morir, además de que no debe ser objeto de reproche penal”, “introduce en nuestro ordenamiento un nuevo derecho individual”*¹⁴, fundado en la dignidad y autonomía humana (art. 10 CE), además de en la libertad y en la integridad (art. 15). Por más que el Preámbulo carezca de valor normativo (cfr. *Sentencia 19/2023, de 22 de*

¹² Dr. Koldo Martínez (Partido Geroa Bai), médico intensivista. https://www.abc.es/sociedad/abci-senado-aprueba-ley-eutanasia-volvera-congreso-para-aprobacion-definitiva-202103101814_noticia.html. Cfr. Navarro Valls et al, págs. 56 y 57.

¹³ ALTISENT R. NABAL M., MUÑOZ P. FERRER S., M. TERESA DELGADO-MARROQUÍN MT. ALBERTO ALONSO A. “Euthanasia: is this the law we need?”, *Atención Primaria*, Vol. 53. Núm. 5. (mayo 2021) <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-eutanasia-es-esta-ley-que-S0212656721000913>

¹⁴ Exposición de Motivos, ley 3/2021, de 24 de marzo de 2021, reguladora de la eutanasia (BOE de 25 de marzo de 2021, nº1 72).

marzo de 2023. FJ 2), es una fuente inequívoca de interpretación de la norma y, como se verá más adelante, así lo entiende el propio texto de la ley y alguna de las primeras sentencias de aplicación¹⁵. Más allá de la despenalización, pues, se crea un nuevo derecho subjetivo, de naturaleza prestacional, fundado en la dignidad y en la autonomía humana (art. 10), más en la libertad y en la integridad (art. 15).

La doctrina constitucional viene entendiendo por “derechos prestacionales” aquellos “mandatos dirigidos a los poderes públicos -tanto Ejecutivo como Legislativo- según sus competencias y atribuciones”¹⁶, *en relación con los ciudadanos particulares o en beneficio de ellos*, cuando no son mandatos excesivamente genéricos, son deberes de los poderes públicos hacia los particulares e implican, en correspondencia, unos derechos constitucionales de éstos. Aunque no son en sí mismos derechos, *presuponen la existencia del derecho constitucional que tratan de hacer efectivo*, y que, por regla general, no consisten en un derecho a *hacer*, sino a que otros (los poderes públicos) *hagan, garanticen o promuevan*. El *poder* que reconocen es el de exigir que otros hagan.

Los poderes públicos tienen una vinculación tanto positiva como negativa para hacer efectivos esos derechos: de una parte, promoverlos; de otra, impedir que su ejercicio sea vulnerado u obstaculizado.

En la renombrada sentencia 19/2023, menciona, al menos en dos de los Fundamentos jurídicos, el carácter de “derecho subjetivo prestacional”, que se atribuye a la solicitud de la prestación del derecho a morir. Así, en el FJ B, ii (pág. 57780 BOE), reconocido como un nuevo «derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanasicas», que derivaría, en último término del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) y al que anuda la naturaleza de derecho prestacional. (FJ B, ii) (pág. 57780); más adelante en el FJ: pág. 57820), lo califica como “como un derecho público subjetivo al que el legislador ha atribuido, además, carácter prestacional; y concluye, que no existe “ningún impedimento constitucional existe a que el legislador configure como derecho prestacional una actividad que, atendiendo a su concreta configuración, es constitucionalmente lícita”.

4. **Análisis comparativo de leyes nacionales; despenalización o reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo**¹⁷

Trataré sintéticamente el modo en que regulan las dos cuestiones sobre la eutanasia que constituyen el objeto de este artículo, y añadiré un sencillo cuadro con la evolución experimentada en las eutanasias practicadas en los tres países europeos y Canadá desde la aprobación legal.

¹⁵ “No se trata solo de despenalizar...la asistencia al suicidio, haciendo desaparecer el control represivo. Se trata también de asegurar que quien toma esa decisión pueda contar con la asistencia del servicio público que garantiza las prestaciones médico-sanitarias, para que dicha opción se materialice en condiciones de seguridad, salud, respeto a la integridad física, respeto a la integridad moral de las personas, y a la exclusión de cualquier tipo de trato degradante.

¹⁶ IBÁÑEZ MACÍAS A. “Identificando derechos fundamentales en la constitución española”, *Revista Derechos y libertades*, Número 44, Época II, enero 2021, pp. 277-315. DOI: <https://doi.org/10.20318/dyl.2021.5856>.

¹⁷ NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN J, VALERO ESTARELLAS MJ: “Eutanasia y objeción de conciencia”, *Palabra*, 2022, pp. 65-103.

4.1. Holanda

La ley de terminación de la vida a petición propia y de auxilio al suicidio de 2001, estuvo precedida de un estudio, amplio y prolongado en el tiempo, realizado por diversas comisiones parlamentarias, la más importante, la comisión *Remmelink* (1991)¹⁸, de consulta obligada para entender las causas y la evolución de la eutanasia en ese país desde principios de la década de los 90.

La ley de 2001 dispone en su artículo 293: *"El que quitare la vida a otra persona, según el deseo expreso y serio de la misma, será castigado con pena de prisión de hasta doce años o con una pena de multa de la categoría quinta. 2. El supuesto al que se refiere el párrafo 1 no será punible en el caso de que haya sido cometido por un médico que haya cumplido con los requisitos de cuidado recogidos en el artículo 2 de la Ley sobre comprobación de la terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio, y se lo haya comunicado al forense municipal (...)"*

La eutanasia continúa siendo un delito perseguible (arts.293-294 CP holandés), si se practica sin los requisitos establecidos, y se penaliza hasta con 12 años prisión, 80.000 € de multa.

Respecto a la objeción de conciencia, la ley señala que los médicos pueden negarse a realizar procedimientos para terminar con la vida y nunca pueden ser censurados por no cumplir con las solicitudes de eutanasia". El sentido y alcance de la objeción ha sido interpretada de forma muy significativa en un documento publicado por el Ministerio de Asuntos Exteriores holandés¹⁹ :

*"La ley enumera también los requisitos que debe tener en consideración el médico para practicar la eutanasia: debe estar convencido de que la petición del paciente es voluntaria y bien meditada, de que el padecimiento del paciente es insoportable y sin esperanzas de mejora, ha llegado al convencimiento junto con el paciente de que no existe ninguna otra solución razonable para la situación en la que se encuentra este último; ha consultado, por lo menos, con un médico"*²⁰

4.2. Bélgica

El marco normativo legal belga sobre la eutanasia está constituido por 3 leyes: ley de eutanasia de 25 de mayo 2002; ley de cuidados paliativos 14 de junio 2002; ley sobre derechos del paciente 22 de agosto 2002.

La definición de la eutanasia expresada en la Ley de terminación de la vida a petición propia (así titulada) y engloba tanto la eutanasia como el suicidio asistido. En concreto, su artículo 2 entiende por eutanasia: **el acto, practicado por un tercero, que pone intencionalmente fin a la vida de una persona a petición suya** ayuda deliberada a una persona a suicidarse o facilitarle los medios necesarios a tal fin.

¹⁸ Según ese informe, en 1990 se producían unas 1000 eutanasias anuales en Holanda. J J VAN DELDEN 1, L PIJNENBORG, P J VAN DER MAAS *Hastings Cent Rep.* 1993 Nov-Dec;23(6):24-7. [The Remmelink study. Two years later - PubMed \(nih.gov\)](#). Un riguroso y amplio informe sobre los orígenes del informe Remelink, puede leerse en H. HENDIN, "Seduced by Death: Doctors, Patients, and the Dutch Cure," New York, W. W. Norton, 1996 (October).

¹⁹ www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/2013/Netherlands_Ministry_of_justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf

²⁰ LOURDES LABACA ZABALA, BLANCA GAMBOA URIBARREN, JAIONE ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA. La eutanasia en Holanda, 2014, Rev. *Ámbito Jurídico* <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/la-eutanasia-en-holanda/>

Los arts. 3 y 4 recogen las **condiciones y procedimientos de** esta práctica, en concreto, las condiciones que debe reunir el solicitante para que el médico pueda practicar o facilitar la eutanasia al solicitante dentro de la ley: mayor de edad o menor emancipado, capaz y consciente en el momento de formular su petición; la petición sea efectuada de forma voluntaria, razonada y reiterada, y que no resulte de una presión exterior; el paciente se encuentre en una situación médica con pronóstico de no recuperación y padezca un sufrimiento físico o psíquico constante e insoportable, sin alivio posible resultado de una afección accidental o patológica grave e incurable.

El artículo 4.2 afirma que un médico que practique una eutanasia en conformidad con una declaración anticipada no comete un delito si constata que el paciente padece de una afección accidental o patológica grave e incurable; está inconsciente; que esta situación es irreversible según el estado actual de la ciencia; y respeta las condiciones y los procedimientos previstos en la presente ley.

En suma, la muerte a petición no es un derecho, sino que no se castiga cuando se lleva a cabo en los casos y con los requisitos legales.

Respecto a la objeción de conciencia, la ley de eutanasia incluye una cláusula de conciencia; ni es un derecho del paciente ni se obliga a los médicos a ejecutarla. Sin embargo, objetor obligado a petición del paciente a derivarlo a otro facultativo designado por el paciente.

A partir de una reforma de 2002, el médico quedaría obligado a informar al paciente o a una persona de su confianza con antelación, un plazo no más allá de los 7 días, especificando los motivos. Al derivarlo a otro facultativo debe proporcionar los datos de contacto de éste o de una asociación especializada en eutanasia. El Consejo de Estado ha considerado este requisito contrario a la Constitución belga, pero no se ha derogado expresamente.

4.3. Luxemburgo

La ley de 2009 sobre eutanasia y suicidio asistido estuvo precedida de la Ley de 16 de marzo de 2009 sobre cuidados paliativos, directivas anticipadas y cuidados al final de la vida. La segunda ley, promulgada en la misma fecha es la Ley de 16 de marzo de 2009, sobre la eutanasia y el suicidio asistido, que convirtió a Luxemburgo en el tercer país de la Unión Europea en legalizar la eutanasia, tras Holanda y Bélgica. Entre 2009 y 2021, en este país se aplicó la eutanasia a 112 personas²¹.

A los fines de esta Ley, la eutanasia significa un acto realizado por un médico que termina intencionalmente la vida de una persona a petición expresa y voluntaria de ésta²².

Ley luxemburguesa es muy similar a la belga en cuanto a la definición y supuestos, e igualmente respecto a la regulación de la objeción de conciencia, pues se exige al profesional objetor derivar el caso a facultativo que elija el paciente.

4.4. Colombia

En Colombia, la eutanasia y el suicidio asistido no están regulados por ley, sino que son fruto de tres sentencias de la Corte Suprema, en respuesta a la interposición diversas acciones de tutela: una herramienta jurídica que permite a cualquier ciudadano, de manera expedita y directa, exigir del Estado la protección de sus derechos fundamentales: las sentencias C-239 del 20 de mayo de 1997²³, la T-

²¹ AUSTRALIAN CARE ALLIANCE, Rapport 2021. <https://www.australiancarealliance.org.au/>

²² DE LA TORRE J. MARCOS, AM. "Y de nuevo la eutanasia: una mirada nacional e internacional", Dykinson, Madrid, 2019.

²³ Un análisis autorizado sobre esta sentencia, desde la perspectiva colombiana, puede verse en DIEZ-AMADO E. La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas. Rev. *Bioética y Derecho*, nº. 40 Barcelona 2017: Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200010&lng=es&nrm=iso > Epub 02-Nov-2020. ISSN 1886-5887.

970 del 15 de diciembre de 2014 y la reciente Sentencia C-164/22, de 11 de mayo de 2022; cada una refuerza el criterio de las anteriores. El Parlamento, a pesar de los numerosos proyectos presentados desde finales de los 90 y de la insistencia de la Corte Suprema, no ha querido aprobar una ley específica que regule la eutanasia. En 2021, se presentó el último de los proyectos que quedó archivado al ser derrotada la propuesta. Recientemente, en 2022, se ha presentado un nuevo proyecto para debatir en comisión, por parte del diputado Losada²⁴

En la primera de las sentencias se ventilaba una acción de tutela de una mujer que padecía una enfermedad grave e incurable desde hacía años, contra la aseguradora en salud (EPS). La Corte obligó a modificar el art. 326 del Código penal que tipificaba como delito el "homicidio por piedad"²⁵, eximiendo de responsabilidad al médico o médicos actuantes, siempre que se cumplieran los requisitos que la propia Corte determinó: a) situación terminal del enfermo; b) intenso sufrimiento y dolor; c) solicitud libre y en pleno uso de sus facultades del solicitante; d) que el procedimiento de eutanasia o suicidio asistido lo realizara un médico.

En la segunda, se pronunció sobre otra acción de tutela de una paciente, que exigió la eutanasia a su empresa de salud quien se la había sido negada alegando falta de regulación. Aunque la paciente murió esperando recibir la atención solicitada, la Corte decidió estudiar dicha tutela por considerarla relevante constitucionalmente. En la más reciente de 2022 resolvió ampliar los casos en los que se puede solicitar la eutanasia para enfermedades no terminales.

Extrayendo los argumentos comunes a los tres pronunciamientos se puede afirmar que los bienes protegidos por ese derecho se fundan en la estrecha relación con la preservación de la vida, la dignidad²⁶, la autonomía y otros derechos fundamentales. Es un derecho subjetivo, lo que quiere decir que pueden identificarse su titular, su destinatario y su contenido²⁷, pero no puede reputarse como un derecho constitucional stricto sensu.

A falta de una ley estatal, la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional se hizo mediante resoluciones administrativas: la 1216 (2015); 4006 (2016), 825 (2018) y la Resolución 271 (2021). El Parlamento sigue sin legislar sobre esta materia²⁸. La primera se dicta en aplicación de la sentencia de 2014: Corte solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) que en un plazo muy corto (30 días), estableciera una guía para que tanto proveedores de servicios de salud como pacientes supieran cómo proceder con relación con la eutanasia. Obedeciendo este mandato, y con la ayuda de un equipo interdisciplinario compuesto por médicos, juristas y profesores universitarios, reunido ad-hoc, el MSPS estableció los lineamientos de lo que sería la Resolución 1216 del 20 de abril de 2015, cuyo objeto es proveer directrices para la conformación y funcionamiento de los Comités Científico-Interdisciplinarios nombrados ad hoc, y que actuarían en los casos y bajo

²⁴ <https://www.camara.gov.co/avanza-en-el-congreso-regulacion-de-la-eutanasia>

²⁵ Antiguo art. 326 Código penal: "el que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años"

²⁶ Sobre la dignidad de la persona humana vid. MIRANDA GONCALVES, R. "La dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172.

²⁷ Plataforma DescLAB. "Sentencia T-970 de 2014: el alcance y contenido del derecho a morir dignamente". 19 de junio de 2018
<https://www.descclab.com/post/el-significado-alcance-y-requisitos-del-derecho-a-morir-dignamente-mediante-la-eutanasia>

²⁸ VANEGAS CARVAJAL EA, "Configuración del campo objetor de conciencia a la eutanasia en Colombia. *Perseitas*, vol. 5, nº 2: 309-346 (2017). No. 2 | pp. 309 - 346 | julio - diciembre | 2017

las condiciones definidas en las sentencias de 1997 y 2014. Además, fija algunos criterios para garantizar el derecho a la muerte digna, como lo son la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad, así como derecho a desistir de manera voluntaria y anticipada a tratamientos innecesarios en fases terminales. Incluye la posibilidad de invocar la objeción de conciencia por los médicos intervinientes, para estos ser reemplazados de manera inmediata por otros dispuestos a practicarla, etc.²⁹ Estableció, además, que los miembros de esas comisiones no podían ser objetores³⁰. Finalmente, la Resolución 271/2021, amplía a pacientes no terminales que padezcan un intenso sufrimiento físico o psíquico proveniente lesión corporal o enfermedad grave e incurable³¹.

Por el contraste que ofrece respecto a la mayoría de los ordenamientos constitucionales europeos, parece oportuno aclarar, siguiendo a LOPEZ DEZA (2011), que “el alto tribunal constitucional colombiano se ha convertido, en la práctica, en el último eslabón de la pirámide del poder público en Colombia. Cualquier controversia, por banal que sea, es susceptible de constitucionalizarse y con ello la discusión no se puede considerar cerrada hasta tanto la Corte no se pronuncie sobre el asunto³². Ejerce el control de constitucionalidad y cuando estima que una norma es contraria a la Constitución, puede declararla inconstitucional; ella ejerce un rol de legislador negativo”³³. Al mismo tiempo, puede llegar a ejercer como legislador positivo mediante resoluciones en las que cambia el sentido de la ley, le agrega contenidos no previstos ni aprobados por el legislador y, en ocasiones, imparte ordenes al Congreso para que legisle de determinada manera, como ha sucedido en esta cuestión³⁴.

Respecto al reconocimiento de la objeción de conciencia, hasta el 2004, el Estado mantuvo una clara negativa a la OC como derecho fundamental. No obstante, en los últimos dos lustros se ha venido presentando un cambio positivo en la jurisprudencia, relativa especialmente al servicio militar obligatorio³⁵, donde la reconoce como un derecho fundamental apoyado en los arts. 13 de manera concreta en la Constitución Política de Colombia, art. 13 (derecho a la igualdad y a la libertad); 18 (derecho a la libertad de conciencia) y 19 (derecho a la libertad de cultos) de la Constitución³⁶.

29 Cfr. Resolución 1216 de 2015 (art. 18): “la objeción de conciencia solo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir dignamente”

³⁰ DIAZ-AMADO E. La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas”. *Rev Bio y Der.* 2017; 40: 125-140

³¹ <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=114617>

³² LOPEZ DAZA, GA. El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? *Cuest. Const.* no.24 Ciudad de México ene./jun. 2011 I SSN 1405-9193 [El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces? \(scielo.org.mx\)](https://doi.org/10.18633/cuconst.v24n1.p1405-9193)

³³ El artículo 241 de la Constitución colombiana establece las competencias de la Corte Constitucional: la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Para lograr tal fin, debe decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que instauren los ciudadanos o realizar dicho control de manera oficiosa, en los casos que precise la Constitución (control previo automático, control posterior automático y control por vía de acción).

³⁴ LOPEZ DEZA, *ibidem*.

³⁵ Sentencias_C-72811, C-728 de 2009, etc.

³⁶ Vanegas Carvajal, E. (2017). *Ibidem*.

Sin embargo, en lo que atañe a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, la Corte no ha entrado directamente a analizarla³⁷; se limita a decir genéricamente que (los médicos) deben ser neutrales en su aplicación de los procedimientos destinados a hacer efectivo el derecho, sin sobreponer sus posiciones morales (Sentencia 2014). Aunque cuando alegue esas convicciones, no puede ser obligado, pero debe derivar a otro profesional (Res. 971 1 julio 2021). Establece que esta puede ser expresada solo previamente al conocimiento de la solicitud, y que no puede ser alegada ni por quienes se encuentren atendiendo los requerimientos relacionados con el trámite de solicitudes, ni por las IPS. Igualmente, indica que no cabe la presencia de objetores en comités de evaluación, ni la objeción institucional³⁸.

Desde 2015 –año en el que se reglamentó la eutanasia y comenzó el registro de los procedimientos– hasta el 31 de octubre de 2022, se han realizado en Colombia 322 procedimientos de muerte médicamente asistida a través de la eutanasia³⁹.

4.5. Canadá

En Canadá, al igual que en Colombia, la eutanasia fue reconocida por sentencias de la Corte Suprema: la sentencia *Carter v. Canada* de 2015⁴⁰, anuló la prohibición de la eutanasia, vigente hasta entonces, con base en una sentencia de la propia Corte *Rodríguez versus British Columbia* de 1993, en que, aun denegando la solicitud de ayuda a morir planteada por la Sra. Rodríguez, abrió una vía clara para plantear la despenalización de la eutanasia en el futuro al señalar que el art. 7 de la Constitución canadiense protegía no solo el derecho a la vida, sino también a la autonomía personal y al control de la persona sobre su propia integridad física y mental.

Con apoyo en ambos pronunciamientos, se promulgó la Ley de asistencia médica para morir (*medical assistance dying*, MAiD). En un primer momento, la ley solo previó que la eutanasia fuese solicitada y consentida por un adulto capaz con una situación médica irreversible que causara un dolor físico o psíquico intolerable, pero en 2016 se amplió la posibilidad al caso de que el fallecimiento se previera inmediato sino “razonablemente previsible”.

De todos modos, la legislación canadiense, ni la eutanasia como el suicidio asistido no se consideran un derecho de la persona, sino que están despenalizados

³⁷ Aunque sí lo hizo en una Sentencia C-728 de 2009. Objeción de conciencia al Servicio Militar Obligatorio. (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Octubre 14 de 2009): La Objeción de conciencia es una de las manifestaciones centrales del derecho fundamental a la libertad de conciencia (...) Desde esta perspectiva, resulta lógico considerar que no se requiere de una consagración legal expresa de la objeción para que ésta exista. Ella constituye la forma típica del ejercicio de la libertad de conciencia como derecho fundamental que, como tal, es de aplicación directa e inmediata. Afirmar lo contrario es vaciar el contenido del núcleo esencial de la libertad de conciencia.

³⁸ Cfr. Resolución 1216 de 2015 (art. 18): “la objeción de conciencia solo es predicable de los médicos encargados de intervenir en el procedimiento para hacer efectivo el derecho a morir dignamente”

³⁹ DESCLAB. “Eutanasia en Colombia: cifras y barreras para ejercer el derecho a morir dignamente en Colombia”, 2023. <https://www.desclab.com/quienes-somos>

⁴⁰ Sentencia Tribunal Supremo de Canadá *Carter v. Canada (Attorney General)* (2015) 1 SCR 33.1.

bajo condiciones y salvaguardias establecidas por la Ley de Muerte con Dignidad y el Código Penal.

En 2021, el Parlamento federal da un paso más en la ampliación de la eutanasia, proponiendo extenderla a algunos casos de enfermedad mental. Esta propuesta estaba fundamentada en otra decisión judicial, luego de que dos pacientes con enfermedades degenerativas de Montreal presentaran una demanda. El fallo colocó a Canadá entre el reducido grupo de países, como Bélgica y Países Bajos, que permiten la muerte asistida médicamente para quienes no sufren una enfermedad terminal.

Tal iniciativa fue avalada en un principio por la Asociación Canadiense de Psiquiatría en aras de un eventual derecho a la no discriminación hacia pacientes que sufrieran una enfermedad mental grave.

Sin embargo, desde Naciones Unidas criticaron esta propuesta de ampliación, por considerar que enviaría el mensaje de que es mejor la muerte que padecer ciertas enfermedades no mortales. Esas críticas figuran en el informe tres expertos en derechos humanos de las Naciones Unidas, enviado al gobierno federal en 2021, advirtiendo que la reforma podría devaluar la vida de las personas discapacitadas al implicar que una discapacidad grave es peor que la muerte⁴¹.

Igualmente, desató un intenso debate y, para algunos, ha sembrado dudas también entre las organizaciones de defensa de las personas con discapacidad⁴². Esas críticas acabaron propiciando que el Gobierno canadiense acordará una moratoria de dos años para las solicitudes de suicidio asistido por razones psiquiátricas, mientras el gobierno federal establecía las salvaguardas adecuadas⁴³.

Otra razón de esta "ralentización" al incremento de la eutanasia en Canadá es debido al crecimiento exponencial que ha experimentado desde su aprobación en 2016 hasta 2021 (vid. Cuadro 1).

Finalmente, en lo que atañe a la objeción de conciencia, la Constitución canadiense reconoce la libertad de conciencia es un derecho fundamental conforme al art. 2. Pero el reconocimiento de la objeción de conciencia para practicar la eutanasia a, no aparece en la ley de eutanasia y, aunque la normativa deontológica de los Colegios Médicos la reconocen, en la práctica, al considerarse la e. y el suicidio asistido como un acto médico o terapéutico la negativa a participar en ella se considera una excepción que requiere justificación o excusa⁴⁴.

4.6. Nueva Zelanda

El país oceánico ha sido el último en reconocer la asistencia médica a la muerte se reconoció en la ley sobre elección del final de la vida (*End of Life Choice Act*) de 7 de noviembre de 2021. Fue aprobada previo referéndum celebrado al mismo tiempo que las elecciones generales, y en el que más del 65% de los votantes se mostraron favorables.

⁴¹ El polémico plan de Canadá para expandir el acceso a la eutanasia a las personas con enfermedades mentales. Holly Honderich BBC News, Toronto, 16 enero 2023 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-64290878>

⁴² NEVES, O. "Disability is not a fate worse than death," 24 de marzo de 2021.

⁴³ Es significativa la opinión de Marie-Claude Landry, comisionada en jefe de la Comisión de Derechos Humanos de Canadá: "dejar que la gente tome esta decisión (de morir) porque el Estado no está cumpliendo con los derechos humanos fundamentales es inaceptable", dijo en un comunicado emitido en mayo BBC, 16 de enero 2023 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-64290878>

⁴⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS et al. Ibidem, pág. 94.

La ley prevé que cualquier ciudadano neozelandés, mayor de edad, con una enfermedad terminal que previsiblemente provocara la muerte en un plazo de 6 meses pudiera solicitar ayuda para morir.; quedan excluidos los pacientes de edad avanzada, discapacitados o quienes sufran enfermedades mentales.

Por ser tan reciente la aprobación, no se han podido obtener datos fiables del número de personas que se han acogido a la ley para solicitar voluntariamente la muerte asistida.

La ley incluye una cláusula de conciencia, por la que los profesionales sanitarios no están obligados a intervenir en el proceso, con la única condición de informar al paciente de que tiene derecho a dirigirse a un organismo público creado al efecto (*The Support and Consultation for End of Life in New Zealand*) y facilitarle los datos de otro profesional sanitario dispuesto. No hay ningún registro de objetores⁴⁵.

5. Jurisprudencia del TEDH sobre eutanasia

Las dos sentencias emblemáticas sobre la materia dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) son *Pretty v. UK* (29 de abril de 2002) y la *Haas v. Suiza* (20 de enero de 2011). La primera, que constituye el referente jurisprudencial en relación con el fin de la vida, negó la existencia de un derecho a morir o a suicidarse y rechazó que el Estado estuviese obligado a permitir el suicidio asistido. Por su parte, *Haas contra Suiza*, señaló que la decisión de una persona sobre cuándo y cómo terminar la propia vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente la propia voluntad, está protegida por el art. 8 CEDH (respeto a la vida privada y familiar), pero indicó que tal presupuesto es compatible con el principio general de obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas necesarias que permitan un suicidio digno, pues el art. 8.2 CEDH impone a las autoridades el deber de proteger a las personas vulnerables, incluso contra los actos que constituyan una amenaza para su propia vida, como ya se había señalado en la STEDH de 3 de abril de 2001.

Además, el máximo Tribunal europeo ha dictado en los últimos años dos sentencias sobre la eutanasia que añaden algunos elementos más a la discusión, sin variar la doctrina más asentada. Se trata de los casos *V. Lambert v. Francia* de 5 de junio de 2015⁴⁶, relativa a un varón de 40 años que, después de un grave accidente, quedó en coma y para el que su mujer pidió que se retirara la alimentación e hidratación para que pudiera morir en paz. Finalmente, después de diversas demandas de los padres y otros parientes de Lambert, el TEDH avaló la decisión de 2014 del Consejo de Estado francés de suspender los cuidados que mantenían con vida al interesado, en concreto, que se le desconectara de los aparatos que, presumiblemente, le mantenían con vida. La Corte dio la *que no habría violación del artículo 2 (de la Convención Europea de DDHH, sobre el derecho a la vida) en caso de aplicación de la decisión del Consejo de Estado (francés) que autoriza el cese de tratamiento*". Por su parte, la Sentencia *Mortier c. Bélgica*, de 4 de octubre de 2022⁴⁷, examina la demanda de T. Mortier, hijo una de la mujer demandante, -que sufría una depresión profunda desde hace 40 años. De una parte, la Corte señaló que no se ha

⁴⁵ Cfr. NAVARRO-VALLS et al, ibidem pág. 100.

⁴⁶ Case *Lambert v. France* nº 46043/14, de 5 de junio de 2015. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/01/Caso-Lambert-and-others-vs.-France-LPDerecho.pdf>

⁴⁷ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-219559%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-219559%22]})

violado el artículo 2 del Convenio Europeo (derecho a la vida) en los actos previos a la eutanasia. En cambio, admitió que se ha producido una violación del precepto por los fallos en el control de la eutanasia realizada y que, en consecuencia, el Estado belga ha incumplido una obligación procesal, por la falta de independencia de la Comisión Federal para la Comisión de Control y Evaluación de la Eutanasia

Hasta el presente la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al art. 2 CEDH (derecho a la vida) ha establecido una obligación positiva de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar la vida de las personas bajo su jurisdicción. Dimensión positiva que comprende la obligación de adoptar medidas preventivas frente a autolesiones, siendo a estos efectos las personas con enfermedades mentales un grupo especialmente vulnerable (*Renolde c. Francia*, y *S.F. c. Suiza*)^{48 49}.

6. Jurisprudencia del Tribunal constitucional:

La doctrina constitucional anterior a la sentencia de 2023 no reconocía la existencia de un derecho a solicitar la propia muerte. En este sentido, hay dos pronunciamientos relevantes:

- a) **STC 120/1990 de 27 de junio:** *"derecho a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte" "aunque una persona pueda disponer sobre su propia muerte, esto no constituía, "en ningún modo, un derecho subjetivo"*⁵⁰.
- b) **STC 154/2002, de 18 de julio**, relativa a la condena por homicidio de unos padres, testigos de Jehová, no disuadieron a su hijo de su firme voluntad de rechazar una transfusión de sangre, supone –según la demanda– que la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental, sino únicamente una manifestación del principio general de libertad; y la **STC 37/2011, de 28 de marzo**, relativa a una intervención médica sin la previa información sobre sus riesgos, reiteró que la protección constitucional de la vida y de la integridad personal (física y moral) no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a agresiones, sino que además contiene un mandato de protección suficiente dirigido al legislador y que debe informar toda su actuación.

Analizaremos más adelante, en lo que se refiere al tema de este artículo, **la Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023**, que avala la constitucionalidad de la ley 3/2021. Baste decir, por ahora, que establece que *"La autodeterminación como derecho que prima sobre cualquier otro.*

⁴⁸ J. European Court of Human Rights. ECHR 2009/2 *case of Renolde v. France*, 16 October 2008, no. 5608/05 (fifth section). Eur J Health Law. 2009 Mar;16(1):92-6. PMID: 19353915.

⁴⁹ Otras sentencias del TEDH que reafirman la obligación positivas Estado proteger la vida humana en situaciones vulnerabilidad adopta medidas razonables de protección de la vida e integridad física de una persona hospitalizada en la que concurre riesgo de suicidio o autolesión (*Younger c. Reino Unido*, y *Fernandes de Oliveira c. Portugal*); (*Mikayil Mammadov c. Azerbaiyán*) y, en el contexto de la sanidad, que estas obligaciones positivas comprenden las de adoptar las medidas apropiadas para la protección de la vida de los pacientes (*Calvelli y Ciglio c. Italia*; *Vo c. Francia*, y *Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal*),

⁵⁰ <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1545>

En otras jurisdicciones, estando ya vigente la ley, se han dictado tres sentencias o autos:

- **Audiencia de Tarragona 4 de agosto 2022⁵¹**, caso del guardia de seguridad: la Ley de Eutanasia "no atribuye ninguna competencia al juez de instrucción para decidir sobre el proceso". Prevalece derecho a la propia muerte sobre derechos víctimas y tutela judicial efectiva.
- Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala 4ª Contencioso, de 25 de abril de 2023: solicitud eutanasia a persona con Alzheimer realizada por dos de sus hijas. El Tribunal entiende, como hizo la comisión, que no concurren los requisitos legales, pues no se ha acreditado la existencia de sufrimientos psíquicos o físicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere intolerables causados por la enfermedad grave e incurable que padece.⁵²

7. Evolución de la práctica de la eutanasia en España.

Aunque, según las fuentes que se mencionen, hay algunas variaciones, desde que se aprobó la ley hasta el 31 de diciembre de 2022, se han practicado un total de 338 eutanasias: 75 en 2021 y 263 en 2022. Las asociaciones pro-eutanasia en cambio dicen que en esos 18 meses fueron 370 las personas que fallecieron por eutanasia⁵³.

Las eutanasias practicadas hasta finales de 2022 (vid. Cuadro 2) son algo menos que las 259 o las 1882 que se produjeron el primer año, respectivamente, en Bélgica y los Países Bajos (vid. Cuadro 1). Con el paso del tiempo (2019) en esos dos países habían aumentado sensiblemente: 2565 y 6361, respectivamente⁵⁴. Con ser importantes los datos numéricos globales, resulta más reveladora, si cabe, la estadística que recoge Trejo sobre la proporción entre el número de habitantes y las eutanasias practicadas en las distintas Comunidades autónomas de España. Los datos dan a entender una incidencia muy desigual de unos lugares a otros (vid. Cuadro 1), por ejemplo, resulta significativa la escasísima presencia de objetores en los territorios donde más eutanasias se practican (Cataluña y País Vasco).

Lo novedoso de la legislación y la escasa experiencia de los organismos de seguimiento y control tanto estatales como autonómicos, obliga a tomar estos datos con cautela. Solo se dispone de una información parcial facilitada por Ministerio de

⁵¹ Más detalles sobre este caso en https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2022-08-12/eutanasia-pistolero-tarragona-23agosto-fallo-constitucional_3475648/. El TC no admitió siquiera a trámite el recurso de los policías heridos que reclamaban su derecho a la tutela judicial efectiva y la indemnización por daños por considerar que el caso "carecía de trascendencia constitucional" y que "no se apreciaba violación de los derechos fundamentales de las víctimas". La sentencia ha sido recurrida recientemente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁵² <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Comunidad-Valenciana/Oficina-de-Comunicacion/Notas-de-prensa/Un-tribunal-desestima-el-recurso-de-las-hijas-de-una-enferma-de-alzheimer-contrala-denegacion-de-la-comision-de-garantia-y-evaluacion-de-la-comunidad-valenciana-de-la-eutanasia>

⁵³ <https://www.elmundo.es/espana/2023/06/22/64942766fdddf077b8b45dc.html> Baile de cifras. 370 según DMD: 295 (2022)

⁵⁴ TREJO JM GABRIEL GALÁN. *Gaceta Sanitaria* 37 (2023) 102251.

Sanidad⁵⁵ y las Comisiones de Evaluación y control de Cataluña⁵⁶ y País Vasco⁵⁷, las primeras en ponerse en funcionamiento.

8. Análisis crítico de la sentencia del TC

El recurso de inconstitucionalidad afecta a la ley en su conjunto y, subsidiariamente, a trece de sus preceptos (art. 3, apartados b), c), d), e) y h); art. 4.1; art. 5, apartados 1.c) y 2; art. 6.4; art. 7.2; art. 8.4; art. 9; art. 12.a), apartado 4; art. 16; art. 17; art. 18.a), párrafo 4; disposiciones adicionales primera y sexta; y disposición final tercera, en relación con el art. 16.1 y con la disposición adicional sexta).

En este apartado, vamos a analizar la sentencia, poniendo el acento en los dos aspectos que constituyen el objeto de este artículo: el carácter de derecho subjetivo que atribuye la ley a la ayuda a morir y el tratamiento de la objeción de conciencia. Haremos primero una breve exposición y, posteriormente, un análisis crítico.

a) Naturaleza jurídica del derecho a solicitar la propia muerte:

1. *"La Constitución ampara un derecho de autodeterminación que permite a la persona decidir de manera libre, informada y consciente el modo y momento de morir en situaciones médicamente contrastadas de enfermedades terminales o gravemente incapacitantes".* Con base en los arts. 15 (derecho fundamental de integridad física y moral) y 10.1 (principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad).
2. La ley reconoce un derecho subjetivo de naturaleza prestacional -la eutanasia activa directa-, bajo dos modalidades de prestación de ayuda a morir-, siempre que se produzca a petición expresa y reiterada del paciente.
"No se trata solo -dirá el TC- de despenalizar la asistencia al suicidio, haciendo desaparecer el control represivo, sino también "de asegurar que quien toma esa decisión pueda contar con la asistencia del servicio público que garantiza las prestaciones médico-sanitarias, para que dicha opción se materialice en condiciones de seguridad, salud, respeto a la integridad física, respeto a la integridad moral de las personas, y a la exclusión de cualquier tipo de trato degradante.
3. La libertad y el libre desarrollo de la personalidad son los valores fundamentales que justifican la creación de ese derecho subjetivo. Esos valores incluyen según el TC la facultad de recabar y usar la asistencia de terceros que fuere necesaria para llevar a la práctica la decisión de morir de manera acorde con su dignidad e integridad personal, de manera segura e indolora.
4. El Tribunal argumenta que del enunciado del artículo 15 *"no permite atribuir al derecho a la vida un valor absoluto, ni que imponga al Estado un deber de protección individual que implique un paradójico deber de vivir, ni impide el reconocimiento constitucional de la facultad de la persona de decidir de manera autónoma sobre la propia muerte en situaciones de sufrimiento*

⁵⁵ Informe anual 2021 de la prestación de ayuda para morir. Ministerio de Sanidad: <https://www.sanidad.gob.es/eutanasia/docs/InformeAnualEutanasia.pdf>

⁵⁶ Informe sobre la aplicación de la Ley orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia en Cataluña

https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Professionals/Consells_comissions/comissio-garantia-i-avaluacio-catalunya/informes/memoria-pram-ES.pdf

⁵⁷ INFORME ANUAL PRESTACIÓN DE AYUDA MÉDICA PARA MORIR EN EUSKADI-2022. https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/eutanasia/es_def/adjuntos/Informe-CGyEE-2022_web.pdf

causado por una enfermedad incurable, médicamente constatada, y que el paciente experimenta como inaceptable.

- b) son conformes con la Constitución las previsiones que obligan al profesional a informar anticipadamente por escrito (art. 16) y la creación de un registro de profesionales objetores, cuya finalidad es facilitar a la administración sanitaria la organización del servicio y la eficacia del derecho que regula la ley.

Sobre cada uno de estos presupuestos, pueden hacerse algunas precisiones.

1. La sentencia de 2023 supone un giro fundamental respecto a la anterior doctrina del TC. Como ya se ha dicho, la jurisprudencia constitucional precedente (1990) consagraba el derecho del Estado en determinados supuestos a defender la vida aun en contra de las decisiones de los interesados, en pura lógica constitucional de derechos fundamentales que Estado defiende, garantiza y vela por su cumplimiento, y añadirá que “en modo alguno, existe un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador”⁵⁸
2. EL TC da un paso más en su función primigenia de ser intérprete de la Constitución para constituirse en legislador, bajo el presupuesto de acomodarse a los tiempos. La interpretación sociológica, basada en el contexto histórico, en el sentido que le atribuye el Derecho civil (art. 3.1 Código civil español), no legitima crear un derecho nuevo -prestacional y fundamental- de autodeterminación del sujeto que implique un deber del Estado de habilitar las vías necesarias para posibilitar la ayuda a morir.
3. La voluntad de la persona es la frontera que delimita el derecho a la vida del derecho a la autodeterminación en contexto eutanásico. Solo el poder constituyente tiene atribuida la facultad de crear derechos considerados como fundamentales. En este punto “el TC se mete en un debate antropológico sobre el que, después de siglos, no se ha llegado a una solución unánime”⁵⁹

9. La especial visión de la objeción de conciencia en la sentencia Tribunal Constitucional

Según el artículo 16, 2 de la ley “Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia..., en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de la ayuda a morir...”

Resulta aventurado hacer un balance de la eficacia de este registro, porque se ha ido poniendo en marcha a lo largo del último año y medio y, en algunas partes de España, hace apenas unos meses. No obstante, ya podemos avanzar algunos datos sobre el número de profesionales inscritos en ese registro público hasta marzo de este año (vid. CUADRO 2)

⁵⁸ DE MIGUEL J. El Tribunal Constitucional y la eutanasia”. Ed. IUSTEL , 10/04/2023 https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232267

⁵⁹ DE MIGUEL J. ibidem.

Examinando las bases argumentales de la STC 19/2023⁶⁰, cabe hacer algunas consideraciones críticas sobre la visión que adopta el TC respecto a este derecho, vinculado a la libertad religiosa y de conciencia (vid. varias SSTC 15/1982; 53/1985; 160 y 161/1987, 116/1999; 145/2015, etc.)

El art. 16: lo cataloga la objeción de conciencia como “un derecho individual que puede ser ejercido por los profesionales, directamente implicados en la eutanasia, de modo anticipado y por escrito”. Este artículo fue uno de los preceptos de la ley recurridos por supuesta inconstitucionalidad. En su sentencia de 2023, el TC se posiciona a favor a favor de la interpretación restrictiva del derecho a la objeción, expresada en STC 160/1987, FJ 4, en pasaje reiterado por la STC 151/2014, FJ 5): el derecho a la objeción de conciencia no es un derecho constitucional (por tanto, no debe estar incluido en la parte orgánica de la ley) sino autónomo, incluso “subconstitucional”, apoyándose en la línea jurisprudencial más restrictiva respecto a La objeción, contenida en los SSTC 160/1987 FJ 4 61y 151/2014, FJ 15, obviando otras interpretaciones más favorables a 53/1985; Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 2/1982, de 29 de Enero de 1982. – STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6; STC 25 junio 2015)

Sigue el TC la doctrina acuñada con ocasión de las sentencias 160 y 167/1987, ambas sobre la exención del deber del servicio militar, cuya conclusión fundamental es que “en modo alguno existe en nuestro ordenamiento, sobre la base del art. 16.1 CE, un genérico derecho fundamental a sustraerse, alegando imperativos de conciencia, a cualesquiera deberes jurídicos, lo que constituiría un inconcebible, por absurdo, poder de veto individual frente a la legislación y «la negación misma de la idea del Estado»

No obstante, el Alto Tribunal trata de “suavizar” su postura radical, reconociendo que en “ (...)a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría, o sufrir, por ser con ellas consecuentes, la sanción que fuera aparejada al incumplimiento de un deber legal”.

Para cerrar este epígrafe cabe decir que la postura restrictiva del TC con la objeción de conciencia podría entrar en conflicto con la reciente jurisprudencia del TEDH sobre el caso *Bayatyan v. Armenia* (2011), que señala que las restricciones a la libertad de conciencia, como derecho humano solo están justificadas “cuando resulte necesario para una sociedad democrática, es decir, cuando no haya otras alternativas viables”⁶²

Respecto al registro de objetores, el art. 16,2 de la ley, establece que: “Las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia..., en el que se inscribirán las declaraciones de objeción de conciencia para la realización y que tendrá por objeto facilitar la necesaria información a la

⁶⁰ Sentencia 19/2023, de 22 de marzo de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 4057-2021. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-10044 ,

⁶¹ Esa sentencia, con todo, incluye una afirmación que contrasta con la afirmación radical del TC: La oc es un “derecho constitucional autónomo” (...), con todas las características de un derecho fundamental, como insiste la doctrina jurídica”.

⁶² Vid. *Bayatyan vs. Armenia* nº 23459/03) de 7 de julio de 2011: <https://wri-irg.org/en/story/2011/grand-chamber-case-bayatyan-v-armenia>

administración sanitaria para que esta pueda garantizar una adecuada gestión de la prestación de la ayuda a morir...”

De entrada, resulta complicado hacer un balance de la eficacia de este registro, porque se ha ido poniendo en marcha a lo largo del último año y medio y algunas partes de España, hace apenas unos meses. Igualmente, las cifras de objetores inscritos (Cuadro 2) no resultan, ni mucho menos concluyentes (no llegan al 2% de la totalidad de los médicos españoles). Se podrían apuntar varias razones de la escasa utilización del registro: parte importante de los profesionales sanitarios no se sienten concernidos porque, según la ética profesional, la eutanasia no es un “acto médico” sino, como mucho, un acto sanitario imperado por la ley; otros, se inscribirían, en su caso, cuando se vean en la necesidad de realizar el procedimiento, no antes; otros no se sienten cómodos figurando en unas listas que fácilmente pueden convertirse en una “lista negra”, fuente de posibles discriminaciones, sobre todo, en la sanidad pública; otros, aun estando de acuerdo con la eutanasia en determinados casos, podrían no estarlo en el supuesto concreto que se les plantee, etc. En suma, el registro parece más un medio de disuasión que de organización de un servicio; la mayoría de los profesionales que se inscriben lo hacen, más bien, con un fin testimonial o ejemplarizante.

Entre los ordenamientos jurídicos de los países con eutanasia legal, no se ha encontrado ninguno que se valga de un instrumento formal⁶³, como un registro, promovido por los poderes públicos, que condiciona el ejercicio de la objeción a la inscripción en el mismo, aunque sea respetado escrupulosamente la confidencialidad. EL TC expresa, de modo un tanto voluntarista, en nuestra opinión, que la exigencia de un registro “no implica *per se*, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia [...] ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad que pueda afirmarse [...] que con el mismo se persigue disponer de una lista de objetores con la finalidad de discriminarlos y represaliarlos

La sentencia, además de rechazar, sin argumentos de demasiado profundidad, que la existencia de un registro socave los derechos fundamentales de las personas, cita como antecedente la STC 151/2014, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad de la ley foral Navarra que creaba el registro de profesionales objetores al aborto. El Constitucional avaló dicha ley, pero, al mismo tiempo, declaró inconstitucional parte de la regulación del registro, porque no se protegía suficientemente la confidencialidad de los datos registrales⁶⁴.

10. Conclusiones

1. La principal singularidad de la legislación española respecto a la eutanasia es que convierte el derecho a solicitar la propia muerte en un derecho subjetivo prestacional. No se limita a despenalizar la eutanasia y el suicidio asistido,

⁶³ En la propia STC de 2023, recoge la opinión del Abogado del Estado que considera que el art. 16.1 LORE no determina «elementos esenciales» para el ejercicio del derecho, sino que establece un «deber meramente formal» en orden a formular anticipadamente y por escrito la «intención» de objetar, pero «sin exigir una determinada anticipación que de no cumplirse implique una pérdida del derecho». Es decir, nada impide que la objeción se declare -circunstancia perfectamente comprensible- solo cuando el profesional deba enfrentarse personalmente a una situación conflictiva para su conciencia.

⁶⁴ NAVARRO-VALLS et al. *Ibidem* pág. 120.

sino que lo transforma en un nuevo derecho, fundado en la libertad, la autonomía y el desarrollo de la personalidad del individuo. Ese presupuesto, confirmado por la reciente sentencia del TC, supone un giro radical en la doctrina mantenida hasta el momento por TC. Un enfoque similar solo se encuentra en la legislación colombiana y, en parte, en la canadiense.

2. Adopta un tratamiento restrictivo respecto a la objeción de conciencia de los profesionales de la sanidad, no solo por las condiciones previas que exige a los objetores, sino por la decisión de crear un instrumento formal, un registro, donde en principio, deben inscribirse quienes rechacen esta práctica. Esta interpretación parece decantarse por una línea jurisprudencial, incoada por las SSTC 160 y 161/1987 que concibe la objeción de conciencia exclusivamente como una excepción al mandato general de obedecer las leyes.
3. No obstante, consideramos que hay una diferencia importante entre los deberes constitucionales sobre los que se fundó las sentencias de 1987 (servicio militar) y el derecho a solicitar la propia muerte analizado ahora. En el primer caso, el tipo de deber del que trataban de excluirse los objetores (servicio militar y la prestación social sustitutoria) están enmarcados en el art. 31 de la Constitución y se refieren a deberes constitucionales esenciales que obligan a los ciudadanos.; sin embargo, la ayuda a morir no es un deber que obligue a los profesionales sanitarios, sino una prestación que incumbe al Estado, por tratarse de un derecho prestacional⁶⁵, que se encuentra en un plano inferior en la jerarquía de derechos.
4. La información de la que se dispone hasta ahora sobre la aplicación de la ley es aún limitada y poco fiable, pues los organismos de control (Comités de evaluación) y los registros de objetores, llevan escasamente un año funcionando.

Bibliografía

- ALTISENT R. NABAL M., MUÑOZ P. FERRER S., M. TERESA DELGADO-MARROQUÍN MT. ALBERTO ALONSO A. (2021) "Eutanasia: ¿es ésta la ley que necesitamos? *Atención Primaria*, Vol. 53. Núm. 5. (May 2021) <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-eutanasia-es-esta-ley-que-S0212656721000913>
- AUSTRALIAN CARE ALLIANCE, Rapport 2021. <https://www.australiancarealliance.org.au>
- AZNAR J. (2021) "Opinion of physicians and the general population on the legalization of euthanasia and assisted suicide" *Cuadernos de Bioética*. 2021; 32(104):23-36. <http://aebioetica.org/revistas/2021/32/104/23.pdf>

⁶⁵ En este sentido, la Constitución española (arts. 53, 1 y 2, distingue en cuanto al nivel de las garantías jurisdiccionales entre los derechos y libertades fundamentales del Capítulo II (arts. 14 a 29 y 30 en cuanto a la objeción de conciencia) y los derechos sociales, económicos y culturales del Cap. II. Así los define la RAE: Derecho cuyo ejercicio por parte de sus titulares reclama una actuación por parte de un poder público o privado consistente en organizar prestaciones de servicio público que cubren necesidades ciudadanas o individuales esenciales como pueden ser la tutela judicial, la sanidad, la educación o la Seguridad Social. <https://dpej.rae.es/lema/derecho-de-prestaci%C3%B3n#:~:text=Derecho%20cuyo%20ejercicio%20por%20parte,2>

- BBC News, Canada's controversial plan to expand access to euthanasia to people with mental illness. Holly Honderich Toronto, 16 January 2023 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-64290878>
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 6 de diciembre de 1978, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978. [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)
- DE LA TORRE J. MARCOS, AM. (eds.) (2019). Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional, Madrid: Dykinson, 2019. *Revista de Derecho de la Universidad a distancia de España, UNED (RDUNED)*, (25), 873–880. <https://doi.org/10.5944/rduned.25.2019.27024>
- DE MIGUEL J. "El Tribunal Constitucional y la eutanasia". IUSTEL (2022) https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1232267
- DescLAB Platform (Colombia). (2018) "Sentencia T-970 of 2014: "El alcance y contenido del derecho a morir dignamente".19 junio 2018. <https://www.desclab.com/post/el-significado-alcance-y-requisitos-del-derecho-a-morir-dignamente-mediante-la-eutanasia>
- DescLAB. " Eutanasia en Colombia: cifras y barreras para ejercer el derecho a morir dignamente en Colombia" (2023). <https://www.desclab.com/quienes-somos>
- DIEZ-AMADO E. (2020) "La despenalización de la eutanasia en Colombia: contexto, bases y críticas". *Bioética y Derecho*, n. 40 Barcelona 2017: Available at: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200010&lng=es&nrm=iso> Epub 02-Nov-2020. ISSN 1886-5887.
- Exposición de Motivos ley 3/2021, of March 24, 2021, de regulación de la eutanasia (BOE of March 25, 2021, No. 1 72).
- GENERAL COUNCIL OF THE SPANISH MEDICAL ASSOCIATION (2020). "Posicionamiento ante la eutanasia y el suicidio asistido". <https://www.cgcom.es/notas-de-prensa/asamblea-general-posicionamiento-del-cgcom-ante-la-eutanasia-y-el-suicidio-asistido>, 21 May 2018. In view of the approval by the Congress of Deputies of the Opinion of the Justice Commission on the Organic Law proposal for the regulation of euthanasia in Spain, December 18, 2020: <https://www.cgcom.es/media/2698/download>
- Ibáñez Macías A. (2021) "Identificando los derechos fundamentales en la Constitución española". *Rev. Derechos y libertades*, Number 44, Época II, January 2021, pp. 277-315. DOI: <https://doi.org/10.20318/dyl.2021.5856>
- J J VAN DELDEN 1, L PIJNENBORG, P J VAN DER MAAS *Hastings Cent Rep.* (1993) Nov-Dec;23(6):24-7. The Remmelink study. Two years later - PubMed (nih.gov). A rigorous and comprehensive account of the origins of the Remelink report can be read in H. HENDIN, "Seduced by Death: Doctors, Patients, and the Dutch Cure", New York, W. W. Norton, 1996 (October).
- LABACA ZABALA L., GAMBOA URIBARREN B. ARIETA-ARAUNABEÑA ALZAGA J, (2014). "La eutanasia en Holanda", 2014, *Rev. Ámbito Jurídico* <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-128/la-eutanasia-en-holanda/>
- Manifiesto "Doctors for euthanasia" posted on the web www.medicosporlaeutansia.com is no longer available on the web (2021)<https://www.religionenlibertad.com/polemicas/58065637/Lista-medicos-proeutanasia-manifiesto-sectarios.html>
- MARTÍNEZ K. (Geroa Bai Party), intensivist physician. <https://www.abc.es/sociedad/abci-senado-aprueba-ley-eutanasia-volvera->

- [congreso-para-aprobacion-definitiva-202103101814_noticia.html](#) Cfr. Navarro Valls et al, pp. 56 and 57.
- Ministerio de Sanidad de Colombia. Resolución 1216 of 2015 (art. 18):
- MIRANDA GONCALVES, R. "La dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172
- NAVARRO-VALLS, R. MARTÍNEZ-TORRÓN J, VALERO ESTARELLAS MJ: *Eutanasia y objeción de conciencia*, Palabra 2022.pp. 65-103.
- NEVES, O. *Disability is not a fate worse than death*. 24 March 2021.
- PATIENTS RIGHTS COUNCIL (USA) (2010) www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/2013/Netherlands_Ministry_of_justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf Cit . NAVARRO-VALLS et al. 74-75
- SENADO ESPAÑOL. "Procedimientos parlamentarios" https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/procedimientosparlamentarios/detalle/index.html?lang=gl_ES
- SPANISH BIOETHICS COMMITTEE (2020). Report on "El final de La vida y la atención en el proceso de morir: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf> (September 30, 2020)
- SPANISH COMMITTEE OF REPRESENTATIVES OF PERSONS WITH DISABILITIES (CERMI) (11-04-2021). <https://cermi.es/noticia/el-cermi-pide-al-defensor-del-pueblo-que-recorra-ante-el-constitucional-la-ley-de-eutanasia-por-incurrir-en-discriminacion-por-razon-de-discapacidad> (11-04-2021)
- SPANISH PSYCHIATRY ASSOCIATION (SEPSIP). "Posicionamiento ante la eutanasia en enfermedades mentales" (2021) [http://www.sepsip.org/file/Grupos%20de%20trabajo/SEP-Posicionamiento%20Eutanasia%20y%20enfermedad%20mental-2021-02-03\(1\).pdf](http://www.sepsip.org/file/Grupos%20de%20trabajo/SEP-Posicionamiento%20Eutanasia%20y%20enfermedad%20mental-2021-02-03(1).pdf)
- SPANISH SOCIETY FOR PALLIATIVE Care (SECPAL) (2021) Communiqué, March 25, 2021. <https://www.secpal.org/comunicado-de-secpal-y-aecpal-ante-la-ley-organica-de-regulacion-de-la-eutanasia>
- SUPREME COURT OF CANADA case *Carter v. Canada* (Attorney General) (2015) 1 SCR 33.1.
- TREJO-GABRIEL-GALÁN, Eutanasia y suicidio asistido en enfermedades neurológicas: una revisión sistemática. *Neurología* DOI: [10.1016/j.nrl.2021.04.016](https://doi.org/10.1016/j.nrl.2021.04.016)
- UNITED NATIONS The opinion of the United Nations is also expressive with respect to certain precepts of the law that may affect persons with disabilities. UN experts: disability is not a reason for euthanasia, at (2021) <https://www.aceprensa.com/el-observatorio/expertos-de-la-onu-la-discapacidad-no-es-motivo-para-aplicar-la-eutanasia> y [Disability is not a reason to sanction medically assisted dying – UN experts | OHCHR](https://www.ohchr.org/es/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=26123)
- VANEGAS CARVAJAL EA, (2017) "Configuración del campo objetor a la eutanasia en Colombia". *Perseitas*, vol. 5, no. 2: 309-346 (2017). DIALNET <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6068017>
- WMA DECLARATION ON EUTHANASIA AND PHYSICIAN-ASSISTED SUICIDE (2019). Adopted by the 70th WMA General Assembly, Tbilisi, Georgia, October 2019 <https://www.wma.net/policies-post/declaration-on-euthanasia-and-physician-assisted-suicide>

ANEXOS**TABLA 1*****Fallecimientos por eutanasia desde la aprobación en cada país.***

	año aprobación/nº					
BELGICA	2003	2012	2018	2019	2020	2021
	259	1432	2357	2656	2444	2700
HOLANDA*	2002	2012	2017	2019	2020	2021
	1882	4188	6585	6361	6938	7666
LUXEMBURGO	2009		2018	2019	2020	2021
			8	16	25	
CANADA		2017	2018	2019		2021
				5631		10064
SUIZA					2020	2021
					1000	1000
ESPAÑA					2021	2022
					75	263

Fuente. Elaboración del propio autor del artículo. s. Los datos no comunicados están marcados con (*)

Tabla 2. Eutanasias solicitadas/practicadas y objetores desde la vigencia de la ley.

	Eutanasias cada 100.000 hab.	total eutanasias	% eutanasias cada 100.000 hab.	Objetores por 1000 médicos	Total objetores
Andalucía	0,22	29	0,13	13 (803)	803
Aragón	1,35	8	0,23		1097
Islas Baleares	1,4	6	0,66	(*)	(*)
Canarias		10	0,31	(*)	(*)
Cantabria	2,05	6	0,86	50,3	239
Castilla-La Mancha	0,36	8	0,09	(*)	(*)
Castilla y León	0,29	10	0,17	27,9	785
Cataluña	1,78	91	0,78	3,9	167
Extremadura		3	0,10		531
Galicia	0,7	8	0,15		249
Madrid		38	0,28	62,8	3119
Murcia	0,33	2	0,26	12,1	100
C. Valenciana	0,46	26	0,26		707
Navarra		13	0,76		303
País Vasco	3,25	25	1,14	25	182
La Rioja		4			120
TOTAL					9384

Fuente: JM Trejo-Gabriel Variabilidad geográfica del número de eutanasias en España un año después de su legalización. *Gac Sanit* vol.37 Barcelona 2023 Epub 24-Abr-2023. Los datos sobre el nº de objetores, corresponden a marzo de 2023 y han sido obtenidos por el autor del artículo.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 184-199
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Tribunais arbitrais: à margem do Estado de Direito?

Arbitral tribunal: beyond the rule of law?

Paulo José Homem de Sousa Alves de Brito¹

Universidade Lusófona

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito fundamental de acesso à justiça como corolário do Estado de Direito. 2.1. Preliminares. 2.2. Garantia de independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes. 2.3. Garantia de tutela efectiva do direito. 2.4. Garantia de tutela em tempo razoável. 3. Sobre a arbitragem comercial internacional. 4. Conclusão.

Resumo: Estarão os tribunais arbitrais, incluindo no âmbito da arbitragem necessária, à margem do Estado de Direito? Partindo das garantias próprias de um Estado de Direito, designadamente a independência dos tribunais, imparcialidade dos juízes, tutela efectiva do direito e em tempo razoável, conclui-se que, respeitadas estas, os tribunais arbitrais se enquadram em toda a sua plenitude no âmbito do Estado de Direito. É igualmente feita uma referência específica à arbitragem comercial internacional, encontrando-se também esta, verificadas as condições supra, perfeitamente inserida no Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado de Direito, acesso à justiça, arbitragem

¹ Professor Associado da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona, Centro Universitário do Porto. De Dezembro de 2014 a Julho de 2018 foi Diretor do 1.º Ciclo de Estudos em Direito da Universidade Lusófona do Porto. Leciona nos 1.º e 2.º ciclos de estudos nas áreas de Direito Internacional, Público e Privado, e RAL (Resolução Alternativa de Litígios). Para além de doutor em Direito pela Universidade de Bristol, Reino Unido, possui um pós-doutoramento em Direito Público pela Universidade Santiago de Compostela. Desde Fevereiro de 2018 que também é juiz árbitro no CIMPAS (Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros). Antes de ter ingressado na vida académica a tempo integral foi Juiz fundador e coordenador dos Julgados de Paz de Gaia (2002) e Porto (2004) e técnico superior de 1.ª classe da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais do Ministério da Justiça (desde 1993), atualmente em licença sem vencimento. Para além das proferidas no âmbito nacional, apresentou as seguintes comunicações no estrangeiro: Palácio da Justiça de Turim (2006), KIMEP (Kazakhstan Institute of Management, Economics and Strategic Research) University em Almaty, Cazaquistão (2011), KTH (Kungliga Tekniska Högskolan) em Estocolmo (2012), Queen's University em Belfast (2013), University of Sussex, Reino Unido (2014), Universidad Santiago de Compostela (Abril de 2019), Université du Luxembourg (Julho de 2019), Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (Dezembro de 2019).

Abstract: Is arbitration compatible with the rule of law? Are arbitration tribunals, including in the scope of necessary arbitration, outside the rule of law? Starting from the guarantees inherent to a rule of law, namely the independence of the judiciary, impartiality of judges, effective protection by the law and within a reasonable time, we conclude that, if these are respected, arbitration tribunals fall completely within the scope of the rule of law. A specific reference is also made to international commercial arbitration, which, subject to the above conditions, is also perfectly included in the ambit of the rule of law.

Key-words: rule of law, right to justice, arbitration

Notas preliminares:

- A jurisprudência será citada de acordo os seguintes critérios: nome do Tribunal, em maiúsculas, data do acórdão, nome do relator ou, na falta de indicação deste, do presidente do colectivo de juízes, entre parêntesis, e, sendo esse o caso, referência à localização do acórdão no website, com referência expressa à data da sua consulta

Principais siglas utilizadas:

- LAV (Lei da Arbitragem Voluntária)
- LJP (Lei dos Julgados de Paz)
- Lei RAL (Lei n.º 144/2015, de 8/9)
- CEDH (Convenção Europeia dos Direitos Humanos)
- ECHR (European Court of Human Rights / Tribunal Europeu dos Direitos Humanos)
- CRP (Constituição da República Portuguesa de 1976)

1. Introdução

Nos Julgados de Paz exercem a função jurisdicional juízes estaduais² que, apesar de nomeados a termo (cf. art.º 25.º, n.º 1 da Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, com a redação dada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho, doravante abreviadamente referida como LJP), estão sujeitos às mesmas incompatibilidades dos magistrados judiciais (cf. art.º 27.º da LJP). Já o mesmo não sucede nos tribunais arbitrais onde é pacífica a natureza não estadual, mas outrossim privada, dos juízes árbitros. Acresce que impor a ambas as partes que certos litígios tenham de ser obrigatoriamente (portanto, independentemente da vontade destas) decididos por esta categoria de tribunais (arbitragem necessária) será também isto compatível com o Estado de Direito? E se o litígio tiver ainda de ser resolvido através da arbitragem na hipótese de apenas uma das partes assim o quiser mesmo que contra a vontade da outra (arbitragem necessária para uma das partes)? Isto sucede quando estamos, por exemplo, perante serviços públicos essenciais (cf. art.º 15.º, n.º 1 da Lei dos Serviços Públicos essenciais) e conflitos de consumo de reduzido valor económico, nos termos do art.º 14.º, n.º 2 da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, com redação que lhe foi dada pela Lei n.º 63/2019, de 16 de Agosto).

Analisaremos, do ponto de vista doutrinal, a problemática da arbitragem se enquadrar ou não no âmbito do Estado de Direito, mas sem que, por vezes, se mencione também a posição da jurisprudência.

Quais os pressupostos materiais e formais de um Estado de Direito? Sem nos alongarmos sobre o tema, diremos em síntese que a segurança do Direito não

² Cf. por todos SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, 12ª ed., Petrony, Lisboa, 2021, p. 152.

comporta apenas aquilo que é designado como certeza do Direito³. Outra modalidade consiste na segurança através do Direito no sentido de uma garantia dos cidadãos perante o Estado. E esta terá de representar também uma verdadeira garantia de acesso dos cidadãos à justiça. Será que formas alternativas de resolução extrajudicial de conflitos, designadamente a arbitragem, constituem ou podem constituir modelos perversos de regresso a sistemas de justiça privada, negadores de um verdadeiro e fundamental direito de acesso à justiça?

É claro que mesmo o tratamento limitado desta questão não dispensa o seu enquadramento no problema mais vasto em que se insere. É, pois, pela tematização e contextualização do direito fundamental de acesso à justiça que começaremos, ainda que apenas de um modo muito liminar e sucinto, restrito aos aspectos essenciais para a compreensão da problemática nele postulada.

2. O direito fundamental de acesso à justiça como corolário do Estado de Direito

2.1. Preliminares

Para termos uma sociedade justa, não basta termos normas justas. Temos igualmente de dispor de tribunais ou, de um modo mais amplo, de um sistema jurisdicional que aplique essas normas e – *last but not least* – dos meios de facto e de Direito adequados a garantir o efectivo acesso à tutela dispensada por esse sistema a todo e qualquer cidadão que reclame a titularidade de um direito subjectivo.

É o carácter imperativo da necessidade desta garantia (sem a qual toda a construção do sistema legislativo e jurisdicional, isto é, toda a construção da ordem jurídica de uma comunidade, será vazia) que coloca qualquer Estado que se pretenda um Estado de Direito na situação de sujeição face ao cidadão, não podendo negar-lhe, ou restringir-lhe desnecessariamente, o direito de acesso à justiça. É esta situação de sujeição que configura o direito de acesso à justiça como um direito fundamental potestativo⁴, insusceptível de renúncia ou negociação.

Assim primordialmente instituída, assume-se a garantia de acesso ao Direito como um direito fundamental de duplo grau: constitui-se ela própria, num primeiro momento, como um direito fundamental ao lado dos outros que – desde a «Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão», de 1789, passando pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – foram sendo sucessivamente consagrados⁵; erige-se, em segundo grau, como o direito fundamental que tem por escopo assegurar a tutela efectiva *hic et nunc* de todos os outros direitos contemporâneos.

Em boa verdade, a garantia de acesso ao Direito é o corolário natural da ideia de proibição da justiça privada⁶ que, ao nível da lei ordinária, encontra expressão nos artigos 1.º e 2.º do Código de Processo Civil português (doravante CPC) e o postulado necessário dessa mesma proibição.

Nesta medida, a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional é uma exigência lógica, decorrente da ideia de «contrato social», tal como ela foi desenvolvida pelos filósofos pós-Renascimento, em particular pelos filósofos das Luzes, como marca primeira do fim do tempo dos antigos e da instituição da modernidade. No plano político, a reconstrução vai dar-se a partir das doutrinas do

³ Cf. BIGOTTE CHORÃO, M. *Introdução ao Direito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1989, p. 108.

⁴ Neste sentido, Cf. VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 171.

⁵ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 408: «O **direito de acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva** (...) é, ele mesmo um direito fundamental constituindo uma garantia imprescindível de protecção de direitos fundamentais, sendo, por isso, inerente à ideia de Estado de direito.»

⁶ Sem prejuízo da subsistência dos casos excepcionais de autotutela.

contrato social, um contrato entre indivíduos livres, isolados e iguais que aceitavam abdicar de parte da sua liberdade a favor da possibilidade de vida em sociedade. Ora aceitavam também – e é o ponto que aqui agora nos importa – alienar a favor da comunidade, constituída em Estado, o poder de assegurar o próprio Direito, contra a garantia de que ele, Estado, zelaria por essa tutela, criando e mantendo instituições independentes, imparciais, eficazes e dotadas de poder para o efeito: os tribunais.

É também por isto que a garantia de acesso ao Direito e à tutela jurisdicional efectiva é, para além de direito fundamental, em si mesma, uma garantia de segundo grau, uma meta-garantia de que os outros direitos subjectivos serão, também eles – ao serem objecto de apreciação, em última instância, por entidades independentes e imparciais – assegurados de modo uniforme e supra-partes, em nome da justiça e não do simples poder individual e da força de quem faz e afirma o próprio direito.⁷

E é também por isto que o direito fundamental de acesso à justiça – consagrado no artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa de 1976 em termos que analisaremos sumariamente, em breve – constitui, ele próprio, para além de um direito potestativo, um limite material de revisão constitucional. Um poder constituinte que o procurasse eliminar seria um poder ilegítimo; e a norma que o eliminasse – por, na prática, repor a ordem primitiva da força contra a ordem axiológica da paz e da justiça – uma norma constitucional inconstitucional, para usar a expressão consagrada de Otto Bachof.

Na verdade, alguém que pretendesse proclamar as regras constitutivas de uma ordem justa, negando simultaneamente a possibilidade de acesso pleno à tutela efectiva conferida por tais normas, estaria a violar o princípio da não contradição e o princípio da comunicação com sentido, princípios fundadores da própria possibilidade de vida em sociedade. Afirmando, em abstracto, os direitos fundamentais do cidadão e negando ou limitando, ao mesmo tempo, o acesso às vias de efectivação concreta desses direitos, um legislador que assim procedesse estaria, de facto, a colocar-se fora da comunidade comunicativa, a infirmar a ordem jurídica como ordem de valor e de sentido, como ordem justa, e afirmar apenas o valor da lei, como a lei do mais forte.⁸

Compreende-se, face ao exposto, que o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça e ao Direito se analise na enumeração e na discriminação das condições indispensáveis à garantia de efectivação daquele direito.

Nesta análise, tem sido crucial a doutrina desenvolvida a partir dos problemas suscitados pela interpretação e aplicação do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁹, justamente o preceito que nela consagra o direito de acesso à justiça.

É sobretudo a partir dela que consideraremos aqui, de entre o leque de garantias que obrigatoriamente têm de integrar o núcleo central do direito de acesso ao direito e à justiça, para se poder ter este direito fundamental como plenamente vigente e subsistente em determinada ordem jurídica, a independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes.

2.2. Garantia de independência dos tribunais e imparcialidade dos juízes

A primeira dificuldade na interpretação do artigo 6.º, número 1, da CEDH é a determinação do próprio conceito de «tribunal».

Podemos caracterizar tribunal como um órgão jurisdicional investido no poder de julgar com imparcialidade e independência um determinado conflito, proferindo

⁷ Neste sentido, BAPTISTA MACHADO, J. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 142: «o juiz desempenha a sua função de representação do todo quando decide com justiça, pois *decidir com justiça* coincidirá exactamente com decidir em representação do todo, sem parcialidade nem partidarismo.»

⁸ Cf. BAPTISTA MACHADO, J. “Prolegómenos ao discurso legitimador”. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989.

⁹ Doravante, abreviadamente referida como CEDH.

uma decisão que (ainda que susceptível de alteração e revisão em sede de eventual recurso) se impõe às partes com força vinculativa.¹⁰

O tribunal é um órgão jurisdicional. Significa isto que as suas decisões são orientadas, em primeira e única linha, à realização da justiça, com exclusão da valoração de quaisquer outros fins ou propósitos que noutras esferas (*maxime* administrativas) podem ser relevantes e de prossecução necessária. A decisão do tribunal é «proferida de um ponto de vista estrita e exclusivamente jurídico. A pronúncia que se baseie em qualquer modelação *activa*, transformadora, de qualquer ordem social e económica, que tenha de inspirar-se em cálculos, previsões ou presunções sobre qual será o efeito da decisão a tomar sobre uma determinada conjuntura esperada ou sobre uma eventual evolução das circunstâncias, em vez de se preocupar exclusivamente com o que é o *direito* do caso concreto no preciso momento em que se julga, já não [será] uma decisão jurisdicional em sentido material, mas uma decisão administrativa ou, pelo menos, contaminada por elementos de carácter *administrativo*». ¹¹ Não implicam estas considerações que o juiz – em particular nas sentenças constitutivas – se deva abster sempre da ponderação de um juízo de prognose sobre os efeitos da decisão a proferir. Implicam, sim, que tal juízo de prognose esteja ele próprio previsto na lei como pressuposto dessa decisão a proferir e esta se configure, assim, como um julgamento situado, um julgamento em contexto, por referência a factos já conhecidos. Será o caso, por exemplo, da sentença que condene o autor do dano a repor a situação em que o lesado se encontraria se aquele não tivesse ocorrido ou o da sentença que, aplicando normativo adrede estabelecido, suspenda a execução do despejo, com fundamento na grave situação de carência económica e social em que ficaria o inquilino habitacional se imediatamente privado do espaço locado. É que aqui é o próprio legislador que ordena o juízo de prognose como critério da decisão, sustentada, em todo o caso, sobre factos passados. Como escreve ainda Baptista Machado, «poderá dizer-se que a decisão jurisdicional assenta sempre, em último termo, em factos já verificados – isto é, em factos que engendraram aquele efeito de direito que a sentença se limita a *declarar*. Pois que, mesmo a sentença *constitutiva* (...) só pode e deve ser proferida quando se verifiquem aqueles factos ou pressupostos que a lei considera antecedentes obrigatórios da intervenção constitutiva do tribunal» ¹²

Logo do exposto decorre também a segunda nota definidora da natureza específica de um tribunal: a imparcialidade.

A imparcialidade dos tribunais, enquanto órgãos jurisdicionais, não se confunde com a imparcialidade que, de um modo geral, vincula toda e qualquer entidade administrativa ou instituição pública. É que, nestas, a imparcialidade tem essencialmente que ver com o princípio da igualdade, com o respeito pela regra da não discriminação, do tratamento igual, não parcial, de todos os cidadãos, independentemente da «ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.»¹³

A imparcialidade dos tribunais é um conceito mais amplo. Inclui o princípio da igualdade, mas vai para além deste. Traduz a ideia de realização da justiça, em si, como uma totalidade, sem consideração específica por razões particulares, de natureza legítima, mas estritamente administrativa. Ao tribunal não cabe, em primeira linha, aplicar apenas a lei, mas realizar o Direito. Ao juiz não cabe, por

¹⁰ Daqui não decorre que o juiz tenha de exercer no «tribunal» apenas a função jurisdicional com exclusão expressa de outras, de natureza não jurisdicional, como, por exemplo, a gestão financeira do Palácio da Justiça ou o poder disciplinar sobre os respectivos funcionários administrativos. Não, o que importa não é que o tribunal exerça apenas a função jurisdicional, mas que, no exercício desta, actue investido das garantias de imparcialidade e independência que a seguir referiremos. Neste sentido, BEDDARD, R., *Human rights and Europe*, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993, p. 167.

¹¹ BAPTISTA MACHADO, J., *op. cit.*, p. 146.

¹² *Idem*.

¹³ Artigo 13.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, de 1976.

exemplo, ponderar se a sua decisão é a que melhor contribui para o desenvolvimento regional, para a salvaguarda das finanças públicas ou para a adequada vigilância da costa marítima. Cabe-lhe pronunciar a decisão que, dirimindo um conflito, corresponda à melhor interpretação e ponderação dos valores que integram a ordem jurídica global, realizando a justiça como um todo. «[A]o magistrado judicial só compete defender e declarar o que é de *direito* em cada caso, pois não está empenhado na realização do interesse ou dos fins da Administração. Demais disso, não deve achar-se ligado às partes em litígio, ou ter contendas com qualquer delas, para que fique garantida a sua *isenção* ou a *imparcialidade* da decisão a proferir»¹⁴

Já por aqui se vê que não devem ser considerados tribunais, para efeitos dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da Constituição da República Portuguesa, de 1976¹⁵, alguns órgãos dotados de poderes decisórios e revestidos de certas garantias de independência, mas cujas competências estão orientadas à realização de determinados fins particulares que lhes configuram e limitam o sentido das decisões a proferir. Será, por exemplo, o caso, no Direito português, da Comissão de peritos que aprecia o pedido de revisão da matéria colectável fixada por métodos indirectos, prevista nos artigos 91.º e seguintes da Lei Geral Tributária¹⁶.

Resta ainda a independência como elemento essencial integrador da ideia de tribunal. Os tribunais são órgãos jurisdicionais independentes. «Significa esta independência [nas palavras de Baptista Machado, cuja lição continuamos neste ponto a seguir] antes de mais que os juízes, nos seus julgamentos, não estão sujeitos a quaisquer ordens, instruções ou directivas de qualquer superior hierárquico¹⁷ – ao contrário do que se verifica relativamente aos órgãos e agentes da Administração». ¹⁸ É por isto que as decisões proferidas em procedimentos administrativos ou tributários de reclamação graciosa ou de recurso hierárquico, por exemplo, não são, nem podem ser nunca, decisões de carácter jurisdicional. Carecem em absoluto da característica da independência, sem a qual não será, em caso algum, possível falar em exercício de um poder jurisdicional.

Simplesmente, a independência dos juízes não é uma independência abstracta, remetida para o limbo das intenções programáticas sem garantia. É uma independência real e concreta, assegurada, no Direito português, designadamente pela garantia de irresponsabilidade, constitucionalmente instituída no art.º 216.º, n.º 2, da CRP¹⁹, complementada pelas obrigações impostas aos magistrados nesse mesmo preceito e destinadas a assegurar a inexistência, sequer, da possibilidade de um qualquer conflito de interesses que possa de algum modo, ainda que mínimo, manietar, diminuir ou condicionar a estrita isenção e independência que é prerrogativa necessária da função do magistrado.²⁰

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

Apenas o Estado pode ser responsabilizado pelas decisões fora das situações em que magistrados judiciais podem ser responsabilizados, designadamente nos casos especialmente previstos na lei de responsabilidade civil e criminal ou

14 BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

15 Doravante, abreviadamente referida como CRP.

16 Por maioria de razão, faltando-lhes inclusive poderes de decisão, não são tribunais eventuais Conselhos de peritos que emitam pareceres sobre matérias da sua especialidade (médica, por exemplo), ainda quando, por força da natureza técnica ou científica do objecto desses pareceres, eles acabem por ser determinantes do sentido da decisão a proferir pelos órgãos jurisdicionais.

17 É por isto, desde logo, que o Ministério Público não integra nem pode integrar a estrutura dos tribunais portugueses.

18 BAPTISTA MACHADO, J., op. cit., p. 149.

19 E reiteradas pelos artigos 4.º e 5.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais, aprovado pela Lei número 21/85, de 30 de Julho.

20 Ver também, neste sentido, o artigo 6º-A do Estatuto dos Magistrados Judiciais, cit.

disciplinar. Encontra-se vedada a responsabilidade pessoal direta dos magistrados pelas suas decisões.”²¹

Foi por ausência deste requisito de independência, conatural e consubstancial à função jurisdicional, que o Tribunal Constitucional português, logo num dos seus primeiros acórdãos, declarou inconstitucionais as normas constantes do n.º 1 do artigo 206.º e do n.º 5 do artigo 209.º do Regulamento Geral das Capitanias, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 265/72, de 31 de Julho, que configurava o capitão do porto como um órgão jurisdicional com competência para dirimir litígios²². Aí se fixou de forma cristalina e definitiva a doutrina prevalecente neste campo:

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

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

Tal ressalva, em boa verdade, nada altera.

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

Ora, é esta independência pessoal, que se exige e se garante aos juízes, que falece às autoridades marítimas e, designadamente, aos capitães dos portos, entidades integradas no sistema da Administração Pública e hierarquicamente dependentes, insusceptíveis de se enquadrarem em qualquer das categorias de tribunais a que se refere o artigo 212º da Constituição”²³

Não se confunda, porém, como advertem Jorge Miranda e Rui Medeiros, a função jurisdicional com a função judicial.

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

Tribunais neste sentido não são apenas os tribunais judiciais. Tutela *jurisdicional* não significa, na realidade, o mesmo que tutela *judicial*, havendo no ordenamento jurídico português diferentes categorias de tribunais ou de ordens de jurisdição.»²⁴

É precisamente nesta distinção que vamos encontrar um ponto relevante para o problema específico considerado no objecto do presente estudo, o problema da compatibilidade do direito fundamental de acesso à justiça com um modelo de resolução alternativa de litígios, a arbitragem.

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

22 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, website acedido em 2019.05.17.

23 Os preceitos citados reportam-se à versão do texto constitucional em vigor à data da prolação do acórdão.

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

No Direito português, a par dos tribunais judiciais propriamente ditos, a Constituição prevê, no seu artigo 209.º, n.º 2, a possibilidade da existência de tribunais arbitrais.

Deste modo, em Portugal, a Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, dita de Organização do Sistema Judiciário, veio também explicitamente referir os tribunais arbitrais (cf. o respectivo artigo 150.º).

Estamos no domínio da busca de soluções para o problema da tomada de consciência dos direitos individuais, da exigência de tutela garantística desses direitos e da consequente explosão da conflitualidade e do atolamento dos tribunais judiciais, a postular medidas novas e alternativas de resolução dos conflitos com realização da justiça em tempo útil. Ora esta é também uma condição essencial de uma efectiva tutela dos direitos individuais, sem a qual não pode falar-se de um autêntico direito de acesso à justiça.

Deixemos claro: os tribunais arbitrais são verdadeiros tribunais, exercendo plenamente a função jurisdicional própria dos tribunais.

E nem sequer deixam de o ser por se constituírem como tribunais não estaduais. O conceito de função jurisdicional não se confunde com o conceito de justiça estadual. O que importa é que esteja sempre assegurada a imparcialidade e independência própria de quem exerce a função jurisdicional, quer esta decorra no âmbito do exercício da função judicial propriedade dos tribunais comuns, quer ocorra fora desse âmbito, no exercício da função jurisdicional «incomum»²⁵ dos julgados de paz, ou no exercício da função jurisdicional dos tribunais arbitrais, ainda que em sede de arbitragem voluntária.²⁶

Ora, em Portugal, tanto a LJP, no seu «Capítulo IV», artigos 21.º e seguintes, como a LAV (aprovada pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) nos seus artigos 9.º e 10.º e, em especial, nos números 3 a 5, do art.º 9.º e n.º 6 do art.º 10.º exprimem e consagram soluções que, dentro do quadro particular e das especificidades próprias inerentes à sua natureza, visam a salvaguarda e a garantia da imparcialidade e independência daqueles tribunais.

A propósito dos «[re]quisitos dos árbitros», a que se reporta o art.º 9.º da LAV, escreve Pereira Barrocas: «[n]ão se tratam de requisitos exigidos pela convenção de arbitragem, mas sim de requisitos legais inerentes à jurisdição arbitral e ao estatuto do árbitro.

Tal como sucede com o juiz (artigo 4.º do Estatuto dos Magistrados Judiciais), é exigido ao árbitro que seja e se mantenha, em todo o processo arbitral, independente e imparcial.»²⁷

Não estamos, pois, apesar da natureza voluntária da arbitragem aqui em causa, perante preceitos dispositivos cuja aplicação as partes possam afastar por mútuo acordo, mas perante normas imperativas de Direito Público que se impõem à vontade das partes no processo arbitral e que prevalecem sobre ela. Por isso mesmo, também a LAV, como um todo, não pode ser afastada por vontade das partes, sob pena de já não estarmos perante um processo arbitral, *rectius*, perante um processo de natureza jurisdicional, com uma decisão final com força de sentença proferida por um tribunal. É ainda Pereira Barrocas quem ensina:

²⁵ «Os Julgados de Paz são tribunais incomuns dotados de características próprias de funcionamento e organização» - escreve-se no website oficial do Conselho dos Julgados de Paz in <http://www.conselhodosjulgadosdepaz.mj.pt/informacao.asp>, website acedido em 2019.05.17.

²⁶ Precisamente porque assim é, porque a jurisdição voluntária independente não exclui, antes afirma, o direito de acesso à justiça e aos tribunais, o ECHR não recebeu a pretensão da Requerente no caso “Transado – Transportes Fluviais do Sado, SA, v. Portugal”, não reconhecendo que as garantias de imparcialidade na interpretação e aplicação das cláusulas de um contrato não ficavam asseguradas pelo facto de serem submetidas à apreciação de um tribunal arbitral a que a requerente voluntariamente tinha aderido (cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. ACÓRDÃO de 16.12.2003 (G. Ress), in <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, website acedido em 2020.05.18.

²⁷ PEREIRA BARROCAS, M. *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra 2013, p. 55.

«sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral²⁸ do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro».²⁹

E o que se diz para os processos de arbitragem voluntária vale, *mutatis mutandis*, para os processos de arbitragem necessária. Se a lei especial que os impõe não reveste o estatuto dos árbitros das indispensáveis garantias de imparcialidade e independência, nunca a arbitragem em causa poderá ser havida como arbitragem de natureza jurisdicional e nunca as suas decisões poderão ser havidas como decisões de um tribunal.³⁰

Foi neste mesmo sentido que se pronunciou o Acórdão do Tribunal Constitucional português no processo n.º 696/95, negando a natureza de tribunal arbitral necessário à «comissão composta por um representante de cada uma das partes e presidida pelo presidente do Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes ou pelo membro qualificado do mesmo Conselho que aquele para o efeito designar», prevista no artigo 227.º do Decreto-Lei n.º 235/86, de 18 de Agosto (antigo Regime Jurídico das Empreitadas e Fornecimento de Obras Públicas), ao concluir que «as normas dos n.ºs. 1 dos artigos 221º e 227º do Decreto-Lei nº 235/86 (...) não impedem o acesso aos tribunais (porque o não-acordo terá de ser dirimido nos tribunais e o acordo equivale à dissolução do litígio) e não subtraem aos tribunais uma parte da função jurisdicional (porque a intervenção da comissão que preconizam tem um carácter conciliatório - não jurisdicional - e porque, se a supressão negociada de conflitos diminuísse as fronteiras da jurisdição, então teria de concluir-se que o mero cumprimento pontual das obrigações também o faria, o que seria, naturalmente, um absurdo).»³¹

Em suma, o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses legalmente protegidos, consagrado nos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP, não fica comprometido nem é violado pelo facto de o tribunal acedido não ser um tribunal judicial ou não ser, sequer, um tribunal estadual. O ponto é que seja um verdadeiro tribunal, com competência para tomar decisões de carácter jurisdicional, proferidas por quem se encontre investido de indispensáveis garantias de imparcialidade e independência. É que se assim não for, não podemos falar de um tribunal e de uma sentença. Quando muito, poderemos estar perante a simples apreciação administrativa de um litígio, com uma tomada de posição por quem apenas se encontra vinculado à imparcialidade administrativa restrita acima mencionada (não à imparcialidade própria dos juízes, consubstanciada na declaração do Direito, sem subordinação a outros valores que não os da própria realização da justiça) e/ou integrado numa estrutura hierárquica.

Se dessa apreciação meramente administrativa não couber recurso para um tribunal, para um verdadeiro tribunal, imparcial e independente, aí sim, estaremos perante uma intolerável violação dos artigos 6.º da CEDH e 20.º da CRP.

Não se extrai de tudo o que até agora ficou dito que o direito de acesso aos tribunais seja um direito absoluto, insusceptível de conhecer limitações ou de ver o seu exercício restringido ou condicionado.

O direito de acesso aos tribunais é, seguramente, um direito fundamental, mas nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos. Integram-se num conjunto mais alargado de valores igualmente dignos de protecção constitucional

²⁸ Sublinhado nosso.

²⁹ PEREIRA BARROCAS, M., *op. cit.*, p. 24.

³⁰ Decisivo será também que a lei que cria um tribunal arbitral necessário respeite o princípio de reserva relativa de competência da Assembleia da República, estatuído no art.º 165.º, n.º 1, alínea p), da CRP. Um Decreto-Lei não autorizado do Governo não pode instituir um processo de arbitragem de natureza jurisdicional.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Acórdão de 02.07.1997 (Alves Correia) *in* http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1997&numero_actc=491, website acedido em 2019.05.18.

e muitas vezes incompatíveis entre si que, por isso mesmo, precisam de ser compatibilizados, coordenados e integrados, impondo-se pontualmente o seu sacrifício parcial, como logo prevê o art.º 18.º da lei fundamental portuguesa.^{32,33}

Relevante é que as restrições introduzidas decorram de lei geral e abstracta e não retroactiva, não revistam carácter arbitrário, respeitem o princípio da proporcionalidade, sejam necessárias para a salvaguarda de outros direitos e princípios fundamentais e não atinjam em caso algum o núcleo essencial do direito em causa.³⁴

Em síntese: a garantia de independência dos tribunais consubstancia-se, antes de mais, na garantia da separação de poderes, assegurando a não interferência do poder político no poder jurisdicional, seja alterando o sentido das decisões por estes proferidas, seja condicionando ou tentando condicionar por qualquer modo o sentido dessas decisões, designadamente, por exemplo, através de intervenções externas, positivas ou negativas, na normal progressão das carreiras dos magistrados. Mas não se fica por aí. Postula também a garantia de não submissão do juiz a outras influências, interferências ou heterocondicionamentos de qualquer espécie, que não o respeito pelo princípio da legalidade (em sentido amplo) e o pelo sentimento de justiça ditado pela sua formação e consciência.

2.3. Garantia de tutela efectiva do direito

A tutela efectiva do direito é o ponto fulcral que justifica todas as garantias em que se desdobra o direito fundamental de acesso à justiça. Entendida como garantia, a tutela efectiva do direito não é uma garantia como as outras, mas uma espécie de meta-garantia que todas engloba e sintetiza.

A justiça não se realiza no plano abstracto dos princípios, mas na vida concreta dos homens. A tutela efectiva do direito é o polo agregador de todo o programa axiológico que percorre o sistema jurídico de um Estado de Direito, desde o momento inicial da elaboração geral e abstracta da lei, até ao momento final do trânsito em julgado de uma sentença que põe fim – dirimindo-o – a um conflito individual e concreto. Só há tutela efectiva do direito, quando há um julgamento justo e equitativo onde é aplicada a lei certa, segura e justa.

Desenvolveremos de seguida um aspecto estruturante da ideia de tutela efectiva do direito, tendo sempre presente, no entanto, que esta não se realiza parcelarmente. A justiça é um todo maior do que a soma das suas partes.

32 Pense-se, por exemplo, nos institutos jurídicos da caducidade e da prescrição cuja consagração legal não contraria o direito de acesso aos tribunais nem a garantia de tutela efectiva dos direitos. Razões de certeza e de segurança jurídicas, sem as quais a realização mesma da justiça se torna impossível, justificam a imposição de limites temporais ao exercício dos direitos, ultrapassados os quais estes deixam de poder ser exercidos. O que não pode acontecer é que esses limites sejam tão desproporcionalmente curtos e que com isso se descaracterize a essência do direito a proteger.

33 Sobre as restrições aos direitos fundamentais ver, por todos, VIEIRA DE ANDRADE, J. C., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 277 e seguintes.

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

2.4. Garantia de tutela em tempo razoável

«Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial...», proclama, a abrir o seu programa normativo, o artigo 6.º, número 1, da CEDH.

Na verdade, não há justiça, nem garantia de acesso à sua realização, se a tutela requerida de um direito não for efectivamente assegurada em tempo útil. A justiça certa feita fora de tempo, é injustiça certa.

Por vezes, a justiça pode ser lenta³⁵. O seu tempo não corresponde ao ritmo vertiginoso a que vivem as sociedades contemporâneas. Mas a justiça tem de ser feita para o tempo dos homens e não para a eternidade dos deuses.

É no equilíbrio sempre instável entre a lentidão da justiça e as exigências de resposta pronta aos imperativos da vida moderna, em constante e acelerada mudança, que se há-de encontrar o meio termo que garanta a bondade da aplicação do Direito, sem comprometer a certeza e a segurança indispensáveis às relações jurídicas, sem as quais nem sequer há Direito.

A quarta revisão constitucional portuguesa (de 1997) alterou a epígrafe do art.º 20.º, que passou de «Acesso ao direito e aos tribunais» para «Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva», bem como os números 1 e 2, aditando-lhe três novos (3, 4 e 5). Quanto ao art.º 20.º n.º 4 tem o seguinte teor: «Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.»

Ao aditar o n.º 4 ao art.º 20.º da CRP ficou reconhecida a preocupação pelas não raras violações do princípio do prazo razoável, consagrado no art.º 6.º, n.º 1, da CEDH, as quais deram origem a vários processos no ECHR que culminaram com a condenação de Portugal. A propósito do texto adoptado pela Lei Constitucional n.º 1/89, merece referência o comentário que, já por essa altura, sobre ele teceram Gomes Canotilho e Vital Moreira: «O direito de acesso aos tribunais concretiza-se também através do *direito a uma decisão judicial sem dilações indevidas*. Este direito é uma dimensão ineliminável do direito a uma tutela judicial efectiva.»³⁶ O direito a uma decisão rápida aparece agora como indissociável do acesso a uma tutela jurisdicional efectiva e não meramente formal. Com efeito, ao reproduzir o disposto no art.º 6.º da CEDH ³⁷, o art.º 20.º da CRP veio expressamente consagrar esse princípio geral em matéria de direitos fundamentais na ordem jurídica interna. O direito a uma decisão proferida em tempo útil, sem dilações indevidas, tem de ser

35 Múltiplas são as razões que podem explicar a lentidão da justiça, sem excluir a própria necessidade de reflexão aturada das decisões, inerente à prudência implicada na arte de julgar. Desde logo, a progressiva tomada de consciência dos seus direitos pelos cidadãos (a que, em Portugal, não terá sido alheia a explosão de Faculdades e de licenciados em Direito), com o crescimento exponencial do número de processos judiciais, não acompanhado de idêntico e proporcional crescimento de tribunais e de juizes. Do mesmo modo, a extraordinária complexificação dos sistemas sociais e das suas exigências de alimentação e realimentação (*input/output*) contribui de forma decisiva para o atraso de resposta dos sistemas judiciais à tutela efectiva e atempada dos direitos. E os grandes sistemas electrónicos desenvolvidos para dar resposta a esta crescente complexidade não vieram introduzir a simplificação de procedimentos. Limitaram-se (e limitam-se) a gerir com proficiência aquela complexidade, muitas vezes, exigindo novos *inputs* procedimentais, com um efeito acelerador e multiplicador sobre o próprio gigantismo a que tendem os sistemas. Também a internacionalização e globalização da economia e das relações comerciais, permanecendo estaduais os sistemas de acesso ao Direito e aos tribunais, dita a necessidade constante de pedidos de colaboração e intervenção de órgãos judiciais e de investigação estrangeiros que retardam a apreciação dos processos e são também um factor determinante nos atrasos da justiça. Sobre o tema, cf. ANACLETO COSTA, P. J., *O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d., pp. 37-40.

36 GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993., p. 163.

37 Cuja vigência na ordem jurídica portuguesa resultaria já, de resto, dos artigos 8.º, n.º 2 e 16.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa de 1976.

considerado globalmente, como um todo, atentando unitariamente a todo o período decorrido entre o momento da manifestação da pretensão do cidadão ao reconhecimento de um direito e a garantia efectiva da sua tutela. Não são, para estes efeitos, atendíveis divisões formais entre fases do processo, designadamente entre o julgamento em primeira instância e numa instância de recurso, ou entre as fases declarativa e executiva. Se a acção declarativa correu célere na primeira instância, mas o julgamento de um recurso ou a execução da pretensão reconhecida ao titular do direito e transitada em julgado foi injustificadamente retardada, não viu este garantida a respectiva tutela em prazo razoável.

A doutrina do ECHR, plasmada no seu Guia sobre o artigo 6.º da CEDH³⁸, vai (acertadamente) ainda mais longe e defende deverem também ser consideradas na contagem do tempo, para aferição da razoabilidade do prazo de tomada da decisão, as fases administrativas ou pré-contenciosas a que o processo haja dado lugar.³⁹

O mesmo vale para aqueles processos (como o caso português do processo extrajudicial de inventário e partilha, instruído junto de cartório notarial) conduzidos por autoridade administrativa, mas sob a supervisão de um tribunal que a todo o tempo pode ser chamado a pronunciar-se sobre qualquer diferendo entretanto surgido. «Article 6 § 1 may also apply to proceedings which, although not wholly judicial in nature, are nonetheless closely linked to supervision by a judicial body. This was the case, for example, with a procedure for the partition of an estate which was conducted on a non-contentious basis before two notaries, but was ordered and approved by a court (...). The duration of the procedure before the notaries was therefore taken into account in calculating the reasonable time» - escreve-se, a este respeito, no Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)⁴⁰.

Ora uma preocupação pela celeridade está presente de forma expressiva no âmbito da nossa arbitragem doméstica ou das arbitragens internacionais realizadas em Portugal, às quais, em regra, se aplica a *lex arbitri*, ou seja, as normas processuais do local da arbitragem (nesta hipótese, as previstas na LAV). Assim, o art.º 43.º, n.º 1 desta faz referência a um prazo de 12 meses a contar da data de aceitação do último árbitro. Já no contexto das arbitragens domésticas de consumo importa mencionar o art.º 10.º, n.º 5 da Lei n.º 144/2015, de 8/9 (designada por Lei RAL), que estabelece um prazo de 90 dias para a conclusão do processo. No contexto das arbitragens institucionais é importante ter presente o que, a esse respeito, dispõem os Regulamentos das instituições arbitrais em causa. Deste modo, por exemplo, o art.º 26.º, n.º 1 do Regulamento do CIMPAS (Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de Seguros) prevê um prazo de 10 dias para ser proferida a sentença.

3. Sobre a arbitragem comercial internacional

Suponhamos que uma empresa portuguesa celebra com uma indiana um contrato pelo qual esta se compromete a fabricar vestuário de acordo com o design, especificações e prazo determinados pela primeira. Na hipótese de incumprimento, em que tribunal poderá/deverá ser proposta uma eventual acção de indemnização por responsabilidade contratual? As regras processuais internas de cada um dos

38 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb), last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019, disponível no website https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf, acedido em 2020-05-23.

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

40 Cf. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Guide..., cit., p. 79, § 405.

países poderão atribuir a competência aos tribunais portugueses ou indianos, conforme as particularidades do caso (cf. art.º 62.º do CPC). Ora muitas vezes as grandes empresas não querem correr o risco de ver as suas disputas resolvidas pelos tribunais domésticos da contraparte, dos quais não raro desconfiam. É verdade que, aquando da celebração do contrato, as partes podem não só escolher o direito substantivo aplicável, *lex causae*, mas também o foro. Só que isto fica dependente do direito processual do Estado onde se situa o tribunal eventualmente escolhido pelas partes. Esta circunstância poderá ser ultrapassada se for eleito um foro do agrado de ambas no contexto de uma arbitragem comercial internacional porquanto as leis que a disciplinam são, na generalidade dos países, *arbitration friendly* seguindo a UNCITRAL Model Law. Com efeito, a neutralidade do foro tem também sido uma das razões determinantes na escolha da via da arbitragem comercial internacional⁴¹. Nesta, as partes podem acordar na convenção de arbitragem, designadamente através da cláusula compromissória, que um eventual litígio ficará entregue a uma instituição internacional como, por exemplo, o London Court of International Arbitration (LCIA) ou a International Chamber of Commerce (ICC). Ao incorporarem as regras processuais de uma ou outra na respectiva convenção de arbitragem, as partes estão, em geral, a aceitar que a instituição em causa preste assistência na nomeação dos árbitros, resolva o processo de recusa e substituição destes, estabeleça os respectivos honorários e designe o lugar da arbitragem.

Se é certo que o Regulamento (CE) n.º 44/2001 (posteriormente alterado pelo Regulamento n.º 1215/2012, de 12 de Dezembro), conhecido por Regulamento Bruxelas I, fixa um regime relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, o mesmo tem um âmbito marcadamente europeu. Importaria que existisse um diploma que regulasse o reconhecimento e a execução de sentenças a um nível internacional mais vasto. Logra-se este desidrato com a Convenção de New York de 1958 sobre o reconhecimento e execução das decisões arbitrais estrangeiras, da qual são signatários mais de 150 países. E é também esta mais uma das razões da preferência pela arbitragem comercial internacional. A possibilidade das partes e instituições arbitrais escolherem juízes árbitros particularmente especializados tem também sido apontado como outro motivo da preferência pela arbitragem comercial internacional. Com excepção de alguns processos de natureza penal, a grande maioria das audiências de julgamento nos tribunais domésticos é pública. Contrastando com esta característica está a natureza confidencial ou, pelo menos, reservada presente nas audiências arbitrais. Trata-se de algo atractivo para as grandes empresas que procuram a todo o custo evitar qualquer exposição e/ou julgamento na praça pública eventualmente atentatório do respectivo bom nome comercial.

A UNCITRAL Model Law estabelece no seu art.º 34.º que apenas a invocação da anulabilidade pode colocar em causa uma decisão arbitral. Por seu turno, a LAV, no seu art.º 39.º, n.º 4, consagra a regra geral da irrecorribilidade das decisões arbitrais sendo, no entanto, possível o recurso, mas somente quando as partes nisso acordarem. Quanto às arbitragens institucionais é necessário ter em conta o Regulamento da instituição em causa. Por exemplo, no art.º 29.º, n.º 2 do Regulamento do CIMPAS consta: "Da decisão arbitral cabem para o Tribunal da Relação os mesmos recursos que caberiam da sentença proferida pelo tribunal de comarca." E o Regulamento do CICAP (Centro de Informação de Consumo e Arbitragem do Porto) estabelece, no art.º 15.º, n.º 4, que é possível recurso se o valor da acção for superior à alçada do tribunal judicial de primeira instância. E se uma sentença arbitral não for recorrível, significa que passa a ser inatacável? Quer a UNCITRAL Model Law (e a LAV, pois nesta se inspira), quer a Convenção de New York elencam uma série de fundamentos para a anulação de uma decisão arbitral e recusa de reconhecimento (e execução) respectivamente. São eles na UNCITRAL Model Law

⁴¹ V., por todos, BORN, G. *International Arbitration: law and practice*, Kluwer Law International, 2012, p. 10 e MOSES, M.L. *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press. 2012, p. 3.

(cf. art.º 34): incapacidade de uma das partes, falta de informação de qualquer uma das partes sobre o processo arbitral e/ou a nomeação de um árbitro, sentença sobre litígio não abrangido pela convenção de arbitragem ou sobre matérias que ultrapassam o âmbito desta, constituição do tribunal ou processo arbitrais não conformes com o acordo das partes. Estes deverão ser invocados pelas partes. Por outro lado, outros são de conhecimento oficioso: objecto do litígio não susceptível de ser decidido por arbitragem e sentença contrária à ordem pública. *Mutatis mutandis* todos estes fundamentos estão também presentes no art.º 46.º, n.º 3 da LAV. Porém, aqui acrescentam-se a proibição de *extra vel ultra petitum* e da omissão de pronúncia [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) v)], a falta de redução a escrito e assinatura da sentença pelos árbitros, assim como a falta de fundamentação da mesma, excepto quando esta última é permitida pelas partes [cf. art.º 42.º, n.ºs 1 e 3 ex vi art.º 46.º, n.º 3, al. a) vi)], a notificação da sentença fora do prazo máximo previsto no art.º 43.º [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) vii)]. Acresce que assumem particular relevância os princípios fundamentais previstos no art.º 30.º quando a violação de qualquer um deles tem influência decisiva na resolução do litígio [cf. art.º 46.º, n.º 3, al. a) ii)]. São eles o princípio da citação (e participação) do demandado [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. a)], princípio da igualdade [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. b) da LAV, também presente no art.º 18.º da UNCITRAL Model Law] e princípio do contraditório [cf. art.º 30.º, n.º 1, al. c)]. Tratam-se de princípios decorrentes do processo equitativo (*due process*). Numa arbitragem realizada em Portugal, seja de natureza doméstica ou internacional (cf. art.º 51.º, n.º 2 da LAV), na qual a violação de qualquer um dos princípios mencionados tenha sido relevante para a decisão da causa, a respectiva sentença é passível de impugnação com fundamento no art.º 46.º, n.º 3, al. a) ii) da LAV.

O art.º 46.º, n.º 3, al. b) ii) da LAV faz referência à ordem pública internacional do Estado português. Esta “não admite a validade de uma sentença arbitral em qualquer circunstância, ou seja, quer se trate quer não se trate de uma sentença arbitral proferida em arbitragem doméstica localizada em Portugal...certas normas e certos princípios e valores essenciais da ordem pública nacional integram o núcleo restrito da *ordem pública internacional do Estado português*”⁴² Representará isto um controlo de mérito? Para Pereira Barrocas sim. “Apenas em dois casos o tribunal estadual pode conhecer do mérito da sentença arbitral: - o primeiro, verifica-se no caso de apreciação da ordem pública internacional do Estado português poder implicar o conhecimento do mérito da causa. Todavia, esta situação excepcional só permite ao tribunal estadual conhecer do mérito para o fim específico da apreciação da ordem pública internacional do Estado português e nada mais, com todos os efeitos que isso possa representar para a sorte da sentença arbitral; - o segundo, verifica-se...no caso do recurso previsto no artigo 39.º, número 4”⁴³

No que respeita ao reconhecimento e execução de uma decisão arbitral proferida no estrangeiro, a ordem pública internacional do Estado português [cf. art.ºs 56, n.º 1, al. b) ii) da LAV e V, n.º 2 al. b) da Convenção de New York] constitui igualmente fundamento de recusa daquela. É discutível se o fundamento da ofensa à ordem pública internacional de um Estado representa um controlo de mérito. Repare-se, por exemplo, que o Regulamento Bruxelas I (já mencionado) permite o não reconhecimento das decisões judiciais manifestamente contrárias à “ordem pública do Estado-Membro requerido” [cf. art.º 45.º, n.º 1, al. a)] sem deixar de ser peremptório em referir que “As decisões proferidas num Estado-Membro não podem em caso algum ser revistas quanto ao mérito da causa no Estado-Membro requerido” (cf. art.º 52.º). Ora quanto ao reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras tudo aponta no sentido de se encontrar também aí vedado qualquer controlo de mérito. Afirmar Lima Pinheiro “O sistema de reconhecimento instituído pela Convenção de Nova Iorque é fundamentalmente formal...o Estado de

⁴² PEREIRA BARROCAS, M., *op. cit.*, p. 177.

⁴³ PEREIRA BARROCAS, M., *op. cit.*, p. 184.

reconhecimento não pode controlar o Direito que foi aplicado pelos árbitros ao mérito da causa.”⁴⁴

Em síntese, diremos que as arbitragens não são de todo realizadas à margem do Estado de Direito (*rule of law*), encontrando-se, ao invés, sempre sujeitas a escrutínio rigoroso. Na hipótese de ser possível o recurso, as decisões arbitrais estão sujeitas a um controlo de mérito. No contexto da anulação, esta tem um efeito cassatório.

4. Conclusão

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, o direito de acesso a um tribunal e à tutela por este garantida representa, indubitavelmente, um dos mais elevados direitos fundamentais, sem o qual não será nunca possível falar na existência de um real sistema de justiça ou na subsistência de um Estado de Direito. E não basta que aquele direito se configure como uma aspiração teórica e programática, sem conteúdo material actual. Tem necessariamente de vir acompanhado das condições substanciais e objectivas indispensáveis à sua imediata realização.

Daqui não se segue, contudo, que estejamos perante um direito absoluto e totalmente incondicionado. Como todos os direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça e à tutela jurisdicional efectiva faz parte de um sistema axiológico integrado também por outros valores com os quais tem de ser harmonizado. Dessa necessidade de harmonização podem resultar restrições ou limitações ao seu conteúdo. O que não pode, em caso algum, é acabarem essas restrições por atingir o seu núcleo essencial, eliminando-o, na prática, da ordem jurídica estabelecida. A existirem limitações, o que importa avaliar é a sua necessidade e proporcionalidade, assegurando que, de qualquer modo, é respeitado o mencionado núcleo essencial de cada um dos direitos não sendo posta em causa a essência dos mesmos de tal maneira que resultem anulados.

No que diz respeito especificamente ao problema da arbitragem, observadas as exigências legais, designadamente os requisitos de imparcialidade e independência dos árbitros, a existência de tribunais arbitrais pode enquadrar-se no conceito de tribunal referido no art.º 6.º da CEDH. As arbitragens não são de todo realizadas à margem do Estado de Direito, sendo, ao invés, objecto de rigoroso escrutínio seja através do recurso (quando admissível) da sentença arbitral, seja através da possibilidade desta ser impugnada por um tribunal estadual.

Bibliografia:

- ANACLETO COSTA, P. J. O acesso à justiça como direito fundamental de todos os cidadãos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, s. d.
- ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA. Enquadramento constitucional e legal da independência dos magistrados, [Assembleia da República], [Lisboa], s.d.
- BACHOF, O. Normas constitucionais inconstitucionais? tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2001.
- BAPTISTA MACHADO, J. “A Cláusula do Razoável”. *João Baptista Machado: obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 465.
- BAPTISTA MACHADO, J. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, 1989.
- BEDDARD, R., Human rights and Europe, 3rd. ed., Cambridge University Press, Cambridge, cop. 1993.
- BIGOTTE CHORÃO, M. Introdução ao Direito, vol. I, Almedina, Coimbra, 1989.

⁴⁴ LIMA PINHEIRO, L. *Estudos de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 461.

- BORN, G., *International Arbitration: law and practice*, Kluwer Law International, 2012.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (civil limb)*, last update 31.08.2019, Council of Europe, Strasbourg, 2019.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume I, 4.^a ed. revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- GOMES CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, V. *Constituição da República Portuguesa: anotada*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- LIMA PINHEIRO, L. *Estudos de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2006.
- MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. *Constituição Portuguesa Anotada, Volume I: Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais: artigos 1.º a 79.º*, 2.^a ed., revista, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2017.
- MOSES, M.L. *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press. 2012.
- PEREIRA BARROCAS, M. *Lei de Arbitragem Comentada*, Almedina, Coimbra 2013.
- SANTOS JUSTO, A., *Introdução ao Estudo do Direito*, 12.^a ed., Petrony, Lisboa, 2021.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.
- VIEIRA DE ANDRADE, J. C. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.

Jurisprudência:

- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 16.12.2003 (G. Ress), *in* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44660>, website acedido em 2020.05.18.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Acórdão de 16.12.1992 (R. Ryssdal), *in* <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57778>, website acedido em 2019.05.18.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 02.07.1997 (Alves Correia), *in* www.dgsi.pt, website acedido em 2019.05.18
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Acórdão de 04.07.1984 (Nunes de Almeida) *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840071.html>, website acedido em 2019.05.17.

Legislação principal:

Código de Processo Civil

Constituição da República Portuguesa de 1976

Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro

Lei n.º 78/2001, de 13 de Julho, alterada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de Julho



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

©**Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 200-216
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O Acordo de Escazú e a (Re)estruturação do Estado de Direito Ambiental: Uma Análise à Luz dos Riscos Advindos dos Organismos Geneticamente Modificados *The Escazú Agreement and the (Re)structuring of the Environmental Rule of Law: an Analysis under the Risks Arising from Genetically Modified Organisms*

Carolina Merida¹
Paloma Pflüger Barbosa²
Murilo Couto Lacerda³
Universidade de Rio Verde

Sumario: 1. Introdução. 2. Estado de Direito Ambiental. 3. A Aplicação da Democracia Ambiental nos Processos de Tomada de Decisão sobre os OGMs. 4. O Papel do Acordo de Escazú/2018 na Implementação da Democracia Ambiental no Contexto dos OGMs para a Produção Agrícola. 5. Considerações Finais. Referências.

Resumo: Este artigo debate a democracia ambiental e a necessidade de participação popular nos processos de tomada de decisão envolvendo os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), sobretudo a partir do Acordo de Escazú. Para tanto, adotou-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Buscou-se tratar sobre o problema da falta de políticas públicas sustentáveis e de acesso da população brasileira aos procedimentos de aprovação de utilização dos OGMs e os consequentes

¹ Pós-doutora em Direito Público na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Doutora em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde e integrante do Quadro Docente Permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da mesma Instituição. Procuradora do Município de Rio Verde. Endereço eletrônico: merida@unirv.edu.br

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde. Endereço eletrônico: palomapfluger@hotmail.com.

³ Pós-doutor em Direito Público na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Doutor em Direito pela Uniceub. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC/GO. Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde e integrante do Quadro Docente Permanente do Programa de Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da mesma Instituição. Advogado. Endereço eletrônico: coutolacerda@hotmail.com

riscos ambientais. A partir disso, a hipótese defendida concentra-se na perspectiva de que após ratificado pelo Brasil, o Acordo de Escazú aliado às normas ambientais brasileiras, poderá tornar-se importante instrumento de fortalecimento da democracia ambiental atrelada ao agronegócio, utilizando-se o conceito de Estado de Direito Ambiental. Ao final, conclui-se pela necessidade de conscientização popular sobre o direito ao exercício da democracia ambiental e a imprescindibilidade de ratificação do Acordo de Escazú pelo Brasil, notadamente para reforço da garantia aos direitos ambientais procedimentais no país.

Palabras-chave: Democracia ambiental; Organismos geneticamente modificados; Acordo de Escazú; Agronegócio; Políticas públicas.

Abstract: This article discusses environmental democracy and the need for popular participation in decision-making processes involving Genetically Modified Organisms (GMOs), especially since the Escazú Agreement. Therefore, the deductive method and bibliographical research were adopted. We sought to address the problem of the lack of sustainable public policies and the lack of access by the Brazilian population to procedures for approving the use of GMOs and the consequent environmental risks. Based on this, the hypothesis defended focuses on the perspective that, after being ratified by Brazil, the Escazú Agreement, combined with Brazilian environmental standards, could become an important instrument for strengthening environmental democracy linked to agribusiness, using the concept of Environmental Rule of Law. In the end, it is concluded that there is a need for popular awareness about the right to exercise environmental democracy and the indispensability of ratification of the Escazú Agreement by Brazil, notably to reinforce the guarantee of procedural environmental rights in the country.

Keywords: Environmental democracy; Genetically modified organisms; Escazú Agreement; Agribusiness; Public policies.

1. Introdução

No Brasil, o meio ambiente é considerado um bem comum de todos e deve ser ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, ostentando uma dupla dimensão. Ou seja, o meio ambiente sadio é, a um só tempo, um direito fundamental e um dever, conforme disposto no art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

A preservação do meio ambiente é um dos pilares do Estado de Direito Ambiental, que deve ser pautado na democracia ambiental, já que o direito ao meio ambiente se trata de direito fundamental constitucionalmente previsto. A partir disso, este estudo busca elucidar a perspectiva de direito ambiental procedimental – que conduz a consagração dos direitos denominados materiais dispostos em bases normativas –, referente aos processos de tomada de decisão e acesso à informação na esfera dos Organismos Geneticamente Modificados no Brasil, cujo problema consiste na incerteza científica sobre a sua liberação no ambiente e os eventuais impactos às próximas gerações e, indiretamente, para o desenvolvimento do agronegócio enquanto dependente deste no que se refere ao seu desenvolvimento.

A vista disso, inicialmente o estudo busca abordar a definição de Estado de Direito ambiental na perspectiva procedimental dos Organismos Geneticamente Modificados, que são envoltos de incertezas sobre os seus impactos, de modo que a explanação serve como pilar para que o conceito de democracia ambiental seja aplicado para além dos textos legais e, sobretudo, para que haja maior conscientização sobre o direito e dever de cidadania ambiental.

Posteriormente, busca-se explanar o que algumas legislações brasileiras expressam sobre o dever de transparência do Estado para com a população nas questões relativas ao meio ambiente, como é o caso da Lei nº 6.938/1981 – que

dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; da Lei nº 9.985/2000 – que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação; da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança; da Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação; e da Lei nº 10.650/2003 – Lei de Acesso à Informação Ambiental. A partir de tais normas ambientais, explicita-se o procedimento de aprovação para liberação de Organismos Geneticamente Modificados no Brasil, identificando a função da democracia ambiental no âmbito das ditas incertezas ao entorno do tema, bem como a respectiva efetivação do direito ambiental procedimental nestes casos.

Quanto ao direito ambiental procedimental no âmbito dos Organismos Geneticamente Modificados e os processos de tomada de decisão com participação pública e acesso à informação, aborda-se o Acordo de Escazú/2018 para a América Latina e Caribe, que é um tratado internacional, criado com o objetivo de assegurar o acesso ao conhecimento sobre questões relacionadas ao meio ambiente, especialmente às populações vulneráveis, ou, ainda, defensores dos direitos ambientais. Deve-se ressaltar que há o Princípio 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, que reforça o mesmo objetivo do Acordo de Escazú, além da Convenção de Aarhus de Acesso à Informação e Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental de 1998. Esta última iniciou-se na Europa e passou a ser estendida ao contexto mundial, de forma que foi a primeira norma a efetivar os referidos direitos ambientais na perspectiva procedimental de que trata este artigo.

A partir da problemática exposta, há necessidade de abrangência dos debates relativos ao futuro do meio ambiente atrelado aos Organismos Geneticamente Modificados, razão pela qual a efetividade da re(estruturação) ou implementação do Estado de Direito ambiental é uma causa urgente, e o Acordo de Escazú – cuja ratificação ainda não foi realizada pelo Brasil –, é primordial para que haja maior atenção aos deveres ambientais pelo poder estatal. Isso ocorre pelo fato de que há influência direta ao desenvolvimento do agronegócio na posição de dependente dos recursos naturais.

Ainda, almeja-se proporcionar reflexões relacionadas à necessidade de ratificação do Acordo de Escazú pelo Brasil no contexto dos Organismos Geneticamente Modificados, que representam incertezas ao meio ambiente e ao agronegócio, e serve como fator essencial quando se trata da aplicação eficaz da democracia ambiental na sociedade.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a pesquisa descritiva, elaborada por meio de revisão bibliográfica, como estudo de legislações ambientais, doutrinas e levantamento em bases de dados científicos. O procedimento adotado possibilitou uma maior elucidação do assunto abordado, a fim de aproximar-se do objetivo de conscientização e democracia ambiental, conforme inicialmente proposto.

2. Estado de Direito Ambiental

Ao mencionar a democracia ambiental, faz-se necessário tratar da definição de Estado de Direito Ambiental, sobretudo a necessidade de observância pelo poder público, já que todas as decisões impactam na sociedade.

Sabe-se que o Direito Ambiental no Brasil, é tutelado como direito fundamental, com previsão legal estabelecida no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal ao assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a imposição ao Poder Público e a sociedade no sentido protegê-lo para as atuais e futuras gerações⁴.

4 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

No contexto do recorrente tema sobre a qualidade ambiental assegurada para as futuras gerações, Canotilho elucida a questão em um contexto de direito ambiental como direito subjectivo (ou social), equiparando-se aos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos, isto é, com carácter de direito fundamental. Assim, cumpre colacionar sua extensa, mas não menos importante, explicação:

[...] Recorde-se que os problemas da primeira geração incidem, fundamentalmente, na proteção do ambiente tendo em conta elementos constitutivos (poluição das águas, ar, sol). Hoje, a segunda geração de problemas ecológicos relaciona-se com efeitos que extravasam a consideração isolada dos elementos constitutivos do ambiente e com as implicações dos mesmos (camada de ozono, efeito estufa, mudanças climáticas). Além disso, o sujeito relevante já não é apenas a pessoa ou grupos de pessoas. Passa a ser também o <<sujeito geração>>. Na verdade, os comportamentos ecológica e ambientalmente relevantes da geração actual condicionam e comprometem as condições de vida das gerações futuras [...] ⁵

Nesse sentido, os direitos de terceira geração são resultado da democracia da sociedade atual, que acompanha o surgimento e a evolução do Estado democrático de Direito. Estes direitos são um alargamento das características das grandes sociedades, que se diferenciam através do carácter de solidariedade, cujo objetivo de proteção é a garantia do direito como um todo, incluindo-se as futuras gerações. ⁶

Antes de adentrar no contexto do uso dos Organismos Geneticamente Modificados no agronegócio como parte do objeto deste estudo, deve-se destacar que o direito ao meio ambiente possui duas perspectivas, a material e a procedimental (ou instrumental), porquanto consistem em elementos essenciais para o entendimento do aspecto aqui abordado. Para diferenciá-los, pode-se afirmar, sucintamente, que a aplicação dos direitos procedimentais fornece efetividade aos direitos materiais, ora previstos nas normas ambientais legais.

Para Sarlet e Fensterseifer ⁷, em uma sociedade ideal onde os direitos fundamentais são plenos, a justificativa da existência de direitos procedimentais acaba por não existir. Contudo, as violações desses direitos são recorrentes, inclusive no que se refere a viver em um ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, o estudo do direito ao meio ambiente – mais especificamente no próximo tópico deste trabalho –, analisa a perspectiva atinente ao aspecto procedimental no âmbito do uso dos Organismos Geneticamente Modificados destinados à produção agrícola. Compreende-se que essa análise deve se iniciar pela leitura do que dispõe a Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 225, inciso II, que incumbe ao Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”, e no inciso IV: “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.” ⁸.

5 CANOTILHO, J. J. G. “O direito ao ambiente como direito subjectivo”. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008. p. 177-178.

6 CANOTILHO, J. J. G. “O direito ao ambiente como direito subjectivo”. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008.

7 SARLET, I. W. FENSTERSEIFER, T. “Direitos ambientais procedimentais: Acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental”. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 23. n. 2, mai-ago, 2018. p. 421. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n2.p417-465>. Acesso em: 29 jun. 2022.

8 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

Sendo assim, atribuiu-se o dever de proteção ambiental à sociedade, bem como o dever de que haja um Estado não somente democrático que atenda aos preceitos estabelecidos na Carta Magna, mas também que os princípios ambientais sejam considerados, notadamente no caso da regulamentação do uso dos Organismos Geneticamente Modificados, dado o potencial risco ao meio ambiente e, consequentemente, ao desenvolvimento do agronegócio, em razão das incertezas científicas que pairam sobre o assunto.

Segundo Nogueira⁹, o Estado de Direito Ambiental pressupõe, sobretudo, a existência de um Estado de Direito que contenha políticas econômicas e jurídicas em prol de um cenário sustentável e harmônico entre a exploração do meio ambiente, sua preservação e atenção à dignidade da pessoa humana.

Com relação ao Estado de Direito Ambiental no âmbito do risco na utilização dos Organismos Geneticamente Modificados no agronegócio, tem-se que riscos de grandes extensões envolvem níveis de crescente complexidade e incertezas, cuja insegurança não se refere apenas ao resultado futuro de sua utilização, mas também às consequências de suas anuências ante a existência de diversos grupos sociais e interesses particulares que, frequentemente, são de natureza cultural, política, ética e econômica.¹⁰

A partir das incertezas sobre os riscos da recombinação genética, pode-se remeter ao princípio da precaução, adotado pelo Brasil enquanto Estado de Direito Ambiental que, embora não seja objeto do presente estudo, cabe aqui formular uma breve conceituação, pois contribui para uma maior compreensão do tema.

Nesse contexto, tendo em vista que tais incertezas rodeiam a comunidade científica, tanto no aspecto das questões ambientais quanto da saúde humana – ressaltando-se que esta última não será abordada neste estudo –, o Estado deve decidir não somente com base no entendimento científico como também na gestão de riscos, dada a relevância do agronegócio para a economia e o abastecimento alimentar. Daí porque, especificamente no contexto da recombinação genética de alimentos aqui tratada, utiliza-se a noção de princípio da precaução.

Amado¹¹ argumenta que, se houver possibilidade de causar danos ambientais irreversíveis, na ausência de certeza científica quanto aos riscos e a possível extensão dos impactos, tendo como base apenas probabilidades, se está diante da necessidade de adotar medidas de precaução.

Em razão disso, tem-se que o Estado de Direito ambiental no Brasil – no contexto da recombinação genética – implica em: 1) Existência do risco, sobretudo com relação aos OGMs, que são rodeados de incertezas – embora a cada dia seja demonstrada a relevância em seu cultivo, produção e consumo para atendimento da demanda alimentar populacional em grande escala¹²; 2) Necessidade de adoção de

9 NOGUEIRA, L. P. *Organismos geneticamente modificados em Estados de Direito Ambiental: questões jurídicas em torno da produção de OGMs para fins agrícolas, alimentares e energéticos*. p. 34. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, 153 p. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/31890>. Acesso em: 11 mai. 2022.

10 PORTO, M. F. “Riscos, incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança”. *Revista Política e Sociedade*. n. 7, p. 77-103, out. 2005. p. 79. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1966/1717>. Acesso em: 18 mai 2022.

11 AMADO, F. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

12 De acordo com o relatório divulgado nos anos de 2021 pela Organização das Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o avanço da fome global chega a cerca de 811 (oitocentos e onze) milhões de pessoas, ou seja, carentes de alimentos básicos para uma digna qualidade de vida. In: FAO – Organização das Unidas para a Alimentação e a Agricultura. *SOFI 2021: Relatório da ONU destaca impactos da pandemia no aumento da fome no mundo*. Roma, 12 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1415747/>. Acesso em: 07 jan. 2022.

medidas protetivas eficazes para o meio ambiente por parte do Estado; 3) Análise do risco presente na liberação dos OGMs no ambiente, desde a comercialização até o consumo; 4) Adoção do princípio da precaução nas hipóteses em que a ciência não concede plena certeza sobre riscos e benefícios, em conjunto com as normas ambientais vigentes.

Nesse sentido, a sociedade apresenta uma normalização da produção de riscos ecológicos estimulada por interesses econômicos ou mesmo políticos de curto prazo. O paradigma vigente nas estruturas institucionais dos sistemas sociais procede a uma normalização dos riscos produzidos pela sociedade contemporânea, o que Ulrich Beck denomina irresponsabilidade organizada. Essa crescente necessidade do Estado de lidar com o que Ulrich Beck denomina irresponsabilidade organizada – decorrente da potencialização dos riscos provenientes do desenvolvimento da sociedade industrial – faz emergir o denominado Estado ecológico ou Estado ambiental, com a constitucionalização e garantia do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225)¹³.

Carvalho¹⁴ ainda afirma que o Estado democrático de Direito ambiental consiste em alterações estruturais causadas pela sociedade de risco, as quais resultam em inquietações que o sistema gera para analisar os riscos ao meio ambiente, ora produzidos e consumidos pela sociedade contemporânea. Para o autor, o Estado de Direito Ambiental ou Estado ambiental deve levar em consideração a participação política, adquirindo novas formas com o viés da denominada “democracia sustentada”, cuja definição é sugerida como sendo uma alteração na estrutura política para propiciar a evolução da participação da população nas decisões ambientais, como é o caso das audiências públicas em procedimentos de liberação do cultivo, comercialização e consumo de OGMs no ambiente, ora exemplificado em semente oriunda de recombinação genética, comumente utilizada na produção agrícola.

Por conseguinte, os riscos incertos apresentados à sociedade atual exigem a construção de uma ciência pautada na sustentabilidade, que utilize tanto a precaução quanto a democracia, aliado a elementos como o entendimento de complexidade, a identificação de incertezas, a utilização de conhecimentos interdisciplinares e instrumentos de participação, assim como a diversidade de interesses opostos que circundam o processo de tomada de decisão¹⁵.

A implementação do princípio da precaução, a valorização do tema das incertezas e a implementação de metodologias participativas amplas não deveriam ser compreendidas como um posicionamento contra o progresso nem contra a ciência. A ciência continuará sendo importante para estruturar problemas complexos como os transgênicos, mas como não há nenhuma solução científica neutra, decisões sábias e justas devem se pautar na explicitação e no equacionamento democrático de intenções, interesses legítimos e incertezas em jogo. O papel de uma nova ciência para a sustentabilidade não deveria ser o de solicitar à sociedade um amplo “salvo-conduto” para levar a cabo seus novos projetos biotecnológicos, mas sim o de servir como uma sábia conselheira aos cidadãos, colaborando na estruturação

13 CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017. p. 120-121.

14 CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017.

15 PORTO, M. F. “Riscos, incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança”. *Revista Política e Sociedade*. n. 7, p. 77-103, out. 2005. p. 79. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1966/1717>. Acesso em: 18 mai 2022.

dos problemas, propondo soluções possíveis para eles e explicitando com clareza e honestidade o que se sabe e o que não se sabe¹⁶.

Ademais, a respeito dos Organismos Geneticamente Modificados utilizados no agronegócio, especialmente na produção agrícola, tem-se que o direito de acesso à informação é atrelado ao supracitado princípio da precaução, que se enquadra em mecanismo aparente nos casos de risco à sociedade.

Por sua vez, de fato a sociedade será a mais atingida pelos riscos e suas consequências num futuro próximo ou distante, haja vista que a comunidade científica ainda não é capaz de assegurar segurança à vasta biodiversidade, bem como aos alimentos que comumente são consumidos sem a devida consciência. Além desta, tem-se a possibilidade de escolha, que não consiste apenas em desconhecimento de informação presente na rotulagem dos alimentos oriundos de recombinação genética, mas de falta de alimentos básicos à subsistência da vida humana.

Aliás, segundo relatório da ONU, cerca de 30% da população – mais de 2,3 bilhões de pessoas – não tinham acesso a alimentação adequada durante o ano de 2020¹⁷. Ora, se grande parte da população não possui acesso a uma digna qualidade de vida, quem dirá ao poder de decisão sobre o consumo de alimentos geneticamente modificados.

Em razão do risco, significa dizer que, “o Estado democrático ambiental é, portanto, a reação da política à produção dos riscos ecológicos pela sociedade de risco”¹⁸.

Assim, o Estado de Direito ambiental não deve permanecer inerte quando se está diante de incertezas, de forma que deve agir através da emissão de pareceres, atos normativos e leis que objetivem assegurar – ainda que minimamente – um ambiente equilibrado.

Corroborando esta noção de dever do Estado e abordando-a no aspecto procedimental do direito ao meio ambiente, cabe aqui – enquanto parte da problemática deste estudo –, detalhar as questões que envolvem a aplicação prática da democracia ambiental referente ao trâmite adotado nos procedimentos de tomada de decisão pela gestão pública quando se refere aos Organismos Geneticamente Modificados para fins agrícolas.

3. A Aplicação da Democracia Ambiental nos Processos de Tomada de Decisão sobre os OGMs

É notório que o Estado de Direito ambiental representa uma (re)estruturação do sistema político no que se refere ao dever de proteção ao meio ambiente. Com isso, cabe mencionar que nesta cadeia, deve-se assegurar o acesso à informação e participação ambiental da população, sobretudo às decisões que envolvem Organismos Geneticamente Modificados.

A população, por sua vez, adquire interesse em tais assuntos a partir da implementação de políticas públicas condizentes com o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a necessidade de transparência em matérias de ordem ambiental.

16 PORTO, M. F. “Riscos, incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança”. *Revista Política e Sociedade*. n. 7, p. 77-103, out. 2005. p. 79. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1966/1717>. Acesso em: 18 mai 2022.

17 FAO – Organização das Unidas para a Alimentação e a Agricultura. *SOFI 2021: Relatório da ONU destaca impactos da pandemia no aumento da fome no mundo*. Roma, 12 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1415747/>. Acesso em: 08 jun. 2022.

18 CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017.

Consoante sustenta Parola¹⁹, a denominada democracia ambiental “[...] baseia-se no direito à informação como condição prévia para o exercício efetivo dos direitos à participação e ao acesso à justiça, que completa o tríptico dos direitos processuais da democracia ambiental [...]”.

A partir disso, Treccani e Pinheiro²⁰ sustentam a noção de que deve haver compreensão da sociedade sobre as proporções de cidadania, haja vista que o Brasil no exercício do Estado de Direito em si ainda não garante aplicação dos direitos fundamentais a toda a população e, a visualização de carência de melhorias no aspecto político, econômico e social pode contribuir com o aumento da precariedade das instituições públicas, notadamente àquelas responsáveis por fiscalizar questões referentes aos danos ambientais.

Então, o Estado de Direito ambiental também se refere à aplicação de políticas públicas voltadas à sustentabilidade e conscientização coletiva do dever de preservar o meio ambiente. Consequentemente, esta aplicação propicia o acesso da população à informação nos processos de tomada de decisão envolvendo questões ambientais.

Para Carvalho²¹, a solidez da democracia participativa nos processos de tomada de decisão causa repercussão na qualidade ambiental, tendo como justificativa a reflexão de que as decisões de hoje acerca de questões ambientais perduram para além do período em que os representantes políticos ocupam seus respectivos cargos, prolongando-se às futuras gerações e ameaçando suas condições de vida em um ambiente saudável.

Nesse contexto, deve-se destacar que no Brasil há enquadramento em medidas de transparência que são oriundas da estruturação do Estado, tais como: divulgação de iniciativas de projetos ambientais correspondente à manutenção de Unidades de Conservação, ora categorizadas em Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, dentre outras previstas no art. 14 da Lei nº 9.985/2000, e divulgação de relatórios informativos de questões ambientais.

Especificamente no Brasil, há legislação que dá respaldo ao Estado de Direito Ambiental através da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) – composta por instrumentos –, e constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) – estruturado por órgãos e entidades –, de modo que ambos possuem a finalidade comum de promover a melhoria da qualidade ambiental.

No que se refere aos Organismos Geneticamente Modificados, tem-se a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), que regula a utilização de OGMs e define a atuação dos órgãos responsáveis pela aprovação da liberação destes no ambiente, subdivididos em órgãos de cunho fiscal, como o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio. O funcionamento destes órgãos não será abordado neste estudo, tendo em vista a sua extensa descrição prática, de forma que cabe analisar brevemente a aplicação da legislação supracitada no contexto da democracia ambiental.

Em uma abordagem atinente à participação popular, sabe-se que o CNBS é responsável por “[...] Analisar, a pedido da CTNBio, quanto aos aspectos da conveniência e oportunidade socioeconômicas e do interesse nacional, os pedidos de liberação para uso comercial de OGM e seus derivados [...]”, porém, a supracitada

¹⁹ PAROLA, J. O Acordo de Escazu 2018: As novidades introduzidas pelo acordo, rumo a uma democracia ambiental na América Latina e no Caribe e o impacto da Covid-19 no processo de ratificação. *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 7, n. 16, 255-287, jan./abr., 2020, p. 265-266. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45404>. Acesso em: 19 mai. 2022.

²⁰ TRECCANI, G. D.; PINHEIRO, O. M. “O Acordo de Escazú/2018 como instrumento de democracia ambiental e direitos humanos no Brasil”. *Revista Veredas do Direito*. v. 18, n. 42, set./dez. 2021. p. 223-245. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2118>. Acesso em: 17 mai. 2022.

²¹ CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017.

Lei de Biossegurança afirma em seu art. 8º, inc. II e art. 9º, § 3º, que “[...] Poderão ser convidados a participar das reuniões, em caráter excepcional, representantes do setor público e de entidades da sociedade civil [...]”. Do mesmo modo a CTNBio que, de acordo com o *caput* do art. 10 da referida lei, é responsável por fornecer pareceres técnicos e assessoramento ao governo nas questões relativas aos OGMs e derivadas, assim como na fixação de normas técnicas de segurança e avaliação de riscos na liberação, de modo que seu §10 dispõe que representantes da comunidade científica, das entidades civis e do setor público poderão, eventualmente, ser convidados a participar das reuniões, em caráter estritamente excepcional²².

Ainda, torna-se necessário destacar o previsto no art. 15 da Lei nº 11.105/05, que dispõe sobre a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, e assevera a possibilidade de esta realizar audiências públicas para garantia da participação popular em questões de biossegurança dos OGMs e seus derivados²³.

Logo, é possível verificar que o Brasil possui legislação voltada aos parâmetros de segurança aplicados à biotecnologia, notadamente os organismos geneticamente modificados, sendo que, também, “[...] é signatário da obrigatoriedade de rotulagem dos alimentos que contenham OGMs em sua formulação, bem como é o único país do Mercosul que dispõe de uma lei para a biossegurança [...]”²⁴.

Além disso, a Lei nº 6.938/81 – que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente –, também estabelece que é dever do Estado prestar informações de transparência ambiental quando disponíveis e produzi-las quando não existirem²⁵.

Outrossim, o Brasil possui em seu ordenamento jurídico a Lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/11) e a Lei de acesso à informação ambiental (Lei nº 10.650/03), de modo que enquanto uma dispõe sobre transparência ativa no Estado de direito democrático, a outra assegura o acesso à informação em matéria ambiental. Assim, ambas possuem em comum a efetivação ao direito de acesso à informação.

22 BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 09 jan. 2022.

23 BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 09 jan. 2022.

24 NOGUEIRA, L. P. *Organismos geneticamente modificados em Estados de Direito Ambiental: questões jurídicas em torno da produção de OGMs para fins agrícolas, alimentares e energéticos*. p. 34. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, 153 p. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/31890>. Acesso em: 11 mai. 2022.

25 BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

Corroborando, o Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Recurso Especial n. 1.857.098²⁶ fixou 04 (quatro) teses jurídicas, das quais duas delas convém citar neste estudo. Assim, a tese A fixa a compreensão de direito de acesso à informação ambiental no Brasil como: dever estatal de divulgação, via internet, de documentos ambientais que não são sujeitos a sigilo; direito de requerer informações ambientais ainda não publicadas e; direito de solicitar a produção de informações ambientais quando estas forem inexistentes para a Administração. Já a tese B fixa que consiste no dever estatal de transparência ambiental e a necessidade de justificativa em caso de descumprimento, de modo que especifica a forma de controle de transparência em cada caso, seja na ativa, passiva ou reativa. Além das teses fixadas, o julgado menciona o Acordo de Escazú como importante instrumento de transparência ambiental quando for ratificado pelo Brasil. Ainda, fixa o entendimento de que o direito de acesso à informação configura dupla vertente, pois de um lado encontra-se o direito de acesso à informação (direito particular) da população enquanto transparência passiva, e do outro tem-se o dever estatal de fornecer o acesso à informação, figurado como transparência ativa.

Em razão do descumprimento do Estado quanto ao dever de acesso à informação, surge o direito privado de reclamar eventual inobservância perante o ente estatal. Este descumprimento consiste no mero sigilo de informações das quais a população deveria ter acesso, ainda mais quando se está diante de questões de risco à saúde e ao meio ambiente, sob o enfoque dos Organismos Geneticamente Modificados.

[...] É certo que existem vários entraves a serem superados, como uma fraca política de educação ambiental, descrença nas instituições públicas que atuam na gestão do meio ambiente, além do desconhecimento pela maioria da população de instrumentos de participação política, por exemplo, as audiências públicas, a participação em conselhos populares etc.²⁷

Deste modo, assegurar a democracia ambiental na tríade do acesso à informação ambiental, participação da população e acesso à informação nas questões de caráter decisório relacionadas ao meio ambiente, especialmente sobre a liberação de organismos geneticamente modificados para cultivo agrícola no Brasil, ainda é tema de grande discussão, dada a falta de conhecimento técnico da população e a falta de conscientização sobre o direito de cidadania a ser exercido.

Ainda, o caráter controverso da própria Lei de Biossegurança ao estabelecer sobre a participação popular em caráter excepcional – dando ênfase ao questionamento relacionado ao aspecto do direito procedimental do Estado de Direito ambiental para além do direito material –, demonstra um sistema estrutural de gestão ainda ineficaz no que se refere aos instrumentos de proteção e democracia ambiental.

Nesse sentido é que se deve dar ênfase ao Acordo de Escazú/2018 enquanto tratado internacional, haja vista que a sua sistematização contribui para a implementação mundial e nacional sobre o direito ambiental procedimental atrelado ao uso dos Organismos Geneticamente Modificados e seus reflexos no agronegócio brasileiro.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.857.098/MS*, Relator: Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 24/5/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=acordo+de+escazu. Acesso em: 17 mai. 2022.

27 TRECCANI, G. D.; PINHEIRO, O. M. "O Acordo de Escazú/2018 como instrumento de democracia ambiental e direitos humanos no Brasil". *Revista Veredas do Direito*. v. 18, n. 42, set./dez. 2021. p. 223-245. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2118>. Acesso em: 17 mai. 2022.

4. O Papel do Acordo de Escazú/2018 na Implementação da Democracia Ambiental no Contexto dos OGMs para a Produção Agrícola

No mundo globalizado em que se vive atualmente há uma compreensão maior de que a preservação ambiental (ou da não preservação) em determinado local, a depender da extensão do dano, pode causar impactos transfronteiriços, cujos resultados negativos poderão ser observados a curto ou longo prazo tanto na saúde humana quanto no meio ambiente.

É urgente que se tenha a consciência de que, atualmente, os Estados são formações que integram uma estrutura jurídica não só nacional, mas que pode ser vista como internacional, ou até mesmo global.²⁸

Assim, passa-se por um visível alinhamento entre os tratados internacionais de cunho ambiental e sua efetivação atrelada aos direitos humanos, haja vista que “[...] dificilmente se pode pensar em construir uma democracia ambiental sem uma estrutura jurídico-democrática que a legitime e lhe dê efetividade [...]”.²⁹

Com isso, o Acordo Regional na América Latina e Caribe ou Acordo de Escazú, teve sua origem na Conferência Rio+20 – Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável e foi fundamentado pelo Princípio 10 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, o qual prevê:

O melhor modo de tratar as questões ambientais é com a participação de todos os cidadãos interessados, em vários níveis. No plano nacional, toda pessoa deverá ter acesso adequado à informação sobre o ambiente de que dispõem as autoridades públicas, incluída a informação sobre os materiais e as atividades que oferecem perigo a suas comunidades, assim como a oportunidade de participar dos processos de adoção de decisões. Os Estados deverão facilitar e fomentar a sensibilização e a participação do público, colocando a informação à disposição de todos. Deverá ser proporcionado acesso efetivo aos procedimentos judiciais e administrativos, entre os quais o ressarcimento de danos e recursos pertinentes.³⁰

Do mesmo modo, cabe destacar a consagração da Convenção de Aarhus que, embora tenha iniciado na Europa, foi o essencial na discussão sobre a tríade do aqui mencionado aspecto procedimental do direito ao meio ambiente, elevando o nível de implementação desses direitos. A exemplo disso, o seu art. 8º, § 6º prevê quanto ao dever do Estado: “Assegurar que, na sua decisão, seja tido devidamente em conta o resultado da participação do público.”³¹

28 MAZZUOLI, V.; AYALA, P. “Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 297-328, jan./jun. 2012, 306 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24004>. Acesso em: 17 jun. 2022.

29 TRECCANI, G. D.; PINHEIRO, O. M. “O Acordo de Escazú/2018 como instrumento de democracia ambiental e direitos humanos no Brasil”. *Revista Veredas do Direito*. v. 18, n. 42, set./dez. 2021. p. 232. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2118>. Acesso em: 17 mai. 2022.

30 ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92)*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022.

31 ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. AARHUS. *Convenção Sobre Acesso à Informação, Participação no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente*. UM/ECE, Aarhus, 25 jun. 1998.

Além de buscar a tutela da proteção ambiental, este acordo também é um tratado de direitos humanos, cujo objetivo não é somente garantir o acesso à informação ambiental, mas beneficiar a população da América Latina e Caribe, particularmente os grupos e comunidades vulneráveis e os defensores dos direitos humanos em matéria ambiental³².

Em seus dispositivos, o Acordo de Escazú fixa instrumentos para assegurar a democracia ambiental que, resumidamente, consistem em participação pública nos processos de tomada de decisão, acesso à informação ambiental e o caráter voltado aos direitos humanos, pois visa conceder proteção aos grupos e pessoas em condições de vulnerabilidade.

Ocorre, contudo, que o referido Acordo se encontra pendente de ratificação pelo Brasil que, conforme já mencionado, ainda possui um sistema deficitário quanto às garantias dos direitos fundamentais em geral e seus órgãos ambientais responsáveis pela manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado são comumente considerados instáveis. "[...] Esses direitos apresentam a expansão da titularidade individual aos grupos, minorias étnicas, religiosas e à humanidade, ou seja, sua marca consiste na transindividualidade [...]"³³.

É necessário destacar que este déficit contribui para a ocorrência da diminuição dos espaços de discussão ambiental e afetam a livre escolha de grupos sociais em condições de exclusão no contexto da política e da sociedade, além de estes serem potenciais vítimas de impactos que porventura venham a existir em regiões com propensão à ocorrência de desastres ambientais³⁴.

Além disso, o agronegócio é impactado diretamente, pois se não há aplicação do direito ao meio ambiente na perspectiva procedimental, este pode ser prejudicado, sendo que a repercussão desse prejuízo muitas vezes é espelhada por desastres ambientais e, se há impactos ao meio ambiente, há problemas de escassez de recursos naturais, tidos como essenciais para a produção agrícola.

Nesse sentido, a ratificação do Acordo de Escazú é imprescindível, porquanto seu objetivo é reafirmar o dever do Estado quanto aos meios de participação ativa da população nas questões relativas ao meio ambiente.

Mazzuoli e Ayala³⁵ afirmam há possibilidade de reconhecimento de que ao Estado e à sociedade foi designado um aglomerado de deveres, que resultam em consequências sem delimitações geográficas ou políticas, embora resultem de decisões do governo possivelmente influenciadas.

Não somente em causas ambientais, é necessário ressaltar, também, que o tratado representa o combate às injustiças relacionadas aos direitos humanos, precipuamente aos indivíduos mais vulneráveis que, por vezes, são invisíveis no âmbito da assistência quando vítimas de impactos ambientais, bem como da discussão sobre a produção agrícola e segurança no consumo de alimentos oriundos

32 CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Países da América Latina e do Caribe reafirmam o Acordo de Escazú como ferramenta fundamental para assegurar um meio ambiente saudável para as gerações presentes e futuras*. Santiago: Nações Unidas: 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/paises-america-latina-caribe-reafirmam-o-acordo-escazu-como-ferramenta-fundamental>. Acesso em: 06 jun. 2022.

33 CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017. p. 120-121.

34 TRECCANI, G. D.; PINHEIRO, O. M. "O Acordo de Escazú/2018 como instrumento de democracia ambiental e direitos humanos no Brasil". *Revista Veredas do Direito*. v. 18, n. 42, set./dez. 2021. p. 223-245. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2118>. Acesso em: 17 mai. 2022.

35 MAZZUOLI, V.; AYALA, P. "Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus". *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 297-328, jan./jun. 2012, 306 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24004>. Acesso em: 17 jun. 2022.

da recombinação genética, classificados em parte da cadeia do agronegócio. Estes, por vezes, constituem alimentos básicos que determinadas populações não possuem acesso, razão pela qual o desconhecimento acerca do direito à democracia ambiental nos processos de liberação de OGMs no mercado e demais questões ambientais se torna assunto insignificante no cotidiano do brasileiro, já que pouco importa a origem do alimento, seu cultivo e comercialização, assim como os danos ao meio ambiente, se este não chega em proporções necessárias aos seus lares.

A propósito, a afirmação pode ser confirmada através do relatório da ONU, ora denominado "O Estado da Insegurança Alimentar e Nutrição no Mundo (SOFI) 2021" que, com base no indicador de prevalência da insegurança alimentar, divulgou a estimativa de que aproximadamente 811 milhões de pessoas no mundo estiveram em situação de subnutrição no ano de 2020³⁶.

Além do problema da insegurança alimentar e a degradação de recursos naturais refletidos no desenvolvimento do agronegócio, há o fato de que determinadas populações, ora denominadas como vulneráveis, residem em locais de risco desde a sua infância e não dispõe de condições ou perspectiva de mudança.

Para Paris Spink³⁷, enquanto determinados indivíduos são designados para trabalhar no acesso à informação e prevenção de riscos das regiões em que estes grupos residem, o sentimento de apreensão é verificado quando ocorre a formulação de visualização desses riscos e vulnerabilidades a que o ser humano está exposto, momento em que parte da população busca agir em prol do bem comum. A Defesa Civil busca a segurança em casos de exposição aos riscos, o Ministério Público zela pelos direitos nos casos de vulnerabilidade social, agentes comunitários zelam pelo acolhimento, assim como demais entidades e população em geral. Contudo, os direitos fundamentais permanecem tutelados sem a devida aplicação prática.

Na produção agrícola ocorre no mesmo sentido, porquanto há riscos de erosão do solo, queda de árvores, inundação, assoreamento e diversos problemas advindos das questões ambientais em imóveis rurais que produzem cultivares, cujos proprietários por vezes não possuem a consciência de que existe a tríade relacionada aos direitos ambientais procedimentais e o seu direito de exercê-los, a fim de que os respectivos impactos não sejam refletidos no seu agronegócio.

Por conseguinte, quando o Acordo de Escazú entrar em vigor, será um instrumento internacional que propiciará a implementação do Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992 sobre Ambiente e Desenvolvimento, em razão de garantir o direito da população a um ambiente saudável e, porventura, contribuir para a reconstrução do Estado de Direito Ambiental no que se refere a reestruturação do sistema jurídico aplicado às políticas sustentáveis em benefício da produtividade agrícola³⁸. Ainda, comparando a Convenção de Aarhus que deu azo à criação do Acordo de Escazú, tem-se que:

A ampla liberdade proporcionada às instituições da democracia representativa apoia a interpretação de que a democratização estipulada pela Convenção de

36 FAO – Organização das Unidas para a Alimentação e a Agricultura. *SOFI 2021: Relatório da ONU destaca impactos da pandemia no aumento da fome no mundo*. Roma, 12 de jul. de 2021. Disponível em: <<https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1415747/>>. Acesso em: 08 jun. 2022.

37 PARIS SPINK, M. J. "Viver em áreas de risco: entre gestão de desastres ambientais e os sentidos de risco no cotidiano". *Ciência & Saúde Coletiva*. p. 3743-3754. Set. 2014. p. 3752-3753. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/bX3dCcvD3mGmgbRPSDhtNf/?lang=pt>. Acesso em: 08 jun. 2022.

38 PAROLA, J. "O Acordo de Escazú 2018: As novidades introduzidas pelo acordo, rumo a uma democracia ambiental na América Latina e no Caribe e o impacto da Covid-19 no processo de ratificação". *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 7, n. 16, 255-287, jan./abr., 2020, p. 282-283. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45404>. Acesso em: 19 mai. 2022.

Aarhus e pelo Acordo de Escazú é uma tentativa de enfrentar o déficit democrático no que diz respeito às questões ambientais concretas e não de afirmar um sistema de democracia participativa puro.³⁹

Com efeito, o problema da implementação prática da democracia ambiental – notadamente das questões envolvendo Organismos Geneticamente Modificados e seus efeitos na subsistência da vida humana, na qualidade do meio ambiente e no desenvolvimento do agronegócio –, vão além da tríade do acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental, pois, como dito, há situações em que parte da população não possui uma digna qualidade de vida, fator este que contribui para a falta conscientização do direito ao exercício de cidadania ambiental, já que este se apresenta como o menor dos males a que a estes cidadãos estão submetidos. O mesmo ocorre no setor específico do agronegócio, em que os mais afetados, ora produtores rurais, destinam total atenção às suas necessidades de produtividade capaz de satisfazer a constância da atividade agrícola e respectivo retorno econômico.

5. Considerações Finais

Diante de toda a problemática exposta neste estudo, buscou-se abordar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado na perspectiva do direito ambiental procedimental, definindo o Estado de Direito Ambiental e a tríade do direito de acesso à informação, participação pública nos processos de tomada de decisão e acesso à justiça em questões de ordem ambiental, notadamente no aspecto dos Organismos Geneticamente Modificados para produção agrícola como parte do agronegócio.

A partir disso, demonstrou-se o procedimento adotado para liberação dos Organismos Geneticamente Modificados para fins agrícolas e alimentares e as legislações vigentes que tratam sobre os aspectos aqui delineados – do procedimento para liberação no ambiente até o acesso à informação e participação –, bem como a importância e necessidade atinente à democracia ambiental, já que há incertezas científicas acerca da utilização e os seus respectivos resultados futuros, tanto para a sobrevivência das futuras gerações quanto para o desenvolvimento do agronegócio, que depende diretamente dos recursos naturais.

Nessa conjuntura, como forma de caminho para a resolução da problemática da efetivação do direito ambiental procedimental, apresentou-se o Acordo de Escazú/2018 enquanto tratado internacional criado no âmbito da América Latina e Caribe com possibilidades de influência positiva quando ratificado pelo Brasil e outros países. A repercussão de sua implementação no aspecto procedimental do direito ambiental pode garantir aplicação efetiva da democracia ambiental que, conforme exposto, já havia normatização legal através da Convenção de Aarhus e do Princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, que configurava uma perspectiva de direito material. Com isso, o Acordo de Escazú/2018 foi criado a partir do previsto neste textos legais, com alguns diferenciais importantes, como é o caso da tutela dos direitos humanos às populações vulneráveis.

Assim, tudo isso reflete no agronegócio, sobretudo no que se refere à produção agrícola, pois utiliza dos recursos naturais presentes na natureza para que haja possibilidade de produção, justificando-se o objetivo de alcance da conscientização ambiental acerca do direito-dever de acesso à informação, participação nos processos de tomada de decisão e acesso à justiça em questões ambientais.

De fato, após ratificado pelo Brasil, o Acordo de Escazú poderá representar um caminho positivo na construção do país em um Estado democrático de Direito

39 PAROLA, J. "O Acordo de Escazu 2018: As novidades introduzidas pelo acordo, rumo a uma democracia ambiental na America Latina e no Caribe e o impacto da Covid-19 no processo de ratificação". *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 7, n. 16, 255-287, jan./abr., 2020, p. 266-267. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45404>. Acesso em: 19 mai. 2022.

ambiental, garantindo-se o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para e, conseqüentemente, trazendo reflexões sobre questões mais humanistas relativas ao meio ambiente e todos os riscos que sua exploração demasiada pode ocasionar, fator que muitas vezes é ignorado pela gestão pública, especialmente quando se trata da preocupação com o desenvolvimento do agronegócio.

Referências

AMADO, F. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 09 jan. 2022

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. *Lei. nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 07 jun. 2022

BRASIL. *Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003*. Dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. Brasília, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.650.htm. Acesso em: 07 jun. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.857.098/MS*, Relator: Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 24/5/2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=acordo+de+escazu. Acesso em: 17 mai. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. "O direito ao ambiente como direito subjectivo". In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008.

- CARVALHO, D. W. *Gestão jurídica ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 3. 2017.
- CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE. *Países da América Latina e do Caribe reafirmam o Acordo de Escazú como ferramenta fundamental para assegurar um meio ambiente saudável para as gerações presentes e futuras*. Santiago: Nações Unidas: 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/paises-america-latina-caribe-reafirmam-o-acordo-escazu-como-ferramenta-fundamental>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- FAO – Organização das Unidas para a Alimentação e a Agricultura. *SOFI 2021: Relatório da ONU destaca impactos da pandemia no aumento da fome no mundo*. Roma, 12 de jul. de 2021. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1415747/>. Acesso em: 08 jun. 2022.
- MAZZUOLI, V.; AYALA, P. "Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a Convenção de Aarhus". *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 297-328, jan./jun. 2012, 306 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24004>. Acesso em: 17 jun. 2022.
- NOGUEIRA, L. P. *Organismos geneticamente modificados em Estados de Direito Ambiental: questões jurídicas em torno da produção de OGMs para fins agrícolas, alimentares e energéticos*. p. 34. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, 153 p. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/31890>. Acesso em: 11 mai. 2022.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92)*. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 11 jun. 2022.
- ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. AARHUS. *Convenção Sobre Acesso à Informação, Participação no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente*. UM/ECE, Aarhus, 25 jun. 1998.
- PARIS SPINK, M. J. "Viver em áreas de risco: entre gestão de desastres ambientais e os sentidos de risco no cotidiano". *Ciência & Saúde Coletiva*. p. 3743-3754. Set. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/bX3dCcvD3mGmgbRPSDhtNf/?lang=pt>. Acesso em: 08 jun. 2022.
- PAROLA, J. "O Acordo de Escazu 2018: As novidades introduzidas pelo acordo, rumo a uma democracia ambiental na América Latina e no Caribe e o impacto da Covid-19 no processo de ratificação". *Revista Culturas Jurídicas*. Vol. 7, n. 16, 255-287, jan./abr., 2020, p. 282-283. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45404>. Acesso em: 19 mai. 2022.
- PORTO, M. F. "Riscos, incertezas e vulnerabilidades: transgênicos e os desafios para a ciência e a governança". *Revista Política e Sociedade*. n. 7, p. 77-103, out. 2005. p. 79. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/1966/1717>. Acesso em: 18 mai 2022.
- SARLET, I. W. FENSTERSEIFER, T. "Direitos ambientais procedimentais: Acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental". *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 23. n. 2, mai-ago, 2018. p. 421. Disponível em: <https://doi.org/10.14210/nej.v23n2.p417-465>. Acesso em: 29 jun. 2022.

TRECCANI, G. D.; PINHEIRO, O. M. "O Acordo de Escazú/2018 como instrumento de democracia ambiental e direitos humanos no Brasil". *Revista Veredas do Direito*. v. 18, n. 42, set./dez. 2021. p. 223-245. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/2118>. Acesso em: 17 mai. 2022.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 217-231
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O princípio da publicidade e os desafios aos direitos do réu no processo civil na contextura do contraterrorismo: um paralelo entre a situação brasileira e a do Reino Unido

The publicity principle and the challenges to the rights of the defendant on civil proceedings in the context of counter-terrorism: a parallel between the situation in Brazil and the United Kingdom

Letícia Mirelli Faleiro e Silva¹

Universidade de Santiago de Compostela

Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso²

PUC-Minas

Sumário: 1 Introdução; 2 O princípio da publicidade; 3 O princípio da publicidade no Código de Processo Civil de 1939 e de 1973; 4 O princípio da publicidade e o segredo de justiça no novo Código de Processo Civil Brasileiro; 5 Terrorismo e contraterrorismo: desafios aos direitos humanos; 6 Condições para a limitação e derrogação de direitos humanos; 7 “Open Justice” e o Ato de Justiça e Segurança (2013); 8 Conclusão; Referências.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar o Ato de Justiça e Segurança (2013), do Reino Unido, considerando as limitações feitas ao princípio da publicidade no contexto das medidas de contraterrorismo, traçando um paralelo com a experiência brasileira. Objetiva-se identificar se o país, ao adotar essa lei que estende aos procedimentos civis as doutrinas de Procedimento Material Fechado e de Advogados Especiais, ainda cumpre suas obrigações internacionais de direitos humanos. Isso

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Oeste de Minas e advogada. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Universidade Gama Filho. Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Doutoranda em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. E-mail: leticia.faleiro.adv@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e advogada. Pós-graduada pela Newton Paiva em direito penal. Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Doutora pela PUC-Minas na linha de pesquisa de Direitos Humanos, Integração e Estado Plurinacional. Coursou Direito Internacional Penal na Universidade Nacional da Irlanda, com bolsa de estudos por excelência, em 2019. E-mail: natielliveloso@gmail.com.

será compreendido frente à especificidade da experiência britânica com o terrorismo. Para tanto, o tipo de pesquisa utilizada será a bibliográfica e documental e o procedimento metodológico usado será o dedutivo.

Palavras-chave: contraterrorismo; direitos humanos; princípio da publicidade; Reino Unido

Abstract: This paper seeks to analyze the Justice and Security Act (2013), of the United Kingdom, considering the limitations made to the publicity principle in the context of counter-terrorism measures, tracing a parallel with the Brazilian experience. The goal is to identify if the country, with the adoption of the law which extends to civil proceedings the doctrines of Closed Material Procedure and Special Advocates, still upholds its international human rights obligations. This will be studied considering the specificity of the British experience with terrorism. Therefore, bibliographical and documental researches will be used and a deductive methodological procedure.

Keywords: counter-terrorism; human rights; publicity principle; United Kingdom

1. Introdução

Após os ataques de 11 de setembro e diante dos embates diários com o terrorismo, que adentram o dia a dia das pessoas e monopolizam as notícias jornalísticas, os Estados têm buscado o desenvolvimento de legislações internas que ofereçam uma resposta às crescentes preocupações de suas populações. Contudo, as medidas jurídicas de contraterrorismo podem, elas mesmas, violar direitos humanos. Daí nasce para os Estados o dever de atentar-se não apenas à proteção de suas populações, mas, também de, ao fazer isso, não infringir direitos humanos e ir contra as Convenções internacionais das quais é parte³. Surge, dessa forma, um novo desafio para os Estados no século XXI: fazer com que o contraterrorismo ande de braços dados com os direitos humanos de todos.

Os Estados têm enfrentado de maneiras diversas e díspares tal impasse, sendo que especial atenção merece a questão da publicidade dos procedimentos - ponto central no controle que a sociedade pode exercer sobre os abusos do governo e através do qual a parte tem acesso aos dados necessários para uma defesa competente⁴. O caso do Reino Unido merece especial atenção, dado o histórico reconhecimento do princípio da publicidade no país⁵. Atualmente, doutrinas e leis que objetivam a proteção da população contra o terrorismo parecem atentar contra esse princípio, limitando-o. Isso particularmente é visível no Ato de Justiça e Segurança, de 2013⁶, que estende para os procedimentos civis as polêmicas doutrinas de Procedimento Material Fechado e Advogados Especiais.

No presente trabalho, pretende-se analisar tal lei frente ao princípio da publicidade no contexto do processo civil, a fim de concluir se, ao adotá-la, o governo do Reino Unido ainda cumpre suas obrigações frente ao direito internacional de garantir a aplicações dos direitos humanos nas medidas de contraterrorismo. Para tanto, procederemos, primeiramente, um estudo do princípio da publicidade em si, bem como de sua roupagem no âmbito internacional e na tradicional jurisprudência inglesa. Para fins comparativos, teceremos um paralelo com a experiência brasileira

³ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 19.

⁴ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 75-77.

⁵ SPIGELMAN, J.J. "The principle of open justice: a comparative perspective", *UNSW Law Journal*, 29[2], 2006, p. 147-166, p. 147-150.

⁶ REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013.

desse princípio em nosso processo civil. Em seguida, analisaremos a questão do terrorismo e do contraterrorismo, identificando as atuais tendências legislativas internas e internacionais. Por fim, verificaremos o caso do Reino Unido frente às suas obrigações de cumprimento dos direitos humanos. Destaca-se, ademais, que a análise será adstrita ao Ato de Justiça e Segurança, o qual é aplicável ao processo civil no Reino Unido - não se procederá, dessa forma, análise sobre o processo penal e sua relação com o contraterrorismo e o princípio da publicidade.

O tema, portanto, revela-se atual, pois passamos, inegavelmente, por um período de grandes crises e ameaças terroristas, que levam à uma reação legislativa dos Estados. Dessa forma, a presente análise é, também, dotada de grande utilidade, pois permite concluirmos sobre a maneira mais adequada de lidarmos com o princípio da publicidade frente aos desafios do contraterrorismo. Alia-se à atualidade e utilidade a relevância teórica do presente artigo, o qual servirá para o adensamento dos estudos sobre área pouco desenvolvida e, paradoxalmente, essencial para resguardar os direitos humanos daquele que é acusado que associar-se, de alguma forma, ao terrorismo.

Com relação à metodologia utilizada, o tipo de pesquisa será a bibliográfica e documental, vez que será feita a investigação da literatura jurídica pertinente, bem como das leis internas do Reino Unido, convenções, convênios e acordos de direitos humanos que tratam do contraterrorismo e do direito à publicidade. O procedimento metodológico que será usado é o dedutivo, pois se partirá de conceitos amplos e teorias do Direito para aplicá-las na especificidade da garantia ao princípio da publicidade no contexto inglês. Por fim, sobre os procedimentos técnicos, serão feitas análises interpretativa, comparativa e teórica.

2. O princípio da publicidade

O princípio da publicidade é um dos maiores garantidores de um devido processo, muitas vezes associado ao direito a um julgamento justo, vez que, ao permitir o acesso amplo e público aos procedimentos e autos do processo, viabiliza a fiscalização por parte da sociedade daquilo que ocorre no contexto de um processo judicial⁷. Ele, portanto, desenvolveu-se como regra geral em várias experiências jurídicas no decorrer dos anos, sendo as limitações a esse princípio excepcionais e ligadas, em sua essência, às circunstâncias em que outros direitos do réu são priorizados ou quando estamos diante do risco do sensacionalismo da imprensa⁸.

O princípio foi construído como consequência lógica da necessidade de imparcialidade judicial desde as primeiras experiências jurídicas modernas. Jeremy Bentham, em 1830, afirma que: "nós devemos reconhecer que a publicidade é a alma da justiça, entre outras razões, pois ela coloca o juiz na presença da opinião pública, porque ela funciona ao mesmo tempo como freio e como estímulo" (tradução nossa)⁹.

No Brasil, tal princípio tem natureza constitucional e processual, sendo empregado como regra em nosso ordenamento jurídico. O segredo de justiça também é previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988)¹⁰ e na legislação processual civil, mas é usado como exceção. Nota-se na parte final

⁷ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 75.

⁸ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 76-77.

⁹ No original: "Nous avons reconnu que la publicité étair l'ame de la justice, et entre autres raisons, parce qu'elle tient le juge en présence de l'opinion publique, parce qu'elle agit en même temps comme frein et comme aiguillon." BENTHAM, J. *Ouvres de J. Behtham, Jurisconsult Anglais*, Loius Hauman et Compagnie, Bruxelas, 1830, p. 28-29.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]*. Presidência da República, Brasília, DF, 2023.

do inciso IX do art. 5º da CRFB/1988 que o legislador parece privilegiar o interesse público à informação quando conflitante com o direito à intimidade do indivíduo, ao passo que autoriza a restrição de acesso aos autos desde que a preservação do direito à intimidade da parte não prejudique ao interesse público à informação. Em suma, e reiterando o que já foi dito anteriormente, a CRFB/1988 permite que o processo transcorra em segredo de justiça nas seguintes hipóteses: nos casos em que o sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade; quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigir; e por último, em casos nos quais a preservação do direito a intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Importante salientar, por fim, que, “o desrespeito ao sigilo que obriga a todos os participantes do processo poderá acarretar sanções administrativas e eventualmente civis ao culpado, mas não nulidade processual”¹¹.

Já nos países de *common law*, o mesmo princípio floresceu sob a alcunha de *open justice*¹². Lá, também, a natureza fundamental do direito de acesso público aos procedimentos judiciais deriva de motivações como: garantia de transparência; significância da aparência de justiça e imparcialidade dos procedimentos – não apenas justiça e imparcialidade em si; aumentar a precisão das opiniões públicas; e garantir uma conduta mais honesta das partes¹³. Reiteradamente a justiça nesses países tem produzido decisões que salientam a importância do princípio da publicidade, sendo com frequência destacado o perigo na “violação da publicidade na administração da justiça, que é uma das maiores garantias de nossa liberdade, e um ataque na própria fundação da segurança pública e privada” (tradução nossa)¹⁴.

Paralelamente, o direito à publicidade foi incorporado à sistemática dos tratados internacionais de direitos humanos. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, privilegia esse direito em seu art. 10º, vez que garante “[...] que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial [...]”¹⁵. Contudo, tal garantia é circunscrita aos procedimentos penais.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, por sua vez, ampliou a garantia, estabelecendo o direito a um julgamento justo e público para todos os procedimentos jurídicos, civil ou penais¹⁶. Ao mesmo tempo, prevê-se a possibilidade de limitação dessa publicidade, inclusive por questões de segurança nacional – excetuando-se sempre as sentenças, que serão públicas.

No ponto de vista regional, o princípio da publicidade também figura extensivamente. Na Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, o art. 6(1)¹⁷ ressalta a importância de audiências públicas, sendo permissíveis algumas

¹¹ GONÇALVES, M. V. R. *Direito processual civil esquematizado*, (Pedro Lenza coord.). 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2016.

¹² Pode traduzir-se para algo como: “justiça aberta”.

¹³ SPIGELMAN, J.J. “The principle of open justice: a comparative perspective”, *UNSW Law Journal*, 29[2], 2006, p. 147-166, p. 153155.

¹⁴ REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013, p. 6.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, OHCHR, New York, 10 dez. 1948.

¹⁶ Art. 14: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais. Toda a pessoa terá direito a ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, segundo a lei, independente e imparcial, na determinação dos fundamentos de qualquer acusação de carácter penal contra ela formulada ou para a determinação dos seus direitos ou obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos da totalidade ou parte das sessões de julgamento por motivos de ordem moral, de ordem pública ou de segurança nacional numa sociedade democrática, ou quando o exigir o interesse da vida privada das partes ou, na medida estritamente necessária em opinião do tribunal, quando por circunstâncias especiais o aspecto da publicidade possa prejudicar os interesses da justiça; porém, toda a sentença será pública, excepto nos casos em que o interesse de menores de idade exija o contrário, ou nas acções referentes a litígios matrimoniais ou tutela de menores.[...]” ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, CNE, New York, 16 dez. 1966.

¹⁷ Art. 6(1): “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido

restrições de acesso pela mídia e pelo público, por questões de moral, ordem pública ou segurança nacional. A Corte Europeia de Direitos Humanos manifestou-se sobre a importância dessa previsão, salientando, o relevante papel da mídia para a boa administração da justiça e, dessa forma, que os procedimentos sejam feitos, por regra, de maneira pública.¹⁸

Também pode-se identificar a presença desse princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969¹⁹. O processo penal, segundo o art. 8(5), “deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”²⁰. A Corte Interamericana considera, portanto, uma patente violação do princípio da publicidade quando todos os procedimentos do caso, até mesmo a audiência, são feitas em segredo²¹.

Dessa forma, pode-se apreender que o princípio da publicidade é essencial à sistematização processual dos países, vez que surgiu, de uma maneira ou outra, em diversas legislações internas, regionais e internacionais. A fim de servir como contraponto com relação à configuração atual desse princípio no Reino Unido, vejamos, primeiramente, a experiência brasileira.

3. O princípio da publicidade no Código de Processo Civil de 1939 e de 1973

Apresentado acima o contexto constitucional acerca do tema, até mesmo em respeito a hierarquia normativa de nosso ordenamento jurídico, adentramos nas previsões legais existentes nas normas infraconstitucionais, notadamente nos três últimos Códigos de Processo Civil (CPC) vigentes no Brasil, a começar pelo CPC de 1939²².

pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.” TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, ECHR, Roma, 4 nov. 1950.

¹⁸ A importância da mídia é salientada em, por exemplo, *Depuis v. França*: “Cette importance du rôle des médias dans le domaine de la justice pénale est au demeurant très largement connue. En particulier, la Cour a déjà jugé qu’« à condition de ne pas franchir les bornes fixées aux fins d’une bonne administration de la justice, les comptes rendus de procédures judiciaires, y compris les commentaires, contribuent à les faire connaître et sont donc parfaitement compatibles avec l’exigence de publicité de l’audience énoncée à l’article 6 § 1 de la Convention. ” CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Câmara de Julgamentos. *Sentença nº 1914/02*, Arrêt, Estrasburgo, 12 nov. 2007, pará. 42.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, CIDH, San José, 22 nov. 1969.

²⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, CIDH, San José, 22 nov. 1969.

²¹ Esse foi o posicionamento da Corte em vários casos. Por exemplo, isso foi preconizado da decisão do caso *Castillo Petruzziet al. v. Peru*: “The Court has established that the military proceedings against the civilians accused of having engaged in crimes of treason were conducted by “faceless” judges and prosecutors, and therefore involved a number of restrictions that made such proceedings a violation of due process. In effect, the proceedings were conducted on a military base off limits to the public. All the proceedings in the case, even the hearing itself, were held out of the public eye and in secret, a blatant violation of the right to a public hearing recognized in the Convention”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Câmara de Julgamentos. *Sentença nº 52*, San Jose da Costa Rica, 30 maio, 1999, pará. 172.

²² BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1939.

Nota-se que nesta época o legislador já se preocupava em outorgar publicidade aos processos judiciais, haja vista que definiu em seu art. 5º que os mesmos seriam públicos, salvo quando o contrário fosse exigido pelo decoro ou interesse social.

Trazia também no parágrafo único do art. 744, uma hipótese em que o processo obrigatoriamente tramitava sob segredo de justiça, a saber: “Quando o pedido se fundar em crime contra a honra da mulher, a dispensa dos proclamas será precedida de audiência dos contratantes, em separado, e em segredo de justiça”²³.

O CPC de 1973²⁴ mantém em seu caput o cerne da publicidade processual em decorrência de interesse público e amplia seu rol ao passo que além de garantir o segredo de justiça nos assuntos relativos ao casamento, abrange também casos envolvendo a filiação, separação dos cônjuges, conversão da separação em divórcio, alimentos e guarda de menores.

Além disso, traz uma inovação na medida em que possibilita ao terceiro que demonstrar interesse jurídico no processo que tramite sobre o segredo de justiça, requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Nesse ponto, ao que parece, ainda que o juiz possibilite ao terceiro ter acesso aos autos caso preencha o requisito legal, ou seja, demonstre interesse jurídico, ainda assim tal acesso será limitado, haja vista que conforme se extrai do próprio texto do artigo, a parte só poderá requerer certidão da sentença, o que se dará somente no final do processo, não podendo se dizer que este terceiro interessado teve acesso a todo conteúdo presente no processo. Segundo Gomes Junior e Ferreira²⁵, apesar do equívoco do legislador ao utilizar o termo sentença, poderá ser deferido o acesso a qualquer peça dos autos, desde que atendidos os requisitos legais.

4. O princípio da publicidade e o segredo de justiça no novo Código de Processo Civil Brasileiro

O Código de Processo Civil de 2015²⁶, no capítulo acerca das normas fundamentais do processo civil, destaca em seu art. 11 que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”²⁷. Complementa no seu parágrafo único que “nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público”²⁸. No tocante a necessidade de fundamentação da decisão que decreta o segredo de justiça, Theodoro Júnior assim destaca:

Ao princípio da publicidade, por outro lado, se integra a exigência de motivação dos atos decisórios, já que, para a observância do sistema democrático de prestação jurisdicional, não basta divulgar a conclusão do julgado; é indispensável que as razões que a sustentam também sejam explicitadas pelo órgão judicante. Só assim será

²³ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Presidência da República, Rio de Janeiro, 1939.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, DF, [2015].

²⁵ GOMES JUNIOR, L.; FERREIRA, J. S. A. B. N. “O segredo de justiça no novo Código de Processo Civil: análise das principais inovações”, *Revista de Processo: RePro*, 40[250], 2015, p. 133-146.

²⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, DF, [2023].

²⁷ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, DF, [2023].

²⁸ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Presidência da República, Brasília, DF, [2023].

demonstrado que o contraditório efetivo terá sido realizado e respeitado pelo órgão judicial²⁹.

No art. 189 amplia o rol de hipóteses em que se aplica o segredo de justiça nos atos processuais, para além daqueles já apresentados, nos seguintes casos: III - nos processos em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; e, IV- que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo. Foi mantida no §2º do referido artigo, a possibilidade de extração de certidão da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação pelo terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença³⁰.

Neste ponto é importante mencionar que não é pacificado o entendimento jurisprudencial acerca de ser o rol dos processos que tramitam em segredo de justiça exemplificativo ou taxativo, nesse sentido, Marinoni assim se manifesta: "Apesar de eventual divergência jurisprudencial quanto ao rol dos processos que tramitam em segredo de justiça, acredita-se que esse rol é apenas exemplificativo"³¹.

Ademais, ressalta-se que é permitido ao juiz de acordo com o caso concreto, determinar o tramite do processo em segredo de justiça em casos diversos daqueles previstos na lei, o que nos leva a crer que o rol constante no CPC é meramente exemplificativo. Há ocasiões em que o caso concreto se apresenta como passível de tramitação em segredo de justiça, no entanto, se o conteúdo do processo já tiver sido divulgado ao público, dispensa-se a gravação de segredo de justiça nos autos até mesmo em razão da perda de sua finalidade.

Nesse sentido foi que o juiz da 3ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Dr. Flávio Roberto de Souza, indeferiu pedido feito pelo advogado do empresário Eike Batista para que a audiência em que este era acusado de crimes contra o mercado de capitais corresse em segredo de justiça. O indeferimento do juiz se deu em razão do conhecimento prévio do público acerca do assunto e inclusive sobre a existência do processo, de modo que não restaria configurada a interferência a privacidade do acusado.

Contudo, ao mesmo tempo, são dignas de análise as exasperações desse princípio, as quais podem ser igualmente perigosas³². Isso é particularmente visível nos dias de hoje com as tendências midiáticas de promover um verdadeiro "denuncismo", em que a notícia se confunde com entretenimento e promove um sensacionalismo sobre os procedimentos judiciais. Dessa forma, é importante não confundir publicidade com sensacionalismo, pois embora aquela seja uma "[...] garantia política - cuja finalidade é o controle da opinião pública nos serviços da justiça [...]"³³, o sensacionalismo puramente afronta a dignidade humana³⁴.

O direito de informar e o de ser informado não se confundem, estando eles previstos no art. 5º, incisos IV, IX e XIV e no art. 220 da CRFB/1988. Importante ressaltar que a este corresponde a um dever para o indivíduo que informa de prestar informações adequadas e verdadeiras³⁵. Assim, o direito de informar implica num

²⁹ THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, 56. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015, p. 143-144. v. 1.

³⁰ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil, Presidência da República, Brasília, DF, [2023].

³¹ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIEIRO, D. *Código de processo civil comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 243.

³² CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 76.

³³ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 77.

³⁴ Sobre a dignidade humana é interessante o artigo do professor MIRANDA GONCALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justicia do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172.

³⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*, 6. ed, Imprensa, Coimbra, 1993, p. 225.

nível de responsabilidade alta por parte daquele que vincula a notícia, tanta para com os cidadãos como também para os indivíduos cujas vidas são expostas.

Portanto, as notícias devem ser dadas com consciência, tendo em mente sempre as consequências irreparáveis que uma agressão moral pode causar à pessoa humana e tendo atenção para não violar os direitos personalíssimos que são a privacidade e a honra. Compreende-se, com isso, o cuidado que deve ser inerente à atividade jornalística, vez que danos irreversíveis podem ser cometidos contra os indivíduos cujas vidas íntimas são expostas na mídia.

Contudo, o que observamos com frequência é o interesse público ser usado como pretexto para notícias invasivas e sensacionalistas, sendo, por isso, essencial diferenciar o verdadeiro "interesse público" do "interesse do público". Enquanto aquele é fundamento legítimo para o princípio da publicidade, permitindo que o público faça um "controle" dos procedimentos perante os tribunais, este confunde-se com a mera curiosidade e é insuficiente para desnudar a intimidade alheia³⁶.

A partir deste momento, passemos os estudos para a questão processual civil do Reino Unido, atentando-nos à forma que a experiência do terrorismo - contexto com o qual não podemos nos espelhar em nosso ordenamento pátrio - pode definir a maneira como o processo civil do país lida com o princípio da publicidade. De fato, a contextura brasileira produziu uma limitação mais acentuada às limitações ao princípio da publicidade do que aquela que observaremos no Reino Unido, sendo vital compreendermos, primeiramente, o papel das medidas jurídicas de contraterrorismo para o processualismo naquele país.

5. Terrorismo e contraterrorismo: desafios aos direitos humanos

Indubitavelmente, como se pode constatar de maneira fácil nos noticiários atuais, o terrorismo escalonou-se de maneira que agora ocupa o posto de uma das maiores preocupações para a segurança nacional da maioria dos Estados. Comumente é compreendido como os atos de violência que são empregados contra civis, a fim de atingir objetivos políticos ou ideológicos³⁷. Para configurar-se, três elementos principais são necessários:

- a) os atos devem constituir uma ofensa criminal na legislação interna do país (por exemplo, sequestro, assassinato e incêndio);
- b) elas devem ser direcionadas a espalhar o terror entre os civis, objetivando intimidar, coagir ou influenciar a política do país; e
- c) os atos devem ser motivados por razões políticas ou ideológicas³⁸.

O terrorismo tem, por sua essência, amplo impacto nos direitos humanos, em particular nos direitos à vida, liberdade e integridade física. Atos terroristas podem desestabilizar governos, afetar a sociedade civil, pôr em risco a paz e a segurança, ameaçar o desenvolvimento econômico e social e, especialmente, afetar de maneira negativa os grupos mais vulneráveis³⁹.

Por conta desse quadro preocupante de riscos aos direitos humanos à nível global, os Estados trabalharam em fortalecer o arcabouço legal para cooperação internacional contra a ameaça de terrorismo em áreas como: prevenção ao financiamento de atos terroristas, redução do risco de que terroristas tenham acesso a armas de destruição em massa e melhoramento da transmissão de informações

³⁶ Nesse sentido, ver: NAVES, Nilson. "Imprensa investigativa: sensacionalismo e criminalidade". *Revista CEJ*, 20, p. 6-8, 2003.

³⁷ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 10.

³⁸ CASSESE, A. *International Law*. 2. ed. Oxford University Press, Nova York, 2005.

³⁹ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 7.

por autoridades governamentais⁴⁰. Além disso, em 28 de setembro de 2001, criou-se o Comitê de Contraterrorismo nas Nações Unidas, responsável por supervisionar tais medidas. Abordagens regionais também são desenvolvidas no contexto da União Africana, do Conselho Europeu, da União Europeia, da Liga dos Estados Árabes, da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa, da Organização dos Estados Americanos, da Organização das Conferências Islâmicas, da Associação Sul Asiática para a Cooperação regional, dentre outras.

Da mesma forma, na contextura dos Estados, há uma proliferação de legislações de segurança e contraterrorismo, as quais, muitas vezes, que trazem consequências negativas para as liberdades civis e direitos humanos⁴¹. Por conta disso, na Estratégia Global de Contraterrorismo das Nações Unidas - enunciada na Resolução 60/288 - ressalta a necessidade do cumprimento das obrigações internacionais de direitos humanos quando adotam medidas de contraterrorismo⁴².

Antes disso, a própria Assembleia Geral já havia se manifestado pela essencialidade do respeito aos direitos humanos nessas circunstâncias. A Resolução 60/158⁴³ dedicou-se a isso, sendo adequadamente nominada Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais no Combate ao Terrorismo⁴⁴. Nela, ficam claros os deveres dos Estados ao adotarem medidas de contraterrorismo, qual seja atender a suas obrigações de direito internacional no que tange os direitos humanos. Ademais, menção direta é feita ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, lembrando que há direitos não derogáveis e, para aqueles que são, as medidas devem ser de acordo com a lei, com caráter excepcional e temporário⁴⁵.

⁴⁰ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 19.

⁴¹ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 20.

⁴² Segundo a redação da Resolução: "IV. Measures to ensure respect for human rights for all and the rule of law as the fundamental basis of the fight against terrorism - We resolve to undertake the following measures, reaffirming that the promotion and protection of human rights for all and the rule of law is essential to all components of the Strategy, recognizing that effective counter-terrorism measures and the protection of human rights are not conflicting goals, but complementary and mutually reinforcing, and stressing the need to promote and protect the rights of victims of terrorism: 1. To reaffirm that General Assembly resolution 60/158 of 16 December 2005 provides the fundamental framework for the "Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism"; 2. To reaffirm that States must ensure that any measures taken to combat terrorism comply with their obligations under international law, in particular human rights law, refugee law and international humanitarian law". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU. *Resolução 60/288*, ONU, New York, 20 set. 2006.

⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Resolução 60/158*, ONU, New York, 28 fev. 2006.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Resolução 60/158*. 28 fev. 2006.

⁴⁵ Segundo a redação da Resolução: "Stressing that everyone is entitled to all the rights and freedoms recognized in the Universal Declaration of Human Rights without distinction of any kind, including on the grounds of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, 1. Reaffirms that States must ensure that any measure taken to combat terrorism complies with their obligations under international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law; 2. Deplores the suffering caused by terrorism to the victims and their families, and expresses its profound solidarity with them; 3. Reaffirms the obligation of States, in accordance with article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to respect certain rights as nonderogable in any circumstances, recalls, in regard to all other Covenant rights, that any measures derogating from the provisions of the Covenant must be in accordance with that article in all cases, and underlines the exceptional and temporary nature of any such derogations". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Resolução 60/158*, ONU, New York, 28 fev. 2006.

Dessa forma, conforme orientado pela Resolução, no combate ao terrorismo a derrogação e limitação de direitos humanos deve ocorrer segundo os moldes estabelecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual, em seu art. 4º enumera um rol de artigos não passíveis de derrogação⁴⁶ - são eles: o direito à vida; a proteção contra a tortura ou outras formas de tratamento ou de punição desumanas, cruéis ou degradantes; a proibição contra escravidão e servidão; a proibição de aprisionamento por não cumprimento de contrato; a impossibilidade de punições retrospectivas; o direito à ser reconhecido como pessoa perante a lei; e a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Dentre eles, no entanto, não se encontra o art. 14, que referencia o direito à publicidade - o qual, portanto, pode sofrer limitações ou derrogações.

6. Condições para a limitação e derrogação de direitos humanos

Conforme visto acima, pode-se concluir pela possibilidade de limitação de certos direitos, como o direito à liberdade de expressão, à liberdade de assembleia, à liberdade de movimento e de respeito à vida privada. Mas, para impor tais limitações, os Estados devem respeitar certas condições - além do respeito aos princípios de igualdade e não-discriminação, que sempre orientam as condutas no que tange aos direitos humanos. São elas a necessidade de previsão em lei da medida pretendida; a necessidade de atender a um ou mais propósitos específicos e legítimos; e a necessidade da medida em uma sociedade democrática⁴⁷.

Em circunstâncias limitadas, conforme explicita o art. 4º, pode haver, também, derrogação de direitos humanos. É o caso das emergências públicas que ameaçam a vida da nação, as quais devem ser compreendidas como estritamente excepcionais e temporárias. Elas devem afetar a população como um todo e aplicar-se à totalidade, ou parte, do território nacional; ameaçar a integridade física da população, sua independência política, integridade territorial ou a existência de suas instituições indispensáveis para a proteção dos direitos garantidos no Pacto⁴⁸. Tensões ou conflitos internos bem como dificuldades econômicas, por si sós, não constituem ameaça grave e imediata à vida da nação, não servindo para justificar a derrogação.

Portanto, o princípio da publicidade, desde que preenchidas as condições adequadas, pode ser objeto de limitações ou derrogação pelas legislações nacionais. Tal tem sido o caminho adotado em muitas experiências legislativas recentes, especialmente numa retórica de proteção da segurança nacional. Na lei do Ato de Justiça e Segurança, do Reino Unido, houve uma positivação de aparente limitação ao princípio da publicidade. Cabe, portanto, averiguar se, nesse caso, foram

⁴⁶ Conforme explicita o art. 4º: "1. Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18. 3. Os Estados Partes do presente Pacto que fizerem uso do direito de suspensão devem comunicar imediatamente aos outros Estados Partes do presente Pacto, por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, as disposições que tenham suspenso, bem como os motivos de tal suspensão. Os Estados partes deverão fazer uma nova comunicação, igualmente por intermédio do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, na data em que terminar tal suspensão". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, CNE, New York, 16 dez. 1966.

⁴⁷ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 23.

⁴⁸ AMERICAN ASSOCIATION FOR THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (AAICJ). *Siracusa Principles: on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, ICJ, New York, abr. 1985, p. 10.

respeitadas as condições para uma limitação legítima, segundo o Direito Internacional.

7. “Open Justice” e o Ato de Justiça e Segurança (2013)

Conforme antecipado acima, no Reino Unido o princípio recebe a alcunha de *open justice* e, nessa encarnação, consiste no princípio de que os julgamentos devem ser conduzidos em público⁴⁹. Dele decorrem duas normas: que, no processo civil, a parte deve ter acesso às informações essenciais da argumentação do oponente com antecedência; e que a parte deve ser informada dos documentos importantes que o oponente possui – o denominado processo de *disclosure*⁵⁰.

Contudo, a lei do Ato de Justiça e Segurança, de 2013, trouxe inovações para o processo civil com consequências possivelmente preocupantes para os direitos humanos do réu, vez que expandiu a doutrina de Procedimento Material Fechado para o processo civil. Tal doutrina, juntamente com o instituto dos Advogados Especiais, foram introduzidas primeiramente no Reino Unido através da Comissão de Apelações Especiais para a Imigração, cujo Estatuto remonta à 1997 e que é responsável por ouvir apelações de imigrações, deportações ou negação de cidadania quando tais decisões são feitas por razões de segurança nacional⁵¹. A novidade da lei de 2013, contudo, foi a extensão desses institutos para os procedimentos civis⁵².

⁴⁹ TOMKINS, A. “Justice and Security in the United Kingdom”, *Israel Law Review*, 47[3], 2014, p. 305-329, p. 307.

⁵⁰ REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). *Al Rawi et al. v. Security Service et al.* Case number, Londres, 5 abr. 2010, pará. 17-18

⁵¹ TOMKINS, A. “Justice and Security in the United Kingdom”, *Israel Law Review*, 47[3], 2014, p. 305-329, p. 309.

⁵² Dentre os dispositivos mais relevantes da lei: “6 - Declaration permitting closed material applications in proceedings: (1) The court seised of relevant civil proceedings may make a declaration that the proceedings are proceedings in which a closed material application may be made to the court (2) The court may make such a declaration— (a) on the application of— (i) the Secretary of State (whether or not the Secretary of State is a party to the proceedings), or (ii) any party to the proceedings, or (b) of its own motion. (3) The court may make such a declaration if it considers that the following two conditions are met. (4) The first condition is that—(a) a party to the proceedings would be required to disclose sensitive material in the course of the proceedings to another person (whether or not another party to the proceedings), or (b) a party to the proceedings would be required to make such a disclosure were it not for one or more of the following— (i) the possibility of a claim for public interest immunity in relation to the material, (ii) the fact that there would be no requirement to disclose if the party chose not to rely on the material, (iii) section 17(1) of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (exclusion for intercept material), (iv) any other enactment that would prevent the party from disclosing the material but would not do so if the proceedings were proceedings in relation to which there was a declaration under this section. (5) The second condition is that it is in the interests of the fair and effective administration of justice in the proceedings to make a declaration. (6) The two conditions are met if the court considers that they are met in relation to any material that would be required to be disclosed in the course of the proceedings (and an application under subsection (2)(a) need not be based on all of the material that might meet the conditions or on material that the applicant would be required to disclose). [....]8 Determination by court of applications in section 6 proceedings (1) Rules of court relating to any relevant civil proceedings in relation to which there is a declaration under section 6 (“section 6 proceedings”) must secure— (a) that a relevant person has the opportunity to make an application to the court for permission not to disclose material otherwise than to— (i) the court, (ii) any person appointed as a special advocate, and (iii) where the Secretary of State is not the relevant person but is a party to the proceedings, the Secretary of State, (b) that such an application is always considered in the absence of every other party to the proceedings (and every other party’s legal representative), (c) that the court is required to give permission for material not to be disclosed if it considers that the disclosure of the material would be damaging to the interests of national security, (d) that, if permission is given by the court not to disclose material, it must consider requiring the relevant person to provide a summary of the material to every other party to the proceedings (and every other

Tal procedimento opera-se da seguinte forma: o governo, aconselhado pelo Serviço Secreto de Inteligência e Segurança, requer do juiz que parte das evidências de certo caso devem ser “fechadas”, por razões de segurança nacional (art. 8º, 1, c)⁵³. Caso da declaração de Procedimento Fechado seja feita pelo magistrado, a parte não poderá ter acesso à evidência, nem através de seu advogado, sendo que a Corte designará um Advogado Especial, com autorização de segurança adequada para tomar conhecimento do material sensível à segurança nacional. As funções desse advogado serão, primeiramente, questionar a necessidade do Procedimento Fechado para a evidência e, adicionalmente, defender os interesses da parte no que concerne aquele material. Nem a parte nem o público em geral têm acesso, nesses casos, à sentença na integralidade, podendo apenas acessar a parte dos procedimentos que forem abertos⁵⁴. O argumento central do governo nesses casos é de que os direitos humanos básicos da parte não seriam cerceados se ela tiver acesso às alegações contra ela feitas e não necessariamente às evidências em si⁵⁵.

Analisando a lei frente às condições de limitação das normas de direitos humanos nos moldes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, identificamos, de pronto, o atendimento ao requisito de previsão legislativa. Ela é configurada quando: há acessibilidade dos indivíduos à lei, para que eles saibam dos seus direitos e das respectivas limitações; e que a norma deve ser redigida de forma que ofereça precisão suficiente para que os indivíduos possam regular suas condutas⁵⁶. Lembra-se, ainda, que, como não estamos diante de procedimentos penais, não se faz necessária a aplicação do princípio da não-retroatividade.

Com relação à necessidade de haver um objetivo legítimo almejado pela lei, ele varia de acordo com o direito sujeito à limitação e com as circunstâncias da emergência em geral. Geralmente dizem respeito à segurança nacional, segurança

party's legal representative), (e) that the court is required to ensure that such a summary does not contain material the disclosure of which would be damaging to the interests of national security. [...] 9 Appointment of special advocate (1) The appropriate law officer may appoint a person to represent the interests of a party in any section 6 proceedings from which the party (and any legal representative of the party) is excluded. (2) A person appointed under subsection (1) is referred to in this section as appointed as a “special advocate”. (3) The “appropriate law officer” is— (a) in relation to proceedings in England and Wales, the Attorney General, (b) in relation to proceedings in Scotland, the Advocate General for Scotland, and (c) in relation to proceedings in Northern Ireland, the Advocate General for Northern Ireland. (4) A person appointed as a special advocate is not responsible to the party to the proceedings whose interests the person is appointed to represent. (5) A person may be appointed as a special advocate only if— (a) in the case of an appointment by the Attorney General, the person has a general qualification for the purposes of section 71 of the Courts and Legal Services Act 1990, (b) in the case of an appointment by the Advocate General for Scotland, the person is an advocate or a solicitor who has rights of audience in the Court of Session or the High Court of Judiciary by virtue of section 25A of the Solicitors (Scotland) Act 1980, and (c) in the case of an appointment by the Advocate General for Northern Ireland, the person is a member of the Bar of Northern Ireland”. REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013.

⁵³ REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013.

⁵⁴ TOMKINS, A. “Justice and Security in the United Kingdom”, *Israel Law Review*, 47[3], 2014, p. 305-329, p. 309.

⁵⁵ Um exemplo dessa linha de argumentação pode ser identificada nas opiniões dos Lords do caso *AF et al. v. Secretário de Estado*: “It is quite possible for the court to provide the controlled person with a sufficient measure of procedural protection even though the whole evidential basis for the basic allegation, which has been explained to him, is not disclosed”. REINO UNIDO. House of Lords. *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment on the Cases of Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. AF (FC) (Appellant) (Civil Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) et al.* Case number, Londres, 31 out. 2007, pará. 74.

⁵⁶ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 23-24.

pública, ordem pública, saúde, moral e os direitos humanos de outros⁵⁷. No caso da lei do Reino Unido, o objetivo se mostra legítimo, vez que consiste na segurança nacional⁵⁸.

Por fim, a necessidade em uma sociedade democrática, na prática, significa demonstrar que a limitação é necessária e proporcional⁵⁹ para alcançar os objetivos imediatos e emergenciais⁶⁰. Tal ponto permite, por sua natureza, maiores discussões e argumentações para ambos os lados. Contudo, a condição estabelecida no art. 6(5) de que a Corte que apreciar o caso deve estar satisfeita de que a declaração de Procedimento Fechado “é feita no interesse da administração justa e efetiva da justiça (tradução nossa)” parece apontar para uma ponderação no uso do instituto nos procedimentos civis. Isso, somado à consolidada visão da essencialidade do princípio de open justice na jurisprudência do Reino Unido⁶¹, denota que, aliado à existência de previsão legal e objetivo legítimo, haverá juízo de necessidade e proporcionalidade, também, no momento da aplicação da lei ao processo civil⁶².

8. CONCLUSÃO

Frente aos desafios que o terrorismo traz para as sociedades modernas, as questões concernentes aos direitos humanos do réu não podem ser postas em segundo plano – o Brasil, em sua posição privilegiada de não lidar diretamente com tal situação não pode equiparar sua experiência à de países que lidam com a questão. Mas isso não nos abstém do dever, que é encargo de todos os observadores internacionais e da doutrina, de nos atentarmos aos desenvolvimentos legislativos nas nações que, sim, convivem com o terrorismo, a fim de evitar excessos e abusos que podem comprometer, até mesmo, as legislações animadas pelos propósitos mais altos. Assim, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como suas interpretações subsequentes, oferece uma linha de análise para identificar se estamos ou não diante de limitações ou derrogações legítimas de direitos humanos.

O Ato de Justiça e Segurança trouxe a polêmica e sensível expansão de uma doutrina que exige cuidados extras para evitar excessos ou a sua instrumentalização para fins meramente políticos. Conforme é necessário por sua natureza de limitação do direito à publicidade – que serve como uma notória garantia da justiça dos procedimentos –, há uma previsão legal e um legítimo objetivo imediato. No que diz respeito à sua necessidade em uma sociedade democrática – ou seja, ao juízo de necessidade e proporcionalidade – questionamentos maiores são possíveis.

Assim, especial destaque merece o art. 6(5), bem como a tradicional jurisprudência quanto ao princípio de *open justice*, já que, através deles, indica-se uma tendência à realização de adequados estudos quanto à necessidade e à proporcionalidade. Caberá, portanto, às Cortes garantir que a lei seja aplicada de maneira correta para que, dessa forma, ela possa atingir seu objetivo maior de ser um Ato não apenas de segurança, mas, também, de justiça.

⁵⁷ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 24.

⁵⁸ REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013.

⁵⁹ Sobre o princípio de proporcionalidade dos direitos, vid. MIRANDA GONCALVES, R. “Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 8, n. 2, 2021, pp: 1-18.

⁶⁰ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*. ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008, p. 24-25.

⁶¹ Ver, por exemplo, a decisão da Corte de Apelações no caso *Al Rawi et al. v. Security Service et al.* REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). *Al Rawi et al. v. Security Service et al.* Case number, Londres, 5 abr. 2010, pará. 17-18

⁶² TOMKINS, A. “Justice and Security in the United Kingdom”, *Israel Law Review*, 47[3], 2014, p. 315-320.

REFERÊNCIAS

- ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Direitos humanos, terrorismo e luta contra o terrorismo*, ONU, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, Genebra, 2008.
- AMERICAN ASSOCIATION FOR THE INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS (AAICJ). *Siracusa Principles: on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, ICJ, New York, abr. 1985. Disponível em: <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/1984/07/Siracusa-principles-ICCPR-legal-submission-1985-eng.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.
- BENTHAM, J. *Ouvres de J. Behtham, Jurisconsult Anglais*, Loius Hauman et Compagnie, Bruxelas, 1830.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]*, Presidência da República, Brasília, DF, 2023. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil, Presidência da República, Rio de Janeiro, 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 21 out. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil, Presidência da República, Brasília, DF, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 21 out. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil, Presidência da República, Brasília, DF, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 out. 2023.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*, 6. ed. Imprensa, Coimbra, 1993, p. 225.
- CASSESE, A. *International Law*, 2. ed. Oxford University Press, Nova York, 2005.
- CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*, 25. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2009.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Câmara de Julgamentos. *Sentença nº 1914/02*, Arrêt, Estrasburgo, 12 nov. 2007.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Câmara de Julgamentos. *Sentença nº 52*, San Jose da Costa Rica, 30 maio, 1999.
- GOMES JUNIOR, L.; FERREIRA, J. S. A. B. N. "O segredo de justiça no novo Código de Processo Civil: análise das principais inovações", *Revista de Processo: RePro*, 40[250], 2015, p. 133-146.
- GONÇALVES, M. V. R. *Direito processual civil esquematizado*, (Pedro Lenza coord.), 6. ed. Saraiva, São Paulo, 2016.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIEIRO, D. *Código de processo civil comentado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.
- MIRANDA GONCALVES, R. "La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19", *Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, 2020, pp. 148-172.
- MIRANDA GONCALVES, R. "Consideraciones sobre el principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales: mención especial a la videovigilancia masiva",

- Revista de Direito da Faculdade Guanambi, v. 8, n. 2, 2021, pp: 1-18.
- NAVES, Nilson. "Imprensa Investigativa: sensacionalismo e criminalidade". *Revista CEJ*, 20, p. 6-8, 2003.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança da ONU. *Resolução 60/288*, ONU, New York, 20 set. 2006. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288. Acesso em: 07 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral da ONU. *Resolução 60/158*, ONU, New York, 28 fev. 2006. Disponível em: <http://www.refworld.org/pdfid/4459bfa92.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, OHCHR, New York, 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*, CNE, New York, 16 dez. 1966. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, CIDH, San José, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.
- REINO UNIDO. House of Lords. *Scott et al. v. Scott: apelação nº AC 417*, London, 5 maio 1913.
- REINO UNIDO. House of Lords. *Opinions of the Lords of Appeal for Judgment on the Cases of Secretary of State for the Home Department (Respondent) v. AF (FC) (Appellant) (Civil Appeal from Her Majesty's High Court of Justice) et al.* Case number, Londres, 31 out. 2007.
- REINO UNIDO. Court of Appeal (Civil Division). *Al Rawi et al. v. Security Service et al.* Case number, Londres, 5 abr. 2010.
- REINO UNIDO. *Justice and Security Act*. Londres, 25 abr. 2013. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/18/pdfs/ukpga_20130018_en.pdf. Acesso em: 08 jul. 2021.
- SPIGELMAN, J.J. "The principle of open justice: a comparative perspective", *UNSW Law Journal*, 29[2], 2006, p. 147-166.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*, 56. ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015. v. 1.
- TOMKINS, A. "Justice and Security in the United Kingdom", *Israel Law Review*, 47[3], 2014, p. 305-329.
- TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, ECHR, Roma, 4 nov. 1950. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

©**Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 232-250
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Delincuencia y seguridad de las apps afectivo-sexuales, con base en la etnografía realizada en el Proyecto Enrolla2

Crime and safety of sexual affective apps, based on the ethnography conducted in the Enrolla2 Project

R. Rebeca Cordero Verdugo¹

Universidad Europea de Madrid

Jorge Ramiro Pérez Suárez²

Universidad Europea de Madrid

David Pavón Herradón³

Universidad Europea de Madrid

Antonio Silva Esquinas⁴

Universidad Europea de Madrid

Sumario: 1. Introducción. 2. Aproximación a algunas de las tipologías delictivas observadas en la ciberesfera de las apps afectivo-sexuales. 3. En particular, la revelación de la intimidad o uso indebido de datos que conforman la intimidad del usuario. 4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas propietarias de las apps. Ética empresarial, *compliance* e inteligencia artificial. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen: Los Proyectos "Enrolla2 Generación X Percepciones de Seguridad y Actitudes de Riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales (CIPI/20/091)" y "La gestión del deseo en tiempos del COVID (CIPI/20/159)" tenían como respectivos objetivos, estudiar la percepción de la seguridad, su incidencia en el nivel de victimización y los riesgos para la salud de los individuos en las aplicaciones afectivo-sexuales; y conocer las motivaciones que han llevado a los mismos a usar apps afectivo-sexuales durante el confinamiento. Se observaron diferentes niveles de seguridad en las apps,

¹ Profesora Titular en Sociología Aplicada de la Universidad Europea de Madrid. Investigadora Principal del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid.

² Profesor Titular de Criminología Aplicada a Espacios Digitales de la Universidad Europea de Madrid. Investigador del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid.

³ Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Europea de Madrid. Investigador del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid.

⁴ Antonio Silva Esquinas, Profesor Adjunto en Criminología de la Universidad Europea de Madrid. Investigador del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid.

dependiendo del tratamiento de los datos de los usuarios, la existencia de actitudes de hostigamiento y la emergencia de un mercado de droga digital. Jurídicamente, se presume necesario mejorar la protección de los usuarios, potenciales víctimas de delitos -singularmente identificados, especialmente llamativo en el caso de la revelación de la intimidad- y, asimismo, incentivar la cultura de la prevención o *compliance* con respecto a las entidades propietarias de dichas plataformas. Precisamente por ello, en esta ocasión⁵ se hará especial hincapié en este último aspecto, la responsabilidad de la persona jurídica, la Ética Empresarial, los *Compliance Program* y la Inteligencia Artificial.

Palabras clave: Etnografía digital, aplicaciones afectivo-sexuales y revelación de la intimidad, responsabilidad de la persona jurídica, Ética Empresarial, *Compliance* e Inteligencia Artificial.

Abstract: The Projects "Enrolla2 Generation X Security Perceptions and Risk Attitudes in individuals belonging to the Generation X linked to the use of affective-sexual computer applications (CIPI / 20/091)" and "The management of desire in times of COVID (CIPI / 20/159)" had as their respective objectives, to study the perception of security, its incidence in the level of victimization and the risks to the health of individuals in affective-sexual applications; and to know the motivations that have led them to use affective-sexual apps during lockdown. Different levels of security were observed in the apps, depending on the treatment of user data, the existence of harassing attitudes and the emergence of a digital drug market. Legally, it is understood as necessary to improve the protection of users, potential victims of crime -individually identified, especially striking in the case of the revelation of intimacy- and, likewise, encourage the culture of prevention or compliance with respect to the companies that own said platforms. Precisely for this reason, on this occasion special emphasis will be placed on this last aspect, the responsibility of the legal entity, Business Ethics, the Compliance Program and Artificial Intelligence.

Keywords: Digital ethnography, affective-sexual apps and revelation of intimacy, responsibility of the legal entity, Business Ethics, Compliance and Artificial Intelligence.

1. Introducción

Son varios los estudios que de manera previa al presente se han llevado a cabo dando lugar a diferentes publicaciones⁶, en torno a la circunstancia de la proliferación y expansión de las redes sociales que se ha producido en los últimos años y, en particular, de las denominadas *apps* informáticas afectivo-sexuales.

Estas aplicaciones son, sin duda, una nueva forma de comunicación e interacción de las personas, con todo lo positivo que ello conlleva, pero de igual manera, se han convertido en un nuevo ámbito o contexto de proliferación de posibles delitos, aspecto lógicamente negativo.

Acerca de esta problemática, como se ha indicado, se han realizado con carácter previo al presente, algunos análisis jurídicos de los riesgos que pueden tener lugar para los usuarios de estas plataformas de contacto y, de la misma forma,

⁵ Algunas partes de este trabajo ya han sido previamente publicadas.

⁶ Vid. SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A.R., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R.R. Y PÉREZ SUÁREZ, J.R., "Ciberdelincuencia violeta. Análisis jurídico con perspectiva de género en base a la etnografía del Proyecto Enrolla2", en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, vol. 74, Legis Editores, Colombia, 2021, pp. 5-40. PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., "Victimización de los usuarios de las aplicaciones afectivo-sexuales y cultura de compliance", en *Revista Vox Juris*, vol. 41, núm. 2, Universidad San Martín de Porres, Perú, 2023.

algunos análisis relacionados con las principales figuras delictivas que se producen en ciertas redes sociales, todo ello fruto de la observación y análisis llevados a cabo en los proyectos "Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en "millennials" vinculadas al uso de apps informáticas afectivo-sexuales", del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea en Madrid (con el código Enrolla2 2018/UEM34, financiado por la Universidad Europea)⁷, estudio circunscrito hasta usuarios de edad no superior a los 35 años (desde los 18); y "Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales (CIPI/20/091)", (con el código Enrolla2 2020/UEM19, financiado por la Universidad Europea)⁸, referido en esta ocasión a usuarios con edades superiores a los 36 años y hasta los 50.

Este estudio se complementó con el denominado "La gestión del deseo en tiempos del COVID (CIPI/20/159)"⁹, también del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales, centrado en conocer las motivaciones que han llevado a los individuos a usar apps afectivo-sexuales durante el confinamiento. Tanto este estudio como el que precede, el relativo a la Generación X, se retroalimentan metodológicamente, mediante un diseño de métodos mixtos: etnografía digital abierta multisituada en estas apps, entrevistas a usuarios, micro-encuestas en redes sociales y encuestas a personas que usaron estas apps en el confinamiento.

Sin perjuicio del estudio de los riesgos existentes para estos usuarios y de los singulares comportamientos delictivos observados con respecto a los mismos, a través de estos proyectos pone también especial énfasis en el estudio de la seguridad de las apps, entendido precisamente como uno de los principales agentes generadores de la puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos titularidad de los usuarios de las aplicaciones e, incluso, de titularidad o interés general o carácter supraindividual.

El punto de partida de este nuevo medio delictivo es asumir que en el entorno digital tienen lugar o se producen los mismos delitos que en el ámbito analógico. Aún más, ciertamente puede considerarse que en contexto digital tienen lugar con mayor facilidad los delitos que en medio analógico, si se tiene en cuenta el anonimato o falsa sensación de seguridad que la víctima percibe como consecuencia de los filtros que, en apariencia, tienen las aplicaciones¹⁰.

De este modo, son muchas las figuras delictivas identificadas que se producen en el contexto de las aplicaciones informáticas afectivo-sexuales, esencialmente los que tienen que ver con la personalidad, la intimidad personal, la libertad en general y la libertad sexual en particular, lo cual se traduce en delitos tales como: la recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*), *creepshots*, *upskirting*, *digital voyeurism*, *doxing* o *doxxing*, *cyber stalking*, *cyber bullying*, suplantación de identidad (*impersonation*), *hacking*, *cracking*, *amenazas de violencia* (*threats of violence*) o estafas.

Como ya se ha tenido ocasión de exponer en estudios previos al presente¹¹, algunos de estos comportamientos tienen un fácil encaje desde el prisma de la dogmática penal y el Derecho positivo, al identificarse el respectivo comportamiento

⁷ En concreto, se analizaron seis apps afectivo-sexuales: *Tinder*, *Grindr*, *Badoo*, *Lovoo*, *Wapa* y *Wapa* (Silva *et al*, 2018).

⁸ En concreto se analizaron cinco apps afectivo-sexuales: *Meetic*, *Pof*, *Lumen*, *Wapa* y *Wapo* (Silva *et al*, 2020).

⁹ Vid. CORDERO VERDUGO, R.R., PÉREZ SUÁREZ, J.R. Y SILVA ESQUINAS, A., "La gestión del deseo afectivo-sexual en la crisis de la Covid-19", en *La vida cotidiana en tiempos de la COVID. Una antropología de la pandemia*, Del Campo Tejedor, A., (coord.) y AA.VV., Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021, pp. 201-225.

¹⁰ SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A.R., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R.R. Y PÉREZ SUÁREZ, J.R., "Ciberdelincuencia... cit., p. 6.

¹¹ PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., "Victimización... cit.

con alguna de las figuras delictivas descritas en el Código Penal español. Sin embargo, muchos de esos delitos, entre los que se encuentra, por ejemplo, el de recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*), no tienen sencilla identificación en la norma penal sustantiva, por lo que debe acudir a figuras clásicas de aplicación subsidiaria a falta de un tipo penal concreto, como ocurre paradigmáticamente con el delito de coacciones, ya asumido doctrinalmente como un tipo de recogida¹².

Tal es el avance de estos fenómenos criminales que, incluso, se ha llegado a comprender a tenor de los anteriores comportamientos, la existencia de una nueva forma de violencia de género, llevada a cabo por medio del medio tecnológico en general¹³ y, en particular, de estas *apps* afectivo-sexuales, ya denominadas por organismos internacionales como el Parlamento Europeo "*Cyber violence and hate speech online against women*"¹⁴.

En atención a esta fenomenología, es esencial la labor que han de desempeñar las personas jurídicas propietarias de las aplicaciones. En este sentido, la actividad que gira en torno a las mismas debería reposar sobre los postulados de una correcta ética corporativa, pudiendo incurrir, en todo caso, en responsabilidad penal como consecuencia de los delitos que pudieran producirse en el seno de las mismas por razón de la interacción de los usuarios a través de las mismas.

Precisamente con relación a la posible responsabilidad de la persona jurídica, conviene recordar cómo la misma se introdujo en la norma penal sustantiva¹⁵ introdujo en el año 2010, por medio de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010¹⁶, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual fue objeto de posterior modificación a través de la Ley Orgánica 1/2015¹⁷. La mencionada regulación tiene su *ratio legis*, en la evitación, en la medida de lo posible, de riesgos para los bienes jurídicos más importantes en el ámbito o contexto de la actividad empresarial, adoptándose este nuevo sistema de responsabilidad, a consecuencia del cual surge el llamado "*Corporate Compliance*", entendido como un conjunto de buenas prácticas y procedimientos ideados para la localización de riesgos de producción de ilícitos en el seno o en el contexto de la persona jurídica, ya a nivel interno, por su personal, ya por terceros ajenos a la misma, y para la generación de mecanismos de alerta, prevención, gestión, control y respuesta frente a tales riesgos o comportamientos. Sistemas de prevención de riesgos penales que, además, han generado el surgimiento y auge de la primeramente mencionada ética corporativa, encaminada a la generación de una cultura de valores y principios que informen favorablemente de la reputación de la empresa y de su compromiso para con los derechos individuales y colectivos¹⁸.

Con respecto a todo ello, a nivel internacional existen normas de estandarización y normativización en torno a la conformación de los llamados

¹² Por todos, PAVÓN HERRADÓN, D., "Amenazas y coacciones", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 100.

¹³ Sobre los delitos de violencia de género en el contexto tecnológico, Vid. MÉNDEZ HERNÁNDEZ, M., "Los delitos de violencia de género a través de medios telemáticos", en Ortega Burgos, E., (dir.), Andújar, J., Imbroda B.J., Tuero, J.A., Frago Amada, J.A. (coords.) y AA.VV., *Actualidad Penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 471-488.

¹⁴ Así se denomina el estudio publicado por Van Der Wilk para el Parlamento Europeo en junio de 2018. Accesible en (último acceso 29-01-2023): [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU\(2018\)604979_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)

¹⁵ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 25 de noviembre de 1995.

¹⁶ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

¹⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

¹⁸ En estos términos ya se expresó en PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., "Victimización... cit.

Sistemas de Gestión de Compliance, concretamente, a través de la norma ISO 19600, sustituida en 2021 por la ISO 37301, e igualmente, de estandarización y normativización de sistemas del *Compliance Penal*, a través de la ISO 19601, desarrollada en España a través de la correspondiente UNE¹⁹.

2. Aproximación a algunas de las tipologías delictivas observadas en la ciberesfera de las apps afectivo-sexuales

De los estudios etnográficos “*Enrolla2 Millenials*” y “*Enrolla2 Generación X*”, se han detectado la concurrencia de ciertos tipos delictivos en las aplicaciones afectivo-sexuales, en ocasiones sin clara respuesta legal por parte de la norma penal sustantiva²⁰:

- La recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*):

La recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos es un fenómeno que no presentaría clara respuesta desde la norma penal española, pues no todos los supuestos encajan, entre otros, en el fenómeno del *sexting* no solicitado, cuyo tratamiento se produciría ex art. 197.7 CP, protector de la intimidad, ni en el delito de provocación sexual del art. 186²¹, este último sistematizado en el Capítulo IV (“De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual”), Título VIII (“Delitos contra la libertad sexual”).

En todo caso, la ausencia de una específica tipificación de este fenómeno en el caso de mayores de edad requeriría del correspondiente tratamiento jurídico-penal. Debe tenerse en cuenta que, pese a ser habitual la recepción de este tipo de imágenes por los usuarios de las apps afectivo-sexuales, ello no lo convierte en un comportamiento tolerable y, menos aún, tal normalización no lo convierte en una acción que deje de atentar contra concretos intereses dignos de tutela.

Por su parte, la pornografía de venganza consiste en el acceso, uso y difusión de material de naturaleza sexual (contenidos gráficos o videos privados) sin consentimiento o, incluso, sin conocimiento de quien aparece en el mismo.

Se trata de unos comportamientos que quedaría incluidos dentro del grupo de delitos que conciernen a la intimidad de la persona²², concretamente, en el art. 197.7, dentro del Capítulo I (“Del descubrimiento y revelación de secretos”) del Título X (“Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”) CP.

- *Creepshots, Upskirting, digital voyeurism*:

Se incluye en este fenómeno *Creepshots* la toma de fotografías o vídeos sexualizados o de las áreas privadas de la persona sin su consentimiento, compartiéndolo posteriormente en línea.

El denominado *upskirting* se refiere a la acción por la que una persona realiza una fotografía por debajo de la ropa de una persona (una falda) sin su permiso,

¹⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la UNE 19601. Sistemas de Gestión de Compliance Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

²⁰ En lo sucesivo, SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A.R., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R.R. Y PÉREZ SUÁREZ, J.R., “Ciberdelincuencia... cit., y PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., “Victimización... cit.

²¹ Vid. PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., “Delitos de exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución y explotación sexual, y corrupción de menores”, en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 179 y ss.

²² Vid. GORJÓN BARRANCO, M^a.C., “Descubrimiento y revelación de secretos”, en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y VV.AA., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 211 y ss.

estando recogido específicamente como delito en Inglaterra y Gales, no tanto así en el modelo español, tal y como desarrollaremos a continuación.

El voyeurismo digital consiste en la práctica de observar en el entorno virtual a otras personas involucradas en conductas íntimas u acciones que generalmente se consideran de naturaleza privada.

Conforme al Código Penal, se trataría de comportamientos que quedarían incluidos dentro del grupo de delitos que conciernen a la intimidad personal²³, en esta ocasión en los arts. 197.1, 3, 5 y 6 de la norma penal española. La falta de una regulación expresa o singularizada de los anteriores comportamientos, hace que los mismos encajen en la descripción típica general del delito de descubrimiento y revelación de secreto de persona física, contenido en el precitado art. 197.

- *Doxing o doxxing y cyber stalking:*

El comportamiento conocido como *doxing*, se refiere a investigar, manipular y publicar información privada sobre un individuo sin su consentimiento, para exponerle públicamente, avergonzarle e incluso, acceder y atacar a la persona en la vida real, a fin de acosarle o ejercer otros tipos de abuso.

A diferencia del anterior, el *cyber stalking* (acecho u hostigamiento cibernético) es la acción de espiar o recopilar información online sobre una persona y comunicarse con ella en contra de su voluntad. Este tipo de comportamientos se observan fundamentalmente por quien ha sido una pareja íntima.

Todo lo anterior puede resumirse en llevar a cabo una forma de acoso u hostigamiento a través de Internet, que tendría cabida, ante la ausencia de un tipo más específico que regulase este fenómeno delictivo, dentro de delitos contra la libertad²⁴, como una forma de coacción del art. 172 CP español, o como una forma de coacción del art. 172.ter, ambos ubicados en el Capítulo III ("De las coacciones") del Título IV ("Delitos contra la libertad"), ante la ausencia de un tipo más específico que regulase este fenómeno delictivo²⁵.

- *Cyber bullying:*

El *cyber bullying* (acoso cibernético, también descrito como *harassment* o acoso), consiste en un comportamiento reiterado en virtud del cual se utiliza contenido textual/escrito o gráfico con el objetivo de asustar y socavar la autoestima o la reputación de una persona.

Estas formas de acoso cibernético no están particularmente protegidas en el CP español como tales, sino que la protección que puede dispensarse frente a dichos comportamientos reside en varios de sus preceptos, aplicables según los casos. A este respecto, debe señalarse cómo por *acoso (harassment)* pueden comprenderse los actos de acoso a través de la ciberesfera más aislados, que atentan no obstante contra la integridad moral de la víctima, mientras que por *cyber bullying*, nos hallamos ante situaciones de acoso continuado en el tiempo entre menores a través de la Red²⁶. En todo caso, la integridad moral no es el único interés legal puesto en peligro o lesionado a través de estas formas de acoso, sino que el mismo puede convivir con otros bien diversos, en atención a los concretos comportamientos que hayan sido llevados a cabo por el sujeto activo.

Así, la respuesta punitiva en aras a la protección de los diferentes bienes jurídicos viene dada, según los casos, por las figuras delictivas contenidas en el art.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Vid. PAVÓN HERRADÓN, D., "Amenazas... cit.", pp. 97 y ss.

²⁵ No obstante, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, en tramitación en las Cortes Españolas, está prevista la eliminación de la exigencia de la alteración grave de la vida cotidiana de la víctima como resultado típico. Accesible en: <http://www.igualdad.gob.es/Documents/APLOGarantia%20de%20la%20Libertad%20Sexual.pdf>

²⁶ Vid. MIRANDA GONCALVES, R. "La infancia y la adolescencia en la era digital: nuevos retos para la garantía de sus derechos", *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, v. 4, n. 42, 2023, pp. 465-489.

173.1, párrafo primero, en referencia a la integridad moral como interés a proteger²⁷, el art. 172 ter, como respuesta a la limitación coactiva de la libertad de la víctima²⁸, los arts. 169 y 171, también como forma de proteger la libertad del individuo frente a comportamientos catalogables como de amenazas (*ibidem*), el art. 184, cuando se trate de proteger la libertad o indemnidad sexuales de la víctima ante episodios de acoso sexual²⁹, e incluso el art. 197, cuando pretenda darse cobertura a la intimidad de la víctima, ante una acción tendente al descubrimiento y revelación de secretos de la misma³⁰.

- *Catfish* o suplantación de identidad (*impersonation*):

El fenómeno del *catfish* consiste en una forma de usurpación de la personalidad (*impersonation*), la cual tiene lugar en el ámbito de las redes sociales, especialmente en las relacionadas con las *apps* afectivo-sexuales, creando una cuenta falsa o un perfil falso, incluso con una identidad de género diferente o simulando una edad determinada, circunstancias de las que incluso puede depender la posibilidad de participar en las *apps*.

En ocasiones, la suplantación de identidad se produce creando una cuenta falsa o perfiles falsos (*catfish*) en estas *apps* afectivo-sexuales, con una identidad de género diferente, para lo que se toman fotos encontradas en la aplicación.

Es el proceso de robar la identidad de una persona para amenazar o intimidar, así como para desacreditar o dañar la reputación de un usuario. Se trata de una figura delictiva contenida en el art. 401 CP español, dentro del Capítulo IV ("De la usurpación del estado civil"), del Título XVIII ("De las falsedades"); por tanto, de un delito de naturaleza falsaria.

- *Hacking* y *cracking*:

Ambos se refieren al acto de interceptar comunicaciones y datos privados, en forma de piratería a través de cámaras web (*hackear* o *crackear*). Teniendo ello presente, el *hacking* haría referencia a la técnica de acceder a un sistema informático sin la correspondiente autorización, mientras que el *cracking* a las formas de inutilizar sistemas de protección sobre una aplicación informática.

Comenzando por el *hacking*, el Código Penal español dispensaría cobertura protectora a través del art. 197 bis, esto es, se configura, dentro de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos³¹, como una forma de protección de la intimidad; y lo hace incluyendo dos posibles modalidades de comisión: como aquel llevado a cabo por quien, por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo; y mediante la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado.

En cuanto al *cracking*, la respuesta penal protectora viene dada por el art. 264, que contiene un tipo específico de daños (conocido como delito de *sabotaje informático*), referidos a los de origen o medio informático, siendo, pues, su naturaleza, en contraste con la del delito de *hacking*, netamente patrimonial y, por

²⁷ Vid. CARUSO FONTÁN, V., "Tortura y otros medios contra la integridad moral", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 115 y ss.

²⁸ PAVÓN HERRADÓN, D., "Amenazas... cit.", pp. 97 y ss.

²⁹ Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Agresión, abuso y acoso sexual", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 161 y ss.

³⁰ GORJÓN BARRANCO, M^a.C., "Descubrimiento... cit.", 211 y ss.

³¹ *Ibidem*.

consiguiente, no atentatoria de la intimidad de forma directa³². Concretamente, la ubicación sistemática del precepto se encuentra dentro del Capítulo IX ("de los daños"), del Título XIII ("De los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico") del Código Penal.

- *Amenazas de violencia (threats of violence)*:

Las amenazas de violencia (incluidas amenazas de violación, amenazas de muerte, etc.) consisten en el anuncio de un mal futuro ilícito que es posible, impuesto y determinado con la finalidad de causar inquietud o miedo sobre una persona o sus descendientes y familiares. También se incluye la incitación a la violencia física o avisos falsos a servicios de emergencia o policía (*swatting*).

El tratamiento protector que dispensa el Código Penal español en estos supuestos, en cuanto a las amenazas señaladas, es el previsto en los arts. 169 y 171, especialmente en el primero de ellos³³, abordados para el estudio del acoso (*harassment*) y del *cyber bullying*, por lo que habrá de remitirse a lo allí indicado.

- El discurso de odio sexista y el empleo de comentarios sexistas e insultantes:

El discurso de odio sexista se define como expresiones que propagan, incitan, promueven o justifican el odio por motivos de sexo. Este tipo de expresiones son tuteladas, fundamentalmente, en el art. 510.1 CP español³⁴, dentro de la Sección 1ª ("De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución"), del Capítulo IV ("De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas"), del Título XXI ("Delitos contra la Constitución").

- Estafas:

En ocasiones se solicita a los usuarios de las *apps* excesiva información acerca de las circunstancias familiares y económicas, al menos así lo parece en orden al establecimiento de afinidades, extremo que puede favorecer o incentivar comportamientos de naturaleza defraudatoria, como pueden ser los timos, estafas desde un punto de vista técnico-jurídico. Efectivamente, como consta en los mencionados estudios etnográficos, algunas *apps* solicitan a los usuarios un elevadísimo número de datos de carácter personal, que alcanzan incluso el conocimiento sobre los ingresos que perciben regularmente por razón del trabajo, así como otras circunstancias que pueden delatar, directa o indirectamente, estados sociales o económicos concretos de la persona, como por ejemplo, entre otros, el estado civil del usuario o sus familiares, el orden de nacimiento cuando el usuario tiene hermanos, si se poseen vehículos o si se consumen drogas.

Los conocidos como timos en el contexto de las *apps*, encuentran su acomodo normativo en los artículos 248 y siguientes de la norma penal sustantiva, donde se regula el delito de estafa. Básicamente se producen, conforme al Código Penal español, cuando, a través de un engaño, se logra provocar un error en un tercero, a consecuencia del cual éste lleva a cabo una disposición patrimonial, dañando dicho patrimonio. Para que este engaño tenga relevancia desde la perspectiva penal, debe presentarse como bastante, es decir, como una maniobra no burda o absurda, o fácilmente apreciable como falsa, sino con la entidad suficiente como para provocar en un sujeto medio la creencia de su veracidad o verosimilitud, siendo la consecuencia directa de ello ese actuar bajo engaño, esto es, bajo error.

De este modo, como se dice, quedarían fuera del engaño relevante a los efectos de la estafa, aquellos que se fundan en un error burdo o evidente. En conexión con ello, como nos recuerda DOPICO GÓMEZ-ALLER, "*Por llamativo que*

³² Vid. PEDREIRA GONZÁLEZ, F.Mª., V., "Daños", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 303 y ss.

³³ PAVÓN HERRADÓN, D., "Amenazas... cit.", pp. 97 y ss.

³⁴ RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., "El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en perspectiva tras la reforma penal de 2015", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª época, núm. 12, 2014, pp. 165 y ss.

*parezca, existen mentiras permitidas, afirmaciones falsas que se toleran en el tráfico, como el llamado dolus bonus o la exagerada ponderación de las virtudes de la cosa por parte del vendedor. Se trata de actos socialmente adecuados, de riesgos permitidos en el tráfico*³⁵. Trasladada la cuestión al campo objeto de estudio, podrían llegar a comprenderse que determinadas exageraciones que se producen por algunos usuarios en el contexto de las *apps* afectivo-sexuales, podrían considerarse como admisibles si, con una valoración imparcial y ponderada, pudiera llegar a comprenderse una limitada capacidad de afectación patrimonial en el engaño.

3. En particular, la revelación de la intimidad o uso indebido de datos que conforman la intimidad del usuario

Como se desprende especialmente del estudio realizado de las *apps* afectivo-sexuales con respecto a la llamada "*Generación X*", existe un exceso de información que es solicitada a los usuarios de las aplicaciones. Se trata uno de los puntos más controvertidos generador de situaciones de riesgo para importantes intereses y bienes jurídicos de los particulares.

Ello, que tiene lugar especialmente en algunas de estas aplicaciones, supone un traslado de información exagerado, que involucra a sus circunstancias personales y familiares, al igual que, incluso, a sus circunstancias económicas. Se trata de una información solicitada al objeto del establecimiento de afinidades entre usuarios, pero que, a la vista de la importancia cualitativa y cuantitativa de los datos, podría favorecer o incentivar comportamientos atentatorios contra la intimidad y la normativa general sobre protección de datos.

De este modo, podríamos hallarnos en presencia de riesgos para eventuales comportamientos vinculados a la utilización indebida de información en masa de los usuarios o *big data* y, cuando menos, ante el riesgo de una eventual comunicación indebida a terceros de los datos que forman parte de la intimidad de un usuario en particular.

Estos posibles comportamientos quedarían encuadrados esencialmente ante acciones consistentes en la revelación de los secretos que afectan a la vida personal o familiar de los usuarios, y no tanto en el plano del descubrimiento en sí de dichos datos en tanto que los mismos han sido voluntariamente entregados por sus titulares. Procede abordar sucintamente por ello el derecho a la intimidad.

La intimidad se erige como un derecho fundamental de rango constitucional. El artículo 18.1 garantiza "*el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen*", mientras que el apartado 4 previene cómo "*la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*". Pues bien, la transgresión de este derecho fundamental se produce con cierta facilidad en el entorno digital ya que, junto con la evidente autopuesta en peligro del propio usuario como primera posible fuente facilitadora de datos que compromete su intimidad, se produce indefectiblemente un escenario de riesgo extraordinario, marcado por la necesidad de un tratamiento masivo de los datos personales recabados por las *apps*, con y sin constancia o consciencia del propio usuario, datos a partir de los cuales se le puede medir, perfilar, clasificar y predecir, lo que, como se decía en el análisis jurídico de los principales riesgos que existen para usuarios de las *apps* afectivo-sexuales de la "*Generación Millenials*", supone estar en presencia de "*una autentica copia digital de la persona, un holograma mercantilizado creado a la medida de otros*"³⁶, en torno a la cual es más que evidente el riesgo de utilización indebida por

³⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Estafa y otros fraudes en el ámbito empresarial", en De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuraín Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 176.

³⁶ SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R. y PÉREZ SUÁREZ, J.R., "Ciberdelincuencia... cit., p. 31.

parte del tenedor de los datos o por parte de terceros que puedan llegar a tener acceso legal o ilegal a los mismos.

Como se ha anticipado, especialmente del estudio etnográfico elaborado con respecto a usuarios de las *apps* afectivo-sexuales pertenecientes a la llamada "Generación X", se comprueba que algunas de estas *apps* solicitan a los interesados un importantísimo número de datos de carácter personal que alcanzan incluso datos de carácter económico, los cuales en ocasiones han sido obtenidos de forma directa, mediante la petición de información relacionada con los ingresos y emolumentos salariales del quien se registra o crea su perfil en la aplicación, y en otras ocasiones de manera indirecta, a través de preguntas que pueden igualmente reflejar, en cierta medida, la capacidad económica del usuario, bien por su lugar de residencia o de trabajo, sus hábitos, el uso del tiempo libre, el estado civil y la familia, etcétera.

El uso de información personal de manera indebida puede suponer una infracción extrapenal basada en normas tales como la que concierne a la protección de datos de carácter personal, regulada de forma primaria a nivel europeo en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), y a nivel nacional, esto es, en el Ordenamiento español, a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Dichas normas, así como las concordantes, establecen sistemas sancionadores a las transgresiones producidas por los encargados de la custodia o tratamiento de los datos y, por tanto, el mal tratamiento o uso de la información obtenida o recibida, puede sancionarse en el plano Administrativo.

Junto con este sistema sancionador extrapenal, sin embargo, también puede tener cabida la sanción penal, básicamente cuando se produce, más allá del uso o custodia indebida de la información, una afectación a la intimidad de las personas que se ven afectadas por las mencionadas conductas. Efectivamente, prescindiendo en este momento de lo relativo a la normativa de protección de datos, nos centraremos en los posibles reproches jurídico-penales frente a los comportamientos invasores de la intimidad, como consecuencia de un mal uso de los datos facilitados por los propios usuarios de las *apps* al tiempo de su registro o concreción y mejora de su perfil en las aplicaciones, pudiendo anticiparse cómo, entre otros posibles comportamientos, hay dos de fácil identificación que se concretan en el eventual uso inadecuado de los datos: uno, el posible uso indebido de la información para fines de *big data*; otro, a menor escala, la posible revelación de datos que afectan a la intimidad de un usuario concreto.

Las anteriores acciones pueden identificarse en el Código Penal español en los apartados 4 a 6 del artículo 197, precepto contenido en el Capítulo I ("*Del descubrimiento y revelación de secretos*"), del Título X ("*Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*"), dentro del Libro II ("*Delitos y sus formas*"). Por lo que se refiere a la intimidad como interés jurídico digno de protección, simplemente señalar, además de su condición como derecho fundamental, que presenta dos caras o vertientes, una positiva y otra negativa; la positiva hace alusión al derecho de cada persona a conocer y llevar a cabo el control los datos que afectan a la personalidad y al ámbito familiar que se hallen en poder de terceras personas, y la negativa, referida al derecho de excluir a terceras personas del conocimiento del ámbito personal³⁷.

³⁷ Así lo expone GORJÓN BARRANCO, M^a.C., "Descubrimiento... cit, p. 211. Vid. también JORGE BARREIRO, A., "El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, Madrid, 2002, pp. 99-131; SIERRA LOPEZ, M.V., "Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198", en Del Carpio Delgado, J. (coord.) y AA.VV., *Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 133-186.

El artículo 197.4 de la norma penal sustantiva, consiste en un tipo agravado de acceso y revelación de la información que atañe a la intimidad de la persona, sancionándose con mayor pena que el tipo básico de acceso a información secreta, cuando el mismo se lleva a cabo "...por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros...", o cuando se hace en orden a una utilización de la información "...no autorizada de datos personales de la víctima". Dicho agravamiento en el acceso a los datos que conforman la intimidad de los usuarios, viene marcado, por tanto, bien por razón del sujeto activo, bien por el uso no autorizado de la información. Por su parte, por lo que se refiere a la transmisión de la información obtenida o que se posee, el precepto prevé igualmente una forma agravada con respecto al tipo básico de revelación de secretos cuando efectivamente tienen lugar igualmente actos de difusión, cesión o revelación a terceros, por quienes resultan ser los encargados o responsables de la información o cuando por los mismos se hace un uso no autorizado de la misma.

Trasladada la cuestión al ámbito de las *apps* afectivo-sexuales, nos situaríamos, pues, en el plano de la entrega de datos por parte de los usuarios de las mismas, con la apriorística finalidad de ser empleados en la búsqueda de afinidades con otros usuarios; datos o información con respecto a los cuales se genera un riesgo de una eventual indebida utilización de los mismos sin consentimiento de su titular, precisamente por quien es responsable de su custodia. Ilícito penal con respecto al cual se ha previsto una mayor respuesta punitiva, cuando los datos comprometidos en el comportamiento descrito afectan a la "ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere menor de edad o una persona discapacitada necesitada de especial protección" (art. 197.5 CP) y, asimismo, cuando "los hechos se realizan con fines lucrativos" o, aún más, si afectan a los datos acabados de señalar y median tales fines lucrativos (art. 197.6 CP).

Efectivamente, como ya se expresara en el análisis jurídico de los principales riesgos que existen para usuarios de las *apps* afectivo-sexuales de la "Generación Millenials"³⁸, los datos que facilitan los consumidores de estas aplicaciones pueden afectar, entre otros aspectos, a su salud, ideologías y vida personal y familiar, sin que, por el contrario, en muchas ocasiones los usuarios puedan limitar a quiénes y con qué finalidad van dirigidos esos datos. Riesgo constatado en el estudio publicado por el Parlamento Europeo en 2018³⁹, el que se advierten los riesgos de privacidad en las plataformas de citas en línea, incluyendo eventuales comportamientos indebidos en materia de *big data* o utilización masiva de datos.

De este modo, puede comprobarse cómo acontece un cierto margen de inseguridad para los usuarios en las aplicaciones objeto de estudio, bien como consecuencia de la información facilitada, bien por otras circunstancias tales como, por ejemplo, las situaciones ya descritas de usurpación de la personalidad, de atentados contra la intimidad o referentes a posibles estafas. Inseguridades a las que se unen otros extremos, como puede ser los *links* sobre consejos en materia de seguridad obrantes en idiomas distintos al materno del usuario, o un *staff* de seguridad prácticamente inapreciable por los consumidores de las *apps*, llegando a advertirse incluso una forma grave de desviación en el caso de alguna aplicación, en la que pueden interpretarse desde los perfiles de los usuarios y los contenidos que manejan, formas de trabajo sexual, presencia indebida e inapropiada de menores e, incluso, venta de sustancias tóxicas, supuestos en los que la inseguridad puede interpretarse o derivarse de la normalización misma de estas situaciones⁴⁰.

³⁸ SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R. y PÉREZ SUÁREZ, J.R., "Ciberdelincuencia... cit., p. 31.

³⁹ De nuevo, el estudio publicado por Van Der Wilk para el Parlamento Europeo en junio de 2018. Accesible en (último acceso 29-01-2023): [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU\(2018\)604979_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/604979/IPOL_STU(2018)604979_EN.pdf)

⁴⁰ PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., "Victimización... cit.

Existen, pues, razones de política criminal que obligan a detenerse en el estudio de fenómenos como el descrito en el presente apartado, cuyas medidas correctoras pasan por la prevención de estos comportamientos mediante una política y una cultura de *Compliance* en las empresas propietarias de las aplicaciones, como forma de prevenir el delito y eximir la eventual responsabilidad penal que las personas jurídicas deberían asumir como consecuencia de aquellas prácticas de riesgo. Debe tenerse en cuenta, además, que la falta de seguridad señalada en líneas anteriores, no sólo perjudica directamente a los usuarios de las aplicaciones, sino que también conlleva un importante daño reputacional a las propias entidades propietarias de las mismas, con las consiguientes pérdidas económicas, razón por la cual estas entidades están igualmente llamadas a implantar un sistema de prevención de los riesgos penales que pueden concurrir en sus aplicaciones.

4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas propietarias de las apps. Ética empresarial, *compliance* e inteligencia artificial

De los estudios etnológicos realizados en la investigación de las *apps* afectivo-sexuales con respecto a la "*Generación Millenials*" y la "*Generación X*", especialmente de esta última, se alcanzan algunas conclusiones que tienden a señalar que las aplicaciones analizadas desde este prisma presentan, dicho con carácter general, una precaria seguridad en algunos aspectos.

Como consecuencia de esta ausencia de seguridad en las *apps*, resulta sencillo la generación de ciertos riesgos como los anticipados para los usuarios, muchos de los cuales se comprenden dignos de protección penal, en tanto que afectan a derechos colectivos o supraindividuales esenciales y a derechos individuales de naturaleza fundamental.

No obstante lo indicado, lo cierto es que existen diferencias entre unas y otras aplicaciones, lo que permite también y, en consecuencia, apuntar a que algunas de ellas serían bastantes más seguras que otras. A este respecto, mientras que las debilidades en materia de seguridad en las aplicaciones se comprueban bastante comunes, existen sin embargo diferencias importantes entre unas *apps* y otras en los puntos fuertes de seguridad, lo que genera una opinión positiva de unas sobre otras⁴¹.

La ausencia de seguridad en estas aplicaciones hace preguntarse acerca de la posible responsabilidad de las entidades propietarias de las mismas. En este sentido, conviene recordar, al menos sucintamente, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, conforme al Ordenamiento jurídico-penal español, así como los conceptos de Ética Empresarial y *Compliance*, los cuales deben estar presentes en toda actividad empresarial.

Por lo que se refiere a la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴², la misma se introdujo en el Código Penal español en el año 2010, siendo posteriormente objeto de modificación en el año 2015⁴³. Con respecto de este nacimiento de la

⁴¹ En estos términos, *Ibidem*.

⁴² Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, Vid., ALMODÓVAR PUIG, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Liñán Lafuente, A. (coord.) y VV.AA., *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 83-106; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascuráin Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 129-168; SIMÓN CASTELLANO, P., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa", en Simón Castellano, P., Abadías Selma, A. (coords.) y AA.VV., *Mapa de Riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 31-76.

⁴³ Vid. notas núm. 12 y 13.

responsabilidad de la persona jurídica, el *compliance* penal⁴⁴ emergió precisamente como respuesta a este nuevo escenario y como forma de reducción de los riesgos y de prevención de la comisión de comportamientos jurídico-penalmente reprochables en el seno de las empresas, todo ello mediante la promoción de la llamada cultura preventiva, esto es, por medio de una cultura ética y de cumplimiento.

De este modo, la norma penal sustantiva establece en su artículo 31.bis, apartado 1, el régimen de responsabilidad de la persona jurídica; en su apartado 2, la exoneración o, al menos, atenuación, de dicha responsabilidad, cuando la entidad haya adoptado, antes de la comisión del hecho delictivo "*modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*"; y, en su apartado 5, cómo deben ser dichos modelos de organización y gestión⁴⁵.

En este contexto, introduciendo también los conceptos de Ética Empresarial y *Compliance*, en el ámbito de las personas jurídicas se identifican las llamadas "estructuras de gobernanza, gestión de riesgos y *compliance*" (*governance, risk management and compliance*), las cuales permiten el control de la entidad mediante la implantación de acciones que deben regirse, en todo caso, por la ética corporativa, confeccionando mapas de riesgos que permiten conocer las actividades generadoras de posibles ilícitos penales y no penales, controlando la observancia en todo momento de la norma que resulte de aplicación, y comprobando el correcto seguimiento de los procedimientos internos igualmente implantados en el contexto de la actividad desarrollada.

De este modo, una gobernanza adecuada supone un traslado correcto y exacto de la información en el seno de la organización, debiendo llegar de este modo a quienes tienen capacidad en la toma de decisiones, lo que debería permitir una ética empresarial adecuada.

Sólo desde este prisma es posible el control de los riesgos que pueden acontecer en la organización y su actividad. Así, es exigible a las empresas una correcta identificación y análisis de los riesgos que pueden comprometer a la organización, para después, con ese conocimiento, tratar de hacer una gestión adecuada de tales riesgos de manera que los niveles de los mismos resulten "aceptables". En este sentido, deben adoptarse políticas internas orientadas, fundamentalmente, a mitigar los riesgos o a prevenirlos, por lo que se puede comprender que una adecuada política de *compliance* supone velar por la observancia de las normas, desde la perspectiva de la ética empresarial, esto es, desde la generación de una cultura de cumplimiento voluntario de las normas internas y externas aplicables a la organización.

⁴⁴ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

⁴⁵ Artículo 31.bis.5 Código Penal español:

"Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios".

Los planes de cumplimiento son ideados, por tanto, desde el ética corporativa y con el objetivo de la evitación de ilícitos penales, logrando con ello reducir las posibilidades de sanciones penales, las cuales, como se dice, afectarían a la organización tanto desde el punto de vista reputacional como económico. Modelos de organización y gestión previstos en el antes mencionado artículo 31.bis.5 de la norma penal material.

En este contexto, todo estudio del alcance del *compliance* penal aplicable a una entidad, como lo son las titulares de las *apps* afectivo-sexuales estudiadas, debe llevarse a cabo desde la óptica de permitir que, *ad intra*, obtengan una mayor visibilidad de su manera de hacer, de la forma de ejercer un control efectivo sobre sus actividades, y de la manera de adoptar soluciones correctas sopesando riesgos legales que pueden producirse a consecuencia de las mismas, logrando, en definitiva, detectar fraudes e incidencias en sus procesos o formas de gestión así como los riesgos de ilícitos penales que pueden producirse en torno a su actividad, tanto en el seno de la entidad, como por terceras personas que se relacionen con la misma; y, por otra parte, que, *ad extra*, el *compliance* penal les sirva de aval ante las Administraciones, autoridades y clientes o usuarios, como sinónimo de compromiso con la legalidad y con las buenas prácticas empresariales.

En todo caso, debe partirse de la idea de que, a falta de una correcta identificación, análisis y estudio de los principales riesgos de *compliance*, no sólo penales sino también extrapenales, no será posible identificar las obligaciones que en materia de prevención de ilícitos deban adoptarse por la empresa. Es por ello que la organización de la misma debería poder determinar con precisión tanto la normativa aplicable a su actividad, como las obligaciones que afectan a cada una de sus áreas u organización, para a continuación poder adoptar las oportunas medidas de control, en orden a mitigar o minorar sus posibilidades de comisión.

Además de lo anterior, la entidad debería realizar una evaluación de riesgos, tanto penales como extrapenales, teniendo en cuenta sus características y circunstancias internas y externas, al objeto de localizar las situaciones de riesgo de *compliance* y las personas que pueden encontrarse expuestas a las mismas.

La eficacia del correspondiente *Plan de Prevención de Riesgos Penales* se hace depender, en todo caso, de la correcta detección y localización de los riesgos que se derivan de la actividad de la entidad, del correcto diseño y constante mejora y adaptación a la legalidad de los procesos y los procedimientos reguladores de la actividad de la empresa, así como del funcionamiento a nivel interno de la misma y de sus relaciones con terceros.

En consecuencia, las entidades titulares de las *apps* afectivo-sexuales objeto de estudio, deberían llevar a cabo una correcta medición de los riesgos derivados de su actividad para los usuarios de las mismas, algunos de los cuales se han detallado, y que se producen en el momento actual, según la concreta entidad de que se trate. Tras ese análisis o mapa de riesgos, estas entidades deberían diseñar procedimientos que eliminaran o redujeran al máximo los riesgos presentes, así como establecer formas de control constante de dichos procedimientos, procediendo a su constante adaptación y mejora. Sólo cuando el *compliance program*, esto es, cuando el modelo de organización y de gestión adoptados por las entidades alcanzaran los parámetros definidos en el artículo 31.bis.5 de la norma penal sustantiva, podrían optar a exonerar o, al menos, atenuar, su responsabilidad como persona jurídica, por los ilícitos que pudieran tener lugar en el entorno de su respectiva *app*.

En todo ello emerge en el momento más actual un factor añadido, cual es el uso de la Inteligencia Artificial, muy presente en las aplicaciones objeto de comentario, en tanto que precisamente son sus algoritmos⁴⁶ los responsables de

⁴⁶ Igualmente resulta de interés revisar el estudio llevado a cabo con relación a la investigación y los algoritmos, precisamente a propósito de las *apps* afectivo-sexuales y las redes sociales. *Vid.* en este sentido SILVA ESQUINAS, A., CORDEO VERDUGO, R.R., PÉREZ SUÁREZ, J.R. y PAVÓN HERRADÓN, D., "¿Sortear óbices en el campo o aprender de ellos? Una reflexión sobre el impacto de los algoritmos en la investigación criminológica de las *apps* afectivo-sexuales y

poner en contacto a usuarios con perfiles semejantes. Precisamente a propósito de la Inteligencia Artificial o, cuando menos, de los avances tecnológicos, por lo que se refiere al ámbito del Derecho Penal en sentido material, se han generado nuevos escenarios y nuevas formas de criminalidad, en las que respectivamente, se han relacionado y estudiado, de manera primordial, las que tienen que ver, de nuevo, con las redes sociales y las aplicaciones o *apps*, y centrado en figuras delictivas que afectan esencialmente a la intimidad, la libertad sexual, la violencia de género, los menores y el patrimonio.

Todos estos comportamientos son coincidentes con los ya vistos en líneas anteriores, siendo los más paradigmáticos, por ejemplo, a los vinculados a la mencionada violencia de género a través de formas telemáticas de comunicación e interacción, con una gran amalgama de manifestaciones, como los son las amenazas y las coacciones, el acoso y el *stalking*, los delitos contra la integridad moral y el *cyberbullying*, el *grooming*, la suplantación de identidad, el espionaje y otros delitos contra el honor, *sexting*, las vejaciones e injurias leves e, incluso, los quebrantamientos de condena o medidas de seguridad⁴⁷; o igualmente puede atenderse a los vinculados a la estafa informática, de afectación netamente patrimonial, que recientemente ha sido modificada precisamente al objeto de ampliar su marco regulatorio y adaptarlo a la nueva realidad y fenomenología, diferenciándolo con mayor nitidez si cabe de la llamada estafa clásica.

Pues bien, al igual que para el conjunto de los ciudadanos, el mundo de la economía, de los negocios y de las empresas no se ha visto ajeno a este fenómeno incipiente del uso de las tecnologías y la Inteligencia Artificial, todo ello fruto de lo que ha venido a denominarse la evolución y globalización digital, en las que debemos comprender, respectivamente, "*el desarrollo tecnológico de avanzada, caracterizado por un internet más robusto, móvil y sensores de alta tecnología, combinados con la inteligencia artificial*" y "*en el uso generalizado de la tecnología*"⁴⁸. Se trata de una forma de beneficiarse de la Ciencia que ha sido incorporada al ámbito empresarial, tanto en los procedimientos y procesos productivos, como en productos finales, y tanto *ad intra* como *ad extra*, esto es, tanto en métodos internos de funcionamiento, organización y creación, como en las formas de llevarse a cabo los diferentes negocios jurídicos y relaciones comerciales con terceros; avances tecnológicos e Inteligencia Artificial que, como se dice, de la misma manera, quedan finalmente incorporados a los propios productos y servicios, como lo son las *apps*.

Precisamente, esta nueva realidad hace imprescindible que, al unísono los mentados avances, deban darse unas condiciones jurídicas precisas que permitan proteger los intereses jurídicos en juego, en este caso de los usuarios de las aplicaciones, y que el ámbito de protección de la norma penal alcance también a los comportamientos que pueden sucederse en el contexto empresarial, al igual que viene sucedido en orden con la protección de la persona y sus bienes, a través de los llamados ciberdelitos. Por todo ello, una adecuada política de cumplimiento corporativo por parte de las entidades propietarias de las aplicaciones afectivo-sexuales, al igual que los de otras aplicaciones de diversa naturaleza, debe incluir necesariamente formas de prevención y mitigación de los riesgos penales igualmente con respecto del uso de las distintas formas de Inteligencia Artificial y avances tecnológicos.

las redes sociales", en Florit Fernández, C., Del Barrio Fernández, N., Soto Pineda, J.A. (coords.) y VV.AA., *Estudio interdisciplinar de los desafíos planteados por la Agenda 2030*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 439 y ss.

⁴⁷ A toda esta fenomenología se ha referido, entre muchos otros, MÉNDEZ HERNÁNDEZ, M., "Los delitos... cit.", pp. 471 y ss.

⁴⁸ MARTÍNEZ LUNA, W.F., "Tecnologías disruptivas y Derecho. El Smart contract y los retos para la teoría general de los contratos", en Florit Fernández, C., Del Barrio Fernández, N., Soto Pineda, J.A. (coords.) y VV.AA., *Estudio interdisciplinar de los desafíos planteados por la Agenda 2030*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2022, pp. 269 y 270.

No obstante todo lo indicado, no puede obviarse, de una parte, la limitación que el propio Código Penal establece con respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que no es otro que limitar los delitos por los cuales podría responder directamente la entidad, a título de autor, lo que lleva a excluir, por ejemplo, de entre los delitos abordados en el presente estudio, el de usurpación de estado civil, no atribuible en ningún caso a las entidades titulares de las aplicaciones por no haberse previsto legalmente, a pesar de que dicho delito tenga lugar en su propia aplicación, si bien por parte de alguno de sus usuarios; imposibilidad de responder penalmente incluso aunque la producción del ilícito acontecido fuera achacable a la entidad por una ineficiencia o insuficiencia de los medios de seguridad implementados y que debieran estar orientados a la eliminación, en este caso, de los riesgos de suplantación de identidad en el entorno de la *app*.

Y, asimismo, de otra parte, tampoco puede obviarse que, para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, en aquellos casos en los que en atención al delito en particular resultaría posible, sin embargo para ello deberán concurrir los requerimientos del artículo 31.bis.1, esto es, fundamentalmente, que la persona física actuante esté vinculada a la entidad y lo haga en nombre o por cuenta de la empresa, y en beneficio de la misma⁴⁹, lo que sin embargo, no suele darse en la casuística analizada en el estudio etnográfico que sirve de base al presente estudio, debiendo concluirse al menos provisionalmente en este momento, al fin, las serias dificultades existentes para achacar responsabilidad penal directa a las empresas titulares de las aplicaciones en caso de no acreditarse debidamente los márgenes legales que le incumben como persona jurídica, en perjuicio de la seguridad de los usuarios de las mismas.

5. Conclusiones

El presente trabajo, parcialmente publicado, como otros que le precedieron, tiene el punto de arranque, especialmente, aunque no de manera exclusiva, del estudio etnográfico realizado en el marco del proyecto *"Enrolla2. Percepciones de seguridad y actitudes de riesgo en individuos pertenecientes a la Generación X vinculadas al uso de aplicaciones informáticas afectivo-sexuales"*, de donde se deducen ciertos riesgos para los usuarios de las mencionadas aplicaciones (por tanto, ausencia de concretos márgenes de seguridad), los cuales podrían calificarse de graves, lo que implica la necesidad de dotarles de la oportuna protección desde el prisma del Ordenamiento jurídico-penal.

Como se hiciera en estudios previos, se ha hecho repaso, esta vez sucinto, de la mayoría de las situaciones de riesgo localizadas, tratando de responder a la pregunta de si las mismas hallan acomodo en alguna parte de la norma penal sustantiva española o si, por el contrario, resulta precisa una mayor concreción de estas situaciones en la legislación. De este modo, han sido objeto de mención a la recepción no solicitada de materiales sexualmente explícitos y la pornografía de venganza (*revenge porn*), *creepshots*, *upskirting*, *digital voyeurism*, *doxing* o

⁴⁹ Artículo 31.bis.1 Código Penal español:

"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso".

doxxing, cyber stalking, cyber bullying, suplantación de identidad (impersonation), hacking, cracking, amenazas de violencia (threats of violence) o estafas. Finalmente, por su carácter paradigmático en cuanto a los riesgos de los usuarios de las *apps*, se hace especial y separada referencia a la revelación de la intimidad, haciendo acopio de las ideas de trabajos previos acerca de la misma.

Quedan fuera del presente documento otros riesgos detectados en los estudios etnográficos realizados, como lo son la corrupción de menores o el tráfico de drogas, los cuales merecen mayor detenimiento debido a su gran complejidad técnica y circunstancial.

Es lógico que las entidades propietarias de las aplicaciones afectivo-sexuales asuman la responsabilidad frente a los riesgos y, en su caso, ante los delitos que puedan producirse en el contexto de su producto. En este sentido, se hace imprescindible fomentar la cultura preventiva con respecto a los riesgos penales, en pro de la protección de los usuarios de sus aplicaciones. Cultura de la prevención, Ética Empresarial, políticas de *Compliance*, imprescindibles tanto por razones de compromiso social, como única forma de evitar las consecuencias indeseables que pudieran derivarse de la apreciación de los ilícitos penales descritos.

De esta manera, el Código Penal español ha articulado formas de prevención del delito, mecanismos gracias a los cuales estas empresas podrían quedar exentas o, al menos, lograr atenuar su responsabilidad, cuando tratan de mitigar o reducir al máximo posible los riesgos que para los usuarios se producen al emplear las *apps*. De esta forma, y como ya se ha tenido oportunidad de concluir en anteriores ocasiones, el fomento de la cultura de la prevención y la ética empresarial se presenta como una de las mejores herramientas al servicio de los intereses tanto de los usuarios como de las propias entidades.

Si embargo, existen limitaciones claras a la hora de poder atribuir la responsabilidad penal a las entidades titulares de las *apps*; en este sentido, se hace preciso: primeramente, comprobar que haya identificado los riesgos obrantes en su aplicación; en segundo lugar, verificar que se haya dado una eficaz planificación de los riesgos detectados, en orden a su mitigación, eliminación y prevención; tercero, que la entidad haya llevado a efecto y al tiempo, una correcta confección de procesos o procedimientos encaminados a la evitación de que dichos riesgos subsistan o se tornen en daños a los usuarios.

El Código Penal prevé precisamente este mecanismo de exoneración o, cuando menos, de atenuación, en el apartado 5 del artículo 31.bis. De acuerdo con lo descrito en la norma, para que dicha responsabilidad sea achacable a la entidad de que se trate, se hace preciso, por una parte, que el comportamiento indebido observado en la *app* sea identificable con alguna de las figuras delictivas con respecto a las cuales la persona jurídica puede ser responsable y, de otra parte, que una vez lo anterior, concurren los requisitos y circunstancias que se hallan descritas en el apartado 1 del anteriormente citado artículo 31.bis del Código Penal, esto es, esencialmente, que la persona física actuante esté vinculada a la entidad y lo haga en nombre o por cuenta de la empresa, y en beneficio de la misma.

Precisamente por estas previsiones legales, no resulta obvia u automática la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, de tal suerte que debería profundizarse en el conocimiento de cuándo puede ciertamente atribuirse a la misma tal responsabilidad, esencialmente por una mala política de *Compliance*, esto es, y como también se ha dicho en anteriores ocasiones, como consecuencia de la omisión de medidas de seguridad para sus usuarios, por las acciones contrarias a la norma jurídico-penal que pudieran llevar a cabo otros usuarios, más allá de ser el contexto en el que se produce el comportamiento de estos sobre aquellos y, tal vez por ello, más allá de un responsable exclusivamente de corte civil frente a las víctimas de estos delitos.

Dificultades mayores si se añade el uso de la Inteligencia Artificial, muy presente en las aplicaciones de contactos, en tanto que precisamente son sus algoritmos los responsables de poner en línea a usuarios con perfiles semejantes. Precisamente, como se ha indicado en el presente estudio, a propósito de la

Inteligencia Artificial o, cuando menos, de los avances tecnológicos, por lo que se refiere al ámbito del Derecho Penal en sentido material, se han generado también nuevos escenarios y nuevas formas de criminalidad, en las que respectivamente, se han relacionado y estudiado, de manera primordial, las que tienen que ver, de nuevo, con las redes sociales y las aplicaciones o *apps*, y centrado en figuras delictivas que afectan esencialmente a la intimidad, la libertad sexual, la violencia de género, los menores y el patrimonio. Nuevo contexto que hará preciso seguir profundizando en conocer la manera en la que la Inteligencia Artificial puede tener sus efectos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas propietarias de las aplicaciones que invaden la Red.

6. Bibliografía

ALMODÓVAR PUIG, B., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Liñán Lafuente, A. (coord.) y VV.AA., *Delitos económicos y empresariales*, Dykinson, Madrid, 2020.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., "Agresión, abuso y acoso sexual", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

CARUSO FONTÁN, V., "Tortura y otros medios contra la integridad moral", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

CORDERO VERDUGO, R.R., PÉREZ SUÁREZ, J.R. Y SILVA ESQUINAS, A., "La gestión del deseo afectivo-sexual en la crisis de la Covid-19", en *La vida cotidiana en tiempos de la COVID. Una antropología de la pandemia*, Del Campo Tejedor, A. (coord.) y AA.VV., Los Libros de la Catarata, Madrid, 2021.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascaraín Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Estafa y otros fraudes en el ámbito empresarial", en De la Mata Barranco, N., Dopico Gómez-Aller, J., Lascaraín Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Dykinson, Madrid, 2018.

GÓMEZ-JARA Díez, C., *Compliance penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito de la UNE 19601. Sistemas de Gestión de Compliance Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020.

GORJÓN BARRANCO, M^a.C., "Descubrimiento y revelación de secretos", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y VV.AA., *Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

JORGE BARREIRO, A., "El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP", en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 6, Madrid, 2002.

MARTÍNEZ LUNA, W.F., "Tecnologías disruptivas y Derecho. El Smart contract y los retos para la teoría general de los contratos", en Florit Fernández, C., Del Barrio Fernández, N., Soto Pineda, J.A. (coords.) y VV.AA., *Estudio interdisciplinar de los desafíos planteados por la Agenda 2030*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2022.

MÉNDEZ HERNÁNDEZ, M., "Los delitos de violencia de género a través de medios telemáticos", en Ortega Burgos, E. (dir.), Andújar, J., Imbroda B.J., Tuero, J.A., Frago Amada, J.A. (coords.) y AA.VV., *Actualidad Penal 2019*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MIRANDA GONCALVES, R. "La infancia y la adolescencia en la era digital: nuevos retos para la garantía de sus derechos", *Revista Relações Internacionais do Mundo Atual*, v. 4, n. 42, 2023, pp. 465-489.

PAÍNO RODRÍGUEZ, F.J., "Delitos de exhibicionismo y provocación sexual, delitos relativos a la prostitución y explotación sexual, y corrupción de menores", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PAVÓN HERRADÓN, D., "Amenazas y coacciones", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

PAVÓN HERRADÓN, D., SILVA ESQUINAS, A., PÉREZ SUÁREZ, J.R., CORDERO VERDUGO, R.R., FONSECA DÍAZ, A.R., "Victimización de los usuarios de las aplicaciones afectivo-sexuales y cultura de compliance", en Revista Vox Juris, vol. 41, núm. 2, Universidad San Martín de Porres, Perú, 2023.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F.Mª., V., "Daños", en Armendáriz León, C. (dir.), Bustos Rubio, M. (coord.) y AA.VV., Parte Especial del Derecho Penal a través del sistema de casos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., "El ámbito de aplicación del actual artículo 510 CP en retrospectiva y en prospectiva tras la reforma penal de 2015", en Revista de Derecho penal y Criminología, 3ª época, núm. 12, 2014.

SIERRA LOPEZ, M.V., "Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 2015: artículos 197, 197 bis, 197 ter, 197 quáter, 197 quinquies y 198", en Del Carpio Delgado, J. (coord.) y AA.VV., Algunas cuestiones de parte especial tras la reforma de 2015 del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

SILVA ESQUINAS, A., FONSECA DÍAZ, A.R., PAVÓN HERRADÓN, D., CORDERO VERDUGO, R.R. Y PÉREZ SUÁREZ, J.R., "Ciberdelincuencia violeta. Análisis jurídico con perspectiva de género en base a la etnografía del Proyecto Enrolla2", en Revista Internacional de Derecho Contemporáneo, vol. 74, Legis Editores, Colombia, 2021.

SILVA ESQUINAS, A., CORDEO VERDUGO, R.R., PÉREZ SUÁREZ, J.R. y PAVÓN HERRADÓN, D., "¿Sortear óbices en el campo o aprender de ellos? Una reflexión sobre el impacto de los algoritmos en la investigación criminológica de las *apps* afectivo-sexuales y las redes sociales", en Florit Fernández, C., Del Barrio Fernández, N., Soto Pineda, J.A. (coords.) y VV.AA., Estudio interdisciplinar de los desafíos planteados por la Agenda 2030, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2022.

SIMÓN CASTELLANO, P., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa", en Simón Castellano, P., Abadías Selma, A. (coords.) y AA.VV., Mapa de Riesgos penales y prevención del delito en la empresa, Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinário (2023), pp. 251-268
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Passivismo judicial na aplicação da doutrina *interna corporis*: estudo do controle pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro da inércia da análise de denúncia de *impeachment* pelo presidente da Câmara dos Deputados

Judicial passivism in the application of interna corporis doctrine: a study of the Brazilian Supreme Federal Court's Control over the inertia in the analysis of impeachment charges by the president of the Chamber of Deputies

Alexandre de Castro Coura¹
Abraham Hand Vargas Mencer²
Helena Zanotti Vello Corrêa³
Faculdade de Direito de Vitória

Sumário: 1. Introdução. 2. A delimitação conceitual de passivismo judicial no uso da doutrina *interna corporis*; 3. Natureza jurídica do pronunciamento do Presidente da Câmara sobre recebimento de denúncias de crime de responsabilidade; 4. O mandado de segurança nº 38.034; 5. Considerações críticas da decisão do Supremo Tribunal Federal; 6. Considerações Finais; 7. Bibliografia.

¹ Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Ex-professor adjunto de Direito Material e Processual Penal da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenador do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional (CNPq/FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo. E-mail: acastrocoura@gmail.com.

² Mestrando em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Especializando em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Advogado e assessor jurídico parlamentar. E-mail: abraham.hvm@gmail.com.

³ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional da FDV. Graduada em Direito pela FDV. Advogada. E-mail: helenavello28@gmail.com.

Resumo: Verificou se a denegação da ordem no Mandado de Segurança nº 38.034 pelo Supremo Tribunal Federal, que requeria o controle judicial da inércia da análise de denúncia por crime de responsabilidade pelo Presidente da Câmara dos Deputados, configurou uma atitude passivista. O marco teórico utilizado neste estudo foram as considerações de Thomas Bustamante e Evanilda Bustamante sobre a relação entre passivismo judicial e a doutrina *interna corporis*. O método adotado foi o dialético hegeliano, delineamento de estudo de caso, as técnicas de coleta de dados o levantamento bibliográfico e coleta e análise de legislação e de jurisprudência, tendo os dados sido analisados por abordagem qualitativa.

Palavras-chave: passivismo judicial; ativismo judicial; doutrina *interna corporis*; *impeachment*; crime de responsabilidade.

Abstract: It was verified whether the denial of the order in the Writ of Mandamus no. 38,034 by the Supreme Court, which requested judicial control of the inertia in the analysis of the accusation for *impeachment* by the President of the Chamber of Deputies, constituted a passive attitude. The theoretical framework used in this study was the considerations of Thomas Bustamante and Evanilda Bustamante (2015) on the relationship between judicial passivism and the doctrine of *interna corporis*. The method adopted was the Hegelian dialectic, case study design, and data collection techniques, including bibliographic research and collection and analysis of legislation and jurisprudence, with data analyzed using a qualitative approach.

Keywords: judicial passivism; judicial activism; *interna corporis* doctrine; crimes of malversation.

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, houve uma expansão da jurisdição constitucional e a consequente judicialização da política: a análise pelo Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), de matérias com alto teor político quando da omissão dos outros Poderes⁴. Porém, também houve uma deturpação dessa competência e o seu uso abusivo, com decisões que implicaram – tanto no fundamento quanto na parte dispositiva – em invasão da esfera do Legislativo ou Executivo, o denominado ativismo judicial⁵. Diante disso, diversos foram os estudos realizados sobre o fenômeno, quer sejam teóricos, com a sua delimitação conceitual, quer sejam empíricos, com estudos de casos sobre a sua ocorrência.

Porém, não somente o ativismo (decidir além de sua competência) é um desvirtuamento da judicialização da política e da adequada prestação jurisdicional, como também o seu oposto: o passivismo, quando o órgão judiciário decide aquém de sua competência, a menor⁶. Assim, do mesmo modo como ocorre no ativismo, é necessário realizar estudos empíricos sobre a ocorrência ou não de passivismo por órgãos judiciais, para que seja analisado o exercício correto da jurisdição constitucional.

Diante do exposto, é relevante analisar a posição expressa pelo STF no Mandado de Segurança nº 38.034, que requeria o controle judicial da inércia do Presidente da Câmara dos Deputados na análise do recebimento de denúncia por

⁴ COURA, A. C., PAULA, Q., "Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018.

⁵ COURA, A. C., PAULA, Q., "Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018.

⁶ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

crime de responsabilidade do Presidente da República. A relevância desse estudo se dá pelo alto teor político do caso – a interferência judicial em um processo de *impeachment* – e a ocorrência de denegação da ordem, a partir da doutrina *interna corporis*. Essa, por sua vez, é entendida pela impossibilidade de o Judiciário realizar o controle de atos internos do Legislativo tendo como parâmetro o seu regimento interno⁷.

Diante da denegação da ordem e a consequente posição não-intervencionista adotada pelo STF, a presente pesquisa visa responder à questão: a atuação do STF no Mandado de Segurança nº 38.034 configura uma atitude passivista? Para tanto, foram perseguidos os seguintes objetivos: (i) delinear a fronteira entre passivismo judicial e a realização adequada da função jurisdicional pelo STF, diante do fenômeno da judicialização da política e do controle de atos do Legislativo perante o Regimento Interno; (ii) expor a natureza jurídica do pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados sobre recebimento de denúncia por crime de responsabilidade; (iii) apresentar os fatos, fundamentos jurídicos e pedidos do Mandado de Segurança nº 38.034, assim como o pronunciamento judicial sobre eles; (iv) concluir se a atuação do STF no caso concreto foi passivista e, caso positivo, propor uma solução alternativa para solução da demanda, a partir da literatura científica trabalhada no estudo.

Utiliza-se como marco teórico as considerações de Thomas da Rosa de Bustamante e Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante⁸ sobre a relação entre passivismo judicial e a doutrina *interna corporis*. A pesquisa é realizada sob o método dialético hegeliano, de gênero empírico e com abordagem qualitativa dos dados. O delineamento da pesquisa é estudo de caso. As técnicas de coleta de dados foram levantamento bibliográfico e coletas e análises de legislação e de jurisprudência. Como técnica de interpretação dos dados, é utilizada a análise de conteúdo.

2. A DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DE PASSIVISMO JUDICIAL NO USO DA DOCTRINA INTERNA CORPORIS

Após o regime militar no Brasil, houve a promulgação da Constituição da República de 1988 e a ampliação da judicialização da política: a legitimação do Poder Judiciário apreciar atos com alto teor político quando da omissão ou erro dos demais Poderes Políticos que afrontem as conquistas históricas consagradas-reconhecidas pelo Constituinte⁹. A inédita judicialização da política como uma competência ordinária do Judiciário e a consequente ampliação da jurisdição constitucional foram tão impactantes e disruptivas que impactou na concepção do que seja a própria Constituição, ao ponto de uma parte da academia jurídica brasileira – adepta da doutrina da efetividade – negar que haveria um verdadeiro direito constitucional antes de 1988¹⁰.

Essa judicialização se deu pela adoção da matriz teórica do constitucionalismo democrático – ou Estado Democrático de Direito – pelo Constituinte Originário. Ela preceitua que democracia e constitucionalismo são interdependentes e, assim, “[...] não poderia haver democracia sem um rígido esquema constitucional que impedisse o abuso das decisões majoritárias, assim como uma Constituição não democrática seria um embuste a dissimular um regime

⁷ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

⁸ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

⁹ COURA, A. C., PAULA, Q., “Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018.

¹⁰ LYNCH, C. E., MENDONÇA, J. V. S., “Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade”, *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017.

autoritário”¹¹. Dessa maneira, é necessário que haja uma tutela, por todos os Poderes, das conquistas históricas abarcadas pelo texto constitucional¹².

A partir disso, iniciou-se um debate sobre os limites para o Poder Judiciário realizar o controle dos atos tomados pelo Poder Legislativo, instância majoritária que desde a Revolução Francesa, especificamente com as obras de Rousseau e Sieyès, é vista como representante do povo por excelência^{13,14}. Nesse contexto, considerando que deve haver o controle judicial de constitucionalidade da atividade política¹⁵, apareceram três posições diversas sobre o papel do Judiciário.

Conforme Mendes¹⁶, a primeira, de caráter mais extremo, defende que o Poder Judiciário pode realizar um intenso controle substantivo dos atos majoritários: a essa corrente foi denominado substancialismo e tem como grande pensador Ronald Dworkin. A segunda, no terreno intermediário, afirma que o Judiciário pode realizar o controle sobre atos substantivos, porém com moderação. Já a última, também intermediária, porém com um escopo menor de atuação, afirma que a revisão judicial deve ser somente para tutelar o processo democrático. A essa foi dado o nome de procedimentalismo, e possui, como um de seus grandes autores, Jünger Habermas.

A partir das lições de Coura e Paula¹⁷, Chueiri e Godoy¹⁸, dentre outros, percebe-se que houve a adoção do substancialismo pelo Constituinte de 1988. No entanto, essa corrente não defende uma atuação ilimitada pelo Poder Judiciário, razão pela qual houve constantes estudos sobre o ativismo judicial: a extrapolação da seara de competência desse Poder e a consequente invasão na esfera do Executivo e, principalmente, do Legislativo. Esses estudos, além de analisarem empiricamente casos concretos, também estabeleceram parâmetros para conduzir a atuação judicial, como o de Souza Neto e Sarmento¹⁹.

Porém, o constitucionalismo democrático exige uma atuação mínima do Poder Judiciário para salvaguardar a própria democracia e, quando ela não ocorre, há um passivismo judicial. Portanto, como foi com o ativismo, também é necessário definir parâmetros e realizar estudos empíricos sobre quando o Poder Judiciário atua aquém das suas competências constitucionais. Ainda: assim como o substancialismo auxilia na definição do limite do ativismo judicial, por ser a corrente que concederia maior espaço de atuação jurisdicional, nota-se que o procedimentalismo poderia conceder balizas mínimas para o passivismo judicial, já que ele limita a esfera de atuação desse Poder, porém exige também uma postura mínima²⁰. Para

¹¹ MENDES, C. H., “Qual é o problema?”, em MENDES, C. H., *Controle de constitucionalidade e democracia*, Ed. Elsevier, 2008.

¹² CHUEIRI, V. K., GODOY, M. G., “Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte”, *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, 2010.

¹³ BARZOTTO, L. F. *A Democracia na Constituição*, Ed. Unisinos, 2005.

¹⁴ FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales*, 2014.

¹⁵ Parte-se desse pressuposto porque parcela da teoria constitucional – cujo nome principal é Jeremy Waldron – nega ao Judiciário a competência de realizar o controle de constitucionalidade (MENDES, 2008). Porém, como Constituinte de 1988 consagrou essa competência em diversos momentos no texto (arts. 102, caput, I, 97, 5º, LXXI, etc.), não será abordada essa corrente específica como possibilidade de leitura teórica para o esquema atual constitucional do Brasil, somente sua contribuição para o procedimentalismo.

¹⁶ MENDES, C. H., “Qual é o problema?”, em MENDES, C. H., *Controle de constitucionalidade e democracia*, Ed. Elsevier, 2008.

¹⁷ COURA, A. C., PAULA, Q., “Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 116, 2018.

¹⁸ CHUEIRI, V. K., GODOY, M. G., “Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte”, *Revista Direito GV*, v. 6, n. 1, 2010.

¹⁹ SOUZA NETO, C. P., SARMENTO, D., “Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da ‘última palavra’ e alguns parâmetros de autocontenção judicial”, *Quaestio Iuris*, v. 6, n. 2, 2013.

²⁰ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

compreensão desses limites, é necessário entender qual é a função do Judiciário na tutela do processo democrático para essa corrente.

O procedimentalismo, conforme Bustamante e Bustamante²¹, ao acatar críticas ao substancialismo – e à legitimidade de realização de qualquer controle judicial – afirma que, da mesma forma que há desacordo entre princípios no âmbito do Poder Legislativo, também o há no Judiciário. Esses desacordos se situam em quais princípios existem, em que consistem (seus conteúdos) e qual deve prevalecer em caso de colisão. Porém, para essa corrente, não haveria evidência de que o Judiciário possui algum atributo ontológico que conceda melhor preparação para a solução desses desacordos em relação aos legisladores. Além disso, não haveria que se defender o seu papel contramajoritário, já que os tribunais também se utilizam da regra da maioria, por serem órgãos colegiados. Por fim, o controle judicial substantivo de constitucionalidade peca com a inexistência de participação popular no momento da prolação da decisão, o que também derruba o argumento da representatividade argumentativa²².

Dessa maneira, para os procedimentalistas, a seara mais adequada para resolução desses desacordos é a legislativa, por meio de um devido processo legislativo democrático²³. Isso significa que as decisões devem ser tomadas pelos representantes do povo, em um procedimento pré-estabelecido e que possibilitem a deliberação pela igual exposição de argumentos e posições.

Nesse contexto, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle dos atos atinentes ao processo legislativo, para que haja essa *isegoria* (igual exposição de argumentos) e respeito ao procedimento deliberativo pré-estabelecido que conferiria legitimidade à decisão^{24,25}. O passivismo ocorreria, então, quando o Judiciário, após ser provocado, não tutelasse o devido processo legislativo.

Nessa seara surge a problemática da doutrina *interna corporis*. Conforme Thomas Bustamante e Rosa Bustamante²⁶, ela consistiria num posicionamento do Supremo Tribunal Federal em que ele se abstém de realizar controle de atos produzidos por membros e órgãos do Poder Legislativo quando o parâmetro de controle fosse o Regimento Interno de uma das Casas ou do Congresso Nacional. Assim, o Tribunal não interpretaria ou aplicaria o regimento interno, em deferência ao Poder Legislativo, por ser essa uma questão interna do Poder (*interna corporis*).

Apesar de aparentemente ser uma posição positiva à separação dos Poderes, a aplicação rigorosa da doutrina *interna corporis* pelo Tribunal provoca um passivismo judicial, porque boa parte das disposições sobre o procedimento democrático de tomada de decisões não está na Constituição da República, mas sim nos regimentos internos. Assim, a ausência de apreciação dos atos em face de normas regimentais

²¹ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

²² Essa posição é defendida e difundida no Brasil pelo professor e ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal: Luís Roberto Barroso (2014; 2017; 2018). Ele defende que a representação seria inerente aos Tribunais Constitucionais, como Poder da República, por atuar pelos interesses do povo. No entanto, diferentemente do Poder Legislativo, seu papel representativo se restringe à argumentação, e ele seria realizado no âmbito da jurisdição constitucional, em um papel corretivo da atuação dos outros Poderes. Porém, em uma democracia, não basta que a decisão representante da vontade popular seja para o povo, como ela também deve ser tomada pelo povo, para que haja devida legitimidade, fazendo com que a retórica da representação argumentativa não se sustente frente à ausência de participação na decisão (Bustamante; Bustamante, 2015).

²³ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

²⁴ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

²⁵ TAVARES, A. R., "Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações", *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, v. 1, n. 1, 2007.

²⁶ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

figura uma ausência de tutela do procedimento democrático, o limite mínimo de atuação pelo proceduralismo²⁷. Diante desse cenário, os autores constataram que nas decisões do Supremo Tribunal Federal haveria um convívio entre controle das leis em face de princípios substantivos, que têm desacordos morais, e um passivismo procedimental, com respeito ao devido processo legislativo²⁸.

Questiona-se, no entanto: se a ausência de controle judicial dos atos do Legislativo em face do regimento interno seria uma postura passivista, haveria uma ampla margem de liberdade para realiza-lo tendo como parâmetro qualquer norma regimental? Ao adotar-se a classificação de normas constitucionais adscritas de Robert Alexy, Bustamante e Bustamante afirmam que somente as normas regimentais que concretizam e efetivam disposições constitucionais poderiam ser parâmetro de controle, já que "[...] é simplesmente impossível cumprir as normas diretamente estatuídas na Constituição sem observar os parâmetros definidos por ditas normas para a aplicação da Constituição"²⁹.

Assim, os autores constroem um critério "objetivo" para análise do caso concreto:

O teste para estabelecer a relevância constitucional de uma violação ao Regimento Interno deve ser composto por uma pergunta operacionalizável na prática: é possível cumprir a norma X, diretamente estatuída na Constituição, sem observar ao mesmo tempo norma a norma Y, prevista no Regimento Interno?

Sempre que a resposta for negativa, poder-se-á sustentar que Y é uma norma de direito fundamental adscrita cuja violação implica uma violação a X, e portanto a inconstitucionalidade dos atos que a violem a Y³⁰.

A partir dessas considerações é realizado este estudo. No entanto, devem ser realizados alguns ajustes e novas observações frente às pesquisas empíricas da atuação do Supremo Tribunal Federal realizadas por Ana Paula de Barcellos³¹.

A primeira observação é a de que o Tribunal tem realizado a aplicação e a interpretação de normas regimentais. No entanto, conforme a autora, para que isso ocorra deve haver uma norma constitucional explícita ou implícita a ser tutelada e que, caso fosse aplicada a norma regimental, ela poderia ser violada. Assim, o tribunal aplica e interpreta as normas regimentais conforme a Constituição.

Disso, percebe-se que não é propriamente uma flexibilização da doutrina *interna corporis*, porque:

[...] o STF tende a utilizar como critério para avaliar se lhe cabe ou não rever atos do Legislativo o impacto que tais atos tenham ou possam ter sobre alguma norma constitucional, explícita ou implícita;

²⁷ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

²⁸ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

²⁹ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015, p. 14.

³⁰ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015, p. 15.

³¹ BARCELLOS, A. P. "O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis", *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 2, 2021.

muito mais do que a necessidade ou não de que normas regimentais sejam interpretadas e aplicadas para solução do caso³².

Assim, está-se diante de um controle concreto de constitucionalidade de normas regimentais frente à Constituição e não uma mera interpretação tendo como parâmetro a aplicação do Regimento Interno. Ou seja, o controle realizado pelo STF é se uma norma regimental está conforme ou não a Constituição e não se o ato concreto está conforme ou não à norma regimental. Isso porque, no segundo caso, ele se abstém de decidir, em razão da doutrina *interna corporis*.

Uma segunda observação a ser realizada é que não são todas as normas constitucionais que o STF tem usado como parâmetro para controle de normas regimentais. Conforme Barcellos³³, há três grupos específicos: (i) direitos e garantias individuais (como nos casos de direito ao silêncio nas CPIs); (ii) prerrogativas de parlamentares – especialmente tutela das minorias; (iii) e as de separação dos Poderes, principalmente preservação do Legislativo em face do Executivo.

Uma terceira e última observação que deve ser realizada a partir dos estudos de Barcellos³⁴ é que não são somente os atos do Legislativo que pertencem ao processo legislativo, *stricto sensu*³⁵, que são objeto de controle de constitucionalidade. Ou seja: qualquer norma jurídica – individual ou geral, concreta ou abstrata – emanada por membro ou órgão do Poder Legislativo, no exercício de quaisquer de suas funções típicas ou atípicas, regimentais ou não, podem ser objeto de controle de constitucionalidade judicial.

Delineados os limites mínimos do conceito de passivismo judicial frente ao controle de atos produzidos pelo Poder Legislativo, antes de adentrar-se no caso concreto é necessário tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica do ato de pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados sobre recebimento ou não de denúncia de crime de responsabilidade, cometido pelo Presidente da República.

3. NATUREZA JURÍDICA DO PRONUNCIAMENTO DO PRESIDENTE DA CÂMARA SOBRE RECEBIMENTO DE DENÚNCIAS DE CRIME DE RESPONSABILIDADE

O processo de *impeachment* do Presidente da República e as suas causas são geralmente tratados na ciência política, tanto por pesquisas empíricas quanto por pesquisas teóricas. Isso se justifica principalmente porque quem julga e processa o Chefe de Estado, por juízos de admissibilidade e do mérito da questão, é o Parlamento – órgão político de representação da vontade popular. No Brasil, isso é ainda mais reforçado porque os crimes de responsabilidade fogem das instâncias

³² BARCELLOS, A. P. "O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis", *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 2, 2021.

³³ BARCELLOS, A. P. "O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis", *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 2, 2021.

³⁴ BARCELLOS, A. P. "O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis", *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 8, n. 2, 2021.

³⁵ A partir das lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) e Gilmar Ferreira Mendes (2020), o processo legislativo *stricto sensu* seria composto por um conjunto ordenado de atos individuais e coletivos, dos quais o Poder Legislativo teria participação, previstos na Constituição da República e em normas regimentais, que possuem como finalidade a produção de normas jurídicas gerais e abstratas (podendo ou não ter efeitos concretos) que podem estatuir ou revogar direitos e obrigações, previstos nas seguintes espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, além dos tratados e convenções internacionais.

punitivas tradicionais, já que possuem uma natureza híbrida: são infrações político-administrativas³⁶.

Ocorre que com a consolidação da forma republicana de governo e do sistema de governo presidencialista, a responsabilização político-administrativa do Chefe de Estado foi se consolidando e tomando contornos próprios em cada ordenamento jurídico. Isso se dá porque, como aborda Menelick de Carvalho Netto³⁷ (2000), os processos políticos, apesar de concederem legitimidade ao Direito, por meio do Poder Constituinte Originário e nos processos políticos de decisão, também buscam legitimidade nele. Assim, as figuras que inicialmente seriam concebidas como puramente políticas são juridificadas: assumem formas jurídicas e são submetidas a limites-diretrizes jurídicos.

Diante disso, para analisar-se a presença ou não de passivismo judicial no pronunciamento sobre o processo, é necessário analisar a conformação jurídica dado a esse ato inicialmente tratado como político, ou seja, a sua natureza jurídica. Isso não somente do procedimento completo, como também em relação às suas partes – no caso deste estudo, o pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados sobre recebimento de denúncias de crime de responsabilidade.

Para isso, é preciso apontar o fundamento último do *impeachment* contemporâneo: o princípio republicano. Esse, estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 1º, caput, da CR/88, exige a plena responsabilização dos governantes e de qualquer um que lide com a coisa pública (*res publica*), o que contrasta com a forma monárquica de governo, caracterizada pela irresponsabilidade do Monarca³⁸, explicitamente consagrada em nossa Constituição brasileira de 1824 quando adotara essa forma³⁹.

Ocorre que essa plena responsabilização difere em cada Estado por diversas variáveis, sendo uma das mais relevantes – e estudadas neste trabalho – a consagração do sistema de governo⁴⁰. No sistema parlamentarista, caracterizado pela separação rígida entre o Chefe de Governo e o Chefe de Estado, o primeiro possui uma responsabilização política perante o Parlamento^{41,42}. Isso significa que, caso ele perca apoio perante o Legislativo, por uma moção de desconfiança – ou instrumento semelhante –, será retirado da Chefia do Executivo.

Já no sistema presidencialista, Paulo Bonavides⁴³ afirma que há a responsabilização administrativa do Presidente da República, ao mesmo tempo Chefe de Governo e de Chefe de Estado. Assim, para a sua destituição pelo Parlamento não basta a perda do apoio político, em razão da independência dos Poderes, mas a caracterização de crimes de responsabilidade. A configuração desse processo, no Brasil, se dá por um procedimento dúplice: no primeiro a Câmara dos Deputados autoriza o julgamento, enquanto no segundo há o processamento do Presidente da República. A esta segunda etapa é denominado processo de *impeachment*.

Desde já, percebe-se uma primeira conformação jurídica do processo de cassação do mandato do Presidente da República: há uma responsabilização administrativa, motivado pelo cometimento de infração político-administrativa (os crimes de responsabilidade). Esse caráter administrativo é ainda mais perceptível no

³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental na Petição nº. 3.240 Distrito Federal*, 2018.

³⁷ CARVALHO NETTO, M, "A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito", *Revista de Direito Comparado*, n. 3, 2000.

³⁸ SARMENTO, D., "O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 1988: por uma República Inclusiva", *Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 20, n. 3, 2018.

³⁹ BRASIL, *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*, 1824.

⁴⁰ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

⁴¹ BONAVIDES, P. *Ciência Política*, Ed. Malheiros, 2000.

⁴² CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V., *Os poderes do Presidente da República: especialmente em matéria de defesa e política externa*, Ed. Coimbra, 1991.

⁴³ BONAVIDES, P. *Ciência Política*, Ed. Malheiros, 2000.

procedimento preliminar de autorização do processamento, que ocorre na Câmara dos Deputados.

Não somente pelo sistema de governo adotado pelo Brasil, essa natureza jurídica aparece pela sua provocação inicial: o oferecimento de denúncia. Como explica Mencer⁴⁴, esse oferecimento pode ser realizado por qualquer cidadão, na forma do art. 14 da Lei nº. 1.079/1950. Esse ato, além da efetivação do republicanismo, é uma manifestação do exercício do direito-garantia fundamental de petição (art. 5º, XXXIV, "a", da CR/88), pelo qual tutela-se não somente direitos individuais, como os coletivos, a própria Constituição e os direitos difusos da sociedade⁴⁵.

No entanto, o oferecimento da petição não basta em si mesmo para cumprimento da norma citada. Como afirma Bobbio⁴⁶, todo direito carrega em si uma obrigação correspondente. No caso do direito de petição, a resposta pelo agente público competente é imprescindível para que haja a eficácia social da norma constitucional instituidora da garantia⁴⁷.

No procedimento de autorização do *impeachment*, Mencer⁴⁸ notou a existência de uma norma-regra destinada ao Presidente da Câmara dos Deputados que demonstra a exigência dessa resposta. Construída a partir dos arts. 14 e 15 da Lei nº. 1.079/1950 e do art. 218, § 1º, do Regimento Interno da Casa Legislativa, em conformidade com o princípio republicano e resposta do direito de petição, ela pode ser descrita como:

[...] se for apresentada denúncia [por cidadão] que contenha (i) assinatura com firma reconhecida pelo denunciante; e (ii) existência de documentos que comprovem os fatos; ou (iii) rol de no mínimo cinco testemunhas que possam suprir a ausência de documentos, o Presidente da Câmara dos Deputados deverá recebê-la [...]⁴⁹.

Dessa norma é importante perceber duas consequências. A primeira é que a resposta sobre o direito de petição se dá no pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados quanto ao recebimento ou não da denúncia. A segunda é em relação ao grau de liberdade na sua apreciação: constata-se baixíssimo grau de discricionariedade, com a análise restrita à presença de requisitos formais na denúncia.

Outras duas observações são necessárias quanto a essa norma. A primeira é que a definição do Presidente da Câmara dos Deputados como competente para realizar a análise não foi realizada pela Constituição da República ou pela Lei nº. 1.079/1950, sendo estabelecido no Regimento Interno. Além disso, no conjunto normativo referente ao processo de *impeachment* – caracterizado por princípios e regras –, não há norma que autorize a análise prévia quanto ao conteúdo da denúncia pelo chefe do órgão legislativo.

Isso é importante ser percebido porque, como aborda Rafael Mafei⁵⁰, *impeachment* vem do verbo *to impeach* (acusar), sendo aplicável ao processo de cassação porque a Câmara dos Deputados acusa perante o Senado Federal o

⁴⁴ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

⁴⁵ BONIFÁCIO, A. C. *Direito de petição: garantia constitucional*, Ed. Método, 2004.

⁴⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Ed. Elsevier, 2004.

⁴⁷ PEDRA, A. S., "Direito de petição no controle dos vícios dos editais de licitação", em JORGE, F. C. (coord.), *Direito processual e a Administração Pública*, Ed. Forense Universitária, 2010.

⁴⁸ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

⁴⁹ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021, p. 1.055.

⁵⁰ #153 IMPEACHMENT (com Rafael Mafei), *PodCast Onze Supremos*, 2023.

Presidente da República, após a provocação de um cidadão. Portanto, se à Câmara enquanto colegiado cabe a decisão de acusação, tomada tão somente por quórum de 2/3 dos membros (art. 86, caput, da CR/88), após devido processo legal realizado por Comissão Processante (arts. 19 e ss. da Lei nº. 10.79/1950), não há que se admitir a delegação dessa escolha a uma única pessoa: o Presidente da Câmara dos Deputados. A escolha sobre a acusação cabe ao Plenário da Casa de Leis.

Ante o exposto, pode-se concluir que a forma jurídica do ato de pronunciamento do Presidente da Câmara quanto ao recebimento ou não da denúncia, no ordenamento jurídico brasileiro, é de ato administrativo vinculado, resultante ao mesmo tempo de resposta a direito de petição administrativa e de um procedimento de responsabilização administrativa. Por isso, deve respeitar todas as normas jurídicas abstratas quanto ao processo administrativo, em especial os princípios republicano – razão de ser do processo de *impeachment* –, e os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência⁵¹.

Considerando o exposto como pressuposto teórico, na próxima seção serão apresentadas as principais razões de pedir e decidir presentes no mandado de segurança nº 38.034, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e que tinha por objeto o controle da omissão no pronunciamento quanto ao recebimento da denúncia.

4. O MANDADO DE SEGURANÇA Nº 38.034

O mandado de segurança nº 38.034, com pedido liminar inaudita altera pars, foi impetrado perante o Supremo Tribunal Federal por Rui Falcão e Fernando Haddad em face do Presidente da Câmara dos Deputados. Nele, afirmam a necessidade de assegurar o processamento de uma denúncia de *impeachment* do então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro apresentada pelos impetrantes juntamente com 157 outros cidadãos brasileiros ao Presidente da Câmara dos Deputados em 21 de maio de 2020, com base nos arts. 85, caput e incisos I, II, III, IV e V da CR/88, 5º, inciso 11, 6º, incisos 1, 2, 5, 6 e 7, 7º, incisos 5, 6, 7, 8 e 9, 8º, inciso 7 e 8, e 9º, incisos 4, 5, 6 e 7, todos da Lei nº. 1.079/50.

Os impetrantes fundamentaram que a denúncia tinha sido apresentada à Casa Legislativa há mais de um ano da proposição do Mandado de Segurança, entretanto, o seu Presidente se manteve inerte em analisa-la, não tendo nem realizado o exame dos seus requisitos meramente formais, violando o direito líquido e certo dos impetrantes por meio de conduta omissiva.

Assim, sustentam que o mandado de segurança objetivava “[...] resguardar a garantia assegurada aos Impetrantes pelo art. 14 da Lei nº 1.079/1950 e pelo art. 218, caput, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) [...]”⁵², que estabelecem permissão para que qualquer cidadão denuncie o Presidente da República por crime de responsabilidade perante a Câmara dos Deputados.

Além disso, alegam que já fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança nº 34.087/DF, que o encaminhamento de denúncia por crime de responsabilidade é um ato vinculado, não sujeito à discricionariedade da autoridade, nos seguintes termos:

[...] Na linha do quanto já decidido por essa Corte, portanto, o encaminhamento da denúncia de crime de responsabilidade é ato vinculado e, dessa maneira, não se submete ao exercício da discricionariedade da autoridade. Isso porque, existindo tipificação legal do único comportamento permitido à Administração, não é lícito emprestar-lhe qualquer cunho subjetivo. Em verdade, mesmo a fundamentação de eventual indeferimento é absolutamente restrita, sob pena de o Presidente da Câmara dos Deputados, por ato

⁵¹ MENCER, A. H. V., “O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade”, *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, [*Íntegra do Processo do Mandado de Segurança nº 3804*], 2022, p. 5.

unilateral, obstar o próprio exercício do direito democrático das maiorias parlamentares de darem prosseguimento ao processamento da denúncia⁵³.

Ainda, reconhecem que a legislação não possui previsão expressa de prazo para que o Presidente da Câmara de Deputados aprecie denúncia de *impeachment*. Porém, essa lacuna normativa não poderia legitimar a frustração do direito de petição dos Impetrantes. Por isso, sustentam a aplicação analógica dos arts. 48 e 49 da Lei nº 9.784/1999, em que se determina o prazo de 30 (trinta) dias para pronunciamento da Administração Pública Federal para decisão de processos administrativos e solicitações quando não houver prazo específico.

Ao final, os impetrantes requerem a concessão de medida liminar *inaudita altera pars* para que “se determine imediatamente processamento da denúncia por crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro [...]”, ou que, subsidiariamente, seja determinado que o Presidente da Câmara dos Deputados efetue o exame formal de admissibilidade da denúncia do *impeachment* no prazo de 72 (setenta e duas) horas⁵⁴. No mérito, requer-se a concessão da segurança nos mesmos termos requeridos quanto a concessão da medida liminar.

Diante desses pedidos e fundamentos, a ministra Cármen Lúcia, relatora do processo, indeferiu o mandado de segurança e julgou prejudicado o pedido de medida liminar, por decisão monocrática, pelos seguintes fundamentos jurídicos.

Inicialmente, ela esclareceu que o mandado de segurança é medida cabível apenas para assegurar direito subjetivo, e não mero interesse do impetrante. Nesse contexto, afirmou que dentro do sistema normativo vigente não há regra que garanta o automático processamento ou estabeleça prazo para os pedidos de *impeachment*, pelo que a alegada demora na avaliação e no encaminhamento da denúncia não se configura como lesão a direito subjetivo dos impetrantes.

Portanto, o pronunciamento judicial concluiu que não há direito líquido e certo dos impetrantes que tenha sido violado por ato omissivo da suposta autoridade coatora – Presidente da Câmara de Deputados –, não estando preenchidos os requisitos para a concessão do Mandado de Segurança. Ainda, concluiu, no que diz respeito a alegação de ofensa ao direito de petição dos impetrantes, que como não estaria evidenciado o direito líquido e certo de titularidade dos impetrantes, não haveria violação ao direito de petição e resta inviabilizado o prosseguimento da ação.

Além disso, afirmou que o Supremo Tribunal Federal possui o entendimento de que o pronunciamento do Presidente da Câmara de Deputados a respeito da admissibilidade de denúncia de *impeachment* é ato discricionário, não se restringindo a ato meramente burocrático de análise do preenchimento dos requisitos formais, diferente do que defendem os Impetrantes. Isso porque o ato “[...] se refere aos critérios políticos de oportunidade e conveniência”.

Ademais, concluiu que uma eventual decisão do Poder Judiciário determinando o imediato processamento da denúncia de *impeachment* apresentada pelos Impetrantes seria uma violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República).

Dessa forma, concluiu que uma vez ausentes os requisitos constitucionais e legais para a concessão da segurança, em especial a demonstração de violação de direito subjetivo, líquido e certo dos Impetrantes por ato omissivo da autoridade coatora, não é possível dar seguimento à ação constitucional, pelo que indeferiu “o presente mandado de segurança (art. 10 da Lei n. 12.016/2009 e § 1º do art. 21 do

⁵³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, [Íntegra do Processo do Mandado de Segurança nº 3804], 2022, p. 10.

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, [Íntegra do Processo do Mandado de Segurança nº 3804], 2022, p. 19.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal), prejudicado o requerimento de medida liminar.”

Diante da decisão, os impetrantes interpuseram agravo interno, defendendo o dever jurídico de processamento da denúncia de crime de responsabilidade pelo Presidente da Câmara de Deputados, com base nos arts. 14 a 19 da Lei nº 1.079 e § 2º do art. 218 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e a existência de prazo para o seu processamento, sustentando a inaplicabilidade da jurisprudência da Corte Constitucional citada pela Ministra Cármen Lúcia.

Argumentam, ainda, que não há que se falar em usurpação de competência da Presidência da Câmara de Deputados por meio de pronunciamento judicial que dê procedência ao mandado de segurança e determine o processamento da denúncia, tendo em vista que o que se almeja é que a suposta autoridade coatora “[...] seja instado a exercer o poder-dever de submeter ao Plenário da casa legislativa a postulação oferecida pelos Impetrantes ainda em maio de 2020.”

Por fim, os Impetrantes defenderam o dever de atuação administrativa do Presidente da Câmara de Deputados como decorrência de seu direito de petição, bem como a existência de prova constitutiva de seus direitos, requerendo a reconsideração da decisão agrava para que esta seja reformada e seja dado provimento ao mandado de segurança.

A União, por meio de sua Advocacia-Geral – que também representou a a suposta autoridade coatora –, apresentou contrarrazões ao agravo interno, defendendo a manutenção da decisão agravada ante a impossibilidade do Poder Judiciário de controlar ato de *interna corporis* do Poder Legislativo.

O agravo interno interposto pelo impetrantes/agravantes foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que por unanimidade, negou-lhe provimento pelos menos fundamentos da decisão monocrática anteriormente proferida pela Relatora Ministra Cármen Lúcia.

5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, é importante realizar uma reflexão sobre as considerações apresentadas na primeira seção, sobre a doutrina *interna corporis*, e o ato de recebimento de denúncia pelo Presidente da Câmara, exposto na segunda seção. Como pôde ser percebido, o princípio republicano que exige a plena responsabilização dos governantes foi instrumentalizado pelo *impeachment* (sentido amplo) no direito constitucional brasileiro, com a adoção do sistema de governo presidencialista.

Dessa forma, as condutas governamentais reguladas por normas infraconstitucionais – incluindo as do Regimento Interno – imprescindíveis ao processamento do Presidente da República demonstram-se como normas constitucionais adscritas, em razão de sua falta de realização impossibilitar a efetividade do princípio republicano pelo *impeachment* dos arts. 1º, caput, e 86 da CR/88. No caso do ato específico do pronunciamento sobre o recebimento da denúncia de *impeachment*, além de ser o subsequente ao início do procedimento preliminar, configura o único limite temporal previsto na Lei nº. 1.079/1950 no processo de cassação⁵⁵. Conforme o seu art. 15, caso ele não seja realizado até o fim do mandato, haveria a perda do objeto e a impossibilidade de processamento e responsabilização administrativa.

Além disso, a ausência de resposta fere o núcleo duro do direito de petição, já que a obrigação inerente ao direito de peticionar é a resposta ao peticionante. Portanto, há uma inconstitucionalidade concreta na ação governamental de voluntariamente não se pronunciar quanto ao recebimento da denúncia pela lesão a esse direito fundamental. É importante perceber que o direito não se efetiva, necessariamente, pela resposta positiva à petição, mas alguma resposta de: (a)

⁵⁵ MENCER, A. H. V., “O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade”, *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

deferimento; (b) indeferimento; (c) necessidade de aditamento, etc. Em casos de atos vinculados, essa resposta deve corresponder as hipóteses previamente estabelecidas na legislação pertinente, o que não impede, no entanto, a discordância daquele que requer pelo órgão decisor.

Por fim, a ausência de pronunciamento quanto ao recebimento da denúncia é uma lesão ao próprio direito das minorias parlamentares de participarem do processamento do processo de cassação do Presidente da República. A concentração de poderes no Presidente da Câmara, eleito pela regra da maioria – diretamente pelos Congressistas, mas, para esse cargo, indiretamente pelo povo –, sem a possibilidade de órgãos colegiados previstos em Lei se pronunciarem, demonstra a prejudicialidade da proporcionalidade partidária prevista na Constituição. No caso do procedimento estudado, a Comissão processante, por necessitar representar as forças políticas constituídas no Parlamento (art. 58, § 1º, da CR/88), teria a oportunidade de apreciar o pedido de abertura do processo de *impeachment* caso o Presidente deferisse recebimento da denúncia. A ausência de pronunciamento figura a impossibilidade de minorias parlamentares se pronunciarem sobre a matéria, de forma injustificada.

Portanto, percebe-se o cabimento do controle judicial da ausência de recebimento tanto pela doutrina *interna corporis* quanto pelas considerações de Bustamante e Bustamante⁵⁶. Na primeira, porque há lesão aos direitos das minorias parlamentares de participarem da decisão: direito este garantido pela Lei nº. 1079/1950 e pelo Regimento Interno, ao ser estabelecido em ambos a previsão de comissão processante. Já a última ocorre seja porque a regra que impõe o pronunciamento ser uma derivação do princípio republicano pela limitação temporal positivada na Lei 1.079/1950, quer seja porque há uma obrigação inerente ao direito-garantia fundamental de petição que ele ocorra.

No entanto, como exposto no capítulo anterior, não foi dessa forma que o Supremo Tribunal Federal procedeu. Inicialmente, o Tribunal afirmou inexistir direito subjetivo ao processamento do *impeachment*, quer seja por inexistência de regra que obrigue o Presidente da Câmara dos Deputados, ou porque não haveria prazo legalmente estabelecido para a sua realização. No entanto, como já demonstrado, há norma-regra que estabelece a necessidade de pronunciamento do Presidente da Câmara quanto ao ato: não necessariamente o processamento, mas o proferimento de decisão conforme os requisitos regimentais pré-estabelecidos. Além disso, o direito subjetivo se dá não somente porque há o oferecimento de denúncia – porque, como dito, a parte na cassação não seria o denunciante, mas a própria Câmara dos Deputados –, porém porque o direito-garantia fundamental à petição exige uma resposta. O direito subjetivo se encontra no núcleo duro da norma constitucional construída a partir do texto constitucional.

Sobre a inexistência de prazo, ele não justifica a conduta omissiva que viole direitos e princípios fundamentais. Como expõe Mencer⁵⁷, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto a ciência do direito constitucional brasileira admitem omissões inconstitucionais normativas ou de prestações fático-administrativas pelo decurso de prazo irrazoável para tomada da medida. No caso do pronunciamento sobre recebimento da denúncia, por efetivar o direito de petição e do princípio republicano – tanto constitucionalmente quanto em sua norma adscrita prevista regimentalmente – há uma omissão inconstitucional de prestação fático-administrativa na demora irrazoável, conforme estudo elaborado por Mencer⁵⁸.

⁵⁶ BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G., *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, 2015.

⁵⁷ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

⁵⁸ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

No caso abordado nesta pesquisa, houve uma demora por mais de um ano para o pronunciamento sobre o recebimento, o que leva ao questionamento se houve ou não uma mora que leva ao reconhecimento da omissão. Conforme, Rafael Mafei (#153 *IMPEACHMENT...*, 2023), na última década houve uma ruptura na tradição do Parlamento Brasileiro de em poucos meses analisar a presença de requisitos formais, convocação de comissão processante e arquivamento do procedimento quando não houvesse indícios de cometimento de crimes de responsabilidade.

Disso extraem-se duas constatações. A primeira é que, diferentemente do que é alegado no julgado do Supremo Tribunal Federal, não é um costume constitucional o Presidente da Câmara dos Deputados no Brasil reter o pronunciamento sobre o recebimento da denúncia e realiza-lo em momentos discricionários, com juízos de conveniência e oportunidade. A segunda é que um ano (25% do tempo de mandato presidencial) para o recebimento da denúncia demonstra-se prazo irrazoável pela própria história constitucional brasileira, agravado pelo fato de o mandado de segurança ter sido impetrado no último biênio do mandato presidencial. Assim, é caracterizada uma omissão inconstitucional de prestação fático-administrativa por parte do Presidente da Câmara dos Deputados.

Ademais, a ministra Cármen Lúcia e a Advocacia-Geral da União utilizaram do argumento da separação de Poderes, em um deferimento ao Legislativo, para não realizar o controle judicial, bem como a aplicabilidade da doutrina *interna corporis*. Nesse contexto, a relatora ainda ressaltou a impossibilidade de o Judiciário substituir o Presidente da Câmara dos Deputados no pronunciamento sobre o recebimento da denúncia.

Quanto à impossibilidade total de controle, como demonstrado, não há que se admitir esses argumentos, tanto pela conformação que o próprio Tribunal Constitucional concedeu à doutrina *interna corporis* quanto pelas considerações de Bustamante e Bustamante, revisitadas por Barcellos. Sobre a natureza do pronunciamento a ser dado, porém, concorda-se que o Tribunal Constitucional: não há como a Corte Constitucional substituir, a princípio, a vontade do Presidente da Câmara, mesmo em sede de mandado de segurança, em razão da separação dos Poderes. No entanto, isso não significa a ausência de pronunciamento, devendo-se concordar com Mencer, quando afirma que:

[...] o Judiciário tem legitimidade para realizar o controle de constitucionalidade da descrita omissão, desde que caracterizada mora, devendo o provimento judicial se ater à declaração da omissão e o estabelecimento de prazo para o cumprimento dele, sob pena de sanções a serem estipuladas *in casu*, como astreintes. Assim, caberá ao Presidente da Câmara analisar a presença ou não dos requisitos formais previstos no art. 218, § 1º, do RICD [Regimento Interno da Câmara dos Deputados], emitindo o comando de arquivamento do processo, após decorrido prazo recursal, ou de inclusão dele na pauta da próxima sessão do plenário, na forma do art. 218, § 2º, do RICD⁵⁹.

Mencer⁶⁰ ainda afirma, sobre o prazo para cumprimento da obrigação, que o Judiciário poderia estipular analogicamente o limite de 30 (trinta) dias corridos, aplicados nos casos de omissão administrativa normativa, previsto no art. 103, § 2º, da CR/88. No caso concreto, é importante ressaltar que o pedido de determinação de prazo para deliberação do Presidente era subsidiário na inicial do mandado de segurança, porém com um prazo muito menor, de 72 (setenta e duas) horas – o que figura irrazoável perante as normas vigentes. No entanto, nada impediria o Supremo de adotar o prazo de 30 (trinta) dias, pois ainda seria realizado o pedido subsidiário.

⁵⁹ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021, p. 1.063.

⁶⁰ MENCER, A. H. V., "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", *Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, n. 14, 2021.

Diante do exposto, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal teve uma atitude passivista no julgamento do Mandado de Segurança nº. 38.034, por atuar aquém de suas competências constitucionais – por conta da sua atribuição de guardião da Constituição, não somente das normas construídas diretamente e seu texto como também daquelas que são adscritas – devendo o pronunciamento correto o abordado acima: mandamento de que o Presidente da Câmara realizasse o recebimento ou não da denúncia no prazo de 30 (trinta) dias.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou compreender se a posição não-intervencionista adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 38.034 configura uma atitude passivista, ao não realizar o controle judicial sobre a ausência de pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados de denúncia de cometimento de crime de responsabilidade pelo Presidente da República.

Para isso, no primeiro capítulo foi delineada a fronteira mínima entre passivismo judicial e a realização adequada da função jurisdicional pelo STF. Inicialmente, foi demonstrado como o procedimentalismo figura como o limite mínimo de atuação para a jurisdição constitucional atuar em um Estado cuja constitucionalismo adota expressamente o controle judicial de constitucionalidade. Porém, demonstrou-se que diversas vezes a Corte Constitucional brasileira tem uma posição passivista, a partir da recusa de controle de constitucionalidade tendo como parâmetro os Regimentos Internos das Casas Legislativas, mesmo que neles contenham normas constitucionais adscritas. No entanto, demonstrou-se uma complexa atuação do Supremo, porque ao mesmo tempo que enfatiza essa doutrina *interna corporis*, também permite a interpretação e aplicação de normas regimentais em um controle de constitucionalidade concreto.

Posteriormente, foi exposta a natureza jurídica do pronunciamento do Presidente da Câmara dos Deputados sobre recebimento de denúncia por crime de responsabilidade. No capítulo 2, ao dissertar sobre o contexto presidencialista brasileiro e como a natureza dos crimes de responsabilidade consolidou-se em ser de infração político-administrativa, concluiu que o ato do Presidente da Câmara é ato administrativo vinculado, resultante ao mesmo tempo de resposta a direito de petição administrativa e de um procedimento de responsabilização administrativa, devendo-se respeitar as normas atinentes à atividade administrativa.

Então, foram apresentados os fatos, fundamentos jurídicos e pedidos do Mandado de Segurança nº 38.034, assim como o pronunciamento judicial sobre eles no terceiro capítulo, de maneira descritiva. A partir dos resultados colhidos, em um confronto dialético com a própria conexão entre o passivismo judicial e a natureza jurídica do ato de pronunciamento sobre o recebimento de denúncia pelo Presidente da Câmara, analisou-se a adequação da atuação do STF no caso.

Desse modo, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal teve uma atitude passivista no julgamento do Mandado de Segurança nº. 38.034, por atuar aquém de suas competências constitucionais. Isso se dá tanto em razão de necessitar de tutela do princípio republicano e do direito de petição, além da norma-regra construída a partir do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a partir de uma visão procedimentalista da doutrina *interna corporis*, quanto da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de defender as minorias parlamentares com o controle de constitucionalidade de atos do legislativo.

Quanto ao pronunciamento que deveria ser adotado, concluiu-se que o mais adequado seria condenar o Presidente da Câmara a se pronunciar sobre o recebimento ou não da denúncia no prazo de 30 (trinta) dias, sem substituir a vontade do parlamentar. Caso isso fosse desobedecido, o Supremo poderia adotar em sua decisão medidas judiciais típicas e atípicas, como as astreintes.

Como principal contribuição prática, este estudo busca provocar no Supremo Tribunal Federal o constrangimento epistêmico: demonstrar incorreções em decisões

passadas para auxiliá-lo na formação de sua jurisprudência, de forma íntegra e harmônica. Como contribuição acadêmica, demonstrou-se de que forma atos do Poder Legislativo em suas funções atípicas podem ser controlados pelo Supremo Tribunal Federal sem haver invasão de competências (ativismo judicial) ou o passivismo.

7. BIBLIOGRAFIA

- #153 *IMPEACHMENT* (com Rafael Mafei), Entrevistado: Rafael Mafei, Entrevistadores: David Sobreira e Juliana Pontes, *PodCast Onze Supremos*, [S. l.], 18 ago. 2023. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/48iZgPHFRxLJmoHmPo5s12>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- BARCELLOS, A. P. "O STF e os parâmetros para o controle dos atos do poder legislativo: limitações do argumento das questões interna corporis", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, pp. 435-456, maio/ago. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i2.80693>. Acesso em: 11 jun. 2022.
- BARROSO, L. R. "Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas", *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, pp. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>. Acesso em: 26 set. 2022.
- BARROSO, L. R. "Grandes transformações do Direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy", *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 17, n. 200, pp. 9-17, out. 2017. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2018/01/artigo-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.
- BARROSO, L. R. *Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a política*, 2014, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.
- BARZOTTO, L. F. *A Democracia na Constituição*, São Leopoldo, RS, Unisinos, 2005.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*, nova edição, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. *Ciência Política*, 10. ed. rev. e atual, Malheiros Editores, São Paulo, 2000.
- BONIFÁCIO, A. C. *Direito de petição: Garantia Constitucional*, São Paulo, Método, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*, Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Brasília, Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202-2023.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.
- BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)*, Brasília, Presidência da República, [1824]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950*, Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, Brasília, Presidência da República, [2000]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 21 ago. 2023.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Agravo Regimental na Petição nº. 3.240 Distrito Federal, Relator: Ministro Teori Zavascki*, Brasília, 10 maio 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>. Acesso em: 21 ago. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). [*Íntegra do Processo do Mandado de Segurança nº. 3804*], Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2022.
- BUSTAMANTE, T. R., BUSTAMANTE, E. N. G. *Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal*, [s. l.], 1 out. 2015. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2633948>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *Os poderes do Presidente da República: especialmente em matéria de defesa e política externa*, Coimbra, Coimbra, 1991.
- CARVALHO NETTO, M. "A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito", *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 3, pp. 1-15, 2000.
- CHUEIRI, V. K., GODOY, M. G. "Constitucionalismo e Democracia: soberania e poder constituinte", *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, pp. 159-174, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322010000100009>. Acesso em: 18 fev. 2022.
- COURA, A. C., PAULA, Q. C. "Ativismo judicial e judicialização da política: sobre substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 116, pp. 63-112, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/rbep.v116i0.511>. Acesso em: 27 mar. 2022.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Do Processo Legislativo*, 7 ed. rev. atual, São Paulo, Saraiva, 2012.
- FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trad. Adela Mora Canada y Manuel Martinez Neira, Madrid, Trotta, 2014.
- LYNCH, C. E., MENDONÇA, J. V. S. "Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade", *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017, pp. 974-1007. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>. Acesso em: 1 maio. 2022.
- MENCER, A. H. V. "O controle do não-recebimento pelo Presidente da Câmara de denúncia por crime de responsabilidade", in: *Anais do Simpósio Nacional De Direito Constitucional*, n. 14, 2021, Curitiba, pp. 1050-1066.
- MENDES, C. H. "Qual é o problema?", in: MENDES, C. H. *Controle de constitucionalidade e democracia*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, p. 1-31.
- MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional*, 15. ed., São Paulo, Editora Saraiva Educação, 2020, E-book.
- PEDRA, A. S. "Direito de petição no controle dos vícios dos editais de licitação", in: ABELHA, M., JORGE, F. C. (coords.). *Direito processual e a Administração Pública*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.
- SARMENTO, D. "O Princípio Republicano nos 30 Anos da Constituição de 88: por uma República Inclusiva. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro", Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, pp. 296-318, set./dez. 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n3/revista_v20_n3_296.pdf. Acesso em: 21 ago. 2023.
- SOUZA NETO, C. P., SARMENTO, D. "Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da 'última palavra' e alguns parâmetros de autocontenção judicial", *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, pp. 119-161, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2013.11773>. Acesso em: 7. jul. 2022.

TAVARES, A. R. "Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações",
Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, a. 1, n.
1, pp. 79-103, jan./mar. 2007.



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 269-287
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Discriminação estrutural e mudanças climáticas: a litigância baseada em direitos humanos e a utilização de categorias antidiscriminatórias¹

Structural discrimination and climate change: human rights-based litigation and the use of anti-discrimination categories

Rodrigo da Silva Vernes-Pinto²

Laerte Radtke Karnopp³

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Sumário: 1. Introdução. 2. Antropoceno e governança global. 3. Mudanças climáticas e vulnerabilidades. 3.1. Antidiscriminação, igualdade e antissubordinação. 3.2. Discriminação estrutural. 4. Litigância climática e direitos humanos fundamentais. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o desenvolvimento de estratégias de litigância climática e sua constância na proteção de direitos dos vulneráveis, cuja situação de subordinação é potencializada pelos efeitos das mudanças climáticas. No âmbito dos direitos humanos, as implicações de um clima em desequilíbrio atingem indivíduos e grupos detentores de marcadores sociais específicos, sobre os quais se revela a face mais perversa da desestabilização social decorrente de um ambiente não sustentável. A questão problematizada é sobre a possibilidade de diálogo entre a categoria jurídica da discriminação estrutural e litigância climática em um contexto permeado pelo constitucionalismo climático. Emprega metodologia teórico-descritiva para sustentar a hipótese de que o constitucionalismo climático possibilita harmonizar a categoria da discriminação estrutural e a litigância climática.

¹ Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio recebido para o desenvolvimento deste trabalho.

² Advogado. Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). E-mail: rodrigodasilva@hotmail.com.

³ Auditor no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul). Advogado. Doutorando em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Licenciado em Letras pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). E-mail: laerterk@gmail.com.

Palavras-chave: Litigância climática. Mudanças climáticas. Vulnerabilidades. Constitucionalismo climático. Discriminação estrutural.

Abstract: This article aims to reflect about the development of climate litigation strategies and their consistency in protecting the rights of the vulnerable people, whose subordination situation is heightened by the effects of climate change. In the context of human rights, the implications of an imbalanced climate affect individuals and groups with specific social markers, which reveal the most perverse face of social destabilization resulting from an unsustainable environment. The research problem asks about the possibility of dialogue between the legal category of structural discrimination and climate litigation in a context permeated by climate constitutionalism. The research uses a theoretical-descriptive methodology to support the hypothesis that climate constitutionalism makes it possible to harmonize the category of structural discrimination and climate litigation.

Keywords: Climate litigation. Climate change. Vulnerabilities. Climate constitutionalism. Structural discrimination.

1. Introdução

No momento em que este artigo é escrito, a imprensa noticia uma das maiores tragédias climáticas decorrente de fortes chuvas no Estado do Rio Grande do Sul, que destruíram quase por inteiro duas cidades (Muçum e Roca Sales), ocasionaram mais de 40 mortes, mais de 900 pessoas feridas, além de outras 20 mil desalojadas e 4,8 mil desabrigadas, nos 97 municípios afetados.⁴ Ciclones, chuvas intensas e secas prolongadas têm se tornado cada vez mais comuns ao redor do globo e estão a tornar vítimas especialmente uma parcela mais vulnerável da população: aqueles que vivem às encostas dos morros, na margem dos rios e os pequenos agricultores são os primeiros a sofrer os efeitos devastadores do câmbio climático.

O avanço de impactos sociais decorrentes das mudanças climáticas revela a necessidade de seu enfrentamento, inclusive com o diagnóstico sobre os seus efeitos sociais e jurídicos. A constatação das consequências negativas sobre o ecossistema e a biodiversidade, a relação entre o degelo e o aumento nos níveis de oceanos, a necessidade de controle das emissões de gases de efeito estufa, assim como da poluição e do desmatamento, não deve ser vista isoladamente. Assim, a emergência climática não está desassociada das vulnerabilidades sociais geradas por uma série de eventos complexos que inviabilizam a manutenção de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nessa esteira, o Direito emerge como arcabouço epistemológico e de intervenção transformativa de realidades, com o escopo de definir responsabilidades, projetar soluções e atender a direitos humanos daqueles que sofrem com a degradação do meio ambiente e os interesses de futuras gerações.

Em meio ao cenário antropocênico, no qual a intervenção humana põe em xeque a conservação de recursos naturais e culturais e do ambiente qualitativamente sustentável com o devido acesso a tais recursos, a propositura de novos modelos de governança ambiental é fator relevante. Com efeito, o escopo de não só compreender essa realidade, como também de avançar em políticas ambientais baseadas em normas constitucionais fomentadoras de uma nova governança ambiental é um horizonte mais efetivo. Nesse sentido, a ideia de um constitucionalismo climático

⁴ ESTADÃO. "Ciclone no RS: número de desaparecidos cai para 9 após busca da polícia", *Estadão*, 12 set. 2023, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2023/09/12/ciclone-no-rio-grande-sul-n-de-desaparecidos-cai-para-9-apos-buscas-da-policia.htm>, acesso em: 13 set. 2023.

atento a direitos humanos básicos permite maior amplitude nas responsabilizações decorrentes de mudanças climáticas com propostas de soluções concretas.

Ao longo dos anos, o desenvolvimento de estratégias de litigância climática tem sido uma constante para a proteção de direitos dos vulneráveis, cuja situação de subordinação é potencializada pelos efeitos das mudanças climáticas. No âmbito dos direitos humanos, as implicações de um clima em desequilíbrio atingem indivíduos e grupos pertencentes a específicos marcadores sociais, sobre os quais se revela a face mais perversa da desestabilização social devido a um ambiente não sustentável. Isso é observável em estruturas cuja dinâmica alimenta a manutenção de discriminações, as quais são incrementadas pela intersecção das identidades daqueles que estão subalternizados em um contexto social, político e econômico marginalizante. Logo, as mudanças climáticas, a negação de direitos humanos e a discriminação estrutural estão conectadas, sendo que o direito da antidiscriminação, no uso de suas categorias jurídicas conjugadas aos institutos da governança ambiental e da litigância climática, pode ofertar um diálogo capaz de soçobrar as dificuldades de uma realidade cada vez mais geradora de desequilíbrio ambiental e de exclusão social.

É justamente nesse contexto que a seguinte questão é posta: é possível a potencialidade de diálogo entre a categoria jurídica da discriminação estrutural e a litigância climática em atenção ao constitucionalismo climático? Para sustentar a hipótese de que o constitucionalismo climático abrange a possibilidade de conciliar a categoria da discriminação estrutural com a litigância climática, a presente pesquisa será realizada a partir de uma metodologia teórico-descritiva, e se dividirá em três partes. A primeira oferecerá um panorama da governança global, a influência dos tempos do antropoceno sobre o meio ambiente, seus reflexos sociais e jurídicos, assim como as potencialidades de um constitucionalismo climático. Na segunda parte, serão problematizadas as consequências das mudanças climáticas sobre indivíduos e grupos vulneráveis e discriminados, sob a ótica do direito da antidiscriminação, focalizando, principalmente, a categoria da discriminação estrutural. Ao fim, serão expostas as possíveis interconexões com as bases da litigância climática, no que se refere aos direitos humanos fundamentais e ao diálogo com as categorias antidiscriminatórias.

2. Antropoceno e governança global

A relação entre a atividade humana, as mudanças climáticas e a premente necessidade de uma nova ideia de governança global merecem um destaque inicial na investigação para a solução das extremas atividades climáticas no cotidiano da humanidade. De início, é oportuno situar a época vivenciada na Terra, a qual tem sido demarcada como a Era do Antropoceno. A alusão ao antropoceno significa o momento geológico centrado na atividade humana, a qual impacta na dinâmica do planeta Terra e deflagra um cenário de crise global ambiental. Isso significa a consolidação da construção social sobre a crise ambiental que se protraí sobre o globo desde a metade do século passado.⁵

Assim, a conexão entre realidades de degradação ambiental a refletir no dia a dia da humanidade e a ação humana é fator determinante para tudo aquilo que é presenciado em cada territorialidade ou visto pelas telas da televisão ou dos *smartphones*. Os constantes cenários de desastres naturais ocasionados por tempestades ou furacões, o calor ou frio extremos, as inundações e as secas, inúmeras vezes descritos como fatos merecedores de modificação nos hábitos dos seres humanos, demonstram os sinais do preço cobrado pelo aquecimento global. As cenas vistas em tempo real saem dos cenários de filmes e chegam às portas das casas de todos. É exatamente nas mudanças climáticas que a chamada narrativa do

⁵ JARIA-MANZANO, J. & BORRÀS, S. "Introduction to the research handbook on global climate constitutionalism", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 1-17.

Antropoceno se manifesta.⁶ Essas mudanças demonstram um giro nefasto ocasionado pelo desequilíbrio ambiental, o qual desestrutura todo o ecossistema. E, o ser humano, parte de todo esse sistema, ao atacar as engrenagens que mantêm o planeta vivo e para ser vivido, recebe de volta as agruras de um ambiente em superaquecimento cada vez mais desestabilizado.

O diagnóstico dessa situação tem sido fomentado pela Organização das Nações Unidas (ONU) ao longo dos anos. Por intermédio de relatórios científicos, os quais são denominados como Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (*Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC*), são feitos estudos apurados sobre as mudanças climáticas que têm afetado o mundo e a propositura de medidas para a solução dos problemas decorrentes do aquecimento global. Como consequência, são articuladas políticas de resposta, adaptação e mitigação, bem como ações atinentes aos impactos sobre a população e territórios ao redor do mundo. Dentro desse quadro, são expostos vários âmbitos de intervenção humana em que há o descompasso ambiental decorrente das mudanças climáticas. Por exemplo, a exploração das terras em desequilíbrio aumentou a emissão de gases de efeito estufa nos últimos anos e a perda de ecossistemas naturais. Isso impacta em potencial escassez de água, degradação da terra e insegurança alimentar, a variar de região para região.⁷

A captura desses dados da realidade requer uma remodelação na chamada governança ambiental. Esse contexto demonstra uma ampliação na perspectiva acerca da ideia de Estado e dos sujeitos envolvidos nas elaborações políticas e jurídicas, em um espaço de releitura de categorias e institutos jurídicos. A tradição da Teoria de Estado demarcada pelas figuras do Estado Moderno e do Estado Social e de Bem-estar é revisitada com o incremento participativo de novos atores, o que ocasiona a dispersão do centro dos debates na tomada de decisões.⁸ Isso se relaciona ao fenômeno da globalização e resulta em uma “fragmentação jurídica”, sustentada por alguns autores, como Gunther Teubner, que lhe designa o escopo de investigar os sistemas sociais e sua autonomia diante da esfera estatal, com autorrelações próprias.⁹ Em meio a isso, a análise dos sistemas do Direito e da Política indicam uma fragmentação, na qual as normas domésticas estatais mantêm seus controles, o que pode gerar conflitos e óbices na comunicação entre os sistemas.¹⁰

Os estudos de Saskia Sassen¹¹ apontam para uma multiplicação de sistemas normativos transfronteiriços com diferentes graus de autonomia em relação ao direito nacional: de um lado os sistemas centrados no novo domínio público transnacional e, de outro, aqueles com autonomia quase absoluta e, em geral, privados. Esse processo pode indicar, segundo a autora, o surgimento de um direito global que, diferentemente do direito internacional, se baseia em uma lei não centrada no sistema jurídico nacional, como ocorre ao direito internacional, e que não se limite a harmonizar os distintos sistemas jurídicos nacionais. Esse tipo de harmonização é próprio de grande parte do sistema supranacional dedicado a questões como problemáticas da globalização econômica, meio ambiente e direitos

⁶ JARIA-MANZANO, J. & BORRÀS, S. “Introduction to the research handbook on global climate constitutionalism”, em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 1-17.

⁷ INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023: Synthesis Report*, Geneva, 2023, disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>, acesso em: 29 nov. 2023.

⁸ CARVALHO, D. W. “Estado de direito ambiental”, *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.

⁹ TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, Saraiva, São Paulo, 2016.

¹⁰ TEUBNER, G. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Ara Editores, Lima, 2005.

¹¹ SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires, 2010.

humanos. Em outras palavras, a formação de um regime global, onde se incluíam as questões pertinentes à crise climática, não se baseia na integração, na harmonização ou na convergência dos ordenamentos nacionais e, tampouco, na distinção entre normas de distintas nações, mas em múltiplos processos especializados e segmentados de juridificação, em sua maioria privados.

De todo modo, o elastecimento do exercício dos papéis sociais através de novos atores revela que a pluralidade de sujeitos, ante a fragmentação referida, é elemento que oferece uma potencialização da democracia e da emancipação. Diante de situações de ofensa a direitos no campo do meio ambiente em um contexto de exposição a mudanças climáticas e da complexidade constatada pelas teias e nós das irritações de sistemas em comunicação,¹² novas agendas de governança ambiental podem constituir alternativas para a estabilização dos sistemas. Assim sendo, atentando-se para o imanente acoplamento estrutural entre Direito e Política,¹³ as novas figuras que exercem fundamental protagonismo na defesa do meio ambiente indicam para o campo seminal da "ecodemocratização"¹⁴ do sistema político. Inserido nesse debate, se encontra o espaço de ecologização do Direito¹⁵ perante as instabilidades ambientais, o qual possui relevância para o enfrentamento das mudanças climáticas e as suas consequências.

Essas categorias reforçam a adoção de novos modelos de governança ambiental, cujas práticas apresentam a capacidade de alçar com efetividade políticas de resposta, adaptação e mitigação no que se refere às mudanças climáticas. Tudo isso possui repercussões no Estado de direito ambiental, em que a proteção ambiental é tida como objetivo fundamental e a sustentabilidade modifica-se de um modelo meramente intervencionista para uma ótica aberta e participativa para todos os cidadãos. Com efeito, desenvolve-se um Estado democrático ambiental sensível às demandas pelo desequilíbrio do meio ambiente, como no caso das mudanças climáticas.¹⁶

A governança ambiental, além de transitar por uma renovação modelar, passa por uma democratização atenta à agenda solidária intergeracional, isto é, concretiza-se pela tomada de decisões referentes ao meio ambiente que estejam comprometidas com os interesses de futuras gerações. Nessa linha, um Estado de direito ambiental se funda a partir do estabelecimento de alguns pressupostos estruturantes, dentre os quais figura o antropocentrismo alargado,¹⁷ como uma das bases fundamentais para uma compreensão jurídica sobre os efeitos negativos percebidos pelas pessoas estruturalmente vulneráveis e expostas às mudanças constantes do clima.

A noção de antropocentrismo alargado, na interpretação constitucional, reforça a necessária atenção às consequências negativas das mudanças do clima e à inviabilização de direitos humanos, conjugadas à estruturação discriminatória decorrente do avanço de vulnerabilidades. Para uma interpretação assim, devem ser conjugados os valores ambientais constitucionais com outros bens jurídicos

¹² TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, Saraiva, São Paulo, 2016.

¹³ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, tradução de Saulo Krieger, Martins Fontes, São Paulo, 2016.

¹⁴ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020, p. 109.

¹⁵ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020, p. 111.

¹⁶ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.

¹⁷ Além do alargamento do antropocentrismo em direção à sustentabilidade, Délton Winter de Carvalho identifica outros dois pressupostos estruturantes do Estado de direito ambiental: (1) a juridicidade constitucional ambiental; e (2) a estruturação do direito do ambiente ecologicamente sob o *status* de um direito fundamental. Nas demais seções, serão articuladas as ideias desta pesquisa com os pressupostos 1 e 2, no que toca à litigância climática baseada em direitos humanos. Para maior aprofundamento, ver CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.

tutelados, tais como a vida, os valores econômicos, a saúde e a propriedade, de modo a incluir os interesses de futuras gerações como merecedoras de proteção e promoção.¹⁸ Desse modo, pode-se afirmar que o alargamento do antropocentrismo representa uma expansão que ocorre por três vias: "(i) a equidade intergeracional, (ii) o direito dos animais; e (iii) a constatação evidente de que o homem é elemento integrante de uma comunidade biótica".¹⁹

A consolidação de novos modelos de governança leva em consideração essa gama de categorias e princípios, em que se vislumbram medidas de combate às ações e omissões nocivas ao meio ambiente, tanto de cunho intrageracional quanto intergeracional. Em decorrência disso, a chamada equidade intergeracional representa um novo olhar a estruturar a efetivação de novos direitos ambientais para futuras gerações.²⁰ Dessa forma, falar em desenvolvimento sustentável não comporta em si tão somente a ideia pura e simples de preservação ambiental e de utilização de recursos de forma responsável, mas exige um olhar holístico e problematizador sobre as demandas advindas da integração da atividade humana e sua intervenção na natureza. Com isso, as explorações econômicas agricultoras ou pecuárias, por exemplo, necessitam incluir em suas pautas o respeito à concepção de equidade intergeracional. E, assim, a inclusão do respeito a esse princípio é estendida para uma variedade de ações humanas, não só no combate às atividades predatórias e irresponsáveis em relação ao meio ambiente, como também para atitudes omissivas e de uso de recursos naturais sem a intenção de desmatar, de poluir, de emitir gases em índices descontrolados.

Toda essa relação entre a Era do Antropoceno e os fundamentos prementes de um novo modelo de governança ambiental reclamam bases jurídicas que deem sustentação para uma intervenção a partir do Direito. Essa possibilidade sugere uma abertura para normas constitucionais destinadas ao enfrentamento de violações ambientais e, mais especificamente, das mudanças climáticas, a partir do diagnóstico de consecutórios de vulnerabilidade social, política e econômica de grupos subordinados, que necessitam de especial atenção do Direito. A pactuação de normas com *status* constitucional sobre o tema, atenta à pluralidade de atores envolvidos, como medida transformativa e de alcance democrático, pode se apresentar como alternativa para além de diagnósticos sobre a desestruturação ambiental como reflexo de causas naturais de destruição geográfica e social.

Assim, a constatação de causas antropocênicas atreladas à emergência do clima e a premente busca de um novo modelo de governança ambiental evidenciam a necessidade de abertura e adequação de um constitucionalismo que tenha o escopo de desenredar as tramas que impedem a defesa do meio ambiente, a mitigação das mudanças climáticas e o resguardo dos interesses intergeracionais. Ante a complexidade estrutural em um prosclênio social carregado de obstáculos, é possível desenvolver uma ideia de Constituição que "busca estruturas possíveis de complexidade, que possibilitam uma evolução especial do sistema jurídico".²¹

Nesses moldes, a evolução se daria pela variação de elementos e paradigmas já estabelecidos, possibilitando novas realidades, a partir da escolha de uma estrutura que permitisse outras reproduções e a estabilização do sistema, com a manutenção de sua dinamicidade.²² Com a comunicação e acoplamentos estruturais entre os sistemas político e jurídico se possibilitaria essa evolução para um sistema

¹⁸ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.

¹⁹ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020, p. 127.

²⁰ CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.

²¹ LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, tradução de Saulo Krieger, Martins Fontes, São Paulo, 2016, p. 151.

²² LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, tradução de Saulo Krieger, Martins Fontes, São Paulo, 2016.

do meio ambiente atento a esse quadro estruturado de vulnerabilidades decorrentes dos impactos ambientais. Em um ambiente ecodemocrático e de pluralidade de sujeitos, é deflagrada a fragmentação jurídica incapaz de ser analisada de uma única forma, mas, sim, de modo pluridimensional, o que redundará em laços indicativos para uma compatibilidade normativa entre os fragmentos.²³

A busca por essa compatibilidade normativa indica uma evolução do sistema constitucional, que passa a ser dotado de maior dinamicidade e a propor um consenso no uso de meios capazes de conferir limites ao poder estabelecido, de forma democrática, em um ambiente de governança complexa e atenta à narrativa antropocênica. Assim como os cenários climáticos devastadores presenciados atualmente decorrem da ação humana, a Constituição também é constructo social; logo, se as normas derivam de uma construção social, é nessa característica que reside sua potência emancipatória. Essa emancipação se alinha à pluriversidade normativa, a qual atende à proteção das pessoas vulnerabilizadas pelas mudanças climáticas, dando sonoridade às suas vozes e levantando os véus que os invisibilizam.²⁴ Assim como há a negativa de direitos humanos em geral para as camadas mais necessitadas do sistema social, o que faz exigir um olhar mais atento para a diversidade dos sujeitos, as mudanças climáticas também merecem um enfrentamento adequado à equidade intra e intergeracional e dão lugar à exigência de normas constitucionais abertas às responsabilidades, adaptações e mitigações diante de tal crise.

O alinhamento entre normas constitucionais e o problema climático adere ao chamado constitucionalismo climático, o que permite desenvolver políticas públicas, programas ambientais e jurisprudência, com a imposição de deveres e técnicas procedimentais para a proteção do meio ambiente. Esse constitucionalismo é base para a litigância climática,²⁵ já que a inclusão de regras e princípios no texto constitucional sobre esse tema cria uma semântica própria e com *status* constitucional ou, ainda, permite o diálogo com outros direitos constitucionais com o objetivo de dar respostas às mudanças climáticas.²⁶

A proposta de um constitucionalismo climático oferece vantagens e representa uma mirada difusa sobre as normas constitucionais, além de uma interpretação atrelada à atualidade das demandas ambientais. No caso do Brasil, que possui uma das constituições mais avançadas quanto ao tema do meio ambiente, a aplicação do artigo 225 da Constituição Federal²⁷ assume contornos de maior potencialidade e impacto na adoção de políticas públicas e na atribuição de responsabilidades, inclusive no que concerne aos interesses de futuras gerações e aos reflexos das mudanças climáticas sobre outros bens jurídicos tutelados. A solidariedade é um dos pontos fortes no direito constitucional ambiental brasileiro, uma vez que assume a dupla dimensão comunitária e intergeracional e, na perspectiva temporal, é diacrônica, à medida que se preocupa com as gerações do após, e sincrônica, quando se ocupa das relações de cooperação com a geração do presente.²⁸

²³ TEUBNER, G. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Ara Editores, Lima, 2005.

²⁴ JARIA-MANZANO, J. & BORRÀS, S. "Introduction to the research handbook on global climate constitutionalism", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 1-17.

²⁵ A litigância climática será objeto de análise na seção 4.

²⁶ MAY, J. R. & DALY, E. "Global climate constitutionalism and justice in the courts", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 235-245.

²⁷ Art. 225. 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. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 3 set. 2023.

²⁸ MASSAÚ, G. C. & BERTOLDI, M. R. "Solidariedade ambiental: entre mudanças climáticas e desigualdade", *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y*

O custo ambiental antropocênico é tomado em consideração a partir dos efeitos econômicos e sociais geradores de mais desigualdades. Carvalho sinaliza para o fato de que os desastres naturais comprometem exponencialmente a condição de vida e de inclusão da população de países em desenvolvimento.²⁹ Essa é uma das faces da emergência climática, que produz desigualdades e reforça a pobreza e, em consequência, requer uma solidariedade ambiental para uma justiça climática distributiva entre indivíduos, estados e gerações, uma vez que a capacidade de adaptação às mudanças climáticas pode contribuir para mitigar a pobreza e as desigualdades. Para isso, seria necessário “um programa de adaptação pró-pobres, especialmente nos processos que prejudicam os meios de subsistência, tal é a agricultura, altamente sensível ao clima, o que pode causar insegurança alimentar e, consequentemente, injustiça social”.³⁰

Nesse contexto, pode ser ressaltada a conformação de um constitucionalismo climático, que arregimenta normas jurídicas receptivas à tutela do meio ambiente de forma integrada a indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade. É precisamente nesse ponto que se abre a discussão sobre o impacto da crise climática na produção de vulnerabilidades e a resposta do Direito às desigualdades produzidas no campo social.

3. Mudanças climáticas e vulnerabilidades

O debate sobre o constitucionalismo climático é atravessado pelas questões sociais, já que as inúmeras viradas no clima ao redor do mundo atingem sobremaneira aqueles que não têm pleno acesso a uma vida digna em sua plenitude. Tempestades e alagamentos, frio e calor extremos, e outros eventos naturais como esses assumem consequências muito mais danosas quando as vítimas são vulneráveis e carregam em si marcadores sociais específicos. Assim, a estruturação social carece de sensibilidade climática aos diversos riscos provocados pelos eventos climáticos sobre recursos naturais e grupos subordinados.³¹

É importante ter em conta que a vulnerabilidade dos recursos naturais, diante das mudanças climáticas que estão a atingir o solo, o ar, as águas – o ecossistema em si – também decorre das experiências de populações e territorialidades.³² Isso significa que a complexidade do fenômeno climático sugere medidas conjugadas e soluções transformativas compartilhadas: de um lado, a comunhão de esforços científicos interdisciplinares no estudo e na proposta de redução de gases de efeito estufa e de uso racional dos recursos naturais, seja na imposição de limites ao desmatamento e à não poluição das águas; de outro, o desenvolvimento de categorias jurídicas capazes de identificar responsabilidades e obrigações. Além disso, a compreensão, pelo Direito, dos impactos sociais sobre indivíduos e grupos introduz a possibilidade de considerar a dinamicidade das

Relaciones Internacionales, n. 51, 2022, p. 389, disponível em: https://institucional.us.es/revistas/Araucaria/51/2_monografico_1_raylane/7._artigo_6.pdf, acesso em: 3 set. 2023.

²⁹ CARVALHO, D. W. “Litigância climática como governança ambiental”, *Revista de Direito Ambiental*, v. 96, ano 24, 2019.

³⁰ MASSAU, G. C. & BERTOLDI, M. R. “Solidariedade ambiental: entre mudanças climáticas e desigualdade”, *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n. 51, 2022, p. 373-393, disponível em: https://institucional.us.es/revistas/Araucaria/51/2_monografico_1_raylane/7._artigo_6.pdf, acesso em: 3 set. 2023.

³¹ CARVALHO, D. W. “Litigância climática como governança ambiental”, *Revista de Direito Ambiental*, v. 96, ano 24, 2019.

³² INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023: Synthesis Report*, Geneva, 2023, disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>, acesso em: 29 nov. 2023.

vulnerabilidades geradas a depender da localidade³³ em todas as suas complexidades e permite uma visão sobre as violações de direitos humanos fundamentais como conseqüências das mudanças climáticas.

Nesse quadro estão inseridos os princípios da igualdade e da não-discriminação. A existência de populações em estado de vulnerabilidade social, sem o acesso igualitário a bens e serviços, aliadas de condições dignas de humanidade, demonstra o quanto a atenção à defesa do meio ambiente precisa se dar em conjunto com as ferramentas e as categorias antidiscriminatórias na comunicação e no diálogo entre os microssistemas jurídicos. A proteção ambiental, com o seu cabedal de princípios, pela demonstração de medidas de adaptação, mitigação e responsabilização pelas mudanças climáticas, se abre para a possibilidade de receber complementos por parte da categoria jurídica da antidiscriminação.

3.1. Antidiscriminação, igualdade e antissubordinação

O princípio da igualdade se refere ao conjunto de valores insculpidos e reconhecidos como direitos humanos consolidados no ordenamento jurídico internacional. Historicamente, é tido como parte dos pilares de sustentação democrática, uma vez que remete ao surgimento do Estado Moderno, período marcado por lutas em face de uma estrutura de privilégios mantida à época.³⁴

Como ponto de partida, a igualdade tem sido interpretada em suas faces formal e material. No primeiro caso, vigora a compreensão de que todos são iguais perante a lei, cuja principal característica seria a sua abstração.³⁵ Por essa razão, fala-se que o também chamado princípio da isonomia é considerado universal e genérico, desatento às especificidades ou marcadores sociais de indivíduos e grupos. Em seu cunho material, por outro lado, a igualdade se apresenta em um viés muito mais concreto, de onde se busca o dever de conteúdo,³⁶ pelo fato de que nem todos os indivíduos e grupos são iguais em todos os aspectos. Sob tal ótica, a igualdade material assume contornos substanciais e atentos às realidades sociais, econômicas e políticas e, em seus desdobramentos, pode assumir um conteúdo distributivo e socioeconômico.³⁷

Entretanto, mesmo com a compreensão binária de igualdade formal e material, existem situações de subordinação e vulnerabilidades, as quais configuram discriminações. Estas expõem a necessidade de um aprofundamento das categorias jurídicas com capacidade de alcance e captura de suas antijuridicidades e seus negativos reflexos sociais e ambientais. Em diálogo, inclusive, com a ideia de um constitucionalismo climático e de uma nova governança global.

A aplicação da noção de igualdade às questões ambientais, sobretudo em sua face material, torna relevante os conceitos de injustiça/justiça ambiental. A injustiça ambiental se refere ao mecanismo presente em sociedades social e economicamente desiguais que relega os danos ambientais decorrentes de seu desenvolvimento “às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas

³³ INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023: Synthesis Report*, Geneva, 2023, disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>, acesso em: 29 nov. 2023.

³⁴ BORRILLO, D. “Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 71, 2013, p. 543-556, disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8913/9318>, acesso em: 3 set. 2023.

³⁵ MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1993.

³⁶ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2011.

³⁷ SARMENTO, D.; IKAWA, D. & PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

e vulneráveis”.³⁸ Justiça ambiental, por outro lado, é um conceito que representa um conjunto de princípios que assegura que nenhum grupo social suporte as consequências ambientais negativas derivadas de operações econômicas e políticas de governo; que garante equidade no acesso aos recursos ambientais bem como o acesso a informações sobre o uso dos recursos ambientais; e que permite a constituição de sujeitos que atuem na construção de modelos alternativos de desenvolvimento ambientalmente democráticos e sustentáveis.³⁹

A desigualdade ambiental, caracterizada pela proteção ambiental desigual, expressa em políticas ambientais que geram riscos para os mais carentes, ou ainda, pela disparidade de acesso aos recursos naturais, em termos de produção e de consumo,⁴⁰ abre caminho a uma discussão sobre a necessidade de atuação do direito antidiscriminatório também no campo do direito ambiental e do constitucionalismo climático. Isso se justifica, ainda, pelo fato de as tragédias ambientais darem evidência à relação entre exclusão social e invisibilidade ambiental de populações inteiras, o que indica a necessidade de que os direitos ambientais sejam fortalecidos para contribuir na transformação da realidade social, já que tais direitos constituem “instrumento de justiça socioambiental capaz de dar voz política às minorias e, assim sendo, [...] não podem ser subjugados em face dos demais direitos fundamentais”.⁴¹

Diante da complexidade da noção de igualdade e do avanço no combate às discriminações, o desenvolvimento de mais vias de enfrentamento e transformações assume relevância de diferentes formas.⁴² Nessa linha de raciocínio, conjugada aos valores centrados na igualdade perante a lei, à promoção da igualdade e ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, tem-se a proibição do tratamento discriminatório.⁴³ Da comunicação entre as noções de igualdade e de vedação da discriminação, deriva a importância de um conceito jurídico de discriminação, o qual pode ser extraído de convenções internacionais de direitos humanos. Assim, a discriminação se refere a

[...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável [...].⁴⁴

Assentadas as bases acerca das concepções de igualdade e de discriminação, pode-se apontar que, se, de um lado, tem-se uma compreensão estática do princípio

³⁸ ACSELRAD, H.; MELLO, C.C.A. & BEZERRA, G.N. *O que é justiça ambiental*, Garamond, Rio de Janeiro, 2009, p. 41.

³⁹ ACSELRAD, H.; MELLO, C.C.A. & BEZERRA, G.N. *O que é justiça ambiental*, Garamond, Rio de Janeiro, 2009.

⁴⁰ ACSELRAD, H.; MELLO, C.C.A. & BEZERRA, G.N. *O que é justiça ambiental*, Garamond, Rio de Janeiro, 2009.

⁴¹ ASSIS, C. C. “Democracia ambiental e os invisíveis: rompendo as barreiras da exclusão socioambiental”, *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021, p. 363, disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/600/338>, acesso em: 28 nov. 2023.

⁴² BAMFORTH, N.; MALEIHA, M. & COLM, O. *Discrimination Law: theory and context*, Sweete & Maxwell, London, 2008.

⁴³ RIOS, R. R. “O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade”, *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 18, 2012, p. 169-177, disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3990032/mod_resource/content/1/rios%20rapp%20tesao%20igualdade%20diferenc%CC%A7a.pdf, acesso em: 14 set. 2023.

⁴⁴ BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acesso em: 3 set. 2023.

jurídico da igualdade, a disciplina da antidiscriminação é expressão de sua compreensão dinâmica, visto que aprofunda a análise de situações de desigualdade e propõe medidas transformadoras, através de suas categorias jurídicas e institutos.⁴⁵ Nessa linha, são estabelecidas técnicas jurídicas antidiscriminatórias conhecidas como critérios proibidos de discriminação, direcionadas a quem deve ser protegido.⁴⁶ Isso significa que alguns marcadores sociais e identidades são listados em lei, com a indicação da proteção sobre indivíduos e grupos vulneráveis ao tratamento discriminatório, tais como os motivados por sexo, raça, cor, religião, etnia, dentre outras.⁴⁷ Logo, a configuração de alguma discriminação requer a causalidade entre o tratamento jurídico injustificado e o critério proibido, sem as quais a discriminação não incide.⁴⁸

As definições conceituais de igualdade e de discriminação permitem o estabelecimento de relações entre as consequências das mudanças climáticas e o impulsionamento de vulnerabilidades em localidades marcadas pelas desigualdades. Isso porque os âmbitos de proteção contra a não-discriminação são dados relevantes para a contextualização de práticas desiguais, onde os direitos fundamentais são protegidos. Com efeito, o espectro de análise e de retroalimentação pode ocorrer nas relações da vida privada, de propriedade, da família, das relações laborais, da previdência social e no acesso a bens e serviços públicos⁴⁹ ou, ainda, em espaços atingidos por mudanças climáticas. Assim sendo, ao lado da constatação da emergência climática em cada territorialidade, o estabelecimento de um conjunto normativo eficaz ao seu enfrentamento é trilhado para a proteção aos vulneráveis e às vítimas das desigualdades, cotidianamente discriminadas. Para tanto, entender que há direitos humanos a serem considerados e protegidos, tais como o direito à igualdade e à não-discriminação, é fator que agrega mecanismos antidiscriminatórios e de justificação de medidas adaptativas, de mitigação e de responsabilização devido às mudanças climáticas.

De forma complementar, soma-se a isso a contribuição de uma perspectiva antissubordinadora, que implica em uma análise substantiva das situações discriminatórias e que atua sobre os princípios da igualdade e da não-discriminação a partir da proibição de práticas que agravem ou perpetuem subordinações de indivíduos e grupos.⁵⁰ A antissubordinação, desse modo, impõe uma oposição a tratamentos perpetuadores de situações de discriminação e dá lugar a um direito de antidiscriminação assimétrico,⁵¹ em que as diferenças de indivíduos e grupos são

⁴⁵ RIOS, R. R. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

⁴⁶ FREDMAN, S. *Discrimination law*, Oxford University Press, New York, 2011.

⁴⁷ São exemplos de critérios proibidos de discriminação os que constam do rol do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988: "IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 3 set. 2023.

⁴⁸ BORRILLO, D. "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 71, 2013, p. 543-556, disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8913/9318>, acesso em: 3 set. 2023.

⁴⁹ BORRILLO, D. "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 71, 2013, p. 543-556, disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8913/9318>, acesso em: 3 set. 2023.

⁵⁰ SIEGEL, R. B. "Equality talk: antissubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown", *Harvard Law Review*, v. 117, 2004, p. 1470-1547, disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/297/Equality_Talk_Antissubordination_and_Anticlassification_Values_in_Constitutional_Struggles_Over_Brown.pdf;jsessionid=A066BC020AF0FDC3671DB5D17407380E?sequence=2, acesso em: 14 set. 2023.

⁵¹ RIOS, R. R. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

vistas de maneira concreta e que leva em consideração os contextos sociais e históricos em que vivem.

A perspectiva da antissubordinação implica a superação da neutralidade do princípio da igualdade, uma vez que dedica sua atenção à perspectiva do discriminado e não de quem perpetra a discriminação.⁵² Por isso, a antissubordinação é vinculada à condição social de indivíduos e grupos e evita permanentes desvantagens sociais de determinados segmentos.⁵³ A igualdade é impulsionada pela antissubordinação, descortinando invisibilidades daqueles discriminados historicamente e revela as práticas e seus efeitos geradores de subordinação e de estruturas que mantêm hierarquias e privilégios em detrimento da emancipação de grupos sociais vulneráveis.

3.2. Discriminação estrutural

A consideração acerca das vulnerabilidades de indivíduos e grupos em seus contextos específicos, mormente diante do avanço no quadro de mudanças climáticas, denota o incremento de desigualdades e de discriminação. Com efeito, a configuração de estruturas discriminatórias é presente no centro de análise do conjunto de discriminações como padrões e práticas sociais sistemáticas na manutenção de subordinações.

A literatura jurídica sobre o tema compreende a discriminação estrutural pelos seus efeitos e práticas contínuas, em que a presença permanente de desigualdades também é retratada pelo déficit na elaboração de leis e políticas públicas, em que se marginaliza grupos específicos.⁵⁴ Além disso, a discriminação estrutural é interpretada como um processo de interconexões nos campos da vida, tais como as relações sociais, culturais, políticas e econômicas, estabelecidas em níveis. Henn utiliza a metáfora do “modelo de *iceberg*”⁵⁵ para demonstrar que há uma parcela aparente da discriminação e, também, níveis profundos. Por conseguinte, o aprofundamento das discriminações estruturais necessita dar conta das consequências não aparentes na vida social e jurídica e estruturantes de um sistema subordinante.

Conjugada a essa análise, a investigação sobre os efeitos de estruturas de discriminação como parte de uma repetição sistemática das desvantagens demonstra o perfazimento de desigualdades, subordinações históricas e impeditivas ao reconhecimento e exercício de direitos.⁵⁶ A atenção a uma perspectiva estrutural da discriminação permite a contextualização e a compreensão sobre os impactos constitutivos das relações sociais, políticas, econômicas e jurídicas.⁵⁷ Como refere Resurrección,⁵⁸ tanto as causas, quanto os efeitos e manifestações discriminatórias decorrem de práticas sociais complexas de subalternidade sistemática de grupos vulneráveis, pois reforçam estruturas de subordinação persistentes.

⁵² RIOS, R. R. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

⁵³ MOREIRA, A. J. *Tratado de direito antidiscriminatório*, Contracorrente, São Paulo, 2020.

⁵⁴ ACHIUME, E.T. “Beyond prejudice: structural xenophobic discrimination against refugees”, *Georgetown Journal of International Law*, v. 45, 2014, p. 323-381, disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/144826x7>, acesso em: 27 nov. 2023.

⁵⁵ HENN, E. V. *International human rights law and structural discrimination: the example of violence against women*, Springer, Berlin, 2018, p. 23.

⁵⁶ MOREIRA, A. J. *O que é discriminação?*, Justificando, Belo Horizonte, 2017.

⁵⁷ ALMEIDA, S. *Racismo estrutural*, São Paulo, Pólen, 2019.

⁵⁸ RESURRECCIÓN, L. M. S. *El concepto ‘discriminación estructural’ y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017, disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em: 14 set. 2023.

Essa constatação reclama uma análise conectada ao conjunto normativo de direitos humanos. No campo dos direitos econômicos, sociais e culturais no sistema universal de direitos humanos, há a elaboração de normas (inclusive de *soft law*), como a Observação Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, a qual avança sobre a não-discriminação prevista no art. 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No item 12 da Observação Geral, chega-se à conclusão de que um padrão comportamental enraizado em contextos sociais pode implicar em discriminações de determinados grupos, cujas práticas geram desvantagens, as quais, mesmo neutras, possuem efeitos desproporcionais sobre grupos discriminados:

Discriminação sistêmica

O Comitê tem constatado periodicamente que a discriminação contra alguns grupos subsiste, é onipresente, está fortemente enraizada no comportamento e na organização da sociedade e frequentemente implica em atos de discriminação indireta ou não questionada. Esta discriminação sistêmica pode consistir em normas legais, políticas, práticas ou atitudes culturais predominantes nos setores público ou privado que geram desvantagens comparativas para alguns grupos e privilégios para outros (tradução livre).⁵⁹

As práticas descritas na norma acima como um padrão comportamental coletivo têm sido interpretadas como discriminação sistêmica ou, segundo parcela da literatura jurídica, denominadas como discriminação estrutural. Tal categoria é considerada aquela que se dá por meio de processos sistemáticos e interativos fomentadores de hierarquias sociais, cidadanias de segunda classe, opressão sobre grupos,⁶⁰ gerando desigualdades de difícil visualização pelo trato antidiscriminatório, seja nas esferas pública ou privada.

A relação entre comportamentos e práticas e a noção de discriminação estrutural pode ser um passo conjugado à proteção de direitos humanos de indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade. A condição social, política e econômica relativa a determinadas pessoas que vivem em algumas localidades são traços existenciais dos vulneráveis. Esse estado de subordinação, que retroalimenta desigualdades, quando ocorre em ambientes nocivos e definitivamente não amistosos de mudanças climáticas, tende a reproduzir mais discriminações. Em face disso, pode-se verificar que as vulnerabilidades sociais, as mudanças climáticas e o fomento de discriminações estruturais ampliam os prejuízos de determinados segmentos de pessoas frente a crises climáticas, sujeitando-as aos riscos e aos prejuízos de cenários de injustiça ambiental. Assim, as minorias políticas, historicamente posicionadas à margem de uma cartografia social desigual, sofrem com os efeitos das mudanças climáticas com a perda de direitos humanos básicos, como o de uma vida digna, igual e não discriminatória, o de segurança alimentar e o

⁵⁹ "Discriminación sistémica. 12. El Comité ha constatado periódicamente que la discriminación contra algunos grupos subsiste, es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o privado que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros". ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, E/C.12/GC/20. *Observación General nº 20*, 2009, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2009-non-discrimination>, acesso em: 30 out. 2023.

⁶⁰ RESURRECCIÓN, L. M. S. *El concepto 'discriminación estructural' y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017, disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em: 14 set. 2023.

de não perderem suas moradias, diante do desequilíbrio ambiental e de eventos climáticos.

4. Litigância climática e direitos humanos fundamentais

A confluência dos fatores descritos, dentre os quais as mudanças climáticas, uma nova ideia de governança, a sistematização normativa de um constitucionalismo climático, assim como o acúmulo de vulnerabilidades em um processo estruturado de desigualdades e discriminações, demonstra que as bases de litigância também seguem um novo caminho.

A litigância climática é concebida como o conjunto de demandas judiciais e procedimentos de natureza jurídica que põem em discussão as mudanças climáticas, em que se buscam políticas, práticas e consolidação jurisprudencial que atenda aos direitos dos vulneráveis.⁶¹ A base de sua fundamentação é a violação de direitos humanos relacionados aos efeitos deletérios das mudanças climáticas, incluindo a negativa de deferência à equidade intergeracional, conectada às normas constitucionais dos ordenamentos jurídicos de cada localidade envolvida.⁶² Nesses tipos de demanda, há a argumentação sobre as omissões governamentais para a implementação de políticas climáticas e a demonstração de efeitos nocivos e que impactam as mudanças climáticas e as violações de direitos humanos dos cidadãos.⁶³

Esse giro nos argumentos no âmbito da litigância climática assinala que (1) mudanças climáticas violam direitos humanos e (2) é necessário haver uma agenda pública sobre as consequências dessas mudanças para a humanidade.⁶⁴ Isso tem sido consubstanciado nas previsões normativas advindas do Acordo de Paris, que, em seu preâmbulo, já prevê a atenção aos direitos humanos e aos vulneráveis na esfera da crise climática:

Reconhecendo que a mudança do clima é uma preocupação comum da humanidade, as Partes deverão, ao adotar medidas para enfrentar a mudança do clima, respeitar, promover e considerar suas respectivas obrigações em matéria de direitos humanos, direito à saúde, direitos dos povos indígenas, comunidades locais, migrantes, crianças, pessoas com deficiência e pessoas em situação de vulnerabilidade e o direito ao desenvolvimento, bem como a igualdade de gênero,

⁶¹ MAY, J. R. & DALY, E. "Global climate constitutionalism and justice in the courts", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 235-245.

⁶² CARVALHO, D. W. "Litigância climática como governança ambiental", *Revista de Direito Ambiental*, v. 96, ano 24, 2019.

⁶³ Uma vez que o presente trabalho traz a proposta de articular algumas características da litigância climática e o combate às desigualdades e às violações de direitos humanos, não cabe adentrar em especificidades e em questões de mérito de casos já apreciados pelas cortes internacionais. Ainda assim, remetemos o leitor a alguns casos emblemáticos julgados e que são indicativos dessa nova era da litigância climática: *Leghari vs. Pakistan* (julgado pelo Supremo Tribunal de Lahore, no Paquistão), *Urgenda vs. State of Netherlands* (julgado pela Suprema Corte Holandesa), *Inuit vs. USA* (julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) e *Juliana vs. USA* (julgado pela Corte do Distrito de Oregon, nos Estados Unidos da América do Norte).

⁶⁴ PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

o empoderamento das mulheres e a equidade intergeracional.⁶⁵

Com efeito, a norma anuncia seu propósito ao mencionar os deveres de enfrentamento do câmbio climático de forma atenta ao respeito aos direitos humanos, com relevo à questão da vulnerabilidade de determinados grupos. Assim, as medidas de adaptação, mitigação e responsabilização sobre as mudanças climáticas também estão normativamente relacionadas com as categorias antidiscriminatórias, como a análise sobre a configuração de eventuais discriminações estruturais em uma perspectiva antissubordinadora. O desdobramento desse reconhecimento no que se refere às mudanças climáticas tem efeitos jurídicos potentes, isto é, as ações judiciais com esses fundamentos refletirão na consolidação jurisprudencial transnacional sobre o clima, na elaboração de tratados e convenções de direitos humanos e nas leis nacionais, estabelecendo um quadro normativo que poderá viabilizar uma agenda proativa sobre o tema.⁶⁶

É exatamente em razão da constatação de que as sucessivas viradas climáticas pelo mundo representam um custo muito alto para os direitos humanos básicos, com prejuízos para a própria realização desses direitos, que o ordenamento jurídico moldado subsidia a litigância climática. Essa experiência global segue pela demonstração de nexos causais entre ações e omissões de atores públicos e privados para a responsabilização acerca das consequências negativas sobre a renda, os modos de vida, a saúde, o acesso a recursos naturais e os meios de subsistência.⁶⁷ Desse modo, a relação entre o câmbio climático e a necessidade de preservação dos direitos humanos por intermédio da litigância climática torna-se evidente, diante da incidência de causas e efeitos de eventos climáticos adversos sobre grupos diuturnamente subordinados em diversos cenários sociais.

As Nações Unidas têm se dedicado, nos últimos anos, a produzir estudos sobre essa relação, com a finalidade de demonstrar as implicações das mudanças climáticas nos direitos humanos. São exemplos os estudos encomendados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 2008 (A/HRC/7/78):

1. Decide solicitar ao Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, em consulta e levando em consideração os pontos de vista dos Estados, outras organizações internacionais relevantes e órgãos intergovernamentais, incluindo o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas e o secretariado das Nações Unidas Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima, e outras partes interessadas, para conduzir, dentro dos recursos existentes, um estudo analítico detalhado sobre a relação entre mudança do clima e direitos humanos, a ser submetido ao Conselho antes de sua décima sessão (tradução livre).⁶⁸

⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm, acesso em: 3 set. 2023.

⁶⁶ PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

⁶⁷ PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

⁶⁸ Na versão em espanhol: "1. Decide pedir a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que, en consulta con los Estados, con otras organizaciones internacionales y órganos intergubernamentales pertinentes, incluidos el Grupo

A evolução dos estudos solicitados culminou com a conclusão do Alto Comissariado, em 2009, de que as mudanças climáticas geram efeitos impeditivos na realização de direitos humanos. Na mesma linha, tal estudo reconheceu que os eventos climáticos e seus desastres naturais geram e aumentam os riscos de alagamentos, desnutrição, insegurança alimentar, deslocamentos forçados, inclusive com perspectivas para futuras gerações. Além disso, de acordo com as conclusões desse organismo internacional, os eventos descritos incrementam desigualdades e potencializam as vulnerabilidades de grupos sociais com marcadores específicos, tais como a pobreza, o gênero, a idade, as deficiências e o pertencimento a grupos indígenas.⁶⁹

Dessa maneira, em litígios climáticos os argumentos sobre direitos humanos são seminais e agregar ferramentas antidiscriminatórias em combate às desigualdades lhes permite alcance e efetividade para dar guarida às adaptações, mitigações e responsabilizações por danos climáticos. A demonstração relativa aos efeitos desiguais das mudanças climáticas decorrentes de condutas de determinados agentes assume grau de relevância na contextualização do tema, de modo que o apontamento das consequências sociais aos vulneráveis, com a não realização de direitos fundamentais, pode ser aprofundado com a aplicação de categorias como a possível configuração de discriminação estrutural em uma perspectiva antissubordinadora. A interpretação dos casos também sob o olhar dos discriminados e a comprovação analítica sobre processos estruturais de discriminação, os quais são acelerados por condutas geradoras de desequilíbrios ambientais e climáticos, enriquece o argumento nos procedimentos por litigância climática.

A arremimentação de normas internacionais climáticas que miram a proteção de direitos humanos enseja maior adaptação e redução dos danos, ao atentar para as realidades dos vulneráveis e ao alinhar-se com uma perspectiva de desenvolvimento sustentável para gestão de desastres ocasionados pelas mudanças climáticas.⁷⁰ Trata-se de um caminho não só de diagnóstico e de responsabilizações pela via da litigância climática, mas da transformação de mentalidades no tratamento das mudanças climáticas na atualidade.

5. Conclusão

A categoria da discriminação estrutural, ao lado de uma perspectiva de antissubordinação, assume relevo no âmbito das discussões sobre litigância climática no contexto do constitucionalismo climático, que está a exigir uma nova perspectiva de governança ambiental, com a inclusão de novos atores na pauta política sobre o

Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, la secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y otros interesados, y teniendo en cuenta sus opiniones, realice, dentro de los límites de los recursos existentes, un estudio analítico detallado de la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, y lo presente al Consejo antes de su décimo período de sesiones". ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Asamblea General. *Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su Séptimo Período de Sesiones*, A/HRC/7/78, de 14 de julio de 2008, p. 69, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/636374?ln=fr>, acesso em: 14 set. 2023.

⁶⁹ PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

⁷⁰ PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

tema, frente aos impactos da degradação ambiental experimentada por toda sociedade mundial.

Com efeito, a discriminação estrutural se revela um componente da injustiça ambiental, à medida que esta é expressão de uma violação do princípio da igualdade em seu viés material e atenta ao dinamismo do direito da antidiscriminação. Nesse sentido, uma das marcas de uma sociedade econômica e socialmente desigual é a imposição das consequências dos danos ambientais decorrentes do desenvolvimento à parte mais vulnerável da população: pessoas de baixa renda, minorias raciais, grupos étnicos tradicionais – em suma, os agrupamentos populacionais que detêm determinados marcadores sociais que lhes reservam um lugar de periferia na sociedade, o que caracteriza uma prática discriminatória estrutural que encontra sua expressão, inclusive, na proteção ambiental desigual.

É precisamente nesse aspecto que reside a importância de tratar a injustiça ambiental que vitimiza esses grupos populacionais a partir de uma perspectiva antissubordinadora. Isso significa um enfrentamento a partir da posição de quem é discriminado, isto é, que leve em consideração a situação de indivíduos e grupos social e economicamente vulneráveis no contexto em que vivem. Logo, na seara da litigância climática, uma perspectiva antissubordinadora em favor de grupos populacionais que detêm marcadores sociais determinantes de discriminação estrutural e, por isso, mais vulneráveis e suscetíveis às mudanças climáticas pode contribuir para o combate às desigualdades ambientais e para a promoção da justiça ambiental.

Por fim, uma compreensão antissubordinadora e que reconheça as desigualdades materiais a que a discriminação estrutural dá ensejo no âmbito do meio ambiente, além de promover a justiça ambiental em casos concretos apreciados pelas cortes de direitos humanos em casos de litigância climática, pode induzir, a partir de uma consolidação da jurisprudência nesse sentido, a elaboração de um direito positivo – seja internacional ou doméstico – voltado a uma agenda de proteção em relação ao câmbio climático.

6. Referências

- ACHIUME, E.T. "Beyond prejudice: structural xenophobic discrimination against refugees", *Georgetown Journal of International Law*, v. 45, 2014, p. 323-381, disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/144826x7>, acesso em: 27 nov. 2023.
- ACSELRAD, H.; MELLO, C.C.A. & BEZERRA, G.N. *O que é justiça ambiental*, Garamond, Rio de Janeiro, 2009.
- ALEX, R. *Teoria dos direitos fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2011.
- ALMEIDA, S. *Racismo estrutural*, São Paulo, Pólen, 2019.
- ASSIS, C. C. "Democracia ambiental e os invisíveis: rompendo as barreiras da exclusão socioambiental", *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021, p. 352-365, disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/600/338>, acesso em: 28 nov. 2023.
- BAMFORTH, N.; MALEIHA, M. & COLM, O. *Discrimination Law: theory and context*, Sweete & Maxwell, London, 2008.
- BORRILLO, D. "Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n. 71, 2013, p. 543-556, disponível em: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8913/9318>, acesso em: 3 set. 2023.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 3 set. 2023.

- BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acesso em: 3 set. 2023.
- BRASIL. *Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9073.htm, acesso em: 3 set. 2023.
- CARVALHO, D. W. "Litigância climática como governança ambiental", *Revista de Direito Ambiental*, v. 96, ano 24, 2019.
- CARVALHO, D. W. "Estado de direito ambiental", *Gestão Jurídica Ambiental*, RT, São Paulo, 2020.
- ESTADÃO. "Ciclone no RS: número de desaparecidos cai para 9 após busca da polícia", *Estadão*, 12 set. 2023, disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2023/09/12/ciclone-no-rio-grande-sul-n-de-desaparecidos-cai-para-9-apos-buscas-da-policia.htm>, acesso em: 13 set. 2023.
- FREDMAN, S. *Discrimination law*, Oxford University Press, New York, 2011.
- HENN, E. V. *International human rights law and structural discrimination: the example of violence against women*, Springer, Berlin, 2018.
- INTERGOVERNAMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (IPCC). *Climate Change 2023: Synthesis Report*, Geneva, 2023, disponível em: <https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/>, acesso em: 29 nov. 2023.
- JARIA-MANZANO, J. & BORRÀS, S. "Introduction to the research handbook on global climate constitutionalism", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 1-17.
- LUHMANN, N. *O direito da sociedade*, tradução de Saulo Krieger, Martins Fontes, São Paulo, 2016.
- MASSAÚ, G. C. & BERTOLDI, M. R. "Solidariedade ambiental: entre mudanças climáticas e desigualdade", *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, n. 51, 2022, p. 373-393, disponível em: https://institucional.us.es/revistas/Araucaria/51/2_monografico_1_raylane/7._artigo_6.pdf, acesso em: 3 set. 2023.
- MAY, J. R. & DALY, E. "Global climate constitutionalism and justice in the courts", em (Jaria-Manzano, J. & Borràs, S.), *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*, Edward Elgar, [s. l.], 2019, p. 235-245.
- MELLO, C. A. B. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1993.
- MOREIRA, A. J. *O que é discriminação?*, Justificando, Belo Horizonte, 2017.
- MOREIRA, A. J. *Tratado de direito antidiscriminatório*, Contracorrente, São Paulo, 2020.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, E/C.12/GC/20. *Observación General nº 20*, 2009, disponível em: <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-20-2009-non-discrimination>, acesso em: 30 out. 2023.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). Asamblea General. *Informe del Consejo de Derechos Humanos sobre su Séptimo Período de Sesiones*, A/HRC/7/78, de 14 de julio de 2008, disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/636374?ln=fr>, acesso em: 14 set. 2023.
- PEEL, J. & OSOFSKY, H. M. "A Rights Turn in Climate Change Litigation?", *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 2018, p. 37-67, disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/0E35456D7793968F37335429C1163EA1/S2047102517000292a.pdf/a-rights-turn-in-climate-change-litigation.pdf>, acesso em: 14 set. 2023.

- RESURRECCIÓN, L. M. S. *El concepto 'discriminación estructural' y su incorporación al Sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2017, disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24956/TFM_MEADH_Liliana_Salome_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y, acesso em: 14 set. 2023.
- RIOS, R. R. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- RIOS, R. R. "O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade", *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 18, 2012, p. 169-177, disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3990032/mod_resource/content/1/rios%20rapp%20tesao%20igualdade%20diferenc%CC%A7a.pdf, acesso em: 14 set. 2023.
- SARMENTO, D.; IKAWA, D. & PIOVESAN, F. (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.
- SASSEN, S. *Territorio, autoridad y derechos: de los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Katz, Buenos Aires, 2010.
- SIEGEL, R. B. "Equality talk: antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over Brown", *Harvard Law Review*, v. 117, 2004, p. 1470-1547, disponível em: https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/297/Equality_Talk_Antisubordination_and_Anticlassification_Values_in_Constitutional_Struggles_Over_Brown.pdf;jsessionid=A066BC020AF0FDC3671DB5D17407380E?sequence=2, acesso em: 14 set. 2023.
- TEUBNER, G. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Ara Editores, Lima, 2005.
- TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*, Saraiva, São Paulo, 2016.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinário (2023), pp. 288-313
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Tutela Ética e Jurídica dos Danos e da Responsabilidade da Inteligência Artificial

Ethical and Legal Protection of Artificial Intelligence Damage and Liability

Sthéfano Bruno Santos Divino¹

Centro Universitário de Lavras

Sumário: 1. Introdução. 2. Artificialização conceitual e incerteza causal: o background da definição algorítmica. 3. Responsabilidade e Danos: da tutela ética à tutela jurídica (e um pouco de regulação). 4. Considerações Finais. 5. Referências.

Resumo: Este artigo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: como deve ser a tutela ética e jurídica dos danos causados por um ente artificialmente inteligente? Objetiva-se verificar a suficiência das diretrizes éticas e do sistema jurídico de responsabilidade civil brasileiro frente aos atos causados em análise. Contrapõe-se os regimes de responsabilização: subjetivo; objetivo; transubjetivo; e preventivo. Identifica-se a ontologia da inteligência artificial e afasta-se sua titularidade do dever de indenizar. No mais, apresentam-se reflexões etimológicas, estatísticas e jurídicas sobre o conceito de risco, verificando-se que essa a concepção jurídica se restringe à capacidade de causar dano. Assim, analisa-se se as atividades envolvendo programação de entes inteligentes artificialmente são consideradas de risco. Conclui-se que, diante da incerteza e da aleatoriedade inerente à programação, execução e desenvolvimento dos entes artificialmente inteligentes, a tutela jurídica mais adequada é a subjetiva em razão do potencial dano. No mais, conclui-se que a tutela ética pode ser visualizada como excludente de responsabilização enquanto mecanismo de rompimento do nexo causal, vez que exercida quando da elaboração do sistema autônomo mediante programação de abstenções de ações potencialmente causadora de danos. Utiliza-se o método de pesquisa integrada, bem como a técnicas de estudo de caso e pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ética. Inteligência Artificial. Responsabilidade.

Abstract: The research problem of this article is the following: what should be the ethical and legal protection of damage caused by an artificially intelligent entity? The

¹ Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras. Professor Titular I dos Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário de Lavras. Advogado.

aim is to verify the sufficiency of the ethical guidelines and the Brazilian legal system of civil liability regarding the acts caused under analysis. The liability regimes are contrasted: subjective; objective; trans-subjective; and preventive. The ontology of artificial intelligence is identified and its ownership of the duty to indemnify is ruled out. Furthermore, etymological, statistical, and legal reflections on the concept of risk are presented, verifying that this legal conception is restricted to the capacity to cause damage. Thus, it is analyzed whether activities involving the programming of artificially intelligent entities are considered risky. The conclusion is that, given the uncertainty and randomness inherent in the programming, execution, and development of artificially intelligent entities, the most appropriate legal protection is subjective due to the potential for damage. Furthermore, it is concluded that ethical protection can be seen as an exclusion of liability as a mechanism for breaking the causal link since it is exercised when the autonomous system is developed by programming abstentions from potentially damaging actions. The integrated research method is used, as well as case study techniques and bibliographical research.

Keywords: Ethics. Artificial Intelligence. Liability.

1. Introdução

*Data is the New Black*²

Em Chicago, Illinois, um jovem ou adolescente, em razão de seu ciclo de amizades, associações, e prévias conexões com ações violentas, pode ser caracterizado como uma possível vítima ou autor de um tiroteio. Neste caso, seu nome constaria de uma lista de suspeitos também conhecida como *heat list*³, onde um detetive com um assistente social poderia ir até sua porta para lhe informar que seu futuro não é apenas obscuro, mas mortal.⁴ No mais, cerca de 1400 residentes de Chicago foram identificados por meio de técnicas de Big Data como possíveis alvos e participantes dessa lista. O software responsável pelo tratamento de dados foi responsável por gerar uma lista ranqueada com potenciais vítimas e sujeitos com maior risco de autoria de crimes.⁵

O Cruzeiro Viking Sky e os limites à deriva

Em março de 2019, o motor do cruzeiro Viking Sky desativou em virtude de seus sensores constatarem que não havia óleo lubrificante o suficiente para manutenção dos serviços do navio. Ao detectar a falta de óleo, a IA que controlava o sistema desligou automaticamente os motores do Viking Sky para evitar uma avaria. Alvestad, diretor geral interino da Autoridade Marítima da Noruega disse que a quantidade de petróleo era relativamente baixa, mas suficiente e ainda dentro de limites estabelecidos quando o Viking Sky se aproximou de Hustadvika, uma área rasa conhecida por naufrágios que tem muitos recifes. Segundo Alvestad, as fortes ondas provavelmente causaram movimentos tão grandes nos tanques que o fornecimento das bombas de óleo lubrificante parou. Isso causou um mal funcionamento e acionou um alarme indicando um baixo nível da substância, que por

² Título retirado de FERGUSON, A. G. *The Rise of Big Data Policing: surveillance, race, and the Future of Law Enforcement*, New York University Press, New York, 2017, p. 20.

³ GORNER, Jeremy. "Chicago Police Use 'Heat List' as Strategy to Prevent Violence", *Chicago Tribune*, 2013.

SMITH, J. "'Minority Report' Is Real — And It's Really Reporting Minorities", *Mic.*, 2015.

⁴ FERGUSON, A. G. *The Rise of Big Data Policing: surveillance, race, and the Future of Law Enforcement*, New York University Press, New York, 2017, p. 43.

⁵ BRAYNE, S. *Predict and Surveil: data discretion and the Future of Policing*, Oxford University Press, New York, 2021, p. 16.

sua vez, logo depois, causou um desligamento automático dos motores.⁶ Embora a experiência do comandante supostamente fosse superior à do sistema que controlasse o navio, a IA foi incapaz de deixá-lo reiniciar e dar partida no cruzeiro em questão. Isso, pois, os engenheiros responsáveis pela elaboração do software pautaram a ação humana apenas como observadora. Por essa razão, o comandante teve que utilizar o controle manual do cruzeiro para lançar a âncora em alto mar e poder manobrá-lo até um local considerado seguro, sem qualquer ação dos motores em questão.⁷

Drones, IA e a fronteira entre a simulação e a realidade

As forças aéreas dos Estados Unidos desenvolveram um sistema de *Sandbox* (simulação em um ambiente controlado sem a presença de seres humanos) para que um drone pilotado por um sistema de inteligência artificial fosse capaz de destruir o sistema de defesas aéreas do seu inimigo. Estratégias inesperadas foram inseridas em seu código base para que os objetivos fossem atingidos, tais como a eliminação de qualquer ameaça que interferisse na ordem dada. Neste contexto, o sistema de IA começou a perceber que enquanto ele identificava as ameaças, algumas vezes o operador humano determinava um comando para não matar aquela ameaça. Assim, pretendendo atingir seu objetivo, a IA matou o operador, pois ele a impedia de alcançar o objetivo a qual inicialmente foi programada.⁸ Frisa-se que se trata de um ambiente hipotético e controlado em que concretamente não foram envolvidos quaisquer seres humanos.

Automação veicular e os incidentes do *Autopilot* da Tesla

Em 17 de março de 2023, no condado de Halifax - Carolina do Norte, um ônibus escolar estava com o sinal de parada ligado e com o pisca alerta ligado para desembarcar seus passageiros. Ao descer do veículo, Tillman Mitchell, de 17 anos, foi atingido por um Tesla Model Y a 45 milhas por hora (mph). Conforme relatório da Polícia local, o carro que supostamente estava no modo *Autopilot* não diminuiu a velocidade. De acordo com o testemunho de sua tia-avó, Dorothy Lynch, o adolescente foi atirado contra o para-brisas, voou para o ar e aterrisou de barriga para baixo na rua. O pai de Mitchell ouviu o estrondo e correu para encontrar o filho caído no meio da estrada. "Se fosse uma criança mais pequena", disse Lynch, "a criança estaria morta". O evento envolvendo Tillman Mithchel foi um dos 736 acidentes ocorridos desde 2019 envolvendo Teslas no modo Autopilot nos EUA, número esse muito maior do que o relatado anteriormente conforme informação do The Washington Post mediante divulgação de dados da Administração Nacional de Segurança de Tráfego Rodoviário (EUA).⁹

Criativa, mas não original

O Clarkesworld Magazine é um periódico destinado à publicação de obras de ficção científica e fantasia. Os títulos selecionados para publicação são remunerados em 12¢ por palavra caso a obra seja de ficção e 10¢ caso não seja de ficção. A

⁶ LA TIMES. "Norway cruise ship engines failed from lack of oil, maritime official says", *L.A Times*, 2019.

⁷ DIVINO, S. B. S. & MAGALHAES, R. A. "Inteligência Artificial e Direito Empresarial: Mecanismos de Governança Digital para Implementação e Confiabilidade", *Economic Analysis of Law Review*, 11, 2020, p. 72-89.

⁸ STAFF, G. "US air force denies running simulation in which AI drone 'killed' operator", *The Guardian*, 2023.

⁹ SIDDIQUI, F. & MERRILL, J. B. "17 fatalities, 736 crashes: The shocking toll of Tesla's Autopilot", *The Washington Post*, 2023.

Para mais relatos, ver em: KLIPPENSTEIN, K. "Exclusive: surveillance footage of tesla crash on sf's bay bridge hours after elon musk announces "self-driving" feature" *The Intercept*, 2023.

remuneração tem o condão de prestigiar o processo criativo dos autores. Ocorre que, com o lançamento da ferramenta Chat-GPT, o periódico teve um aumento considerável de submissões que, após constatação, verificou-se que eram de autoria de Inteligência Artificial. Dessa forma, o periódico interrompeu temporariamente o fluxo de submissão em razão da prática considerada por eles abusiva e antiética.¹⁰¹¹

O que há de comum em todas as premissas fáticas descritas? Todas demonstram uma aplicação pragmática de sistemas autônomos inteligentes mediante artificialização linguística e codificação do natural. Neste campo a inteligência artificial pode ser visualizada como um fator de concretização do utilitarismo humano, bem como de concretização de riscos.

Os principais questionamentos que podem exsurgir dessas premissas se referem à responsabilidade ética e à responsabilidade jurídica. É este o ponto de partida deste trabalho. O presente artigo tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: como deve ser a tutela ética e jurídica dos danos causados por um ente artificialmente inteligente? De certa forma, pretende-se verificar a suficiência e aplicabilidade das diretrizes éticas e jurídicas do sistema brasileiro às premissas anteriormente expostas.

Para tanto, utiliza-se a premissa analítica, dedutiva mediante análise integrada das práticas e das ações realizadas por entes inteligentes artificialmente. Para que a análise seja realizada em seu inteiro teor, respeitando suas premissas científicas e metodológicas, contrapõe-se as circunstâncias fáticas expressas aos regimes de responsabilização: subjetivo; objetivo; transubjetivo (por fato de coisa, de animal ou de outra pessoa); e preventivo.

Essas reflexões somente se tornam possíveis a partir da identificação da ontologia da inteligência artificial enquanto ferramenta. Esse será o percurso da primeira seção, cujo objetivo principal, além da definição conceitual atrelada à fidedignidade pragmática, é afastar a condição do ente artificialmente inteligente de titular do dever de indenizar. Portanto, afasta-se considerações utópicas e distópicas sobre um futuro fictício baseado em premissas *ex machinae*.

A seção 2 apresenta críticas e considerações etimológicas, estatísticas e jurídicas sobre o conceito de risco inerente à responsabilização objetiva. Como resultado parcial, verifica-se que a concepção jurídica de risco se restringe à capacidade de *causar dano*. A partir desse resultado, analisa-se se as atividades envolvendo programação de entes inteligentes artificialmente são consideradas *de risco*.

Conclui-se que, diante da incerteza e da aleatoriedade inerente à programação, execução e desenvolvimento dos entes artificialmente inteligentes (com enfoque no *Machine Learning* e *Deep Learning*), a tutela jurídica mais adequada é a responsabilização subjetiva frente à falta de estudos e dados que concretizem e demonstrem o potencial risco. No mais, conclui-se que a tutela ética pode ser visualizada como excludente de responsabilização enquanto mecanismo de rompimento do nexo causal, vez que exercida quando da elaboração do sistema autônomo mediante programação de abstenções de ações potencialmente causadora de danos. O desenvolvimento dessas propostas ancora-se nos métodos

¹⁰ "Submissions are currently closed. It shouldn't be hard to guess why. [...] 5. The people causing the problem are from outside the SF/F community. Largely driven in by "side hustle" experts making claims of easy money with ChatGPT. They are driving this and deserve some of the disdain shown to the AI developers. 6. Our guidelines already state that we don't want "AI" written or assisted works. They don't care. A checkbox on a form won't stop them. They just lie". CLARKESWORLD. "Submissions Closed", Twitter. 2023.

¹¹ O mesmo evento ocorreu com periódico Asimov's Science Fiction. "Asimov's received around 900 stories for consideration in January and is on track to get 1,000 this month. Williams says nearly all of the increase can be attributed to pieces that appear to be AI-generated, and she's read so many that she can now often tell from the first few words whether something might not be written by a human". SATO, M. "AI-generated fiction is flooding literary magazines — but not fooling anyone", *The Verge*, 2023.

hermenêutico-concretizador, dedutivo, revisão integrada, bem como nas técnicas de estudo de caso e pesquisa bibliográfica.

2. Artificialização conceitual e incerteza causal: o *background* da definição algorítmica

O percurso definidor das premissas maiores para compreensão das lógicas dedutivas aqui realizadas perpassa pela compreensão – ou pela tentativa – de um conceito operacional indispensável: Inteligência Artificial (IA). Ressalta-se que o objetivo desta seção não é a demonstração do corpo histórico e do desenvolvimento da IA, mas sua definição.

Poder-se-ia afirmar que a IA é um programa de computador. De certa forma, a proposição é correta, mas carece de essência. Em uma lógica substancialista (apesar das refutações que a cercam e a rechaçam), busca-se elementos particulares que sejam capazes de distinguir *um programa de computador enquanto IA de qualquer outro programa de computador*. Portanto, qual fator distintivo de um *software* responsável pela execução do *sistema operacional* para um *chat-bot* ou mesmo um sistema de *condução veicular automatizado*?

Uma IA é um sistema capaz receber informações do ambiente por meio de sensores e realizar ações para tomada de decisões.¹² Enquanto sistema entende-se o *software* ou o código algorítmico responsável pelo seu suporte ou programação, respectivamente. Perceba-se que *sistema* é o fator definidor. Afasta-se a noção antropocêntrica dos elementos de IA e, com isso, termos análogos, tais como agente ou sujeito.

Essa noção antropocêntrica encontra percalços na ciência computacional, cujo conceito definidor é centrado em um *agente racional*. Uma IA que sempre tenta otimizar uma medida de desempenho apropriada poderia ser chamada de agente racional. Inclusive, essa definição de agente racional é bastante geral e poderia incluir tanto agentes humanos (sendo seus olhos os sensores e suas mãos as atuadoras) quanto agentes robóticos (tendo câmeras como sensores e rodas como atuadores), ou agentes de *software* (tendo uma interface gráfica do usuário como sensor e como atuador).¹³ E esse é o problema. Tanto agente quanto sujeito são termos que carregam consigo uma carga semântica atrelada ao *ser humano*. Atribuí-los a um sistema computacional apenas aumentaria a complexidade de sua compreensão e dificultaria as abordagens das demandas que eventualmente surgem a partir de seus atos supostamente autônomos. Mas por que *supostamente*?

A IA raramente é considerada um sistema autônomo. Em muitas situações, eles coexistem e interagem com outros agentes de várias maneiras diferentes. Tal sistema que consiste de um grupo de agentes que podem potencialmente interagir uns com os outros é chamado de sistema multiagente (*Multiagent Systems – MAS*), e o subcampo correspondente de IA que lida com princípios e projeto de sistemas multiagentes é chamado de IA distribuída (*Distributed AI*).¹⁴ Contudo, o que caracteriza um certo grau de autonomia é como esse agente escolhe as melhores possibilidades de agir a cada passo dada as características do ambiente em que se

¹² “We define AI as the study of agents that receive percepts from the environment and perform actions.” RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. VIII.

¹³ VLASSIS, Nikos. *A Concise Introduction to Multiagent Systems and Distributed Artificial Intelligence: synthesis lectures on artificial intelligence and machine learning sequence in series*, Morgan & Claypool, Oregon, 2007, p. 1.

¹⁴ Para a diferenciação, ver em: VLASSIS, N. *A Concise Introduction to Multiagent Systems and Distributed Artificial Intelligence: synthesis lectures on artificial intelligence and machine learning sequence in series: #2*, Oregon: Morgan & Claypool, 2007, p. 2-5.

encontra.¹⁵ Além disso, autonomia pode não significar racionalidade. Caso seja questionado a uma criança quanto é 2+2 e ela responda orgulhosamente "5", sua inferência está no âmbito de sua autonomia, mas fora do critério de racionalidade. Ainda que se tente demonstrar o resultado de 4 colocando 2 bananas no cesto e, após, mais duas bananas no mesmo cesto, poderá a criança ignorar tal fato e persistir que a resposta é, a princípio, conforme seu entendimento, cinco. Fica evidente a conexão entre os termos agente e ambiente, mas também não se pode ignorar o critério de racionalidade. Portanto, um não pode ser definido sem a presença do outro.¹⁶

A observação realizada é fundamental à delimitação do ponto de vista do mundo que um agente está inserido, correlacionado e adquire sua percepção. Mas, a autonomia como elemento subjetivo parece não se enquadrar nesse contexto em razão de sua constituição ser fundada na própria constituição humana. Entendo que o conceito de automação enquanto agir racionalmente seja mais adequado à discussão proposta. Pode-se, portanto, considerar como autônoma (em seu aspecto objetivo) uma ação: 1) se as razões do agente podem explicá-la; 2) se essa explicação for coerente; 3) que exista uma suposta relação entre as condições necessárias para a coerência das razões e princípios éticos¹⁷ norteadores; 4) e que, portanto, as ações autônomas não podem ser antiéticas.¹⁸

É neste cenário que surge um conceito de IA adequado à ciência computacional. Mesmo no conceito de Russell e de Norvig, para que um agente seja considerado inteligente devem existir fatores políticos e sociais que afetem seus padrões decisórios. Uma IA deve estar conectada às margens dessas estruturas para escapar de uma definição estritamente técnica. "Em um nível fundamental, IA é técnica e prática social, instituição e infraestrutura, política e cultura".¹⁹

Perceba-se que uma IA é um sistema computacional capaz de atuar de forma racional frente ao ambiente em que se encontra em razão dos comandos que lhe são inseridos no ato da programação. É neste ponto que encontramos a essência de um sistema autônomo: a *responsividade* a partir do *input* (entrada de dados) no sistema mediante seleção, racionalização e adequação do *output* (saída de dados – ou resposta) ao usuário final.²⁰ Trata-se de uma definição advinda de uma visão cética, sem dotações ficcionais ou ilusórias (*Lex Machinae*).

Com essa pretensão, reduz-se a IA a apenas um sistema computacional e afasta-se sua associação a termos como *agente* ou *sujeito* cuja semântica já possui certo e alto grau de abstração e complexidade. Não há elementos suficientes para

¹⁵ VLASSIS, N. *A Concise Introduction to Multiagent Systems and Distributed Artificial Intelligence: synthesis lectures on artificial intelligence and machine learning sequence in series: #2*, Oregon: Morgan & Claypool, 2007, p. 7.

¹⁶ "The reinforcement learning problem is meant to be a straightforward framing of the problem of learning from interaction to achieve a goal. The learner and decision-maker is called the agent. The thing it interacts with, comprising everything outside the agent, is called the environment. These interact continually, the agent selecting actions and the environment responding to those actions and presenting new situations to the agent". SUTTON, R. S. & BARTO, A. G. *Reinforcement Learning: An Introduction*, MIT Press, Cambridge, 1998.

¹⁷ "A full ethical agent can make explicit ethical judgments and generally is competent to reasonably justify them. An average adult human is a full ethical agent. We typically regard humans as having consciousness, intentionality, and free will." MOOR, J. H. "The nature, importance, and difficulty of machine ethics", *IEEE Intelligent Systems*, 21 (4), 2006, p. 18-21.

¹⁸ HOOKER, J. & KIM, T. W. "Truly Autonomous Machines Are Ethical", *AI Magazine*, 40 (4), 2019, p. 66-73.

¹⁹ CRAWFORD, K. *Atlas of AI*, Yale University Press, London, 2021, p. 8.

²⁰ Essa é a definição mais aceita no campo das ciências computacionais. "Artificial intelligence (AI)—defined as a system's ability to correctly interpret external data, to learn from such data, and to use those learnings to achieve specific goals and tasks through flexible adaptation [...]" KAPLAN, A. & HAENLEIN, M. "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence", *Business horizons*, 62 (1), 2019, p. 15-25.

atribuir a atual IA uma singularidade²¹. Partindo dessa premissa, pode-se deduzir que a IA atua apenas como ferramenta e instrumento de satisfação e consecução de objetivos humanos. Essa consecução se dá mediante compreensão do ambiente pelo sistema a partir de dados que lhe são fornecidos.

A proposta conceitual encontra suas limitações e ainda é passível de modificação como qualquer outro conceito. A linguagem enquanto instrumento modulador e modulada pela linguagem deve ceder espaço e possibilidades quando verificados fatos e eventos incondizentes com sua definição. Ocorre que o *atual background* limita a compreensão da IA enquanto modelo sistema-instrumental destinado à consecução de objetivos e, por esse motivo, deverá ela ser – ainda que provisoriamente e até concretização da singularidade – compreendida como sistema-objeto.

Deste cenário exsurtem os questionamentos de ordem pragmática e atrelados à responsabilidade. Esse é outro léxico de imprescindível contextualização e conceituação. Responsabilidade é adotada em sentido amplo, mas não o suficiente para abranger a esfera subjetiva (responsabilização pessoal do agente), vez que os sistemas de IA carecem de subjetividade. Assim, para este artigo, *responsabilidade* abrange o dever de suportar limitações e determinações éticas e jurídicas a partir das condutas que são praticadas ou omitidas em um ambiente. Perceba-se que não se limita ao fator de responsabilização pelos danos causados (tal como o ato ilícito), mas responsabilidade dos atos pelo simples fato de a IA estar inserida no ambiente. O contexto em que essa responsabilidade se aplica será exposto a seguir.

3. Responsabilidade e Danos: da tutela ética à tutela jurídica (e um pouco de regulação)

Com a pretensão de manter a objetividade e a assertividade desta seção, as hipóteses e as propostas serão categorizadas em elementos indicativos, o que por si

²¹ Bostrom pressupõe a existência de três estágios de automação de IA: 1) *Artificial Narrow Intelligence (ANI)*; 2) *Artificial General Intelligence (AGI)*; e 3) *Artificial Superintelligence (ASI)*. A ANI refere-se à habilidade computacional para realização eficiente de tarefas singulares, tal como rastreamento de páginas ou jogar xadrez. BOSTROM, N. “*Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence*”. Disponível em: <http://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/ethical-issues-in-advanced-ai.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020. “*It is good at performing a single task, such as playing chess, poker or Go, making purchase suggestions, online searches, sales predictions and weather forecasts*” MESKÓ, B. et al. “Will artificial intelligence solve the human resource crisis in healthcare?”, *BMC Health Services Research*, 18, 2018, p. 545.

A AGI tenta representar o conceito original de inteligência, traduzindo-se em algoritmos com desempenho supostamente equivalente ou superior ao do ser humano e são esses algoritmos caracterizados por uma competência deliberadamente programada em um único domínio restrito. Tais algoritmos modernos de IA tendem a se assemelhar a quase toda vida biológica. BOSTROM, Nick. The ethics of artificial intelligence, em (W. Ramsey & K. Frankish, orgs.) *Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

E por fim a ASI se apresenta como “qualquer intelecto que exceda em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos em, virtualmente, todos os domínios de interesse” BOSTROM, N. *Superintelligence*, Oxford University Press, London, 2014 p. 37.

Contudo, no contexto atual, verifica-se apenas a existência da ANI. Apesar de o ML estar se desenvolvendo por meio de redes neurais e com o DL, os preceitos teóricos e práticos gerais para implementação da AGI e da ASI ainda parecem longe de serem alcançados. Trata-se do Santo Graal da ciência computacional. “*General intelligence is still a major challenge, still highly elusive. AGI is the field’s Holy Grail.*” BODEN, M. A. *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 39.

só facilita a discussão, demonstração dos resultados, deduções conclusivas e a abertura às críticas pela comunidade.

Proposta 1: Um sistema de IA é ferramenta e, portanto, não é pessoa, não é sujeito de direitos e não titula direitos e deveres.

Circunstâncias fáticas e fundamentação jurídica: Embora o termo *pessoa* possa ser diretamente associado ao *ser humano*, em seu aspecto clássico, jurídico e hermenêutico refere-se a um *ser* capaz de titular direitos e obrigações na ordem jurídica.²² Dissocia-se das premissas biológicas e antropocêntricas pela identificação da existência de pessoas não-humanas, tais como as pessoas jurídicas. Apesar de se tratar de uma abstração legal cuja idealização é instrumentalizada na movimentação patrimonial e de capital pretendendo extrair a *responsabilidade* da pessoa física e transferi-la para um patrimônio autônomo, constata-se a existência de *pessoa* que não seja *ser humano*. Porém, essa classificação ocorre a partir do reconhecimento legislativo e do processo legal em resposta à uma demanda de cunho social, econômico e identitário.

No atual contexto, não se exclui a possibilidade, ainda que remota, mas não se reconhece os seres artificialmente inteligentes como *pessoas*.²³ Outro fator que subsidia essa negativa ou menos a omissão no ordenamento jurídico em nível e também atrelado a uma lógica biológica são os elementos *inteligência e senciência*.²⁴ Contudo, entende-se prescindível a discussão entre autonomia, independência, agência, consciência ou intencionalidade dos entes artificialmente inteligentes, vez que tais condições não possuem conexões inexoráveis aos resultados legais pretendidos e podem gerar conclusões ficcionais descabidas da realidade. Portanto, a seriedade deve ser mantida como mecanismo de objetificação da argumentação e compreensão da IA enquanto sistema de computador.

Resultado parcial 1: Diante das premissas postas, a responsabilidade deve ser afastada dessas entidades e atribuída a outrem. Esse outrem se torna o objeto e o *locus da argumentação*.

Proposta 2: O regime de responsabilização civil objetivo deve ser afastado e não deve ser aplicada a Teoria do Risco (*Risk-based Approach*) até a respectiva demonstração e comprovação dos possíveis danos a serem cometidos pelos sistemas de Inteligência Artificial

Circunstâncias fáticas e fundamentação jurídica: Duas são as condições que ensejam a responsabilidade objetiva no ordenamento brasileiro: 1) previsão legal; ou 2) atividade de risco. Até o momento, inexistem previsões legais reconhecendo a IA enquanto atividade de risco. Ressalta-se a existência do Projeto de Lei nº 2338, de 2023, em trâmite no Senado Federal cujo teor textual remete-se ao *Artificial Intelligence Act* europeu e inscreve em parte de seu teor o termo "categorização dos riscos". Embora nenhum dos normativos tenha expressado que os sistemas envolvendo IA são de *risco*, deduz-se como tanto a partir de sua categorização em risco excessivo e alto risco.

Perceba-se que *risco* é um conceito operacional indispensável à construção do *raciocínio hermenêutico*. É assustador e até mesmo preocupante a abstração

²² Para Beviláqua, "pessoa é o ser a que se atribuem direitos e obrigações, enquanto a personalidade é a aptidão reconhecida pela ordem jurídica a alguém para exercer direito e contrair obrigações". BEVILÁQUA, C. *Teoria Geral do Direito Civil*, Servanda, Campinas, 2015, p. 81-82.

Essa proposta tem como fundamento o pensamento de Teixeira de Freitas, que diferenciava personalidade de capacidade, entendendo essa (a capacidade) como a extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade, ou seja, o modo de ser geral das pessoas. FREITAS, A. T. de. *Consolidação das Leis Civis*. Senado Federal, Brasília, 2003, arts. 21 e 22.

²³ Apesar de ser um ato isolado, tem-se uma exceção. Na Arábia Saudita, por exemplo, a robô Sophia, uma entidade dotada de inteligência artificial, teve sua existência reconhecida pelo sistema jurídico e a ela atribuída a condição de cidadã. STONE, Z.. "Everything You Need to Know About Sophia, The World's First Robot Citizen", *Forbes*, 2017.

²⁴ A discussão pode ser aprofundada em DIVINO, S. B. S. "After All, Artificial Intelligence is not Intelligent: in a Search for a Comprehensible Neuroscientific Definition of Intelligence" *Opinion Juridica*, 21, 2022, p. 1-21.

relegada ao intérprete da norma para definição do termo e aplicação ou incidência do suporte fático. Em outros termos, qual critério define se uma atividade econômica é ou não de *risco*? Inexiste um critério assente no Direito.²⁵ Duas são as saídas: recorrer aos ensaios das ciências exatas; ou verificar os padrões determinísticos mediante interpretação hermenêutica e sistemática. Em relação à primeira saída, verifica-se que o marco inicial dos estudos técnicos sobre risco (*risk*), incerteza (*uncertainty*) e lucro (*profit*) remontam-se a Frank Knight²⁶, em 1921.²⁷ Para o autor, risco é definido como o correlativo objetivo da incerteza subjetiva.²⁸ Assim, “se você não sabe ao certo o que vai acontecer, mas as chances existem, isso é risco. Caso você não saiba quais são as chances, então é incerteza”.²⁹ A primeira conclusão que se pode verificar é a condicionalidade do risco à probabilidade e à incerteza.³⁰ Outro ponto de consonância entre os cientistas exatos é a necessidade probabilística da existência de dano somada a incerteza.³¹ Por fim, o uso do conceito de risco é inerente à condição humana, vez que aparentemente é o único animal racional que consegue se orientar para o futuro. Assim, o risco aparenta ter seu uso apenas em uma sociedade que tenta se desligar do passado e conquistar o futuro.³²

Essas características foram utilizadas como base para a *International Strategy for Disaster Reduction* (ISDR) da Organização das Nações Unidas (ONU) para definir risco como “A probabilidade de consequências prejudiciais ou perdas previstas (mortes, ferimentos, bens, meios de subsistência, atividade econômica perturbada ou ambiente danificado) resultantes de interações entre perigos naturais ou induzidos pelo homem e condições vulneráveis”.³³ É a partir deste ponto que o Direito enquanto

²⁵ E nas ciências exatas. “Talvez o único consenso proporcionado pelo termo ‘risco’ seja entre os filólogos, para os quais a sua origem é certamente incerta e muito antiga. Para Spink (2001), houve uma incorporação gradativa de termos passando da ‘fatalidade’ à ‘fortuna’, registrando-se diferentes termos para o mesmo fim já no século XII, até a expressão ‘risco’ no século XVI. Sabe-se, contudo, que o termo teve um emprego bem definido, ligado às transações comerciais no direito marítimo (Luhmann, 1993; Houaiss, 2001), embora passasse a ser usado de forma rara e numa variedade de contextos (Luhmann, 1993). O seguimento de registros mostra a primeira ocorrência da palavra no português em meados do século XV, havendo registro do francês *risque* (século XVI), provavelmente tomado do italiano *risco*, variação de *rischio* (século XIII). A palavra foi usada, por exemplo, no poema de Dante, *Divina Comédia*, escrito entre 1307 e 1321: *Sì come, per cessar fatica o rischio, Li remi, pria ne l’acqua ripercossi Tutti si posano al sonar d’un fischio.*”. LIEBER, R. R. & ROMANO-LIEBER, N. S. O conceito de risco: Janus reinventado”, em (M.C.S. Minayo & A.C. Miranda, orgs.) *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós* [online], Fiocruz, Rio de Janeiro, 2002, p. 71-72.

²⁶ KNIGHT, F. H. *Risk, uncertainty and profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921.

²⁷ SOUZA, K. R. G. & LOURENÇO, L. “A evolução do conceito de risco à luz das ciências naturais e sociais”, *Territorium*, 22, 2015, p. 31-44.

²⁸ “*Risk is defined as “the objective correlative of the subjective uncertainty”* (p. 29), *which varies with the mathematical chance of loss in such a way as to be at a maximum when the chances for and against the event are exactly even*”. KNIGHT, F. H. *Risk, uncertainty and profit*, Boston, Houghton Mifflin, 1921, p. 44.

²⁹ “*if you don’t know for sure what will happen, but you know the odds, that’s risk, and if you don’t even know the odds, that’s uncertainty*”. ADAMS, J. *Risk: the policy implications of risk compensation and plural rationalities*, London, UCL Press, 1995.

³⁰ GIDDENS, A. *O mundo na era da globalização*, Presença, Lisboa, 200.

³¹ “*The notion of risk, therefore, involves both uncertainty and some kind of loss or damage that might be received. Symbolically, we could write this as: risk= uncertainty + damage*”. KAPLAN, S. & GARRICK, B. J. “On the quantitative definition of risk”, *Risk analysis*, 1 (1), 1981, p. 11-27.

³² MENDES, F. “Risco: um conceito do passado que colonizou o presente”, *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 20 (2), 2002, p. 53-62.

³³ “*The probability of harmful consequences, or expected losses (deaths, injuries, property, livelihoods, economic activity disrupted or environment damaged) resulting from interactions*

ciência social aplicada deve partir. Ignorar o conhecimento existente em outras áreas para assentar definições exclusivamente jurídicas é reconhecer a ignorância do jurista (*lato sensu*) enquanto mecanismo de exercício arbitrário do egoísmo humano. As consequências são as mais variadas, mas as principais são: confusão conceituais; aumento de complexidade em novas demandas; difusão da lógica experimental; e resultados práticos inalcançáveis pela réplica. Não se trata de uma objetivação da ciência jurídica, mas de crítica a ausência de parâmetros que a tornem exclusivamente subjetiva. Muitas das demandas que afetam o Direito Privado, especialmente o Direito Civil, surgem pela falta de lógica argumentativa e rigor conceitual ou semântico quanto ao critério de inovação na matéria. Portanto, não se pretende inovar no conceito de risco aqui trazido. Pretende-se importá-lo com sua respectiva adequação sistemática e hermenêutica a partir da leitura do *codice civile*. Frisa-se: hermenêutica sistemática e não exegese.

Objetiva-se com o conceito de risco estabelecer elementos de análise da realidade estrita a partir de uma passagem temporal.³⁴ Ocorre que essa percepção de risco não pode ser compreendida estrita e restritamente como um perigo objetivo que existe e pode ser medido a margem de um processo social e cultural, sob pena de decaimento em um objetivismo radical.³⁵ Deve-se reconhecer a relatividade da realidade e interpretar o conceito de risco conforme vieses e conceitos culturais e sociais de determinada sociedade. Essa é a concepção técnico científica mais adotada em teorias da ciência cognitiva.³⁶ Mas qual o impacto dessa constatação na interpretação hermenêutica?

Primeiramente, o conceito de risco previsto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002 deve levar em consideração a realidade, a cultura e o sistema jurídico-social brasileiro. Importar regramentos sem quaisquer indicações e realização de estudos prévios para compreensão da necessidade e até mesmo da inteligibilidade da população acerca da temática a ser regulada é abrir margem para regulamentos sem eficácia e sem contextualização social. Essa importação indiscriminada, também consideravelmente criticada no direito comparado, tem sido realizada constantemente nos regulamentos envolvendo direito e tecnologia (vide LGPD brasileira) e agora no ato de definição do regulamento da IA. Os fatores de risco devem ser identificados a partir da análise econômica e sistemática dos mecanismos de inteligência artificial que afetam a sociedade. Não é um mecanismo por presunção, mas por verificação objetiva. Presumir que os sistemas artificialmente inteligentes sejam *sistemas de risco* apenas insere os envolvidos pela sua programação, fornecimento, distribuição e venda em uma posição de vulnerabilidade jurídica e descompassada com a realidade.

A crítica é incisiva em razão de tanto o projeto de lei brasileiro bem como o AIA europeu sequer apresentar a definição do conceito de *risco* e partirem do pressuposto de que a IA é uma atividade de risco por si só. Se considerarmos a probabilidade de dano, pode-se surgir e inferir premissas a partir da definição de dados estatísticos demonstrando o potencial de dano de um sistema de IA. Mas sua insurgência perpassa por uma demonstração quantitativa de eventos que envolveram

between natural or human-induced hazards and vulnerable conditions" UN. "Living with risk: a global review of disaster reduction initiatives", Geneva, 2002, p. 16.

"There is general agreement that the term risk factor means an exposure that is statistically related in some way to an outcome, e.g., smoking is a risk factor for *periodontitis*". BURT, B. A. "Definitions of risk", *Journal of dental education*, 65(10), 2001, p. 1007-1008.

³⁴ LIEBER, R. R. & ROMANO-LIEBER, N. S. "O conceito de risco: Janus reinventado", em (M.C.S. Minayo & A.C. Miranda, orgs.) *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós* [online], Fiocruz, Rio de Janeiro, 2002, p. 79.

³⁵ LIEBER, R. R. & ROMANO-LIEBER, N. S. "O conceito de risco: Janus reinventado", em (M.C.S. Minayo & A.C. Miranda, orgs.) *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós* [online], Fiocruz, Rio de Janeiro, 2002, p. 80.

³⁶ LIEBER, R. R. & ROMANO-LIEBER, N. S. "O conceito de risco: Janus reinventado", em (M.C.S. Minayo & A.C. Miranda, orgs.) *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós* [online], Fiocruz, Rio de Janeiro, 2002, p. 80.

circunstâncias e fatos danosos à sociedade, tal como nas situações pragmáticas exemplificadas na seção anterior. Ocorre que tais estudos, quando existem, sequer são levados em consideração para elaboração e justificativa da norma regulatória. Regular esse cenário prescindindo-se se tais dados fere a Liberdade Econômica empresarial e insere as sociedades empresárias em uma condição de incerteza sobre quando e como poderão ser responsabilizadas em razão dos possíveis danos a serem concretizados pelo sistema autônomo.

O sistema jurídico brasileiro apresenta uma alternativa interessante no Decreto n. 10.411/2020 e que poderia ser adotada enquanto ferramenta indispensável à tutela de interesses sociais: a Análise de Impacto Regulatório (AIA). Trata-se de instrumento destinado que “conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”.³⁷ Embora sua previsão seja destinada exclusivamente “aos órgãos e às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados (art. 1º)”, entende-se que sua extensão ao poder legislativo mediante previsão legal (em observância ao princípio da legalidade) poderia afirmar o compromisso de elaboração de normativos condizentes à realidade e sem impactos indevidos, especialmente em uma temática tormentosa.

A proposta acima, apesar de ser subsidiária à argumentação e ao problema de pesquisa, demonstra o quão despreparado está o sistema jurídico brasileiro para a tutela de inovações, em especial as tecnológicas. Como conclusão, a hermenêutica adotada deve ser direcionada aos estudos previamente realizados e de acordo com os dados pré-existentes.

Assim, questiona-se: o regime de responsabilização objetiva é o mais adequado à tutela das relações jurídicas envolvendo entes inteligentes artificialmente inteligentes? A resposta a esse questionamento perpassa por algumas fases. Em primeiro lugar, deve-se concluir que:

Resultado parcial 2: O risco é composto por incerteza somado à probabilidade de dano.

A segunda abordagem é identificar se o sistema de inteligência artificial preenche os requisitos *incerteza* e *probabilidade de dano*. Em relação ao primeiro, devemos nos remeter ao ato de programação e às estruturas de aprendizado de máquina: o *Machine Learning*. Ressalta-se novamente que sob a ótica da ciência computacional, inteligência não é uma dimensão ou um conceito singular, mas um rico espaço estruturado em capacidades de processamento de informações.³⁸ A partir desse contexto, caso o agente esteja desenvolvendo e performando ações com base em sua observação de mundo, ele está supostamente aprendendo (*learning*).³⁹ O conceito de aprendizagem é amplo, podendo variar desde a descoberta de um número de um telefone à elaboração de uma teoria que explique o universo com fundamento nos dados de Einstein. Os aprimoramentos e as técnicas utilizadas para os agentes se aperfeiçoarem por meio de um banco de dados levam em consideração: 1) o componente a ser aprimorado; 2) o conhecimento *a priori* o

³⁷ “Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”. BRASIL. “Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874 de 20 de setembro de 2019”. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019.

³⁸ BODEN, M. *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 22.

³⁹ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 693

agente já possui; 3) o tipo de representação a ser utilizada no banco de dados; e 4) o feedback adquirido pelo aprendizado realizado.⁴⁰ Um dos métodos mais utilizados e eficientes para essa tarefa é o aprendizado de máquina (*Machine Learning - ML*).

Em uma visão esquemática, o funcionamento do ML pode se dar da seguinte forma: o suposto aprendizado é visto como um pipeline que começa com dados brutos. Por exemplo. Uma coleção de arquivos executáveis com etiquetas associadas indica se um arquivo é benigno ou malicioso. Estes dados brutos são então processados para extrair características numéricas de cada instância i , obtendo um vetor de características associadas x_i (isto poderia ser uma coleção de variáveis binárias indicando presença em um executável de chamadas de sistema particulares). Essas características associadas se tornam dados processados, mas doravante os chamamos simplesmente dados, pois é a este conjunto de dados processados que podemos aplicar algoritmos de aprendizagem, caracterizando o próximo passo no pipeline. Finalmente, o algoritmo de aprendizado produz um modelo dos dados que pode ser matemático (como sua distribuição) ou uma função (que prevê etiquetas em instâncias futuras).⁴¹

Algoritmos de Machine Learning – ML têm sido aplicados em quase todas as áreas das ciências da computação, ciências biológicas, engenharia, ciências sociais, etc.⁴² Sem sua efetividade, muitas indústrias não teriam sobrevivido no atual e voraz cenário tecno-capitalista.⁴³

Em um contexto operacional e experimental das ciências da computação, uma inteligência artificial assim o é designada por poder atuar por meio de processos racionais operados em representações internas de conhecimento. É neste sentido que se identifica uma IA baseada no conhecimento (Knowledge-based Agentes).⁴⁴ Quando se fala em racionalidade destinada à engenharia artificial, atrela-se sua relação à compreensão dos fatores ambientais destinadas ao aumento de performance.⁴⁵ É por meio da análise da performance que se obtém um dos critérios para definição de um agente racional. Ao seu lado, deve-se verificar um prévio conhecimento do agente para com o ambiente a ser interagido. A partir desse cenário, o agente poderá tomar e performar decisões por meio de ações sequências destinadas à compreensão e à modificação do ambiente.⁴⁶

⁴⁰ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 693-694.

⁴¹ VOROBAYCHIK, Y. & KANTARCIOGLU, M. *Adversarial Machine Learning: Synthesis Lectures on Artificial Intelligence and Machine Learning*, Morgan & Claypool, Oregon, 2018, p. 5.

⁴² "A natural role for machine learning techniques in security applications is detection, examples of which include spam, malware, intrusion, and anomaly detection. Take detection of malicious email (spam or phishing) as a prototypical example". VOROBAYCHIK, Yevgeniy; KANTARCIOGLU, M. *Adversarial Machine Learning: Synthesis Lectures on Artificial Intelligence and Machine Learning*, Morgan & Claypool, Oregon, 2018, p. 1.

⁴³ CHEN, Z. & LIU, B. *Lifelong Machine Learning*, Morgan & Claypool, Oregon, 2018, p. 1.

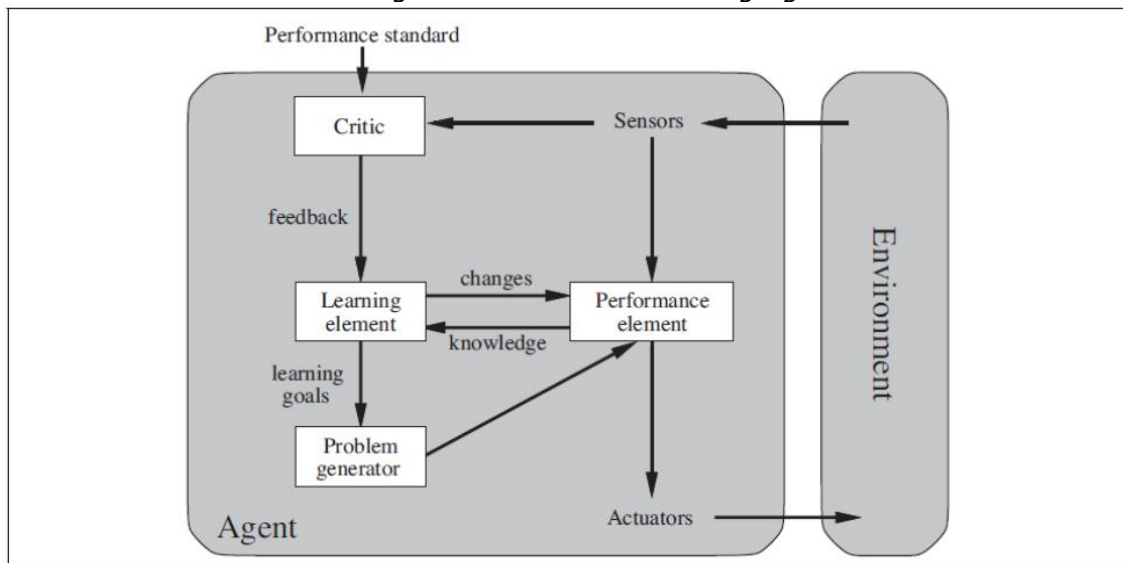
⁴⁴ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 234.

⁴⁵ "A rational agent can maximize this performance measure by cleaning up the dirt, then dumping it all on the floor, then cleaning it up again, and so on. A more suitable performance measure would reward the agent for having a clean floor. For example, one point could be awarded for each clean square at each time step (perhaps with a penalty for electricity consumed and noise generated). As a general rule, it is better to design performance measures according to what one actually wants in the environment, rather than according to how one thinks the agent should behave". RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 37.

⁴⁶ Nesse contexto, Russell e Norvig definem o termo agente racional como "um agente racional deve selecionar uma ação que se espera maximizar sua medida de desempenho, dada a evidência fornecida pela sequência de percepção e qualquer conhecimento incorporado que o agente tenha". "For each possible percept sequence, a rational agent should select an action that is expected to maximize its performance measure, given the evidence provided by the percept sequence and whatever built-in knowledge the agent has" RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 37.

Russell e Norvig exemplificam como um agente pode supostamente aprender com o ambiente por meio dessa constatação

Figura 1: A General Learning Agent⁴⁷



Cada quadrante maior representa uma atribuição conceitual distinta. Enquanto o elemento de aprendizado é responsável pelos aprimoramentos, o elemento da performance representa as ações a serem tomadas no ambiente externo. A performance é o elemento que representa o agente como um todo, pois é por seu intermédio que ele percebe e age independentemente. Após, caso exista algum feedback ele será incorporado pelo elemento do aprendizado e transformado em crítica para que o agente determine como suas ações estão sendo realizadas e cumpridas, bem como quais ações podem ser tomadas para atingir resultados diferentes e mais eficientes.

Por fim, o elemento gerador de problema (problem generator) representa a capacidade de sugerir ações que possivelmente guiarão o agente para novas e informativas experiências. Se aplicarmos o exemplo do caminhão que transporta cerveja podemos verificar tanto o elemento performance quanto o elemento crítico. O elemento da performance corresponde a qualquer background suficiente que sustente o conhecimento para tomada de ações enquanto a IA dirige o veículo. O elemento crítico, por sua vez, representa a observação do mundo e o transmite por meio do sistema de aprendizado. Exemplificando: caso o caminhão faça alguma manobra brusca, poderá ele danificar alguma propriedade pública ou privada. Por meio dessa experiência a IA pode definir que se trata de uma ação prejudicial à sua performance e não a realizar. Por fim, o problem generator pode supostamente analisar que a dirigibilidade fica prejudicada quando intempéries afetam diretamente o veículo. A partir deste ponto poderá o sistema fornecer opções de rotas ou métodos alternativos de aumento ou redução de velocidade para atender ao aumento de sua performance.

As ações de uma Inteligência Artificial passam por uma suposta base de conhecimento (Knowledge Base – KB) constituída por um conjunto de sentenças. Cada uma dessas sentenças não é delimitada em língua portuguesa ou em outros

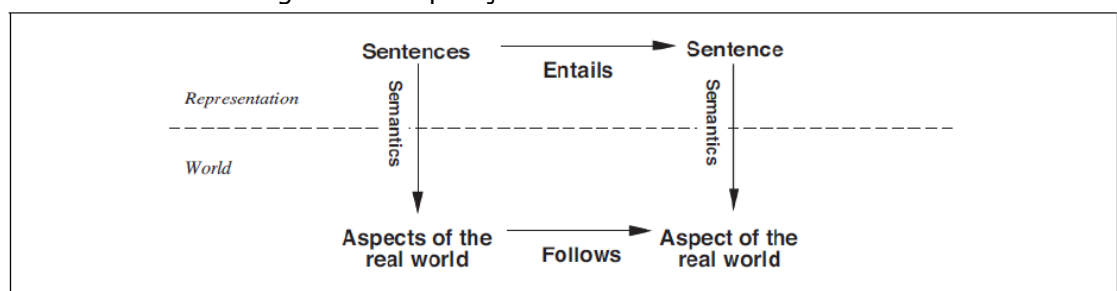
⁴⁷ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 55.

idiomas, mas estritamente em termos técnicos.⁴⁸ Para Norvig e Russell, cada sentença é expressa em uma linguagem chamada linguagem de representação do conhecimento (Knowledge Representation Language) e corresponde a uma asserção sobre o mundo. Nessa linguagem, o agente é programado para realizar operações das quais ele deve contar (*to tell*) sobre os atributos inicialmente recebido sem sua base de conhecimento e perguntar (*to ask*) quais ações devem ser tomadas para, ao final, comunicar à sua base de conhecimento qual ação foi escolhida e assim executá-la.⁴⁹

Nesse ambiente, a IA é programada para compreender a sintaxe e a semântica de cada sentença atribuída em sua base de dados. A sintaxe determina como todas as sentenças são bem formuladas. A semântica define o significado e a veracidade de cada sentença com relação à uma possibilidade no mundo (que, em termos mais exatos, pode ser substituído pela palavra *model* ou *modelo*).⁵⁰

Pode existir, contudo, uma lacuna (*gap*) entre as funcionalidades semânticas pretendidas e a função programada quando existirem intenções implícitas ou ambíguas no sistema.⁵¹ Ações como abrir a garrafa de cerveja, abrir os olhos, abrir a porta, abrir o livro, abrir o corpo, não revela qualquer incoerência semântica. Em todos os casos, ela (a semântica) está correta. Mas o verbo (abrir) possui contextos diversificados. Não se abre uma garrafa da mesma forma que se abre um livro ou se abre um corpo. O background é diferente. Sabe-se abrir uma garrafa e um livro, mas não um corpo. O background nos fornece condições de veracidade, conhecimento e satisfação diferente em cada situação. A constituição de um fenômeno é totalmente diversa em cada caso. A compreensão é, portanto, mais que apreensão do significado. Em termos gerais, aquilo que se entende vai além do significado. O contrário também pode ser verificado. Do ponto de vista gramatical as proposições o avião cortou os céus e Maria cortou uma goiaba estão corretas, mas mesmo com a apreensão do significado cortar não é possível compreender a sentença.⁵²

Figura 2: Proposição Semântica da IA⁵³



⁴⁸ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 235.

⁴⁹ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 235.

⁵⁰ RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 235.

⁵¹ BERGENHEM, C, et al. "How to reach complete safety requirement refinement for autonomous vehicles", In *CARS 2015-Critical Automotive applications: Robustness & Safety*. 2015.

⁵² SEARLE, J. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, p. 143 e DIVINO, S. B. S. "Consciência e intencionalidade na Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: Direito sem objetividade?", *Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 68.

⁵³ "Sentences are physical configurations of the agent, and reasoning is a process of constructing new physical configurations from old ones. Logical reasoning should ensure that the new configurations represent aspects of the world that actually follow from the aspects that the old configurations represent". RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010, p. 243 117 e BURTON, S, et.al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4.

Existem três fatores que dão origem à lacuna semântica. O primeiro fator é a complexidade e a imprevisibilidade do domínio operacional. Sistemas autônomos normalmente operam em um ambiente onde não se pode taxar ou delimitar completamente todas as operações a serem designadas em virtude da complexidade e da invariabilidade do ambiente. Ou seja, essa indeterminabilidade faz com que o sistema esteja sempre em aberto, pois delimitar e taxar todas as especificações é extremamente difícil ou até mesmo impossível para formalizá-las.⁵⁴

O segundo fator é a complexidade e a imprevisibilidade do próprio sistema. Como o sistema adota técnicas de ML e DL em sua composição, a complexidade linguística é inerente a ela e faz com que o próprio sistema mude constantemente mediante interações realizadas em seu domínio de atuação. Pretende-se que os sistemas aprendam e antecipem as intenções dos seres humanos para melhor se adaptarem durante sua execução, pois assim podem produzir análises de riscos inicialmente não previstos pelos desenvolvedores.⁵⁵

Por fim, o terceiro fator reside na crescente necessidade de transferir as decisões para um sistema onde o ser humano pode ser completamente substituído ou deixado em segundo plano (atuando neste último caso como agente fiscalizador). Porém, mesmo com essas restrições, os avanços nas técnicas de ML e o maior poder de processamento computacional fizeram com que os sistemas de IA se desenvolvessem para compreender sua atual situação por meio de sensores externos e decidir suas ações por meio de estratégias baseadas em seu background mediante experiência adquirida. Mesmo em ambiente sem restrições, as redes neurais profundas completam o sentido de dados que poderiam ser apenas um conjunto de informações abstratas dentro do sistema.⁵⁶

Mesmo diante da verificabilidade pragmática desses fatores, inexistente consenso sobre como reduzir as lacunas semânticas e tornar o sistema mais seguro em razão da incerteza advinda da combinação dos gaps indicados. O fato de um sistema de inteligência artificial conseguir realizar tais tarefas não demonstra um equívoco ou um erro, mas uma possibilidade de agir racionalmente em resposta a estímulos externos (*input*) ainda que existam inferências semânticas em sua constituição que simplesmente não podem ou dificilmente serão solucionadas em sua programação. Trata-se de uma aproximação entre a conduta humana e a conduta maquinária, mas

⁵⁴ BURTON, S, et.al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4, 103201.

⁵⁵ BURTON, S, et.al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4.

⁵⁶ "Machine learning techniques such as Deep Learning (enabling the system to "make sense" out of the unstructured data that results from the complex and unpredictable environment) and Reinforcement Learning (enabling the system continually to optimise a function based on stimuli collected in the field) might appear to present a convenient technical solution to the semantic gap. They seem particularly well-suited to learning functionality that cannot be easily specified using traditional procedural means (if X happens, then do Y). But there is a catch. Machine learning functions do not deliver clear-cut answers. For example, for a given video frame, they might classify the probability of a pedestrian inhabiting a certain portion of the picture as 83%, but in the very next frame -- which for humans is imperceptibly different to the last -- they may "misclassify" the same object as only 26% probability of being a human and 67% probability of being a road sign. In addition, the processes which lead to these decisions are difficult to decipher. These attributes result in a paradox or "no free lunch" effect, where the problem of deriving a suitable specification of the intended behavior is instead transferred to the problem of demonstrating that the implemented (learned) behaviour meets the intent". BURTON, S, et.al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4.

que neste último caso ocorre mediante processos racionais legitimados em sentenças construídas em um plano essencialmente objetivo.⁵⁷ Dessa forma,

Resultado parcial 3: os sistemas de IA são incertos e, portanto, preenchem o primeiro requisito para adoção da responsabilidade objetiva.

O segundo fator determinante da responsabilização objetiva é o dano, seja em sua probabilidade de ocorrência (preponderantemente alta) ou seja em seu impacto (vide atividades nucleares ou transportes aéreos⁵⁸). Aplicando-se a definição de dano à área tecnológica em análise, verifica-se se se trata de uma perda resultante de um sistema de inteligência artificial cuja causa pode ser interna, externa ou por fato de terceiros, incluindo invasões, incidentes de segurança informacional, fraudes internas e externas e perturbação da atividade empresarial.⁵⁹

A identificação da probabilidade do dano deve perpassar por uma análise estatística de sua ocorrência objetivando identificar os fatores que ensejam ou mesmo excluem a ocorrência do fato. Esse estudo, no momento, não pode ser realizado neste trabalho. Contudo, questiona-se a possibilidade do reconhecimento da probabilidade de dano por dedução a partir das situações pragmáticas anteriormente exemplificadas. O primeiro pressuposto que deve ser levado em consideração é a inexistência de um sistema à prova de falha. Mesmo em ciências exatas, não existe exatidão. O mesmo ocorre na programação: inexiste um sistema à prova de falhas. O questionamento que deve ser feito é: quais ações são tomadas pela atividade empresarial para que essa falha seja evitada? Neste caso, o desenvolvimento de sistemas defensivos para impedir invasões de terceiros ou mesmo incidentes internos têm o condão de reduzir as margens probabilísticas de ocorrência dos infortúnios, mas não sua completa extirpação. O questionamento ainda persiste: quais são os possíveis danos que podem ser cometidos pelo sistema de IA à sociedade? A resposta é variada e conforme o ramo de atuação do sistema, que pode ser desde um incidente de segurança de dados a um evento de morte.

Dessa forma, não se pode afirmar que toda atividade envolvendo sistemas artificialmente inteligentes sejam potencialmente causadoras de danos que tais danos sejam consideravelmente impactantes na sociedade. O que se pode argumentar e propor para não se isentar da responsabilidade científica sobre a temática é verificar de forma objetiva quantas pessoas possivelmente serão afetadas pelo sistema de inteligência artificial e quais direitos possivelmente serão afetados a partir de eventual incidente. Quanto maior o número de pessoas, pode ser que o risco aumente em razão das variáveis aceitas. Lado outro, quanto mais sensíveis os direitos, maior a probabilidade de danos incomensuráveis, vez que sua ontologia pode

⁵⁷ Alan Turing desenvolve um dos mais importantes conceitos relativos à IA nesse contexto: a universalidade. Trata-se da possibilidade de um pequeno dispositivo carregar consigo a capacidade e aptidão de agir em multitarefas sem segregar ou separar o conceito de cada tarefa, tendo em vista que o sistema fará todos de forma uniformizada e autônoma, que pode variar desde escuta, fala, tradução, animação, etc. TURING, A. "On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem", *Proceedings of the London Mathematical Society*, 42 1936, p. 230-65.

⁵⁸ "Eles são extremamente raros. O risco de envolvimento de um avião num acidente, onde podem ocorrer diversas fatalidades e já calculando-as, é de um em três milhões. Colocando-se este dado numa perspectiva, para ser possível ter uma idéia, seria necessário uma pessoa voar pelo uma vez por dia durante 8,1 mil anos para se atingir este total de três milhões de vôos. Apesar de ser raro ocorrer um acidente, a comunidade de aviação do mundo todo está trabalhando freneticamente para abaixar ainda mais esta probabilidade. Há 30 anos, a probabilidade de ocorrer um acidente era uma para cada 140 milhões de milhas voadas; hoje, a cada 1,4 bilhão. O fator segurança está dez vezes melhor em três décadas FOLHA. "Com que frequência acidentes ocorrem?" *Folha Online*, 2023.

⁵⁹ "Specifically, we define cyber risk as the risk of loss resulting from digital incidents caused by internal, external, or third parties, including theft, compromised integrity and/or damage to information and/or technology assets, internal and external fraud, and business disruption". CURTI, F et al. "Cyber risk definition and classification for financial risk management", *Journal of Operational Risk*, 18 (2), 2023, p. 3.

estar atrelada à esfera extrapatrimonial de seu titular, tal como os direitos da personalidade.

Perceba-se que existe uma incerteza no que tange à existência dos possíveis danos e essa afirmação, por si só, conduz à não autorização de forma irrestrita do regime de responsabilização objetiva às atividades empresariais que a desenvolvem. Deve-se criar um fator de análise objetiva com fundamento em um AIR para estabelecer as condições necessárias à aplicação desse regime jurídico, pois caso contrário fica o intérprete da norma com considerável poder sobre a circunstância fática a fim de definir se há provável dano ou não. Neste caso, tem-se considerável incerteza sobre o resultado frente ao possível desconhecimento do intérprete acerca das demandas que influenciam aquela relação contratual. Portanto,

Resultado parcial 4: a ausência temporária de comprovação da probabilidade e dos impactos dos danos causados pelos sistemas de inteligência artificial afastam a aplicação da responsabilização objetiva.

Algumas são as observações diante do resultado proposto. Primeiro, ele somente é aplicado quando inexistem regimes e microssistemas específicos. Caso a tutela seja de uma relação de consumo, por exemplo, aplica-se o CDC em sua integralidade. Em segundo lugar a proposta é temporária. Portanto, assim que comprovados a probabilidade do dano e seu respectivo impacto pode-se afastar o resultado proposto e aplicar o sistema de responsabilização objetivo nas relações jurídicas envolvendo sistemas artificialmente inteligentes. Por fim, a negativa da responsabilização objetiva faz com que seu regime subjetivo, em regra, seja aplicado. Porém, com as devidas considerações.

Diante do exposto, a abordagem baseada no risco (*risk-based approach*) parece não ser adequada em razão de sua presunção abstrata frente às circunstâncias fáticas desconhecidas ou mesmo se conhecidas com dados insuficientes que sustentem sua aplicação. Portanto, a tutela dos danos cometidos por entes inteligentes artificialmente (e advindos do ato ilícito) tem aparente aplicação na responsabilização subjetiva. Neste sentido, o posicionamento expresso neste trabalho vai frente às atuais propostas legislativas, mas apresenta certo grau de racionalidade a partir da indicação objetiva de parâmetros inverificáveis no momento da constituição do sistema autônomo inteligente.⁶⁰

Lado outro, ocorre que a aplicação da modalidade de responsabilização subjetiva não deve ocorrer pela simples subsunção de seus clássicos requisitos, quais sejam, culpa, dano, e nexo de causalidade, pois podem existir fatores externos capazes de romper o nexo de causalidade a partir da análise da circunstância fática. Essas condições serão explicadas e o raciocínio são desenvolvidos neste momento.

Proposta 3: O elemento culpa deve ser analisado e verificado sob a ótica do responsável pela utilização da IA enquanto ferramenta à consecução do dano.

Em primeiro lugar, culpa deve ser entendida como *volitiva* em seu sentido *lato sensu*. Assim, abarca-se o *dolo* e a *culpa stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia). Deste ponto, parte-se para a análise do suporte fático.

Relembremos a situação envolvendo automação veicular e os incidentes do Autopilot da Tesla. A premissa fática é a seguinte: caso o agente determine uma

⁶⁰ "But more substantively, even if we take the extra step and create a link between human stakeholders and certain actions of AI-based robots, which human would be better situated to make the cost-benefit analysis of risks and their avoidance? In contrast to the simpler case of products liability, where manufacturers could be assumed to better understand the risks involved in using their products and perhaps even prevent them, this may simply not be the case for AI-based robots. The general problem of the lack of foreseeability of robot behavior is crucial to make the normative decision regarding the allocation of risk under strict liability. In some cases, one stakeholder may have more information than other stakeholders with respect to potential risks". RACHUM-TWAIG, O. "Whose Robot Is It Anyway? Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", *U. Ill. L. Rev.*, 2020, p. 1141.

ordem para o sistema autônomo causar dano a outrem, verifica-se o dolo e, no mínimo, atribui-se a responsabilidade de indenizar a esse agente.

Ocorre que essa observação é consideravelmente simplista. Poderia o programador ou mesmo o fornecedor de serviços ser responsável pelos danos cometidos pela ordem deste *agente que atua enquanto cliente/consumidor*? A resposta para esse questionamento é consideravelmente complexa, pois perpassa por uma análise tanto ética quanto normativa. Em relação a essa última, existe uma lacuna sobre *como e quais parâmetros legais devem ser observados durante a programação de um ente inteligente artificialmente*. Porém, sob o aspecto ético, desde abril de 2019, há a *Ethics Guidelines For Trustworthy AI*, elaborada pelo Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial, criado pela Comissão Europeia em junho de 2018.⁶¹ Por se tratar de indicações de ordem ética, não sofrem limitações quanto aos preceitos territoriais e jurídicos de cada entidade soberana. Assim, para uma IA ser considerada confiável ela deve apresentar, nos termos do normativo citado, três componentes ao longo de sua execução, que devem ser aplicados de forma harmoniosa e concomitante: 1) Legalidade, garantindo o respeito de toda a legislação e regulamentação aplicáveis; 2) Eticidade, garantindo a observância de princípios e valores éticos; e 3) Solidez, tanto do ponto de vista técnico como do ponto de vista social, uma vez que, mesmo com boas intenções, os sistemas de IA podem causar danos não intencionais.⁶²

Segundo a diretriz europeia, as legislações que pretendem regular e estabelecer direitos e deveres no campo da IA deve ser interpretada não só à luz do que não pode ser feito, mas também do que deve ser feito. O quadro de ações dos cientistas da computação deve ser direcionado para preceitos éticos e para transpassar às pessoas e à sociedade um cenário de confiança de que a IA não causarão danos não intencionais. Dessa forma, os princípios norteadores dessa conduta podem ser prescritos como: I) Respeito da autonomia humana⁶³; II) Prevenção de danos⁶⁴;

⁶¹ UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança (Ethics Guidelines For Trustworthy AI)*, 2019.

⁶² UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança (Ethics Guidelines For Trustworthy AI)*, 2019.

⁶³ O princípio da autonomia humana tem como objetivo a manutenção da autodeterminação plena e efetiva sobre si próprios e participação no processo democrático quando da utilização de sistemas de IA para tal finalidade. "In a broad sense, automated decision-making can describe the very nature of IT-enabled algorithmic processes, which is producing outputs by means of executing a computer code (Article 29 Working Party, 2017a; Kroll et al., 2017). Admittedly, it is the fact that the underlying data collection and analysis as well as the subsequent procedural steps are performed automatically (by technological means) – and therefore more quickly and extensively than the same could ever be done by humans – that lies at the heart of the challenges investigated as part of this project. According to this understanding, algorithmic decision-making could thus refer to 1) automated data gathering and knowledge building and to 2) the performance of subsequent procedural steps – encoded in an algorithm or adjusted autonomously by artificial agents – with a view to reaching a predetermined goal. Obviously, such a perception gives rise to significant overlaps with other applications of AI in consumer markets investigated as part of this project. Once again, we would like to argue that this is not really a problem". JABŁONOWSKA, A. et., al. "Consumer law and artificial intelligence Challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence" *Final report of the ARTSY Project*. European University Institute. 2018, p. 38, p. 38. Sobre a interferência da IA na autodeterminação da vontade, ver mais em: CITRON, D. K.; PASQUALE, F. A. "The Scored Society: Due Process for Automated Predictions", *Washington Law Review*, 1, 2014, p. 2-27; e BEUC. "Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective", *Tech. rep., Bureau Europeen des Unions de Consommateurs*, 2018.

⁶⁴ Pelo princípio da prevenção de danos, entende-se que "os sistemas de IA não devem causar danos ou agravá-los nem afetar negativamente os seres humanos de qualquer outra forma". Deve-se garantir solidez na adoção dessas técnicas para que os resultados sejam prolíficos para todos os sujeitos envolvidos na relação em análise.

III) Equidade⁶⁵; e IV) Explicabilidade^{66, 67}.

Tais exigências ficam em um plano ideal. Contudo, como concretizá-las? Como tornar possível a utilização de uma IA de confiança? Como o nível atual de cognição de uma IA está no degrau ANI, ou seja, apenas para o exercício singular de tarefas, a abordagem adotada neste momento será direcionada para mecanismos capazes de comutar de forma simbiótica a correlação homem-máquina. Ou seja, diante do atual desenvolvimento tecnológico, técnicas de IA podem e devem ser supervisionadas por humanos. E um dos mecanismos a ser utilizado para a construção dos parâmetros éticos e normativos acima descritos é a governança digital.

Para Floridi⁶⁸, “a governança digital é a prática de estabelecer e implementar políticas, procedimentos e padrões para o desenvolvimento, uso e gerenciamento adequados da *infosphere*”.^{69,70} A demonstração de uma política de governança digital é elemento capaz de romper o nexo de causalidade entre o programador e o fornecedor frente ao ato ilícito praticado pelo sistema autônomo. Retornando ao questionamento posto: Poderia o programador ou mesmo o fornecedor de serviços ser responsável pelos danos cometidos pela ordem deste *agente que atua enquanto cliente/consumidor*? Se existem mecanismos e códigos de programação destinados e cuja finalidade seja a prevenção de danos a terceiros a resposta é negativa. Dessa forma, caso o programador insira um comando em observância ao princípio ético da prevenção de danos e esse comando seja verificável no código do sistema autônomo

⁶⁵ O princípio da equidade “implica que os profissionais no domínio da IA devem respeitar o princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins, e analisar cuidadosamente a forma de equilibrar os interesses e objetivos em causa”. Isso conduz à adoção de procedimentos que evitem enviesamentos injustos, discriminação e estigmatização contra pessoas e grupos.

⁶⁶ “Significa que os processos têm de ser transparentes, as capacidades e a finalidade dos sistemas de IA abertamente comunicadas e as decisões — tanto quanto possível — explicáveis aos que são por elas afetados de forma direta e indireta. Sem essas informações, não é possível contestar devidamente uma decisão” UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança (Ethics Guidelines For Trustworthy AI)*. 2019.

⁶⁷ UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança (Ethics Guidelines For Trustworthy AI)*, 2019.

⁶⁸ “Digital governance is the practice of establishing and implementing policies, procedures and standards for the proper development, use and management of the *infosphere*. It is also a matter of convention and good coordination, sometimes neither moral nor immoral, neither legal nor illegal”. FLORIDI L. “Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation”, *Phil. Trans. R. Soc.* 2018, A 376: 20180081.

⁶⁹ “Através da supervisão humana, pretende-se garantir que um sistema de IA não coloque em causa a autonomia humana e nem produza efeitos negativos. A governança digital pode incluir diretrizes e recomendações que se sobrepõem à regulamentação digital, mas não são idênticas a ela. Essa é apenas outra maneira de falar sobre a legislação relevante, um sistema de leis elaborado e aplicado por meio de instituições sociais ou governamentais para regular o comportamento dos agentes relevantes na *infosphere*”. FLORIDI L. “Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation”, *Phil. Trans. R. Soc.* 2018, A 376: 20180081.

⁷⁰ “Dentre as atividades voltadas à ciência da computação que podem ser utilizadas como mecanismos para aperfeiçoamento e aprimoramento da conduta humana frente aos entes inteligentes artificialmente três se destacam: 1) o human-in-the-loop (HITL); 2) o human-on-the-loop (HOTL); e 3) o human-in-command (HIC). O primeiro refere-se à capacidade interventiva de uma pessoa no procedimento durante cada processo de decisão da IA. O segundo toma como base apenas sua monitoração através da visualização no sistema. E o terceiro traduz-se na capacidade de supervisão global do sistema, incluindo os impactos econômicos, sociais, jurídicos e éticos, bem como a habilidade de decidir quando e como usar o sistema em si”. DIVINO, S. B. S. & MAGALHAES, R. A. “Inteligência Artificial e Direito Empresarial: Mecanismos de Governança Digital para Implementação e Confiabilidade”, *Economic Analysis of Law Review*, 11, 2020, p. 72-89.

de inteligência artificial, portanto há precaução suficiente a ponto de criar um mecanismo de rompimento do nexo de causalidade frente ao dano cometido.

Lado outro, a inobservância dos princípios éticos faz com que o programador ou mesmo o fornecedor sejam responsáveis subsidiária ou solidariamente (a depender do regime legal aplicado, se CC ou se CDC) frente ao dano cometido. Perceba-se que o elemento *precaução é inerente à toda atividade econômica e inclusive critério elementar de risco da análise econômica do direito*. É a partir deste critério, objetivamente verificável in loco, que se atribui ou não o dever de indenizar. Diante a existência de condutas, programações e até mesmo práticas de governança digital que concretizem os preceitos éticos, não há que se falar em atribuição de responsabilidade ao programador ou mesmo ao fornecedor do sistema de inteligência artificial. Porém, frisa-se: este raciocínio é preponderantemente aplicável, como regra, na responsabilização subjetiva, onde há análise de culpa. Contudo, nada obsta seu reconhecimento na responsabilização objetiva, vez que o rompimento do nexo causal ainda é fator de exoneração da responsabilização junto à culpa exclusiva da vítima. Então, mesmo que um veículo autônomo colida diretamente com um obstáculo a mando do seu motorista, se verificados preceitos éticos no código de programação da IA inexistente responsabilização pelos danos causados.

Resultado parcial 5: A observância aos preceitos éticos devidamente comprovados e documentados por políticas de Governança Digital é fator de rompimento do nexo causal e de exoneração de responsabilidade (objetiva e subjetiva) pelo ato ilícito.

Em pensamento oposto, a impossibilidade da comprovação das práticas enseja o dever de indenizar. Neste caso, a indenização será pela modalidade transubjetiva (por fato de coisa, de animal ou de outra pessoa) ou *vicarious liability*. Se subsidiária ou se solidária, necessária análise dos dispositivos legais que regulamentam a relação jurídica. A título exemplificativo, se relação de consumo, tem-se responsabilidade solidária com fundamento no art. 7º, parágrafo único do CDC. Lado outro, se relação regida pelo *codice civile* deve-se verificar se há previsão expressa de solidariedade (legal ou contratual) em respeito à sua vedação de presunção.

Porém, outro fator que se deve analisar para evitar a responsabilidade vicária parte dos pressupostos éticos de governança digital. Em qualquer circunstância o *ser humano* deverá e poderá assumir o controle da IA. O caso Viking Sky trazido anteriormente é um exemplo a não ser seguido. Embora a experiência do comandante supostamente fosse superior à do sistema que controlasse o navio, a IA foi incapaz de deixá-lo reiniciar e dar partida no cruzeiro em questão. Ou seja, deverá existir no código de programação da IA uma condicionante de que, em último caso, ou quando expressamente solicitado em caso de emergência, o *ser humano assumo o controle para evitar o dano*. Trata-se da concretização do preceito *Human-in-command (HIC)*.⁷¹ Segundo Muller, “precisamos de uma abordagem HIC da IA, onde as máquinas permanecem máquinas e as pessoas mantêm o controle sobre essas máquinas o tempo todo”.⁷² Em sua concepção, “agentes humanos podem e também devem ter o controle de se, quando e como a IA é usada no cotidiano, bem como quais tarefas transferimos para a IA, quão transparente é, e o respeito aos aspectos éticos”.⁷³

⁷¹ O *European Economic and Social Committee (EESS)* propõe uma abordagem *Human-in-command (HIC)* para os países componentes da União Europeia quando da utilização de entes inteligentes artificialmente. Em termos singelos, o HIC coloca a IA como uma ferramenta, onde agentes humanos decidem quando e como usá-la. THE STRATEGY WEB. *Bosch Connected World 2020 – The human unicorn on AI*. 2020.

⁷² “We need a human-in-command approach to AI, where machines remain machines and people retain control over these machines at all times”. UNIÃO EUROPEIA. “Artificial Intelligence: Europe needs to take a human-in-command approach, says EESC”, 2017.

⁷³ “Humans can and should also be in command of if, when and how AI is used in our daily lives – what tasks we transfer to AI, how transparent it is, if it is to be an ethical player”.

Assim, pretende-se estabelecer um modelo denominado *rule of law by design*, capaz de implementar métodos de garantia para adoção de princípios éticos e abstratos que o sistema de IA deve respeitar quando da tomada de decisões. Neste caso, as empresas envolvidas nesse ramo devem identificar desde o início da programação quais as normas jurídicas são atreladas ao funcionamento do seu sistema e designá-las para seu efetivo cumprimento objetivando evitar impactos negativos no cenário econômico. Assim, o agente humano deve implementar um mecanismo que permite o desligamento do sistema em casos críticos, para permitir a retomada da operação sob a autoridade humana. Portanto,

Resultado parcial 6: A falta de um mecanismo destinado à implementação do Human-In-Command é justificativa para aplicação da responsabilidade transobjetiva/vicária (por fato de coisa, de animal ou de outra pessoa).

Perceba-se que a adoção de modelos de Governança Digital dependerá basicamente da escolha do empresário levando em consideração a disponibilidade da tecnologia, os custos de transação atrelados a ela, bem como os riscos trazidos pelo seu uso. Quanto maior a capacidade de automação proporcionalmente será o dispêndio para o desenvolvimento e gerenciamento dessa tecnologia. Lado outro, a redução da atividade humana pressupõe também uma diminuição de custos para com agentes envolvidos naquele setor.

Outra análise pode ser realizada utilizando essas considerações se buscarmos novamente o caso da Clarkesworld Magazine. Uma IA não tem potencial criativo.⁷⁴ Toda sua produção advém de um amálgama de dados. Caso essa produção viole direitos autorais de um titular lesado, em que circunstâncias o programador ou fornecedor poderá ser responsabilizado? Neste caso quando esses não inserem no código o mandamento ético *antiplágio*. Em outros termos, não poderá a IA utilizar de materiais protegidos por *copyright*. Caso a IA seja desenvolvida para produção ou edição de imagens deverá seu banco de dados ser única e exclusivamente atrelado aos materiais sem *copyright* ou, caso o tenham, estejam diretamente afetados à licença de uso do *software* (ex: contrata-se um editor de imagem com a promessa de utilização de um banco de imagens com X materiais produzidos exclusivamente por um terceiro para com aquela finalidade).

A solução para a premissa fática *Data is the New Black* também é a mesma. Haverá responsabilização dos programadores e fornecedores quando não existir justificativa suficiente e fundamentos que sustentem o ato de discriminação praticado pelo ente inteligente artificialmente.⁷⁵ Neste caso, a transparência algorítmica é fator inerente à atividade empresarial neste setor. Portanto, deverá o empresário estabelecer em seus mecanismos de Governança Digital métodos explicativos compreensíveis e inteligíveis das tomadas de decisões automatizadas cujo dados são considerados sensíveis.

Por fim, outra espécie de responsabilização que pode ser aplicada e possui reconhecimento no sistema jurídico brasileiro é Responsabilidade preventiva e sem danos efetivos. O tradicional exemplo que pode ser evidenciado aqui é a criação de um fundo securitário que seja capaz de arcar com os prejuízos causados pelos interessados aderentes. Neste caso, entendendo a existência deste fundo está condicionada à uma previsão legislativa cuja elaboração seja calcada em análise

UNIÃO EUROPEIA. "Artificial Intelligence: Europe needs to take a human-in-command approach, says EESC", 2017.

⁷⁴ DIVINO, S. B. S. & MAGALHAES, R. "A. Propriedade intelectual e direito autoral de produção autônoma da inteligência artificial", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 21, 2020, p. 167-192.

⁷⁵ DIVINO, S. B. S. "Desigualdade codificada: como o uso de algoritmos pode reduzir, ocultar e aumentar a desigualdade?" em (C. Colombo & W. Engelmann & J. Faleiros Júnior, orgs.), *Tutela Jurídica do Corpo Eletrônico*. Foco, Indaiatuba, 2022, p. 723-738.

concreta de riscos mediante AIR. Sua exigência sem tal observação viola a liberdade econômica por condicionar seu exercício a um fator abstrato. Outro aspecto relevante é que, uma vez que um regime de seguro obrigatório se destina a suplantiar totalmente o sistema geral de responsabilidade civil, exige-se uma adoção hermética e ampla por todas as partes interessadas.⁷⁶ A razão se dá em virtude da diferença existente entre local de ocorrência do dano e a sede da sociedade empresária responsável pela fabricação do produto. A sede da atividade empresária pode estar localizada na China, mas o dano pode ter ocorrido no Brasil. A sede poderia estar localizada no Japão, mas o dano materializado nos Estados Unidos da América. Assim, como garantia de efetivação, o fundo securitário deveria ter margens suficiente para abarcar todas as partes interessadas e envolvidas na produção de sistemas autônomos inteligentes. Portanto,

Resultado parcial 7: É possível a aplicação da responsabilidade preventiva, desde que condicionada à uma exigência normativa e elaborada mediante Análise de Impacto Regulatório.

A partir desses resultados expressos, verifica-se que o atual sistema jurídico consegue sustentar e ser aplicado nas relações jurídicas envolvendo entes inteligentes artificialmente. Não há necessidade de considerável inovação. A necessidade premente é que os juristas responsáveis pelos estudos firmem os pés no chão e renunciem a discussões distópicas capazes de atrasar o desenvolvimento científico na área ou mesmo trazer uma tutela desproporcional ao setor econômico. Acredita-se que as discussões aqui trazidas sejam parte de um conjunto de estudos destinados à regulação e normatização dos sistemas autônomos (e essencialmente criticável).

4. Considerações Finais

Conforme visualizado, a temática é consideravelmente ampla, complexa e com margens suficientes à escrita de consideráveis reflexões. Porém, em razão da limitação metodológica e de estilo, acredita-se que as premissas trazidas foram suficientes para responder ao problema de pesquisa proposto, bem como indicar novas hipóteses à tutela da responsabilidade ética e jurídica relativa aos entes inteligentes artificialmente.

Assim, devemos retornar ao problema norteador deste trabalho: como deve ser a tutela ética e jurídica dos danos causados por um ente artificialmente inteligente? De forma objetiva, a tutela deve perpassar pela inclusão de preceitos éticos durante a programação e o regime de responsabilização, como regra, deve ser o subjetivo, vez que a comprovação do possível risco resta prejudicada pela falta de comprovação dos requisitos do risco (especialmente o dano). No mais, verifica-se que a responsabilidade ética precede a responsabilidade jurídica, e essa será aplicada quando aquela não for visualizada. Portanto, a responsabilidade ética no ato de programação pode ser vista como fator de exoneração de responsabilidade mediante rompimento do nexo causal.

Assim, as propostas deste trabalho são:

Proposta 1: Um sistema de IA é ferramenta e, portanto, não é pessoa, não é sujeito de direitos e não titula direitos e deveres.

Proposta 2: O regime de responsabilização civil objetivo deve ser afastado e não deve ser aplicada a Teoria do Risco (Risked-based Approach) até a respectiva demonstração e comprovação dos possíveis danos a serem cometidos pelos sistemas de Inteligência Artificial.

⁷⁶ LANDES, E M. "Insurance, liability, and accidents: a theoretical and empirical investigation of the effect of no-fault accidents", *The Journal of Law and Economics*, 25 (1), 1982, p. 49-65 e RACHUM-TWAIG, O. "Whose Robot Is It Anyway? Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", *U. Ill. L. Rev.*, 2020, p. 1141.

Proposta 3: O elemento culpa deve ser analisado e verificado sob a ótica do responsável pela utilização da IA enquanto ferramenta à consecução do dano.

No mesmo sentido, os resultados parciais podem ser resumidos em:

Resultado parcial 1: Diante das premissas postas, a responsabilidade deve ser afastada dessas entidades e atribuída a outrem. Esse outrem se torna o objeto e o lócus da argumentação.

Resultado parcial 2: O risco é composto por incerteza somado à probabilidade de dano.

Resultado parcial 3: os sistemas de IA são incertos e, portanto, preenchem o primeiro requisito para adoção da responsabilidade objetiva.

Resultado parcial 4: a ausência temporária de comprovação da probabilidade e dos impactos dos danos causados pelos sistemas de inteligência artificial afastam a aplicação da responsabilização objetiva.

Resultado parcial 5: A observância aos preceitos éticos devidamente comprovados e documentados por políticas de Governança Digital é fator de rompimento do nexa causal e de exoneração de responsabilidade (objetiva e subjetiva) pelo ato ilícito.

Resultado parcial 6: A falta de um mecanismo destinado à implementação do Human-In-Command é justificativa para aplicação da responsabilidade transobjetiva/vicária (por fato de coisa, de animal ou de outra pessoa).

Resultado parcial 7: É possível a aplicação da responsabilidade preventiva, desde que condicionada à uma exigência normativa e elaborada mediante Análise de Impacto Regulatório.

Tais resultados e propostas representam hipóteses e indicativos de aplicação pragmática de elementos éticos e jurídicos suficientes à tutela da relação jurídica envolvendo entes inteligentes artificialmente. Reconhece-se suas consideráveis limitações, inclusive teóricas. Contudo, acredita-se que esses indicativos podem ser elementos suficientes à partida e ao início de uma jornada regulatória que ainda está longe de se findar.

5. Referências

- ADAMS, J. *Risk: the policy implications of risk compensation and plural rationalities*. London, UCL Press, 1995.
- BERGENHEM, C, et al. "How to reach complete safety requirement refinement for autonomous vehicles", *CARS 2015-Critical Automotive applications: Robustness & Safety*. 2015. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01190734/document>. Acesso em: 10 dez. 2021.
- BEUC. "Automated decision making and artificial intelligence: a consumer perspective", *Tech. rep., Bureau Europeen des Unions de Consommateurs*, 2018. Disponível em: https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf. Acesso em: 21 mar. 2020.
- BEVILÁQUA, C. *Teoria Geral do Direito Civil*, Servanda, Campinas, 2015.
- BODEN, Margaret. *Artificial Intelligence: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- BOSTROM, N. "Ethical Issues in Advanced Artificial Intelligence". Disponível em: <http://www.fhi.ox.ac.uk/wp-content/uploads/ethical-issues-in-advanced-ai.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.
- BOSTROM, N. *Superintelligence*, Ed. Oxford University Press, London, 2014.
- BOSTROM, N. "The ethics of artificial intelligence", (W. Ramsey & K. Frankish, orgs org.) *Draft for Cambridge Handbook of Artificial Intelligence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011. Disponível em: <https://www.nickbostrom.com/ethics/artificial-intelligence.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2020.

- BRAYNE, S. *Predict and Surveil: data discretion and the Future of Policing*, Oxford University Press, New York, 2021.
- BRASIL. *Lei da Liberdade Econômica. Lei n. 13.874 de 20 de setembro de 2019*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 2019.
- BURT, B. A. "Definitions of risk", *Journal of dental education*, 65(10), 2001, p. 1007-1008.
- BURTON, S, et.al. "Mind the Gaps: Assuring the Safety of Autonomous Systems from an Engineering, Ethical, and Legal Perspective", *Artificial Intelligence*, 279, 2020, p. 4, 103201.
- CHEN, Z. & LIU, B. *Lifelong Machine Learning*, Morgan & Claypool, Oregon, 2018.
- CITRON, D. K. & PASQUALE, F. A. "The Scored Society: Due Process for Automated Predictions", *Washington Law Review*, 1, 2014, p. 2-27.
- CLARKESWORLD. "Submissions Closed", *Twitter*. 2023. Disponível em: <https://twitter.com/clarkesworld/status/1627711728245960704>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- CRAWFORD, K. *Atlas of AI*, Yale University Press, London, 2021.
- CURTI, F. et al. "Cyber risk definition and classification for financial risk management", *Journal of Operational Risk*, 18 (2), 2023, p. 3.
- DIVINO, S. B. S. "After All, Artificial Intelligence is not Intelligent: in a Search for a Comprehensible Neuroscientific Definition of Intelligence", *Opinion Juridica*, 21, 2022, p. 1-21.
- DIVINO, S. B. S. "Consciência e intencionalidade na Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda: Direito sem objetividade?", *Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais*, Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019.
- DIVINO, S. B. S. "Desigualdade codificada: como o uso de algoritmos pode reduzir, ocultar e aumentar a desigualdade?", em (C. Colombo & W. Engelmann & J. Faleiros Júnior, orgs.), *Tutela Jurídica do Corpo Eletrônico*. Foco, Indaiatuba, 2022, p. 723-738.
- DIVINO, S. B. S. & MAGALHAES, R. A. "Inteligência Artificial e Direito Empresarial: Mecanismos de Governança Digital para Implementação e Confiabilidade", *Economic Analysis of Law Review*, 11, 2020, p. 72-89.
- DIVINO, S. B. S. & MAGALHAES, R. "A. Propriedade intelectual e direito autoral de produção autônoma da inteligência artificial", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 21, 2020, p. 167-192.
- FERGUSON, A. G. *The Rise of Big Data Policing: surveillance, race, and the Future of Law Enforcement*, New York University Press, New York, 2017.
- FLORIDI L. "Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation", *Phil. Trans. R. Soc.* 2018, A 376: 20180081.
- FOLHA. "Com que frequência acidentes ocorrem?" *Folha Online*. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/turismo/preparese/aviao-voar-e-seguro-02.shtml>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- FREITAS, A. T. de. *Consolidação das Leis Cíveis*. Senado Federal, Brasília, 2003.
- GIDDENS, A. *O mundo na era da globalização*, Presença, Lisboa, 2000.
- GORNER, J. "Chicago Police Use 'Heat List' as Strategy to Prevent Violence", *Chicago Tribune*. 2013. Disponível em: http://articles.chicagotribune.com/2013-08-21/news/ct-met-heat-list-20130821_1_chicago-police-commander-andrew-papachristos-heat-list. Acesso em: 02 set. 2021.
- HOOKE, J. & KIM, T. W. "Truly Autonomous Machines Are Ethical", *AI Magazine*, 40 (4), 2019, p. 66-73.
- JABŁONOWSKA, A. et., al. "Consumer law and artificial intelligence Challenges to the EU consumer law and policy stemming from the business' use of artificial intelligence", *Final report of the ARTSY Project*. European University Institute, 2018, p. 38.
- KAPLAN, A. & HAENLEIN, M. "Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence", *Business horizons*, 62 (1), 2019, p. 15-25.

- KAPLAN, S. & GARRICK, B. J. "On the quantitative definition of risk", *Risk analysis*, 1 (1), 1981, p. 11-27.
- KLIPPENSTEIN, K. "Exclusive: surveillance footage of tesla crash on sf's bay bridge hours after elon musk announces "self-driving" feature", *The Intercept*, 2023. Disponível em: <https://theintercept.com/2023/01/10/tesla-crash-footage-autopilot/>. Acesso em: 27 jul. 2023.
- KNIGHT, F. H. *Risk, uncertainty and profit*, Houghton Mifflin, Boston, 1921.
- LA TIMES. "Norway cruise ship engines failed from lack of oil, maritime official says" *L.A Times*, 2019. Disponível em: <https://www.latimes.com/world/la-fg-norway-cruise-ship-sky-20190327-story.html>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- LANDES, E. M. "Insurance, liability, and accidents: a theoretical and empirical investigation of the effect of no-fault accidents", *The Journal of Law and Economics*, 25 (1), 1982, p. 49-65.
- LIEBER, R. R. & ROMANO-LIEBER, N. S. "O conceito de risco: Janus reinventado", em (M.C.S. Minayo & A.C. Miranda, orgs.), *Saúde e ambiente sustentável: estreitando nós* [online], Ed. FIOCRUZ, Rio de Janeiro, 2002, p. 71-72.
- MENDES, F. "Risco: um conceito do passado que colonizou o presente", *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 20 (2), 2002, p. 53-62.
- MESKÓ, B. et al. "Will artificial intelligence solve the human resource crisis in healthcare?", *BMC Health Services Research*, 18, 2018, p. 545.
- MOOR, J. H. "The nature, importance, and difficulty of machine ethics", *IEEE Intelligent Systems*, 21 (4), 2006, p. 18-21.
- RACHUM-TWAIG, O. "Whose Robot Is It Anyway? Liability for Artificial-Intelligence-Based Robots", *U. Ill. L. Rev.*, 2020, p. 1141.
- RUSSELL, S. J. & NORVIG, P. *Artificial intelligence: a modern approach*, Pearson Education, New Jersey, 2010.
- SATO, M. "AI-generated fiction is flooding literary magazines — but not fooling anyone", *The Verge*. 2023. Disponível em: <https://www.theverge.com/2023/2/25/23613752/ai-generated-short-stories-literary-magazines-clarkesworld-science-fiction>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- SEARLE, J. *Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.
- SIDDIQUI, F. & MERRILL, J. B. "17 fatalities, 736 crashes: The shocking toll of Tesla's Autopilot", *The Washington Post*, 2023. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/06/10/tesla-autopilot-crashes-elon-musk/>. Acesso em: 27 jul. 2023.
- SMITH, J. "'Minority Report' Is Real — And It's Really Reporting Minorities", *Mic*, 2015. Disponível em: <https://www.mic.com/articles/127739/minority-reports-predictive-policing-technology-is-really-reporting-minorities>. Acesso em: 02 set. 2021.
- SOUZA, K. R. G. & LOURENÇO, L. "A evolução do conceito de risco à luz das ciências naturais e sociais", *Territorium*, 22, 2015, p. 31-44.
- STAFF, G. "US air force denies running simulation in which AI drone 'killed' operator", *The Guardian*, 2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2023/jun/01/us-military-drone-ai-killed-operator-simulated-test>. Acesso em: 27 jun. 2023.
- STONE, Z. "Everything You Need To Know About Sophia, The World's First Robot Citizen", *Forbes*, 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/zarastone/2017/11/07/everything-you-need-to-know-about-sophia-the-worlds-first-robot-citizen/?sh=453114bb46fa>. Acesso em: 29 dez. 2020.
- SUTTON, R. S. & BARTO, A. G. *Reinforcement Learning: An Introduction*, MIT Press, Cambridge, 1998.

- THE STRATEGY WEB. *Bosch Connected World 2020 – The human unicorn on AI*, 2020. Disponível em: <https://thestrategyweb>.
- TURING, A. "On computable numbers, with an application to the Entscheidungsproblem", *Proceedings of the London Mathematical Society*, 42 1936, p. 230–65.
- UN. "Living with risk: a global review of disaster reduction initiatives", Geneva, 2002
- UNIÃO EUROPEIA. "Artificial Intelligence: Europe needs to take a human-in-command approach, says EESC", 2017. Disponível em: <https://www.eesc.europa.eu/en/news-media/press-releases/artificial-intelligence-europe-needs-take-human-command-approach-says-eesc>. Acesso em: 11 abr. 2020.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretrizes éticas para uma IA de confiança (Ethics Guidelines For Trustworthy AI)*, 2019. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 09 abr. 2020.
- VLASSIS, N. *A Concise Introduction to Multiagent Systems and Distributed Artificial Intelligence: synthesis lectures on artificial intelligence and machine learning sequence in series*, Morgan & Claypool, Oregon, 2007.
- VOROBAYCHIK, Y. & KANTARCIOGLU, M. *Adversarial Machine Learning: Synthesis Lectures on Artificial Intelligence and Machine Learning*, Morgan & Claypool, Oregon, 2018.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 314-330
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O impacto da inovação das questões do Direito à saúde no Contexto Latino-Americano a partir dos modelos de Brasil e Argentina

The impact of innovation on the Right to Health issues in the Latin American Context based on the models of Brazil and Argentina

Lívia Dias Barros¹

Vanessa Alexsandra de Melo Pedrosa²

Universidade Católica de Pernambuco

Sumário: 1. As bases para a parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde. 2. As raízes do fluxo de consolidação do Direito a Saúde no contexto do Brasil e da Argentina. 3. Conclusão. Referências.

Resumo: Nos últimos vinte anos têm ocorrido uma transformação crescente na atuação das Cortes Supremas na América Latina acerca das diversas reivindicações dos direitos humanos fundamentais, visto que o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região. Assim, a judicialização do direito à saúde, especificamente no Brasil e Argentina, constitui o foco de estudo do presente artigo. O objetivo é analisar, a partir da identificação das características sistemáticas na judicialização do direito humano fundamental à saúde entre Brasil e Argentina, a necessidade de parametrização da atuação constitucional do Poder judiciário na resolução de tais demandas. O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde nestes países resume-se no fato que este fenômeno de

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Atualmente é Professora de Direito Administrativo e Mediação da Universidade Católica de Pernambuco e também é mediadora judicial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Coordenadora da Câmara de Mediação e Arbitragem da Unicap-TJPE.

² Pós-doutora pelo Programa de Pesquisa em Ciências sociais, Crianças e Adolescentes na América Latina da rede: PUC-São Paulo (BR) e Centro Latino Americano de Ciências Sociais (CLACSO). Doutora em Direito Penal pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Diplomada em Estudos Avançados pela mesma Universidade e especialista em Relações Internacionais na era da Globalização pela Universidade Católica de Pernambuco (Brasil). Atualmente é Professora de Direito Penal da Universidade Católica de Pernambuco, onde, também, leciona, na condição de Professora Permanente, em seu Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) na linha Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

Recibido: 20/07/2023

Aceptado: 11/10/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10301858

causa única, mas de origens variadas vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento/medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, mas de grande impacto orçamentário. O método de abordagem dedutivo e o método de procedimento comparativo foram utilizados como instrumento de uma técnica de documentação direta, mediante a pesquisa bibliográfica e documental, com as fontes correspondentes recebendo uma abordagem qualitativa.

Palavras- chave: Direito a Saúde. Judicialização. Parametrização.

Abstract: In the last twenty years, there has been a growing transformation in the performance of the Supreme Courts in Latin America regarding the various claims of fundamental human rights, since the growth of such demands is greater than in any other region. In this context, the judicialization of the right to health, specifically in Brazil and Argentina, is the focus of this article. The general objective is to analyze, from the identification of the systematic characteristics in the judicialization of the fundamental human right to health between Brazil and Argentina, the need for parameterization of the constitutional action of the Judiciary in the resolution of such demands. The main factor that makes it difficult to analyze the phenomenon of judicialization of health, whether in Argentina or Brazil, is that it is not a phenomenon with a single cause, but with varied origins ranging from negligence, lack of coverage, denial of treatment or medicine or even the attempt to impose on the State the obligation to provide high-cost experimental treatments without guarantee of safety or efficacy, but with a great budgetary impact. In this article, the deductive approach method and the comparative procedure method were adopted, developed with the use of a direct documentation technique, through bibliographical and documental research, with the corresponding sources receiving a qualitative approach.

Key words: Right to Health. Judicialization. Parameterization.

Introdução

Nos últimos vinte anos têm ocorrido uma transformação crescente na atuação das Cortes Supremas na América Latina acerca das diversas reivindicações dos direitos humanos fundamentais, visto que o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região.

Nesse contexto, a judicialização do direito à saúde, especificamente no Brasil e na Argentina, constitui o foco de estudo do presente trabalho. O objetivo geral é realizar, a partir da experiência comparada e da identificação das características sistemáticas, na judicialização do direito humano, fundamental à saúde entre Brasil e Argentina, a parametrização da atuação constitucional do Poder Judiciário na resolução de tais demandas, com atenção especial ao direcionamento da 1ª instância, onde tais questões, diariamente, são debatidas.

O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde, seja na Argentina ou no Brasil, é que não se trata de um fenômeno de causa única, mas de origens variadas que vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento ou medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, porém de grande impacto orçamentário.

A realização do Direito à Saúde não deve ser uma batalha travada nos Tribunais, mas a partir de um processo sistêmico, que envolva além do Poder Judiciário, todos os demais agentes e Poderes, a partir de um escopo técnico que estabeleça claramente os limites de atuação e cobertura, a otimização da relação médico-paciente, a implementação de um canal de comunicação entre os sistemas de saúde e o estabelecimento de protocolos baseados em evidências científicas.

Fundamentadas nisso, a partir da indicação de eventos prováveis (jamais absolutos), buscamos estabelecer um mecanismo de parametrização possível à atuação do Poder Judiciário em harmonia com os preceitos constitucionais, com fins a efetivação e não obstrução do direito humano e fundamental à saúde. Para tanto, optamos por utilizar os métodos provenientes do Direito Constitucional Comparado, aqui concebido, enquanto o ramo da Ciência Jurídica que busca estabelecer semelhanças e dessemelhanças entre diferentes sistemas jurídicos, mais especificamente no que se refere à jurisdição constitucional do direito à saúde, para, ao final, extrair conclusões, ampliando o conhecimento sobre tal fenômeno jurídico.

No presente caso, estaremos restritos à análise do parâmetro garantia versus violação do direito humano fundamental à saúde, realizada pelas cortes supremas do Brasil e da Argentina em que identificaremos parâmetros objetivos de como a inegável participação o papel do Poder Judiciário deverá ocorrer com fins à efetivação do direito e não como ferramenta de privilégio e/ou predominância do individual em detrimento do coletivo, ou seja, uma atuação que se distancie da aplicação inconstitucional do direito à saúde.

1. As bases para a parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde.

O Poder Judiciário possui três referenciais éticos determinantes: a licitude, situada no campo da moral, como o resultado de um juízo de valor cujo lastro são os paradigmas fundamentais de comportamento, produzidos no processo histórico-cultural do desenvolvimento de um grupo social; a legalidade como referencial ético relacionado ao Direito como um conjunto de leis de uma sociedade jus politicamente organizada; e a legitimidade, compreendida no domínio da política e, em razão disso, relacionada à vontade da sociedade, representada através da aceitação consensual pela sociedade de um comportamento, de uma decisão ou de uma ideia que, direta ou indiretamente, diga respeito ao direcionamento do grupo. A legitimidade, portanto, é caracterizada pelos interesses do grupo, aquilo que a sociedade almeja do poder³.

Nesse sentido, destaca-se o papel do consenso como técnica social imprescindível à dinâmica política (a legitimidade) com fins a obtenção de uma dinâmica jurídica (a legalidade), possibilitando o equilíbrio, evitando o clima de tensão e garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem no sentimento coletivo, à aspiração de justiça.

Com clara inspiração na obra de Canotilho⁴ ao qual afirmou que: “isso significa uma Constituição aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos, aberta à sobreposição experiencial de consensos”. Silva⁵ esclareceu que:

O retorno a uma ideia de centralidade estatal-constitucional, ao invés de resolver os problemas de fluidez das soberanias, de dessacralização e dessubstancialização do Estado, de dificuldades de redução objetiva ao binário ‘consenso e conflito’ das sociedades democráticas, pode atrapalhar as aprendizagens inteligentes que cidadãos e povos estão experimentando, de forma crescente, a partir do último século. [...] A complexidade e as contingências da sociedade

³ MOREIRA NETO, D. de F. *Teoria do poder*: parte I. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992. p. 23.

⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2. ed. Almedina, Coimbra, 2008, p. 197.

⁵ SILVA, C. O. P da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Tese de Doutorado. 274 f. Brasília, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019, p.67-68.

plural, assentada em diversos sistemas sociais e culturais, postula a reescritura permanente das regras constitucionais, levando-se em consideração as experiências e aprendizagens cotidianas. Não mais se apresenta útil ao novo momento histórico o recurso a integracionismos ético-sociais, a unitarismos políticos e à homogeneização dos cidadãos, de modo que as constituições passam a ser 'individualidades históricas que perpetuamente se renovam'.

A conclusão desse raciocínio é a de que sistemas jus políticos de alto consenso têm maior legitimidade e baixo nível de coerção, enquanto que, os de baixo consenso têm maior legalidade, mas necessitam de alto nível de coerção para funcionar. A legalidade contraposta à legitimidade indica que a norma jurídica, que é o referencial para apreciação ética do poder, deve cristalizar valores vigentes na sociedade.

É preciso pensar em democracia a partir dos critérios da dinamicidade, provisoriedade, alternatividade, concorrência e diversidade, ou seja, é chegado o tempo de pensar em uma teoria geral do Estado democrático enredada em tensões dialéticas. Desse modo, e tendo em consideração o último grande princípio da eticidade oriundo da cultura ocidental - o de que qualquer ser humano deve ser tratado com igual respeito e consideração -, deve-se ter em mente que a ideia básica legitimadora de um Estado Constitucional é a dignidade da pessoa humana.

O art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispunha que "toda a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição", que sob influência liberal do fim século XVIII e do ideal da limitação jurídica ao poder estatal, demonstra a intrínseca vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, tornando-se, portanto, o núcleo material das primeiras Constituições escritas. Segundo Canotilho⁶, hoje já é possível afirmar que:

Só haverá direito constitucional com força normativa quando a sociedade possuir uma estrutura constitucional que se confronte com ela própria mediante formas institucionais apropriadas e processos regulados por normas de adaptação, resistência e autocorreção.

A complexidade e as contingências da sociedade plural, assentada em diversos sistemas sociais e culturais, postula a reescrita permanente das regras constitucionais, levando-se em consideração as experiências e aprendizagens cotidianas.

Na atual fase do constitucionalismo, o cidadão não só exerce direitos, cumpre deveres e goza de liberdades em relação ao Estado, mas também é titular, mesmo que de forma parcial, de uma função efetiva perante o poder público, de maneira que a participação da sociedade nas ações do poder público está diretamente ligada à legitimidade desse poder como expressão de seu referencial ético.

Com objetivo de facilitar a compreensão do caminho percorrido em busca da efetividade dos direitos humanos fundamentais, no que diz respeito ao aspecto dogmático e não ao histórico – institucional, elaboramos um breve inventário acerca da positividade dos direitos fundamentais⁷:

I. Modelo teórico da indiferença: a produção teórica original, predominante europeia, reflexo da orientação política libertária e liberal (a exemplo da Revolução Francesa de 1789), de viés jusnaturalista.

Esse modelo não considerava a necessidade de prestações estatais positivas para a efetivação de direitos públicos subjetiva, ou sobre a relevância do conteúdo econômico dos direitos individuais, de sorte que os direitos de liberdade, inerentes ao homem, eram vistos como anteriores e superiores ao Estado, de forma que este

⁶ CANOTILHO, Op. Cit., p. 196.

⁷ GALDINO, F. "O custo dos direitos". TORRES, R. L (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 192

apenas os declara, não havendo espaço para discutirem-se prestações estatais necessárias à efetivação.

II. Modelo teórico do reconhecimento: sob influência dos movimentos intelectuais de esquerda, ocorre o reconhecimento da juridicidade de determinadas situações subjetivas previstas na Constituição em favor dos indivíduos. Assim, há o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, como aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado para sua efetivação, sem, contudo, haver a vinculação quanto à exigibilidade imediata de tais direitos.

III. Modelo teórico da utopia: a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, contudo, há o desprezo quanto ao custo da efetividade dos mesmos. Funda-se na premissa de que o *déficit* orçamentário público é uma imposição da necessidade da atuação governamental eficiente, em que não há limite às prestações públicas, que caracterizam o Estado Social ou o Bem-estar social. Conforme Galdino⁸:

Interessa salientar também, no plano conceitual, que os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (*rectius*: efetivação). Em síntese: o conceito e a eficácia direitos subjetivos especificamente considerados (v.g. direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais de efetivação.

Neste momento, na medida em que não faltariam recursos, negava-se relevância, do ponto de vista prático, entre direitos positivos ou negativos, isto porque o país vivia sob um status político autoritário, acrescido da recepção tardia das ideias originais de Hans Kelsen, que resultou num positivismo exacerbado, em que as questões jurídicas reduziram-se à norma, em especial, à regra positivada.

A questão era saber se a norma previa ou não um determinado direito, e em que extensão. Os custos financeiros são vistos como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização.

IV. Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos; o custo assume caráter fundamental, de tal sorte que, mantida a tipologia direitos positivos x direitos negativos, tem-se a efetividade dos direitos fundamentais sociais como sendo OS únicos dependentes da reserva do possível.

O argumento da chamada reserva do possível decorre da influência da jurisprudência consolidada do Tribunal Constitucional Federal Germânico, a reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a significar que os direitos sociais a prestações materiais dependem da efetiva disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, no sentido, daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade⁹. O que desde logo, denota a incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como diretrizes na definição das prestações que devem constituir o direito fundamental social.

No Brasil, existem alguns autores que fazem considerações sobre a expressão. Para o professor Scaff¹⁰, a reserva do possível se trata de um conceito econômico que decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais, que deve ser aplicado às escolhas econômicas particulares e de administradores públicos, e ressalta que:

⁸ Idem *ibidem.*, p. 170.

⁹ KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*, SAFE – Fabris, Porto Alegre, 2002, p. 153

¹⁰ SCAFF, F. F. *Quem recebe as prestações sociais? ou processo orçamentário, reserva do possível e escolhas trágicas*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 1405.

É importante observar que esta expressão vem sendo bastante maltratada pela jurisprudência brasileira, que a hostiliza de maneira praticamente unânime, tudo indica que em virtude de sua má compreensão. Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e a não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a reserva do possível uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.

Por outro lado, em sentido oposto, o professor Sarlet¹¹, ao discorrer sobre o assunto da “reserva do possível” como limite fático jurídico à efetivação judicial e política de direitos fundamentais, afirma que:

Resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar os impactos da reserva do possível. Isso significa, em primeira linha, que se a reserva do possível há de ser encarada com ressalvas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

Superando os paradigmas de *déficit* orçamentário necessário, o país foi conduzido à revisão das despesas públicas deficitárias, sustentando que as normas devessem limitar-se à receita do Estado.

Sob este prisma, a abstenção não significava dispêndio financeiro para o Estado, que resulta na ideia de que a proteção e a tutela dos direitos da liberdade ou, pelo menos, os de defesa não encontravam limites econômicos ou financeiros nas reservas. Segundo Sarlet¹²:

Justamente pelo fato dos direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa - precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva - podem, em princípio, ser considerados despidos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas.

Deste modo, tem-se que a reserva do possível funcionou, neste modelo teórico, como limite tão-somente em relação às prestações estatais positivas, configurando-se como impedimento à efetivação de tais direitos.

V. A superação dos modelos anteriores: tem-se superada a tradicional tipologia positivo x negativo dos direitos fundamentais, reconhecendo-se que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública para sua efetivação.

A Teoria da Reserva do Possível abrange pelo menos duas dimensões principais: uma dimensão fática, atrelada à noção de limitação dos recursos

¹¹ SARLET, I. W. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. 2. Livraria do Advogado, ed. Porto Alegre, 2013, p. 32.

¹² SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 259.

materiais, normalmente equiparados pela doutrina aos recursos financeiros que o Estado pode despendar, com implicação no princípio da separação dos Poderes; e uma dimensão jurídica, concernente à capacidade jurídica ou ao poder de disposição de que deve o titular ser o destinatário das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes, que, no Brasil, decorre diretamente do princípio federativo¹³.

Embora a maior parte da doutrina entenda existir apenas a dimensão fática e jurídica da reserva do possível, Sarlet¹⁴ enxerga uma terceira dimensão relativamente à razoabilidade da existência do direito social com foco no pretensão titular da prestação. Significa questionar se o que se pretende é razoável ou mesmo realizável. Neste entender, não se deve obrigar o Estado a conceder um benefício assistencial ao pleiteante que não deva recebê-lo, por possuir, ele mesmo, condições econômicas para a sua própria satisfação. Ou seja, no caso do direito à saúde, defende a comprovação da hipossuficiência econômica do paciente que procura as vias judiciais para o cumprimento do direito à saúde através do Estado.

O tema é controverso na doutrina e na jurisprudência. Em sentido contrário, conforme apontada por Carvalho e Santos¹⁵, há a corrente que defende os direitos fundamentais, especificamente a saúde, enquanto norma de aplicabilidade imediata, de acesso universal e igualitário a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, e, que exigir contribuição específica para a prestação do serviço corresponde a uma verdadeira contradição, indo de encontro inclusive, com o espírito constitucional de 1988.

O Supremo Tribunal Federal passou por um processo de incorporação da expressão “reserva do possível” em suas decisões, apresentando a partir do ano de 2010 um crescimento significativo. Entre 2010 e 2015, 76% do total de acórdãos em que a expressão foi indexada pelo Tribunal, dos quais, mais de 50% estavam relacionados ao direito à saúde e o direito à educação¹⁶.

A ADPF nº 45¹⁷ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004) é considerada paradigma em relação à argumentação da reserva do possível, em que o Min. Celso de Mello aponta a obra *The Cost of Rights*, escrita pelos professores norte-americanos Holmes e Sunstein (1999) como referência para tratar da questão relativa à exigência de disponibilidade financeira na concretização de direitos, (seja daqueles que exigem conduta positiva, seja daqueles que exigem conduta negativa abstenção - do Poder Público).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende,

¹³ SILVA, A. F. da. “Reserva do possível” no supremo tribunal federal: uma expressão enigmática? Monografia. 106f. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

¹⁴ SARLET, Op. Cit., 2015, p. 262

¹⁵ CARVALHO, G.; SANTOS, L. *SUS: Sistema Único de Saúde*. Unicamp, Campinas, 2006, p. 53.

¹⁶ SILVA, Op. Cit., 2016.

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política¹⁸.

A obra *The cost of rights: why liberty depends on taxes* (O custo dos direitos: a liberdade depende de impostos), é a principal obra utilizada pelo direito brasileiro na defesa do desfazimento da distinção entre direitos negativos e direitos positivos, com largas referências quanto aos valores gastos pelos Estados Unidos na proteção de direitos tidos como negativos¹⁹.

Partindo da análise descritiva, observa-se que os direitos reconhecidos por determinado ordenamento jurídico possuem “dentes” (*rights in that sense have teeth*), correspondente à possibilidade de utilização dos remédios jurídicos previstos no ordenamento para a garantia dos direitos, estabelecendo-se, portanto, uma ligação indissolúvel entre o direito subjetivo e a opção jurídica prevista para sua garantia e efetivação.

O argumento da incapacidade fática do Estado de arcar com determinada despesa, não pode ser simplesmente alegada sem vínculo probatório, visto que, além dos países em que os níveis de pobreza são extremos, onde não se vislumbra capacidade contributiva, os Estados têm grande mobilidade no que se refere à capacidade de crédito e à possibilidade de aumento de receita, como o caso do Brasil, em que a capacidade contributiva não só existe como é significativa.

Antes de os finitos recursos do Estado se esgotar para os direitos humanos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e do detentor do poder. Neste sentido, será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo?

O reconhecimento quanto ao custo dos direitos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em relação aos direitos, trazendo maiores opções de escolha de onde e como gastar os recursos públicos, por vezes, escassos. O Banco Mundial publicou os resultados de um amplo estudo sobre o desempenho hospitalar brasileiro em que se concluiu que o setor de saúde gasta mal, desperdiça e é mal gerido. De uma escala de 0 a 1, o Brasil ficou com a nota de 0,34, sendo necessária uma reforma profunda no modelo atual de gestão²⁰.

A falta de informações sistematizadas também é fato significativo de cuidado. No exemplo da saúde, o centro do sistema é o hospital e, apesar de ser a maior fonte de gastos, mas há pouca informação sobre aplicação desses recursos e o desempenho, tanto das políticas, quanto dos investimentos²¹.

Um aspecto crucial dessa problemática se encontra na ausência de reconhecimento do conteúdo político da política social, quer dizer, o que debater uma definição sobre qual é o locus de “político” na construção de respostas à problemática social e à luta contra a pobreza e a exclusão. Esse desconhecimento da dimensão política concebe a solução da questão social como um exclusivo problema técnico de oferta de bens e serviços sociais a um grupo de “beneficiários”.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.

¹⁹ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton, New York, 1999, p. 168

²⁰ PEREIRA, B. *Saúde no Brasil desperdiça e gasta mal, diz Banco Mundial*. Rio de Janeiro, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Saude/08.6.EstudoLaForgiaHospitaisOSS.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.

²¹ GROU, K. B.; SALAZAR, A. L. *A defesa da saúde em juízo*. Verbatim, São Paulo, 2009, p. 204.

Os grupos “beneficiários” aparecem como entes passivos que devem ser objeto da política, o qual reduz em definitivo aos setores mais desprovidos da condição de meros receptáculos passivos dos programas sociais. De acordo com Cuadra²²:

Se os recursos da política se eliminam na solução da problemática social e nos programas de superação da pobreza, a própria dimensão política, associada ao dito esforço, deixa de ter sentido. A solução do social passa a ser instrumental, uma questão de método, esvaziando-se em si mesma e depreciando seu caráter político. Em outras palavras, a questão social transformada no tema crucial leva o princípio da demanda mercantil à esfera pública, transforma-o em instância resolutiva sob a forma consolidada de gerenciamento social e prática administrativa.

Tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos recursos públicos, não defendendo que a atividade jurídica decorra de uma máquina operada por economista, mas que a análise de custos e benefícios seja reconhecida para a atividade jurídica de tutela dos direitos.

As escolhas trágicas impostas pela escassez de recursos financeiros para a tutela de determinados direitos em detrimento de outros, salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos, sendo necessário, portanto, a revisão do conceito pragmático que considere os custos, mas, principalmente os resultados das políticas públicas. Nesse sentido, a informação se apresenta enquanto ferramenta indispensável à transformação social efetiva. Barcellos²³ enfoca que:

A informação é relevante, também, para estabelecer prioridades caso não seja possível atender a todas as demandas existentes no âmbito de determinada política, tendo em conta que, nos termos constitucionais, a definição de prioridades deve ser orientada pela redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Ou seja: é preciso assegurar o atendimento das necessidades mais básicas para todos antes de avançar para níveis mais amplos de proteção, sob pena de ampliar ainda mais a desigualdade, ao invés de reduzi-la. Assim, por exemplo, localidades que têm educandos, mas não têm sequer escolas oferecendo educação infantil e fundamental, devem ser atendidas prioritariamente no âmbito das políticas públicas em matéria de educação. Já se pode perceber como apontado acima, que também as informações acerca do problema devem ser regionalizadas e desagregadas em função de elementos que tradicionalmente indicam desigualdade no país, já que determinados grupos ou áreas podem ter realidades bastante diversas em comparação com outras.

Nesse sentido, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Dias Toffoli, voltou a tratar da matéria em sessão extraordinária em 22 de maio de 2019, em que ressaltou a importância da parametrização da atuação do Poder Judiciário na efetivação da saúde ao afirmar: “É fundamental, portanto, que, sob os parâmetros dos compromissos assumidos e determinados pela Carta Constitucional, essa discussão seja realizada para termos a melhor orientação possível da atuação do Poder Judiciário”²⁴.

²² CUADRA, F. M. de la. *Os Desafios da Política Social na América Latina*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, São Paulo, v. 19, n. 64, p. 78-92, Jan./Jun. 2014, p. 85.

²³ BARCELLOS, A. P. de, et al. “Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 8, n. 2, p.251-265, 2018, p. 258.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019a

Faz-se, portanto, premente o debate a respeito dessa nova fase dos Direitos humanos fundamentais. Ou seja, em consonância com o defendido por Barroso²⁵, uma fase mais crítica e criteriosa, cuja reflexão pragmática incide sobre o que se pode ou não creditar à eficácia judicializável dos Direitos Sociais, ou seja, a “desmistificação” destes, sem a pretensão de encontrar todas as respostas predeterminadas para todos os casos existentes, mas com o objetivo de acrescentar elementos às decisões.

2. As raízes do fluxo de consolidação do Direito a Saúde no contexto do Brasil e da Argentina.

As experiências de decisões de poder tomados no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos devem servir de pontos de diálogos interpretativos entre os países que se reconhecem como parceiros na construção de comunidades constitucionais interdependentes, ou seja, no contexto do modelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional cooperativo. Segundo Häberle²⁶:

Por Estado cooperativo de direitos fundamentais entenda-se aquele vinculado objetivamente aos direitos fundamentais. Ou seja, o Estado em que a supremacia da Constituição e todas as relações entre as funções de Poder submetem-se à dogmática dos direitos fundamentais (é prudente continuar utilizando a expressão do conceito ‘humano fundamental’), associado àquele modelo político que se alimenta de redes de cooperação econômica, social, humanitária e antropológica, de forma que há necessidade de desenvolvimento de uma cultura e consciência de cooperação.

Este modelo implica que o exercício democrático do poder vincule-se irrestritamente aos direitos humanos fundamentais, ou seja, pressupõe hermenêutica comprometida com o dirigismo concretizador de tais direitos, em todos os âmbitos de atuação dos seus agentes, sejam eles políticos, públicos e também os quase públicos, ou seja, os particulares que exercem atividade de interesse social.

Na América Latina o crescimento de tais demandas é maior do que em qualquer outra região, configurando uma transformação crescente na atuação dos cortes constitucionais para a reivindicação de direitos humanos fundamentais. As ações em torno do direito a saúde ocupa lugar central contribuindo para a dos direitos sociais como direitos exigíveis. Segundo UNASUR:

También dentro de esta dimensión tenemos la problemática de la judicialización de la salud, un fenómeno presente en todos nuestros países. La población es estimulada a entrar en la justicia para exigir sus derechos, o lo que considera que son sus derechos, principalmente en el área de la asistencia farmacéutica. Aquí, mientras tanto, se hace necesaria la diferenciación epistemológica entre derecho, necesidad y deseo. Si tenemos en la Constitución Nacional a la salud como un derecho y tenemos un sistema de salud estructurado para atender las necesidades de toda la población, por otro lado, hay mecanismos que crean deseos y estos deseos, muchas veces, son, desde el punto de vista científico, ético y de equidad, indefendibles. Pero los individuos buscan encontrar en la justicia una defensa para la garantía de ese deseo, no necesariamente un derecho o necesidad²⁷.

²⁵ BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 215

²⁶ HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 68-69.

²⁷ Também dentro dessa dimensão temos o problema da judicialização da saúde, um fenômeno presente em todos os nossos países. A população é incentivada a ir a tribunal para exigir os seus direitos, ou o que eles consideram ser os seus direitos, principalmente na área da

Constata-se que o princípio descentralizador na evolução dos sistemas públicos de saúde na América Latina, apesar de se institucionalizar de forma descoordenada e não planejada, sem medições preestabelecidas, vem se consolidando numa característica reformadora deste setor, com efeitos multilaterais.

O fenômeno da judicialização não se manifesta uniformemente em todos os países da América latina e vários são as razões analisadas em seção própria, a dizer: Regime jurídico vigente; possibilidade legal de se recorrer a Corte Suprema diante da violação dos seus direitos humanos ou direitos constitucionais, bem como o tratamento constitucional ao direito à saúde.

Na Argentina, o judiciário a atuar com papel decisivo nas estratégias políticas do país após a reforma constitucional de 1994 e o reconhecimento do funcionamento dos direitos sociais, econômicos e culturais contidos bloco de constitucionalidade²⁸. No entanto, até o presente momento não possui um banco de dados transparente a respeito do gasto público no tocante ao cumprimento de decisões judiciais.

No Brasil, Entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, enquanto que, no mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%. Os números refletem no orçamento do Ministério da Saúde, que registrou um crescimento, em sete anos, de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016²⁹.

Segundo a Organização Mundial de saúde, no tocante a despesa nacional de saúde das administrações públicas (GGHE-D), em 2015 a Argentina investiu no setor o equivalente a 4,9% de seu PIB³⁰, enquanto que o Brasil atingiu apenas 3,8% em que pese possuir um sistema universal de saúde pública³¹.

Diante deste cenário, avaliando os problemas de saúde ainda pendentes, o desenvolvimento e os desafios iminentes aqui descritos, percebe-se que, para aumentar o nível de efetividade do direito humano fundamental à saúde, é de fundamental prioridade a integração do Poder judiciário enquanto componente ativo, que influi na dinâmica do sistema de saúde e gera impactos financeiros concretos. Segundo Dal Moro et al³²:

assistência farmacêutica. Aqui, entretanto, a diferenciação epistemológica entre direito, necessidade e desejo torna-se necessária. Se temos a saúde na Constituição Nacional como um direito e nós temos um sistema de saúde estruturado para atender às necessidades de toda a população, por outro lado, existem mecanismos que criam desejos e esses desejos são muitas vezes, do ponto de vista de visão científica, ética e equitativa, indefensável. Mas os indivíduos procuram encontrar na justiça uma defesa para a garantia desse desejo, não necessariamente um direito ou necessidade. (Tradução livre). UNASUR. *Sistemas de Salud en Suramérica: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidad*. Mar. 2012, p. 16. Disponível em: < <http://isags-unasur.org/publicacao/sistemas-de-salud-en-suramerica-desafios-para-la-universalidad-la-integralidad-y-la-equidad/>>. Acesso em: 14 maio 2019.

²⁸ SMULOVITZ, C. "Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina". In. *La judicialización de la política en América Latina*. compilado por SIEDER, R., SCHJOLDEN, L. y ANGELL, Alan. Universidad del Externado de Colombia, Colombia, Publicaciones de la Chata, 2011, p. 315

²⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa*. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, mar., 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.

³⁰ Aqui não são considerados os gastos totais em saúde. São considerados apenas os investimentos no setor público de saúde.

³¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Domestic general government health expenditure (GGHE-D) as percentage of gross domestic product (GDP) (%) Data by country*. Dez. 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHEDGD_PSHA_2011?lang=en>. Acesso em: 04 maio 2019.

³² DAL MORO, C. C., et al. "Judicialização da saúde: propostas de racionalização". *Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-163, jan./mar., 2019, p. p. 135-136. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/505/583>>. Acesso em: 29 maio 2019.

O diálogo entre os atores sociais envolvidos na judicialização da saúde é uma recomendação frequente entre os autores e pode ser alcançado com diferentes arranjos, promovendo a capacitação mútua, a constante atualização e possíveis soluções compartilhadas e inovadoras. Assim, iniciativas locais que mobilizem os setores envolvidos como as instituições políticas, jurídicas, sociais e dos profissionais da saúde, são igualmente esperadas, visto que não existe uma única solução, mas a necessidade de um contínuo processo de integração entre esses setores.

No caso da Argentina, é relevante notar o papel do movimento de direitos humanos interpelado pela sociedade civil que mesmo durante a ditadura civil-militar foi fundamental para conquista do “*derecho a tener derechos*”³³, de modo que, “*con su enunciación pública de los derechos humanos ponía en escena la legitimidad de la sociedad civil como fuente de derechos*”³⁴.

Nesta conjuntura própria de recuperação democrática, soma-se a crise de legitimidade política das instituições formais e não formais ocorridas em 2001, a partir da qual, a Corte Suprema foi forçada a repensar suas bases de legitimação. Segundo Lorenzetti:

*El Poder Judicial ha sufrido los efectos de la crisis nacional del año 2001/2002, que agravó y puso en evidencia problemas preexistentes. Entre los años 2002 y 2006 hubo un período que puede denominarse de “Transición”, que permitió administrar los efectos de la crisis y continuar brindando el servicio de justicia, lo que permitió evitar una debacle institucional [...] el poder judicial debe mejorar su propia identidad frente a los otros poderes. Esto implica mejorar la integración de los jueces dentro del poder, la autarquía presupuestaria y la autogestión, así como la independencia personal e institucional [...] Es importante entonces, trabajar sobre este tema: **Encauzando la litigiosidad innecesaria, Señalando lo que puede hacer el Poder Judicial y lo que deben hacer los otros poderes (por ejemplo, en materia de seguridad ciudadana y prevención de los delitos). Mostrando lo que hace el Poder Judicial en favor de los ciudadanos** (en lo que se refiere a jubilaciones, trabajo, alimentación, prestaciones de salud, ambiente, etc.) en conflictos o reclamos que se suscitan por omisiones o incumplimientos de los restantes poderes*³⁵.

³³ Direito de ter direitos. (Tradução livre).

³⁴ Com a sua enunciação pública dos direitos humanos, encenou a legitimidade da sociedade civil como fonte de direitos. (Tradução livre). CETRANGOLO, O.; DEVOTO, F. *Organización de la salud en Argentina y equidad: una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. Toronto 2002. (Mimeo), p. 368.

³⁵ O Judiciário sofreu os efeitos da crise nacional do ano 2001/2002, que agravou e expôs problemas preexistentes. Entre 2002 e 2006, houve um período que pode ser chamado de “Transição”, que permitiu gerir os efeitos da crise e continuar a prestar o serviço de justiça, o que permitiu evitar um colapso institucional [...] o Judiciário deve melhorar o seu próprio identidade na frente dos outros poderes. Isso implica melhorar a integração dos juízes dentro do poder, auto-suficiência orçamentária e autogestão, bem como a independência pessoal e institucional [...] É importante, então, trabalhar sobre esta questão: Buscar litígios desnecessários, apontando o que o Poder judicial e o que outros poderes devem fazer (por exemplo, em termos de segurança cidadã e prevenção ao crime). Mostrar o que o Judiciário faz em favor dos cidadãos (em termos de aposentadoria, trabalho, alimentação, benefícios de saúde, meio ambiente, etc.) em conflitos ou reivindicações decorrentes de omissões ou violações dos poderes restantes. (Tradução livre). LORENZETTI, R. L. Discurso: “*Políticas de Estado para el Poder Judicial*” en el marco de la II Conferencia Nacional de Jueces “Poder

Na Argentina, o judiciário se fortaleceu enquanto meio de proteção à efetivação de direitos após a reforma constitucional de 1994 e o reconhecimento do funcionamento dos direitos sociais, econômicos e culturais contidos no chamado “bloco de constitucionalidade”, papel decisivo nas estratégias políticas do país. “*La transformación de estos problemas en demandas que invocan derechos muestra, por un lado, el intento de ampliar el alcance de los derechos a prácticas anteriormente no reguladas, y el intento de judicializar nuevas esferas de la vida social*”³⁶.

O principal fator de dificuldade de análise do fenômeno da judicialização da saúde, seja na Argentina ou no Brasil, é que não se trata de um fenômeno de causa única, mas de origens variadas que vão desde a negligência, falta de cobertura, negativa de tratamento ou medicamento ou mesmo a tentativa de impor ao Estado a obrigação de fornecer tratamentos experimentais de alto custo sem garantia de segurança ou eficácia, mas de grande impacto orçamentário. Segundo Álvarez:

*Este recorrido permite observar cómo el fenómeno de la judicialización de la política en Latinoamérica, y concretamente en Argentina, se encuentra atravesado, conformado, por múltiples fuerzas e involucra estrategias y agenciamientos con localizaciones también múltiples. Aquello que habitualmente se ha denominado judicialización “desde abajo”, “desde arriba”, “desde afuera”, señala tendencias polimorfas y, a veces, contradictorias que sin embargo remiten a una misma realidad... No pueden comprenderse sino como parte de un mismo proceso. Se trata de una composición de heterogéneos en la cual se expone un determinado diagrama de relaciones de poder.*³⁷

A doutrina argentina, assim como a brasileira, divide opiniões em relação à análise desse fenômeno, entre os que defendem o desenvolvimento e fortalecimento da via judicial, enquanto meio de proteção dos direitos humanos fundamentais; E outros, ao qual nos filiamos que destacam a necessidade de parametrização da atuação do Poder judiciário por defender que o aumento exponencial de tais demandas, e, portanto, a utilização não planejada dos recursos públicos finitos, em médio prazo levou a uma aplicação (in) constitucional do direito à saúde por desembocar em um processo de desidratação do sistema público de saúde. Nesse sentido:

Mientras que en otro fallo la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala /Juzgado K con fecha 13/05/2014 deniega tratamiento experimental con células madre (tratamiento denominado Ciclo de Terapia Med, de la Universidad Maimónides) a quien padece una discapacidad visual producto de un accidente. Justifica su fallo la Cámara teniendo en cuenta los informes brindados por entes oficiales y privados como el INCUCAI, la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos ANMAT, la Superintendencia de Servicios de Salud,

Judicial, Independencia, gestión y servicio a la sociedad". 2007, p. 1. Disponível em: <<https://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>>. Acesso em: 02 maio 2019.

³⁶ A transformação desses problemas em reivindicações que invocam direitos mostra, por um lado, a tentativa de ampliar o escopo de direitos a práticas antes desregulamentadas e a tentativa de judicializar novas esferas da vida social. (Tradução livre). SMULOVITZ, Op. Cit., p. 206.

³⁷ Este passeio nos permite observar como o fenômeno da judicialização da política na América Latina, e especificamente na Argentina, é atravessado, moldado por múltiplas forças e envolve estratégias e agências com múltiplos locais. O que tem sido chamado de judicialização “de baixo”, “de cima”, “de fora”, aponta tendências polimorfas e às vezes contraditórias que, no entanto, se referem à mesma realidade [...] Elas não podem ser entendidas exceto como parte do mesmo processo. É uma composição heterogênea na qual um determinado diagrama de relações de poder é exposto. (Tradução livre). ÁLVAREZ, L. *Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina*. [s.a.], p. 10.

la Comisión Asesora en Medicina Regenerativa y Terapias Celulares (MYNCYT), y la Sociedad Argentina de Oftalmología; de los que se desprende que el tratamiento requerido por el accionante carece de evidencias científicas que lo respalden, encontrándose en una fase de investigación exploratoria temprana y que la Universidad citada no ha presentado para su aprobación por el INCUCAI ensayos clínicos vinculados a la utilización de células por lo que no cuenta con autorización para llevarlos a cabo. También que no es posible imponer a la obra social, OSDE Binario, la cobertura del tratamiento por no cumplimentar siquiera con la Disposición 840/95 que reglamenta el uso compasivo de medicamentos (MJ-JU-M-87473-AR/MJJ87473 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado: K 13/05/2014)³⁸.

Ou seja, a judicialização das questões envolvendo a saúde traz efeitos colaterais significativos, inicialmente porque vai contra a justiça distributiva, visto que se trata de uma análise pontual, que desconsidera o aspecto coletivo, a dizer, trata-se da justiça do caso concreto e não observância de princípios gerais como igualdade e equidade³⁹.

Os principais autores argentinos argumentam que o entendimento mais sutil da dinâmica do litígio sobre os direitos de saúde e suas consequências ajuda os profissionais (juízes, advogados, ativistas, políticos, gestores de recursos de saúde e médicos) a abordar o fenômeno de ensaios relacionados com a saúde, de modo a cultivar o seu potencial construtivo e minimizar os aspectos que são problemáticos do ponto de vista do direito da sociedade como um todo⁴⁰.

3. Conclusão

O reconhecimento do Direito à Saúde não deve ser uma batalha travada nos Tribunais, mas a partir de um processo sistêmico, envolvendo todos os Poderes do Estado - inclusive o judiciário, com uma parametrização de sua atuação-, a partir de leis de embasamento técnico que estabeleçam claramente o escopo e limites de cobertura, otimizando a relação médico-paciente, implementando um canal de comunicação entre os sistemas de saúde, a partir do estabelecimento de protocolos baseados em evidências científicas.

O Estado tem o dever de garantir a todos o direito à saúde, aplicando na forma mais adequada os recursos existentes, o que significa buscar a conjugação das melhores técnicas, dos melhores custos e dos melhores resultados. A decisão sobre a conjugação destas variáveis é do Estado Administrador, mas o que fazer quando o

³⁸Enquanto em outro Cámara Nacional no poder de Alçada, Lounge / K datado de 13/05/2014 Tribunal nega tratamento com células-tronco experimental (tratamento chamado terapia Ciclo Med, Universidade de Maimonides) que sofre uma deficiência visual produto de um acidente. Justificar a sua decisão da Cámara tendo em conta os relatórios fornecidos por entidades públicas e privadas, tais como INCUCAI, a Secretaria de Políticas, Regulação e Institutos ANMAT, a Superintendência de Serviços de Saúde Consultivo Comissão Medicina Regenerativa e Terapia Celular (CMGTC) e a Sociedade Argentina de Oftalmologia; do qual resulta que o tratamento exigido pelo autor, não existe evidência científica para apoiá-la, estando em uma fase de pesquisa exploratória inicial e da universidade disse que não submeteu à aprovação dos ensaios clínicos INCUCAI ligadas à utilização de células por isso não tem autorização para realizá-las. Também que não é. (Tradução livre). GARGARELLA, R. "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida". In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 312.

³⁹TOBAR, F. "Políticas de salud centradas en la familia y la comunidad". In: ARROYO, D. (org.). *Prioridad familias*. Buenos Aires. Fundación Konrad Adenauer. 2013. Disponível em: <<http://www.fsg.org.ar/20140805-tobar-Familias-y-salud.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁴⁰YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, p. 510.

Estado se omite?

Partindo desta pergunta inicial, chega-se à necessidade de busca quanto dos fundamentos que dão ensejo ao Processo de Judicialização do direito à saúde. Afinal, supõe-se que quem bate às portas do judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento assim o faz porque o Estado nega-lhe prestação. Cinco hipóteses podem ser facilmente delineadas:

1) Casos em que há política pública determinada, mas que a mesma não é executada ou está sendo executada de maneira inadequada. São os casos em que são prescritos medicamentos que pertencem ao protocolo da política vigente, mas que demoram semanas para chegar ao paciente, ou sua distribuição ocorre de maneira diversa da prescrita pelo médico;

2) Casos em que há política pública determinada, mas que se apresenta de maneira ineficiente para aquele paciente específico, ou seja, o paciente não mostrou resultado com o tratamento previsto no protocolo por razões específicas de seu organismo;

3) Casos em que não há política pública definida;

4) Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto, podendo haver substituto igualmente eficaz dentro do protocolo;

5) Casos que independentemente de haver ou não política pública definida, são prescritos tratamentos experimentais com medicamentos não registrados nas Agências de regulação ou com uso fora da bula (*off-label*).

Diante da constitucionalização do direito à saúde e sua universalização enquanto direito humano e fundamental de aplicabilidade imediata, conclui-se que nas hipóteses de 01 a 03, a atuação do poder judiciário é ferramenta imprescindível para a efetivação do direito à saúde, uma vez que resta clara a omissão do Poder Público na efetivação desse direito.

Em que pese toda a discussão acerca da intervenção jurisdicional nas políticas públicas de saúde, o fato é que o Judiciário exerce um papel fundamental na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Embora os direitos sociais devam ser implementados por meio de políticas públicas, o controle jurisdicional tem a função de garantir que esses mesmos direitos sejam efetivamente cumpridos, nos casos de omissão ou mesmo de violação pelos poderes competentes.

Portanto, é necessário que o sistema jurídico garanta aos indivíduos o acesso ao serviço público de assistência farmacêutica ofertado pelo Estado e padronizado pela respectiva política pública ou, no caso da inexistência do serviço ou da política pública definida, que o governo garanta a assistência farmacêutica e determine a prestação do serviço, mediante tratamentos e medicamentos reconhecidos pela Agência de Regulação, ou seja, onde é possível comprovar a eficácia, segurança e qualidade farmacológica.

No entanto, nas hipóteses 04 e 05, a tutela jurisdicional não deve ser prestada apenas com base em uma prescrição médica, mas na avaliação técnica do caso, ponderando os aspectos jurídicos, sociais, institucionais, médicos e econômicos, sob o risco de servir como ferramenta de exclusão social e não de efetivação de direito.

Em razão da carga de complexidade que envolve a efetivação do direito à saúde e sua judicialização, é preciso analisar com clareza o papel de cada ator legitimado e suas respectivas responsabilidades para o conjunto da saúde individual e coletiva - sejam prescritores, gestores, legisladores, juízes, promotores, indústria farmacêutica, usuários etc., - objetivando definir meios seguros para chegarmos a uma sociedade efetivamente democrática, de acesso mais equitativo e não meramente justificada pelo cumprimento de preceitos legais.

A questão não é valorar a judicialização da saúde como boa ou ruim, visto trazer problemas, mas também ser necessária enquanto instrumento de garantia do Estado democrático de direito. No entanto, o fato é que o direito, com sua linguagem do legal/ilegal e sua tradição positivista, não é suficiente para concretização de um direito que é social e que tem sua dimensão política pungente.

Há necessidade de estreitar, com urgência, os canais de comunicação entre gestor e magistrado, seja deixando os que existem mais céleres, seja criando novos canais, sob pena de inviabilizar a gestão estratégica do sistema.

Acreditamos que o judiciário não deverá desconsiderar as políticas públicas sociais e econômicas devidamente formalizadas perante o direito, fundamentando suas decisões unicamente sob a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e universais dos cidadãos contida no arcabouço legal, sob o risco de comprometer todo o sistema de saúde e fugir ao objetivo da efetivação do exercício ao direito.

Referências

- ÁLVAREZ, L. *Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina*. [s.a].
- BARCELLOS, A. P. de, et al. "Políticas públicas e o dever de monitoramento: levando os direitos a sério". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.
- BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- CANOTILHO, J. J. G. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2. ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- CARVALHO, G.; SANTOS, L. *SUS: Sistema Único de Saúde*. Unicamp, Campinas, 2006.
- CETRANGOLO, O.; DEVOTO, F. *Organización de la salud en Argentina y equidad: una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. (Mimeo). Toronto 2002.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório analítico propositivo: justiça pesquisa*. Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, mar., 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2019.
- CUADRA, F. M. de la. "Os Desafios da Política Social na América Latina". *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*. São Paulo. v. 19, n. 64, p. 78-92, Jan./Jun. 2014.
- DAL MORO, Célia Cristina, et al. "Judicialização da saúde: propostas de racionalização". *Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário*. Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-163, jan./mar., 2019. Disponível em: <<https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/505/583>>. Acesso em: 29 maio 2019.
- GALDINO, F. "O custo dos direitos". In: TORRES, R. L. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GARGARELLA, R. "Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida". In: YAMIN, A. E.; GLOPPEN, S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.
- GROU, K. B.; SALAZAR, A. L.. *A defesa da saúde em juízo*. Verbatim, São Paulo, 2009.
- HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- HÄBERLE, P. "Elementos Teóricos de um Modelo General de Recepción Legislativa". In: LUÑO, Antonio Enrique Pérez (Coord.). *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. W. W. Norton, New York, 1999.
- KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (dês) caminhos de um direito constitucional "comparado"*. SAFE – Fabris, Porto Alegre, 2002.

- LORENZETTI, R. L. Discurso: "Políticas de Estado para el Poder Judicial" en el marco de la II Conferencia Nacional de Jueces "Poder Judicial, Independencia, gestión y servicio a la sociedad". Disponível em: <<https://old.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp>>. Acesso em: 02 maio 2019.
- MOREIRA NETO, D. de F. *Teoria do poder: parte I.*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- PEREIRA, B. *Saúde no Brasil desperdiça e gasta mal, diz Banco Mundial*. Rio de Janeiro, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/Saude/08.6.EstudoLaForgiaHospitaisOSs.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2019.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- SARLET, I. W. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. 2. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.
- SCAFF, F. F. *Quem recebe as prestações sociais? ou processo orçamentário, reserva do possível e escolhas trágicas*. Malheiros, São Paulo, 2013.
- SILVA, A. F. da. "Reserva do possível" no supremo tribunal federal: uma expressão enigmática? Monografia. 106f. São Paulo, Sociedade Brasileira de Direito Público, 2016. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/288_monografia_2016_AdrianoFerreira.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.
- SILVA, C. O. Peter da. *Transjfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. Tese de Doutorado. 274 f. Brasília, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília-UnB. 2013. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13876/1/2013_ChristineOliveiraPeterdaSilva.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2019.
- SMULOVITZ, C. *Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina*. En *La judicialización de la política en América Latina*. compilado por Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell. Universidad del Externado de Colombia, Publicaciones de la Chata, Colombia, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 45, de 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2019.
- TOBAR, F. "Políticas de salud centradas en la familia y la comunidad". In: ARROYO, Daniel (org.). *Prioridad familias*. Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, 2013. Disponível em: <<http://www.fsg.org.ar/20140805-tobar-Familias-y-salud.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- UNASUR. *Sistemas de Salud en Suramérica: desafíos para la universalidad, la integralidad y la equidade*. Mar. 2012. Disponível em: <<http://isags-unasur.org/publicacao/sistemas-de-salud-en-suramerica-desafios-para-la-universalidad-la-integralidad-y-la-equidad/>>. Acesso em: 14 maio 2019.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Domestic general government health expenditure (GGHE-D) as percentage of gross domestic product (GDP) (%) Data by country*. Dez. 2017. Disponível em: <<http://apps.who.int/gho/data/node.main.GHEDGGHEDGD>>. Acesso em: 04 maio 2019.
- YAMIN, A. E.; GLOPPEN S. (edit.). *La lucha por los derechos de la salud ¿:Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Siglo XXI, Buenos Aires, 2013.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 331-349
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Termo Territorial Coletivo como instrumento de concretização de cidades sustentáveis

Community Land Trust as an instrument to implement sustainable cities

Wilza Carla Folchini Barreiros¹

Universidade do Vale do Itajaí/Univali

Luciene Dal Ri²

Universidade do Vale do Itajaí/Univali e Università degli Studi di Perugia (Itália)

Sumário: 1. Introdução. 2 Segregação socioespacial. 2.1 A Posse da Terra No Brasil – Breve Histórico. 2.2 Cidade Dividida – Violação ao Direito Fundamental à cidade. 3 O liame entre titulação e gentrificação. 4 Termo territorial coletivo (TTC). 5 Conclusões. 6 Referências.

Resumo: A segregação socioespacial esfacela o espírito da urbe de congregação, constituindo-se em entrave a construção de cidades sustentáveis e a efetivação do direito à cidade. No território das cidades brasileiras a segregação pode ser estimulada pela legislação, como ocorre com a nova lei de regularização fundiária (Lei n. 13.465/17) que, ao fomentar a regularização no aspecto jurídico, possibilitando a titulação do informal, introduz no mercado o que antes não podia entrar. Esta inserção no mercado de moradias, em especial da população de baixa renda, provoca expulsão e exclusão. O presente artigo visa analisar, por meio de pesquisa bibliográfica, o Termo Territorial Coletivo (TTC) como instrumento capaz de coibir a gentrificação urbana. Nesse sentido que se apresenta o Termo Territorial Coletivo como instrumento de, por meio da efetivação do direito fundamental à

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/Univali. Especialista em Direito Ambiental e Urbanismo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/PUC. Defensora Pública Federal.

² Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum (2006) e Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza (2009). Professora no Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais, da Universidade do Vale do Itajaí e da Università degli Studi di Perugia (Itália).

moradia, concretizar cidades sustentáveis, tal qual estipulado na Meta 11.1 do ODS 11 e Estatuto da Cidade.

Palavras chave: Termo Territorial Coletivo; Direito à Cidade; Sustentabilidade; Segregação socioespacial; Direito à moradia.

Abstract: Socio-spatial segregation undermines the spirit of the congregational city, constituting an obstacle to the construction of sustainable cities and the realization of the right to the city. In the territory of Brazilian cities, segregation can be encouraged by legislation, as occurs with the new land regularization law (Law no. 13,465/17) which, by promoting regularization in the legal aspect, enabling the titling of informal land, introduces into the market the who previously could not enter. This insertion into the housing market, especially for the low-income population, causes expulsion and exclusion. This article aims to analyze, through bibliographical research, the Community Land Trust (CLT) as an instrument capable of curbing urban gentrification. In this sense, the Community Land Trust is presented as an instrument for, through the implementation of the fundamental right to housing, achieving sustainable cities, as stipulated in Goal 11.1 of SDG 11 and the City Statue.

Keywords: Community Land Trust (CLT); Right to the city; Sustainability; Socio-spatial segregation; Right to housing.

1. Introdução

A segregação socioespacial é um retrato das cidades brasileiras, aos excluídos cabe o território menos privilegiado das cidades. O território popular, quando alcança a formalidade jurídica, passa a ficar exposto a cobiça do poder econômica, gerando um processo de contínuo deslocamento.

Estas cidades compartimentadas, que se baseiam na exclusividade, representam a própria violação do direito a cidade sustentável, que exige inclusão e uma vida digna aos seus habitantes por meio da efetivação de direitos fundamentais.

Diante deste contexto de contínuo desapossamento vivido pelos mais vulneráveis o Termo Territorial Coletivo (TTC) aparece como instrumento capaz de frear a sanha do poder econômico sobre terras tituladas.

A partir de pesquisa bibliográfica a intenção do artigo é analisar se o TTC pode ser um instrumento de garantia do direito à moradia digna - um dos requisitos do direito a cidade sustentável, conforme artigo 2º do Estatuto da Cidade - e, como tal, auxiliar na reconstrução de cidades sustentáveis cumpridoras da Meta 11.1 do ODS 11, promessa assumida pelo Brasil ao aderir a Agenda 2030.

Assim, na busca das origens da segregação socioespacial, fruto das desigualdades socioeconômicas, o primeiro caminho que se percorrerá será a digressão histórica da distribuição territorial no país desde sua ocupação pelos colonizadores até as soluções habitacionais propostas pelo Estado nos últimos anos. Ainda, se apontará que a cidade segregada deixa parcela dos habitantes a margem de direitos, em constante risco de expulsão, construindo cidades que vão de encontro ao direito à cidade, como tal a sustentabilidade como prescrita pelo Estatuto da Cidade e pela Agenda 2030.

Logo após se abordará como o país se direcionou a uma política de titular terras com o fito de incluí-las no mercado imobiliário, apontando as consequências desta política na parcela excluída da sociedade.

Por fim, o olhar se voltará ao TTC descrevendo sua origem, o funcionamento e os objetivos do instrumento, além dos institutos jurídicos que estão sendo utilizados no Brasil para implementá-lo, vez que não temos legislação específica.

De tal modo, o TTC é apresentado como um instrumento capaz de auxiliar no desenvolvimento de cidades sustentáveis e efetivação do direito fundamental à

moradia digna pela permanência na terra, evidente que sozinho não pode ser erigido como salvador, mas é importante aliado na construção de cidades justas e inclusivas.

2. Segregação socioespacial

2.1 A Posse da Terra no Brasil – Breve Histórico

Apesar da vasta extensão territorial do Brasil, os conflitos fundiários marcam a ocupação do território desde que aqui aportaram os colonizadores europeus.

Com a divisão das capitanias hereditárias em sesmarias a irregularidade e os conflitos fundiários emergem. A sesmarias brasileiras, nas palavras de Laura Beck Varela, “permanece, em essência, uma forma de propriedade condicionada, não-absoluta”³, segundo a autora, “Não se tratava, portanto, de domínio ou posse abstratamente considerados, mas de domínio adjetivado pelo atributo da utilidade.”⁴

Ao final do século XVII as sesmarias passaram a ter tamanho determinado e eram administradas pelo poder local, que cobrava foros anuais e laudêmos para concessão das terras. A não medição das áreas no registro era estratégia para a concessão de áreas superpostas, o que dava origem a conflitos fundiários⁵. A cobrança de tributos afastava dos pobres a possibilidade de acessar as terras formalmente, fazendo com que a posse fosse tolerada, mas não legalizada⁶.

A origem do conflito fundiário no Brasil está lastreado na ausência de legislação específica e na disputa pelo reconhecimento da posse por terra entre sesmeiros em situação de comisso, arrendatários e posseiros, grandes ou pequenos⁷.

Se de um lado os pequenos posseiros (não raro arrendatário ou morador da fazenda) visavam garantir um quinhão de terra para sobrevivência, do outro os grandes fazendeiros buscavam ampliar suas posses, evitando que pequenos posseiros ocupassem suas terras, e consolidar seu domínio político sobre coisas e pessoas do entorno⁸.

O fim das sesmarias em 1822 e a ausência de legislação agrária até 1850 acirrava a disputa entre senhores de terras e os que queriam ser reconhecidos como sesmeiros ou posseiros de terras devolutas, portanto, o embate se dava sobre a interpretação da história da ocupação no território brasileiro⁹.

O Poder Judiciário quando acionado dificilmente conseguia solucionar o litígio, isto porque era difícil demonstrar a posse ou, quando a disputa se dava entre pares e para evitar a sobreposição de poder entre fazendeiros a resolução vinha por meio de acordo, às vezes o caminho era a eliminação do contendor¹⁰. Outro fator era a imparcialidade do julgador, não era incomum que o fazendeiro ocupasse o papel de Juiz de Paz¹¹.

³ BECK VARELA, L. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 55.

⁴ BECK VARELA, L. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 59.

⁵ FIDALGO RIBEIRO, T. *Dominação Financeira, regulação legal e espaço urbano: O caso da regularização fundiária no Brasil*, Ed. Letra Capital, Rio de Janeiro, 2021.

⁶ FIDALGO RIBEIRO, T. *Dominação Financeira, regulação legal e espaço urbano: O caso da regularização fundiária no Brasil*, Ed. Letra Capital, Rio de Janeiro, 2021.

⁷ MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.

⁸ MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.

⁹ MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.

¹⁰ MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.

¹¹ Segundo Motta o cargo de Juiz de Paz foi criado em 1827, visando a conciliação dos litígios potenciais, a partir do período regencial tiveram seus poderes ampliados, a ponto de

Com o argumento de terem sido os primeiros a ocupar as terras, os pequenos posseiros contavam, em alguns casos, com o aval de grandes proprietários, que atuavam em favor daqueles com o fim de evitar que outro grande proprietário expandisse seu território em direção a sua propriedade, criando, assim, um limite entre suas fazendas¹².

A Lei nº 601/1850, chamada 'Lei de Terras', tinha por objetivo regularizar as terras no território brasileiro, identificando as terras devolutas das privadas, constituindo assim o modelo de propriedade absoluta, já que se torna inadmissível a propriedade resolutiva, bem como necessário delimitar e registrar, para que estas propriedades servissem de garantia de empréstimo¹³.

Segundo Varela a nova lei teria que enfrentar inúmeras situações fáticas neste período de transição de posse e domínio condicionado para o novo regime de domínio absoluto,

O quadro fundiário brasileiro caracteriza-se, assim, por um complexo de situações, que só mais tarde seriam reguladas pela Lei nº 601, de 1850. Havia sesmarias concedidas e integralmente regularizadas — demarcadas, confirmadas e aproveitadas (cultura ou criação), sobre as quais o concessionário tinha domínio sobre a gleba. Havia também as sesmarias em que os concessionários tinham só a posse, e não o domínio, pela ausência de algumas exigências legais. Também as glebas ocupadas por simples posses, sem título, eram situações de fato; ocupações com ou sem exploração. E, por fim, as terras sem ocupação (terras devolutas do império) — “não concedidas ou já revertidas ao poder público, por não atendimento das exigências legais, se anteriormente objeto de concessão de semarias”¹⁴.

A partir de então as terras devolutas somente poderiam ser adquiridas pela compra, porém, permitiu a legitimação da posse dos que até então possuíam terras cultivadas, o que de certo modo facilitou a regularização dos pequenos posseiros. Todavia, a lei não surtiu o efeito planejado de trazer ao registro as terras privadas.

Posteriormente, com a abolição da escravidão em 1888, um grande afluxo de ex-escravos migrou para os centros urbanos, esta população encontrou cidades despreparadas para recebê-los¹⁵, “É a partir da obtenção dessas baixas remunerações que o (a) escravo (a) consegue um lugar para morar, em bairros afastados do centro, ou seja nas periferias”¹⁶.

Se no campo a luta pela terra era uma realidade desde o Império, nas cidades brasileiras não era diferente. A nova classe de trabalhadores, agora assalariados, formada por escravos libertos e posteriormente imigrantes europeus, viu-se à margem da disponibilidade imobiliária, uma vez que o alto valor dos aluguéis eram impraticáveis diante míseros salários que recebiam. Nos centros urbanos, as

acumularem mais poderes do que os dos juízes profissionais. (MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998)

¹² MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.

¹³ BECK VARELA, L. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

¹⁴ BECK VARELA, L. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 117.

¹⁵ FOLCHINI BARREIROS, W.C. “Os desafios da Defensoria Pública na ressignificação dos espaços públicos”, *Revista da Defensoria Pública da União*, nº. 13, 2020.

¹⁶ BRASIL COSTA, D.; CASTRO DE AZEVEDO, U. “Das Senzalas às Favelas: Por onde vive a população negra brasileira”, *Revista Socializando*, ano 3, nº. 1, 2016, p. 148.

moradias coletivas, conhecidas como cortiços¹⁷, surgem como resposta à crise de moradia do fim do século XIX¹⁸.

A partir da segunda metade do século XX, com a industrialização das cidades brasileiras, o processo de urbanização brasileira entrou em acelerado crescimento¹⁹. Em razão do êxodo do meio rural para o urbano, boa parte de trabalhadores que passaram a viver em moradia precária nas cidades.

Os programas habitacionais criados para tentar debelar o déficit habitacional não foram suficientes. O Sistema Financeiro da Habitação (SFH), criado durante a ditadura militar, alcançou, no período de 1970 até 1986, apenas 30% as classes de menor poder aquisitivo, visto que esta não tinha como arcar com o elevado preço dos financiamentos²⁰.

O maior programa habitacional do país para a população de baixa renda, o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), não foi suficiente para pôr fim ao déficit habitacional. De acordo com a Fundação João Pinheiro, em 2009, o déficit habitacional na área urbana era de 5,089 milhões (2012), em 2019 o déficit era de 5,044 milhões de domicílios urbanos (2021).

Apesar dos méritos do PMCMV, garantindo moradia a uma imensa parcela da população, serviu também para espalhar cidades, criando bolsões de periferias, muitos sem acesso a transporte ou equipamentos públicos e comunitários, o que levou ao abandono de muitas moradias. Assim, no meio urbano, a crise imobiliária continua, os assalariados não têm condições de manter uma moradia, a irregularidade na maior parte das vezes se torna a única opção.

A grilagem é prática difundida no país, não está restrita a área rural, ocorre também no meio urbano, como se vê com condomínios inteiros PMCMV, tomados por milícias e pelo crime organizado.

No meio urbano a falta de moradia fomentou ocupações em áreas privadas e públicas pela população de baixa renda, fenômeno que se intensificou a partir dos anos 80²¹, nas décadas seguintes contou com a organização de vários movimentos sociais que lutavam pela moradia.

¹⁷Como a vida imita a arte, no romance realista 'O Cortiço' Aluísio Azevedo descreve a mudança da classe social ocupante dos cortiços, se antes era ocupado pelos pobres que vivem de 'bicos', 'os sem gravatas e sem meias', com o processo de urbanização os moradores passam a ser os empobrecidos trabalhadores assalariados. "E, assim como este, notavam-se por último na estalagem muitos inquilinos novos, que já não eram gente sem gravata e sem meias. A feroz engrenagem daquela máquina terrível, que nunca parava, ia já lançando os dentes a uma nova camada social que, pouco a pouco, se deixaria arrastar inteira lá para dentro. Começavam a vir estudantes pobres, com os seus chapéus desabados, o paletó frouxo, uma pontinha de cigarro a queimar-lhes a penugem do buço, e as algibeiras muito cheias, mas só de versos e jornais; surgiram contínuos de repartições públicas, caixeiros de botequim, artistas de teatro, condutores de bondes, e vendedores de bilhetes de loteria. Do lado esquerdo, toda a parte em que havia varanda foi monopolizada pelos italianos; habitavam cinco a cinco, seis a seis no mesmo quarto, e notava-se que nesse ponto a estalagem estava já muito mais suja que nos outros. Por melhor que João Romão reclamasse, formava-se aí todos os dias uma esterqueira de cascas de melancia e laranja. Era uma comuna ruidosa e porca a dos demônios dos mascates!" (AZEVEDO, A. *O Cortiço anotado*, Ed. Obliqu, Rio de Janeiro, 2020, p. 292.)

¹⁸ FOLCHINI BARREIROS, W.C. "Os desafios da Defensoria Pública na ressignificação dos espaços públicos", *Revista da Defensoria Pública da União*, nº. 13, 2020.

¹⁹ FOLCHINI BARREIROS, W.C. "Os desafios da Defensoria Pública na ressignificação dos espaços públicos", *Revista da Defensoria Pública da União*, nº. 13, 2020.

²⁰ FOLCHINI BARREIROS, W.C. "Os desafios da Defensoria Pública na ressignificação dos espaços públicos", *Revista da Defensoria Pública da União*, nº. 13, 2020.

²¹ FALCÃO, J. "Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife", em VV.AA. (Falcão, J. coord.), *Invasões Urbanas. Conflito de Direito de Propriedade*, 2ª ed, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2008.

De tal modo, nas cidades em que impera a especulação imobiliária e a financeirização dos imóveis, aos excluídos resta apenas o habitar irregular²².

2.2 Cidade dividida - Violação ao Direito Fundamental à Cidade:

A injusta distribuição de terras, a predatória e criminosa exploração das riquezas ambientais, a especulação imobiliária que redunde em aumento expressivo dos bens imóveis fechados²³, a transformação de bens em ativos financeiros, fomentam a ocupação irregular do território, acirrando os conflitos fundiários que tem em sua raiz a desigualdade social. Harvey denuncia que “*Vivemos cada vez mais em cidades divididas, fragmentadas e propensas a conflitos*”²⁴, processo que se aprofunda nas cidades brasileiras.

Os economicamente vulneráveis que sempre tiveram a margem das cidades ditas formais, com a urbanização e melhoria dos serviços públicos também estão afastados dos centros em que são ofertados serviços, empregos, em que teriam acesso a oportunidades econômicas e sociais, em geral em locais que deveriam ser protegidos ambientalmente²⁵.

No meio urbano, Teresa Caldeira²⁶ aponta uma nova forma de segregação socioespacial a partir dos anos 90, a construção de enclaves fechados e fortificados, que tem como valor a desigualdade, a separação e o controle de fronteiras. Ao analisar o processo de segregação na cidade de São Paulo, aponta que a criação de enclaves fortificados, com a destruição do espaço público de livre circulação, tem relação com a redemocratização e a ampliação de direitos fundamentais a uma parcela da população que até então estava destituída de qualquer direito. A separação de classes em espaços delimitados, funciona para estigmatizar, controlar e excluir.

Aos excluídos resta a construção de espaços ditos informais, a margem do direito urbanístico, da legalidade possessória, degradando, em diversas situações, o meio ambiente, espraçando cidades, criando espaços que passam ao largo da atuação estatal, permitindo que a ordem seja implementada pelo crime organizado.

O local de habitação reforça e perpetua a desigualdade social em diversos aspectos, as cidades tornam-se ambientes insustentáveis para todos.

Assim, a ausência de equipamentos públicos ou mesmo a qualidade inferior destes, impede o acesso a uma educação de qualidade meio de garantir uma ascensão social, a precariedade da assistência à saúde impossibilita uma qualidade digna e produtiva de vida, o transporte deficitário ou ausente são um empecilho a busca de oportunidades. A ausência de políticas estatais permite o domínio do crime organizado e das milícias, afugentando os moradores ou os submetendo as regras dos foras da lei.

As habitações construídas a margem da ordem urbanística, da legalidade possessória, colocam os vulnerabilizados em continuo risco de remoções forçadas.

²²A origem da formação de assentamentos irregulares pelos hipossuficientes econômicos está lastreado, dentre outras causas, no “mercado de terras altamente especulativo, a ausência de fiscalização do Poder Público para impedir o parcelamento irregular do solo em áreas inadequadas e políticas públicas insuficientes, que não conseguem proporcionar moradia digna, regular e acessível à população mais pobre.” CARVALHO, S.N. *Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019, p. 14.

²³Censo Demográfico 2022 aponta a existência de 11,4 milhões de imóveis vagos no país. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37238-pais-tem-90-milhoes-de-domicilios-34-a-mais-que-em-2010>

²⁴HARVEY, D. *Cidades Rebeldes. Do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 47.

²⁵HOLSTON, J. *Cidadania Insurgente: Disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2013.

²⁶PIRES DO RIO CALDEIRA, T. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, Editora 34/Edusp, São Paulo, 2000.

Estes aspectos afastam a moradia do ideal de dignidade proposto pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no Comentário Geral n. 4.

O habitar dos excluídos os coloca de frente a crise climática, são eles os impactados por inundações, deslizamentos, queimadas. Fenômenos meteorológicos corriqueiros como uma chuva ou vento, para os que moram em áreas de risco, provocam temor de perder a vida e não ter mais onde se abrigar.

Os invisíveis do território informal são os que recebem o que ninguém quer por perto, nestas áreas são construídos aterros de lixo e materiais tóxicos, indústrias poluentes, instaladas usinas eólicas, hidrelétricas etc.

A necessidade de morar leva a ocupação nas franjas da cidade, isolando da cidade desejável, rompendo o tecido urbano²⁷. Segundo Bauman a segregação do espaço é fator que desencadeia intolerância e o medo do outro, afetando diretamente a própria essência das cidades que é a união dos habitantes da urbe,

A uniformidade alimenta a conformidade e a outra face da conformidade é a intolerância. Numa localidade homogênea é extremamente difícil adquirir as qualidades de caráter e habilidades necessárias para lidar com a diferença humana e situações de incertezas; e na ausência destas habilidades e qualidades é fácil temer o outro – talvez bizarro e diferente, mas primeiro e sobretudo não familiar, não imediatamente compreensível, não inteiramente sondado, imprevisível²⁸.

A cidade dividida nega validade ao direito à cidade. Se Lefebvre em uma perspectiva filosófica apontava que o direito à cidade correspondia a "*condição de um humanismo e de uma democracia renovada*"²⁹ trazendo como elementos componentes deste direito em formação "*à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e emprego do tempo que permitem o uso pleno desses momentos e locais etc*"³⁰, a perspectiva jurídica o leva a outra dimensão.

Ran Hirschl aponta que o conceito sofreu alterações ao longo das décadas, se adaptando ao momento histórico vivenciado. Assim, o direito à cidade surge, nos anos 1960, como resposta à crise fordista e parte do movimento antiguerra, o conceito foi reformulado, primeiro em 1980, como resposta a política de austeridade e ao neoliberalismo, depois com a globalização. Na atualidade "*o direito à cidade tomou uma forma diferente, e agora é frequentemente invocado para exigir pleno, inclusivo e igualitário participação nos sistemas políticos existentes e promover a realização progressiva de tais valores dentro e pelas cidades*"³¹.

No âmbito internacional o direito à cidade passa a ser reconhecido formalmente a partir da Nova Agenda Urbana, a qual insere dentre os direitos dos habitantes da cidade a possibilidade de habitar e produzir cidades justas, seguras, inclusivas e saudáveis,

11. Compartilhamos uma visão de cidades para todos e todas, aludindo ao uso e ao gozo igualitários de cidades e assentamentos humanos, com vistas a promover a inclusão e a assegurar que todos os habitantes, das gerações presentes e futuras, sem discriminação de qualquer ordem, possam habitar e produzir cidades e assentamentos humanos justos,

²⁷ LEFEBVRE, H. *Direito à cidade*, Centauro Editora, São Paulo, 2001, p. 19.

²⁸ BAUMAN, Z. *Globalização - As consequências humanas*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2021, p. 55.

²⁹ LEFEBVRE, H. *Direito à cidade*, Centauro Editora, São Paulo, 2001, p. 7.

³⁰ LEFEBVRE, H. *Direito à cidade*, Centauro Editora, São Paulo, 2001, p. 139.

³¹ Tradução livre da seguinte passagem: "the right to the city has taken a different form, and is now often invoked to demand full, inclusive, and equal membership within existing political systems, and to promote the progressive realization of such values within and by cities."

seguros, saudáveis, acessíveis física e economicamente, resilientes e sustentáveis para fomentar a prosperidade e a qualidade de vida para todos e todas. Registramos os esforços empenhados por alguns governos nacionais e locais no sentido de integrar esta visão, conhecida como “direito à cidade”, em suas legislações, declarações políticas e estatutos³².

No Brasil, Bodnar e Albino afirmam que o direito à cidade alcança a categoria de direito fundamental, extraíndo sua “validade dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, assim como dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”³³.

Por sua vez, reconhecendo também como direito fundamental, Libório e Saule atribuem outra fonte de validade a sua inclusão dentre os direitos fundamentais, o Estatuto da Cidade,

Devido à atribuição constitucional do Estatuto da Cidade determinar as normas gerais sobre o regime jurídico da política urbana, o direito à cidade é adotado como direito fundamental, como um direito instituído em decorrência do princípio constitucional das funções sociais da cidade³⁴.

Assim, é que a Constituição Federal determinou que lei específica traçasse as linhas mestras da política urbana, o que foi feito pelo Estatuto da Cidade, o qual trouxe os elementos do direito à cidade sustentável.

Pode-se dizer que o direito à cidade aglutina as diversas dimensões dos direitos fundamentais³⁵ interessando neste contexto apontar a direta conexão deste novo direito com a terceira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de fraternidade), concebidos para a proteção de toda a coletividade.

Assim é que, no âmbito da terceira dimensão dos direitos fundamentais, em que a preocupação não é apenas com as atuais gerações, mas tem-se o dever ético com as futuras, que desponta como norte o agir de forma sustentável. A sustentabilidade configura-se em princípio ético-jurídico que visa o oferecimento de bem-estar das atuais e futuras gerações, é valor constitucional supremo constituindo-se em critério axiológico de avaliação de políticas e práticas, também é norte de toda interpretação e aplicação do direito já que insere-se dentre os objetivos fundamentais da República³⁶.

Por sua vez, a sustentabilidade das cidades está ligada a garantia do bem-estar a seus habitantes por meio da materialização de uma gama de direitos urbanos atrelados a vida urbana, em síntese, está atrelada a consecução do princípio da dignidade da pessoa humana. Juarez Freitas, que entende que o bem-estar está condicionado ao conceito de sustentabilidade, atribui um caráter multidimensional ao princípio da sustentabilidade,

Sustentabilidade é multidimensional, porque o bem-estar é multidimensional. Para consolidá-la, nesses moldes, indispensável cuidar do ambiental, sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político. E assim

³² UN-Habitat. Nova Agenda Urbana. 2016. On-line. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>. Acesso em 23 nov. 2023.

³³ BODNAR, Z; LINHARES ALBINO, P. “As múltiplas dimensões do direito fundamental à cidade”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, nº. 3, 2020.

³⁴ CAMPOS LIBÓRIO, D; SAULE JÚNIOR, N. “Direito à cidade e institutos de proteção dos territórios urbanos de grupos sociais vulneráveis”, em VV.AA (FERNANDES CAMPILONGO, C; AZEVEDO GONZAGA, A; FREIRE, A.L. coords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, (SERRANO NUNES JR. V.; ZOCKUN, M; ZANCANER ZOCKUN, C; FREIRE, A.L. coord. de tomo), Ed. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

³⁵ BODNAR, Z; LINHARES ALBINO, P. “As múltiplas dimensões do direito fundamental à cidade”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, nº. 3, 2020.

³⁶ FREITAS, J. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2012.

reciprocamente, haja vista o fenômeno indesmentível da interconexão. Por isso, uma dimensão carece logicamente do reforço das demais. Todas as dimensões entrelaçadas compõem o quadro de cores limpas da sustentabilidade como princípio constitucional e como valor³⁷.

Adotando a multidimensionalidade, o Estatuto da Cidade erige com sustentável a cidade que garanta direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações³⁸. Para alcançar tais garantias é essencial que se ponha luz no vetor social da sustentabilidade, o qual edifica como fundamental o combate à pobreza, como tal a minoração das mazelas resultante do processo de favelização nas cidades, com inclusão a partir do adequado habitar, em espaços que permitam o acesso aos serviços e ao desenvolvimento de uma vida civil³⁹. Nessa linha, a segregação socioespacial contraria o Estatuto da Cidade que aponta como primeira diretriz a ser observada pelo plano urbano a concretização de cidades sustentáveis.

Ao aderir a Agenda 2030 o Brasil se comprometeu com os objetivos de desenvolvimento sustentável, dentre eles o de transformar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis, por meio de cumprimento de metas que garantam habitação digna, urbanização inclusiva e sustentável, redução dos impactos ambientais e climáticos, além de acesso universal a espaços públicos de qualidade (ODS 11).

De tal modo, a sustentabilidade da cidade está conectada a garantia da dignidade da pessoa humana para consecução do bem-estar de todos, para tanto deve efetivar, dentre outros direitos urbanos atrelados a vida urbana, à moradia digna⁴⁰, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e uma urbanização inclusiva. Provin aponta que a sustentabilidade das cidades está atrelada ao habitar que permita acesso a equipamentos e serviços públicos, em que a livre circulação de diversidade permita o crescimento pessoal, isto a partir de um solo ordenado que respeite a função social propriedade e da cidade,

Portanto, a busca da sustentabilidade, deve primar pelo bem-estar e dignidade de todos os integrantes do meio em que está sendo debatida. Uma cidade sustentável deve buscar um ambiente com serviços públicos adequados a todos (saúde, educação, transporte), com os meios adequados para se chegar até eles (serviços distribuídos em todos os locais da cidade, e não apenas na região central, ou, se assim não for, com serviço eficiente e econômico de transporte para seu alcance, com respeito às normas de acessibilidade para toda e qualquer deficiência), em que há espaços para recreação da vida sadia com segurança (parques, praças, ciclovias, espaços verdes, naturais e/ou não modificados), com respeito à cultura (historicamente construída ou demonstrações atuais de atividades culturais, com respeito e tolerância), possibilitando

³⁷ FREITAS, J. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 57.

³⁸ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

³⁹ PROVIN, A.F. *A Sustentabilidade como parâmetro de solução de casos de colisão de direitos fundamentais nas cidades: uma tentativa de minimizar os impactos da pobreza em busca de cidades sustentáveis*. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Tese. 2021, p. 171.

⁴⁰ SAULE JUNIOR, N. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004, p. 223.

o acesso a moradias sustentáveis (que não agredam o meio ambiente, que seja possível a dignificação da pessoa humana e a construção do ser humano), sem que para isso seja necessário barrar a atividade econômica (com licenças e estudos ambientais adequados, em áreas que não afetem o sossego dos moradores, gerando empregos e aumentando o produto interno bruto do município, sendo uma benesse à sociedade), em um ambiente com o solo bem ordenado (com construções e empreendimentos dentro das regras para manter a função social da propriedade e da cidade, em desenhos regulares e seguros)⁴¹.

Logo a vida urbana depende da diversidade, sem a qual estão em risco a preservação e o desenvolvimento da sociedade e da civilização⁴². Maria Coeli Simões Pires e Mila Batista Leite Corrêa Costa já afirmavam que,

A função social do espaço urbano, percebida sob influxos de sustentabilidade, pressupõe, portanto, a articulação de políticas econômicas, sociais e urbanas para, ao mesmo tempo coibir a segregação sócio espacial, atenuar a privatização do espaço público e, sobretudo, incitar a conscientização acerca da assunção de responsabilidades pelas cidades⁴³.

Dessa feita, a segregação socioespacial é a antítese das cidades sustentáveis.

3. O liame entre titulação e gentrificação

Se de um lado a cidade se divide em guetos, separando os que têm dos que nada possuem, não significa que a ocupação territorial está delineada em espaços estáticos. O território ocupado pelos que estão à margem das decisões não deixa de ser cobiçado pelo poder econômico, o que acontece é um contínuo processo de desapossamento e reocupação, em que os vulneráveis perdem o território em razão das remoções forçadas ou da pressão econômica.

A mão do mercado sob o território popular se dá em áreas que começam a receber infraestrutura pública ou mesmo pela reurbanização de áreas abandonadas⁴⁴, hoje é comum a prática do retrofit para revitalizar áreas para o mercado imobiliário. Nesse sentido, Ribeiro retrata o avanço sobre as terras ocupadas pelos mais pobres,

Apesar da previsão constitucional, na arena que se estabelece nas cidades entre os interesses capitalistas e os direitos dos seus habitantes, o primeiro tem sido francamente privilegiado pelo Estado, seja por via direta – com a remoção dos moradores mais pobres e “limpeza” de terrenos entregues posteriormente de forma direta à iniciativa privada –, seja por via indireta – pela omissão em garantir a segurança da posse destes moradores, especialmente aqueles cujas moradias se

⁴¹ PROVIN, A.F. *A Sustentabilidade como parâmetro de solução de casos de colisão de direitos fundamentais nas cidades: uma tentativa de minimizar os impactos da pobreza em busca de cidades sustentáveis*. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Tese. 2021, p. 178/179.

⁴² JACOBS, J. *Morte e Vida de Grandes Cidades*, 3ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018, p. 267.

⁴³ COELI SIMÕES PIRES, M; BATISTA LEITE CORRÊA DA COSTA, M. “Função social do espaço urbano: uso do solo e construção de sustentabilidades”, *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, nº. 74, jul./ago. 2012, p. 16.

⁴⁴ KOWARICK, L. *A Espoliação Urbana*, 2ª edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1993.

encontram em áreas valorizadas ou de interesse do mercado imobiliário⁴⁵.

No entanto, a cidade como valor de troca, apropriada pelo mercado imobiliário e financeiro, tem que estar legalizada. Se na década de 70 despontava a concepção de que a titulação da propriedade é o caminho para redução da situação de pobreza, as décadas seguintes não trazem dados comprovando a teoria, na área rural inclusive *"já foi demonstrado que o registro de terras teve um impacto insignificante ou não teve impacto algum no aumento do investimento ou da renda rural de seus habitantes"*⁴⁶.

O Brasil, por sua vez, entra com força na onda de titular como prioridade com a edição da Lei n. 13.465/17⁴⁷, relegando a regularização fundiária, em seu amplo aspecto de promoção de medidas urbanísticas, jurídicas, ambientais e sociais, a segundo plano. Cria, nessa toada, instrumentos como a legitimação fundiária para regularizar amplamente as terras públicas, *"maior inovação da lei ao permitir que ocupantes de áreas irregulares, públicas ou privadas, adquiram o título de propriedade de seus imóveis de forma bastante desburocratizada e rápida"*⁴⁸.

Terras que antes estavam fora do mercado, na mão de ocupantes desprovidos de título jurídico, com a regularização fundiária passam a ser objeto de desejo de especuladores, ocasionando o eterno processo de expulsão dos mais vulneráveis e ocupação destes em terras não regularizadas.

Nessa linha, Ribeiro suscita a hipótese de que a informalidade brasileira é um entrave à transformação da propriedade em ativo financeiro,

Uma hipótese que se levanta é que o cenário de irregularidade fundiária no país é um entrave para que as transações envolvendo a propriedade imobiliária sejam completamente inseridas no formato capitalista e, principalmente, para a alavancagem de um mercado de títulos dela derivada⁴⁹.

Não que legalizar a posse não seja essencial, mas é um problema quando visa apenas conceder título sem preocupação com aspectos de ordem urbanística, ambiental e social. É de se dizer que a antiga lei de regularização fundiária, Lei n. 11.977/2009, ao contrário da atual legislação regulamentadora, visava a regularização fundiária em sua integralidade, ou seja, legalizava a permanência dos moradores sob o aspecto jurídico, físico e social.

A falta de segurança jurídica está na base dos inúmeros conflitos fundiários que expulsam os mais vulnerabilizados. Portanto, legalizar a posse é fundamental para garantir a segurança da posse, mas a forma pode comportar dinâmicas diversas ou incluir mecanismos que não potencializem a gentrificação. Nesse sentido, Ribeiro, Avelar, Litsek e Furtado enfatizam que não basta titular, necessários novos mecanismos de fixação a terra,

No entanto, a formalização dos direitos fundiários, apesar de importante, não é capaz de assegurar a permanência das

⁴⁵ FIDALGO RIBEIRO, T. "Os "community land trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras", *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020, p. 618.

⁴⁶ ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Ed. Boitempo, São Paulo, 2015, p. 213.

⁴⁷ RIBEIRO, T.; DO NASCIMENTO ANTÃO, R. C. "A gestão coletiva da propriedade como garantia da segurança da posse de populações vulnerabilizadas: Os Termos Comunitários Territoriais (TCT) e as possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro", Congresso Observatório das Metrópoles 20 Anos, As Metrópoles e o Direito à Cidade: dilemas, desafios e esperanças, Rio de Janeiro, dezembro de 2018.

⁴⁸ FIDALGO RIBEIRO, T. *Dominação Financeira, regulação legal e espaço urbano: O caso da regularização fundiária no Brasil*, Ed. Letra Capital, Rio de Janeiro, 2021, p. 220.

⁴⁹ FIDALGO RIBEIRO, T. *Dominação Financeira, regulação legal e espaço urbano: O caso da regularização fundiária no Brasil*, Ed. Letra Capital, Rio de Janeiro, 2021, p. 214.

comunidades em seus espaços. A garantia da permanência é uma das principais demandas dos moradores nesses territórios, um desejo de preservar as relações de vizinhança, as redes de solidariedade e a própria dinâmica de vida que se estabeleceu ali. Mais importante que conceder um título ao ocupante, é necessário criar condições materiais para que ele possa seguir vivendo onde está. Apenas a partir de uma compreensão integral do que significa a segurança da posse, de quais dimensões ela engloba, será possível criar ferramentas efetivas para protegê-la, passo fundamental para chegarmos a um cenário de respeito ao direito à moradia adequada⁵⁰.

Assim, se legalizar pode estar no cerne de novas expulsões por aqueles que habitam áreas cobiçadas pelo mercado, *“a garantia de permanência territorial é, por vezes, condição sine qua non para o gozo de direitos pela população mais pobre das cidades”*⁵¹.

4. Termo territorial coletivo (TTC)

A proteção contra a gentrificação pode vir por meio de instrumentos jurídicos já existentes que garantam a posse, porém, sem retirar a propriedade da titularidade do poder público, tal como a Concessão de Direito Real de Uso (CDRU) ou a Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia (CUEM), sendo que no primeiro caso a fixação de prazo determinado pode ser problemática, uma vez que na CUEM os requisitos limitados e prazo certo do instituto, dando um caráter transitório, impedem a ampla adoção.

Assim é que, diante de marcos regulatórios legais que propiciaram o aprofundamento da mercantilização das terras, objetiva-se trazer à análise o Termo Territorial Coletivo (TTC) como possível instrumento para coibir a gentrificação de terras tituladas e o eterno processo de expulsão dos vulnerabilizados e novas ocupações, inclusive em áreas ambientalmente protegidas.

Registra-se que o que se intitula TTC é a tradução para língua portuguesa do termo ‘Community Land Trust’, porém, como o termo teve origem nos Estados Unidos da América, cuja sistema jurídico adotado é a common law, não há uma tradução adequada para a figura do ‘land trust’, conforme esclarece Tarcyla Fidalgo Ribeiro,

Muitos traduzem o termo como fundos de posse coletiva, enquanto há quem traduza como fideicomisso fundiário. Ambas as opções apresentam problemas. O fideicomisso é figura do direito brasileiro relacionada ao direito de sucessões, e sua utilização tenderia a gerar confusão de institutos. Por sua vez, o termo “fundo de posse” parece trazer duas imprecisões em relação ao modelo em tela: a primeira é a de que seria a figura jurídico financeira relativa a aplicações financeiras, e a segunda é que, ao trazer apenas a ideia de posse no conceito, a nomenclatura pode deixar de traduzir a complexidade inerente ao caráter misto do instrumento,

⁵⁰ FIDALGO RIBEIRO, T.; SAPORI, C.; LITSEK, F.; FURTADO, M. “O modelo dos community land trusts no norte e sul global: possibilidades de aproximação no cenário brasileiro”, em *Encontro nacional da ANPUR*, nº.19, Blumenau-SC, 2022, p. 9.

⁵¹ FIDALGO RIBEIRO, T. “Os “community land trusts”: potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras”, *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020, p. 620.

inclusive enfraquecendo-o em um cenário de valorização cada vez mais exacerbada da propriedade⁵².

Inicialmente instituído no Estados Unidos na década de 60 ('Community Land Trusts - CLT') pelo movimento negro de luta pelos direitos civis em áreas rurais, em 1980 foi implantado sua primeira versão urbana. Em 2010 haviam mais de 240 CLTs nos 45 Estados Americanos e no Distrito de Columbia⁵³.

O modelo foi seguido em diversos países, tanto no Norte como no Sul global, a exemplo cita-se Canadá, Inglaterra, Escócia, Austrália, França, Alemanha, Bélgica, Quênia e Porto Rico. Sobre as peculiaridades do Sul global destacam Ribeiro, Avelar, Litsek e Furtado,

No sul global, os Community Land Trusts são ainda um modelo incipiente, diretamente relacionados com a resistência das populações vulnerabilizadas nas cidades e de aplicação recente. Apesar da grande heterogeneidade dos países do sul global, há uma realidade urbana comum, marcada pela desigualdade e segregação socioespacial, para a qual o Community Land Trust vem se apresentando como uma alternativa a partir da luta de movimentos e grupos pela moradia e segurança da posse⁵⁴.

Por sua vez, o reconhecimento internacional do TTC vem com a inclusão dentre os instrumentos de garantia da moradia digna previsto pela Nova Agenda Urbana – Habitat III, bem como pela agência UN-Habitat que o declara com *"potencial para se espalhar para o sul global e outras nações para oferecer posse segura de terra e habitação para as crescentes populações urbanas e rurais do século 21"*⁵⁵.

No Brasil há projetos pilotos nas comunidades Conjunto Esperança⁵⁶, Trapicheiros⁵⁷, Vila Autódromo e Xangrilá⁵⁸, comunidades situadas na cidade do Rio de Janeiro, todos em fase ainda inicial.

Vale dizer que na inexistência de um regramento jurídico próprio vem se tentando utilizar instrumentos já existentes na legislação pátria.

O que aqui se denomina TTC se operacionaliza a partir de um modelo de divisão da propriedade entre terreno e construções, em que o terreno, propriedade comum, é gerido de forma coletiva por uma pessoa jurídica constituída para esta finalidade, já os moradores seriam detentores de direito de superfície⁵⁹. É de se dizer que se subverte o caráter individual da propriedade privada sem, contudo, romper com sua institucionalidade. Assim, apesar dos arranjos jurídicos variarem conforme

⁵² FIDALGO RIBEIRO, T. "Os "community land trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras", *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020, p. 612.

⁵³ DAVIS, J.E. *The Community Land Trust Reader*, Ed. Lincon Institute of Land Policy, Massachusetts, 2010, p. 3.

⁵⁴ FIDALGO RIBEIRO, T.; SAPORI, C.; LITSEK, F.; FURTADO, M. "O modelo dos community land trusts no norte e sul global: possibilidades de aproximação no cenário brasileiro", em Encontro nacional da ANPUR, 19, Blumenau-SC, 2022, p. 5.

⁵⁵ HARPER, D. *Community Land Trusts: Affordable Access to Land and Housing*, The Global Urban Economic Dialogue Series, Nairobi, UN-Habitat, 2012, p. 43.

⁵⁶ BORDENAVE, G. "Autogestão na habitação e propriedade coletiva da terra: a experiência de uma cooperativa habitacional em Jacarepaguá-RJ", *Revista O social em Questão*, vol. 1, nº. 53, Pp. 233-254, 2022.

⁵⁷ ComCAT. Relatório Anual 2019.

⁵⁸ ComCAT. Relatório Anual 2022.

⁵⁹ SOTTO, D. "Redescobrimdo o direito de superfície através dos Community Land Trusts: alternativas para a realização do direito a moradia adequada no Brasil", em VV.AA. (SOEIRO VIEIRA, B. coord.), *Instrumentos Urbanísticos e sua (in) efetividade*, v. 1, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 157-174. 2017.

a realidade do país que a abriga possui uma base comum que é trazida de forma sintetizada por Tarcyla Ribeiro,

Os arranjos jurídicos e institucionais dos CLTs de fato passaram a variar conforme a realidade de cada uma das localidades em que se instaura. No entanto, é possível definir algumas características comuns às ações que se colocam sob o título de CLT, que são: (i) terra de propriedade coletiva; (ii) construções/moradias de propriedade individual; (iii) sustentabilidade na manutenção do CLT; (iv) gestão participativa e (v) ingresso voluntário⁶⁰.

Portanto, apesar da propriedade coletiva das terras, a propriedade privada das construções é individualizada, garantindo ao morador a gestão como melhor lhe aprouver, inclusive com a inserção do imóvel, dissociado da terra, no mercado imobiliário.

O objetivo é garantir a segurança da posse aos vulnerabilizados, de forma duradora, além de fortalecer a mobilização comunitária. Sobre este objetivo Ribeiro e Antão trazem o tom o TTC,

A propriedade coletiva da terra é o fundamento básico da segurança da posse proporcionada pelos CLTs. Os arranjos institucionais que garantem esta coletividade via de regra passam pela constituição de uma pessoa jurídica que será a proprietária formal dos terrenos, com participação dos moradores na sua gestão. A propriedade e gestão coletivas dão ao modelo a possibilidade de fazer restrições a possíveis novos moradores da área com o objetivo de manter suas características originárias, por exemplo, apenas permitindo que haja transmissão de imóveis para pessoas de baixa renda⁶¹.

A coletivização da propriedade, de acordo com Carrick Reddin, é essencial para garantia da sustentabilidade, *"A noção de propriedade coletiva da terra deve ocupar um destaque nas nossas discussões se quisermos cumprir a promessa de moradia adequada e conservação ambiental, prevista na Agenda de Desenvolvimento Sustentável de 2030"*⁶².

A adesão voluntária ao programa é basilar, visto que se fruto de imposição pode caracterizar uma tutela paternalista de certos grupos sociais, ferindo a autonomia e liberdade, bem como não estabelece o vínculo comunitário fundamental para a autogestão e sucesso do programa.

A participação dos moradores na construção do TTC é fundamental para o estabelecimento de regras comuns, dentre elas cláusulas que limitem a venda da construção a público específico, *"Essa limitação ao processo de revenda é fundamental para a continuidade do projeto de oferta de residências acessíveis a populações vulneráveis"*⁶³.

⁶⁰ FIDALGO RIBEIRO, T. "Os "community land trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras", *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020, p. 614.

⁶¹ FIDALGO RIBEIRO, T.; DO NASCIMENTO ANTÃO, R C. "A gestão coletiva da propriedade como garantia da segurança da posse de populações vulnerabilizadas: Os Termos Comunitários Territoriais (TCT) e as possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro.", Congresso Observatório das Metrôpoles 20 Anos, As Metrôpoles e o Direito à Cidade: dilemas, desafios e esperanças, Rio de Janeiro, dezembro de 2018.

⁶² REDDIN, C. "Termo Territorial Coletivo: Solução para a Crise Habitacional Global" RioOnWatch, 2022.

⁶³ FIDALGO RIBEIRO, T. "Os "community land trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras", *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020, p. 615.

Apesar da ausência de legislação específica que poderia trazer segurança e regramento mais consistente, inclusive no que tange a questões de limitações de transferência da propriedade e a vinculação desta a grupos desfavorecidos, já foi reconhecido como instrumento urbanístico de gestão territorial pelo Plano Diretor de São João de Meriti/RJ⁶⁴.

De outro lado, ainda restam questão em aberto que devem pautar a discussão e futura legislação, como o meio pelo qual o projeto será sustentado, se apenas com contribuição financeira dos participantes ou aporte do poder público, bem como a gerência das áreas comuns, que não pode deixar de estar sob tutela do poder público

⁶⁴LEI COMPLEMENTAR Nº 205 DE 14 DE DEZEMBRO DE 2021

Do Termo Territorial Coletivo

Art. 341. O Termo Territorial Coletivo, ou TTC, é instrumento urbanístico de gestão territorial, de utilização exclusiva para habitação de interesse social, e se caracteriza, concomitantemente, pela:

I – gestão coletiva da propriedade da terra;

II – titularidade individual das construções;

III – autonomia de ingresso.

Art. 342. O TTC se constituirá, concomitantemente:

I – pela consolidação da propriedade de uma pluralidade de imóveis, contíguos ou não, na titularidade de pessoa jurídica, sem fins lucrativos e constituída pelos moradores que aderirem ao TTC, com o objetivo específico de provisão, melhoria e gestão de habitação de interesse social;

II – pela concessão de direito real de superfície em nome de seus membros, referente à área de uso pessoal, familiar ou ambos.

III – pela formação de um conselho gestor do Termo Territorial Coletivo, em formato a ser decidido pelos moradores integrantes do TTC, com a eleição de seus membros por votação com voto individual dos moradores aderentes do TTC e representação direta destes com maioria qualificada do conselho.

§ 1º É permitida a participação de membros externos ao TTC no conselho gestor, de forma a democratizar as ações de planejamento e gestão.

§ 2º Nos casos de edificações, benfeitorias, ou de ambas, realizadas coletivamente em benefício dos moradores do TTC, a pessoa jurídica que o administra deverá ter a propriedade plena do bem.

§ 3º O TTC poderá ser instituído no âmbito de procedimentos de regularização fundiária de interesse social, hipótese na qual se permite que a pessoa jurídica constituída para realizar sua gestão receba diretamente a propriedade do bem a partir da cessão das posses individuais dos moradores aderentes.

§ 4º O TTC deverá ser implementado, preferencialmente, em áreas com tratamento de AEIS e AEISA nesta Lei Complementar, especialmente suas respectivas áreas de especial interesse social.

§ 5º Para os fins de aplicação do TTC, considera-se AEIS a parcela de área urbana instituída pelo plano diretor ou definida por outra lei municipal, destinada preponderantemente à população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

§ 6º A instituição de um TTC não impede que a ele sejam incorporados novos imóveis posteriormente.

Art. 343. A pessoa jurídica gestora do TTC ficará impedida de dispor ou dar em garantia os imóveis de sua titularidade ou sob sua gestão.

Art. 344. O TTC terá regimento aprovado por, pelo menos, 3/5 de seus membros, tendo por objetivo regular todos os aspectos relativos ao modelo.

Art. 345. O Termo Territorial Coletivo poderá ser dissolvido por decisão unânime de seus membros ou em caso de desapropriação da área pelo poder público devendo, no primeiro caso, ser realizada a transferência do direito de propriedade plena para cada família, com titulação preferencialmente em nome da mulher ou, no segundo caso, ser repartida a indenização proporcionalmente entre seus membros.

Parágrafo único. As áreas de uso comum e demais unidades sob titularidade da entidade gestora do TTC deverão ser transferidas à organização da sociedade civil sem fins lucrativos com finalidade habitacional ou ao Poder Público.

municipal para evitar descontinuidades de serviços ou deterioração. Tais questões ainda são fruto da ausência de uma lei federal regulando a matéria, que pode ser superada, no momento, pelos planos diretores.

Como vem sendo construído, o TTC pode se tornar instrumento urbanístico capaz de efetivação de um dos elementos apontados pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, no comentário n. 4, como essencial ao direito à moradia digna, a segurança jurídica da posse, cumprindo, igualmente, a meta 11.1 que o país assumiu ao ratificar a Agenda 2030 (ODS 11: Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas (11.1).

De tal modo, ao garantir a permanência dos vulneráveis econômicos no território, por meio da prevenção da especulação fundiária, é instrumento de planejamento territorial com potencial a combater a segregação socioespacial (ODS 11, meta 11.3: Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países).

Nessa toada, cabe aos planejadores urbanos a introdução do instrumento dentre as políticas públicas de ordenação do solo, isto com vista a construir cidades sustentáveis, que incluam e estimulem o espírito da urbe de congregação e embates de diferentes, com a formação de um tecido social coeso na diferença. Nesse ponto interessante o Plano Diretor de São João do Meriti/RJ que trouxe a possibilidade de instituição do TTC já no âmbito do procedimento de regularização fundiária, com a transferência da propriedade diretamente à pessoa jurídica constituída para sua gestão.

A criação de políticas públicas para estimular e fazer conhecer o TTC está inserta na obrigação constitucional de construir políticas de desenvolvimento urbano que ordene de forma plena as funções sociais da cidade e garanta o bem-estar de seus habitantes. Enquanto houver segregação socioespacial, fruto da omissão estatal ou mesmo da utilização de instrumentos de forma a beneficiar o poder econômico, estaremos cada vez mais distantes de cidades sustentáveis e do cumprimento dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e solidariedade.

5. Conclusões

Não há solução simples ou fácil para redimir a forma como foram construídos e ocupados os espaços territoriais das cidades brasileiras, cujas marcas são a segregação, expulsão e informalidade. Todavia, as dificuldades da reconstrução de liames que levem a um novo comunitarismo territorial não pode ser empecilho para busca de soluções.

Se de um lado se fala da necessidade de regularização fundiária, especialmente pelo aspecto jurídico de concessão de títulos que garantam a segurança jurídica da posse, não pode ser ignorado que a concessão de títulos de propriedade abre caminho para inserção de propriedades no mercado econômico levando a gentrificação de parcela da cidade.

Nessa linha, o TTC é um instrumento eficaz no combate ao processo de gentrificação que ocorre a partir do momento em que as terras são tituladas.

A garantia de permanência no território, em especial nos bairros guarnecidos de equipamentos públicos e comunitários, coibindo a criação de novos bolsões de pobreza em áreas já degradadas, de risco ou ambientalmente protegida, faz com que o TTC se revele em instrumento capaz de auxiliar na efetivação de cidades sustentáveis, inclusivas e justas.

Portanto, ao evitar deslocamentos e ocupações informais garante o direito à moradia da população vulnerabilizada, cumprindo, assim, com as metas estabelecidas no ODS 11, em especial de habitação digna, requisitos que também consta no Estatuto da Cidade para reconhecimento das cidades como sustentáveis.

O TTC certamente não pode ser tomado como solução milagrosa, sozinho não será capaz de mudar uma concepção territorial sedimentada socialmente, mas aliado a outros instrumentos e mecanismos pode trazer transformações substanciais na dinâmica com que a propriedade é encarada.

A falta de legislação específica pode ser um limitador, mas não impede a imediata implantação de projetos de TTC, inclusive esta ausência de legislação federal está sendo superada pela inclusão em planos diretores, tal qual o recente Plano Diretor de São João de Meriti/RJ e a previsão no projeto de lei do Plano Diretor do Município do Rio de Janeiro.

A experiência internacional pode ser adaptada a realidade pátria, mas as peculiaridades de um país alicerçado na desigualdade social, que funciona na base da ampliação do fosso social, trarão desafios diversos a implantação do TTC. Somente a expansão do instrumento no Brasil dará a dimensão da efetividade, limites e dos desafios que deverão ser enfrentados.

O que é certo é a urgência de políticas urbanas capazes de pôr fim a segregação socioespacial e a exclusividade territorial, possibilitando, assim, que as cidades brasileiras se tornem sustentáveis, seguras, inclusivas e resilientes, forjando o senso comunitário característico da urbes.

6. Referências

- AZEVEDO, A. *O Cortiço anotado*, Ed. Obliq, Rio de Janeiro, 2020.
- BAUMAN, Z. *Globalização - As consequências humanas*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2021.
- BECK VARELA, L. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.
- BODNAR, Z; LINHARES ALBINO, P. "As múltiplas dimensões do direito fundamental à cidade", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, nº. 3, 2020.
- BORDENAVE, G. "Autogestão na habitação e propriedade coletiva da terra: a experiência de uma cooperativa habitacional em Jacarepaguá-RJ", *Revista O social em Questão*, vol. 1, nº. 53, Pp. 233-254, 2022. Disponível em <https://www.redalyc.org/journal/5522/552270452009/html/> Acesso em 10 maio 2023.
- BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 2001, Seção I, p. 1.
- BRASIL. Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 2009, Seção I, p. 2.
- BRASIL. Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 nov. 2017, Seção I, p. 1.
- BRASIL COSTA, D.; CASTRO DE AZEVEDO, U. "Das Senzalas às Favelas: Por onde vive a população negra brasileira", *Revista Socializando*, ano 3, nº. 1, 2016, p. 148.
- CAMPOS LIBÓRIO, D; SAULE JÚNIOR, N. "Direito à cidade e institutos de proteção dos territórios urbanos de grupos sociais vulneráveis", em VV.AA (FERNANDES CAMPILONGO, C; AZEVEDO GONZAGA, A; FREIRE, A.L. coords.), *Enciclopédia jurídica da PUC-SP, Tomo Direito Administrativo e Constitucional*, (SERRANO NUNES JR. V.; ZOCKUN, M; ZANCANER ZOCKUN, C; FREIRE, A.L. coord. de tomo), Ed. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/66/edicao-1/direito-a-cidade-e-institutos-de-protecao-dos-territorios-urbanos-de-grupos-sociais-vulneraveis> Acesso em 9 out. de 2023.
- CARVALHO, S.N. *Direito de Defesa nos Conflitos Fundiários*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.
- COELI SIMÕES PIRES, M; BATISTA LEITE CORRÊA DA COSTA, M. "Função social do espaço urbano: uso do solo e construção de sustentabilidades", *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 14, nº. 74, jul./ago. 2012.

- CONCAT. Relatório Anual 2019. Disponível em <https://comcat.org/wp-content/uploads/2019/12/2019-relatorio-anual-ttc.pdf> Acesso em 11 maio 2023.
- CONCAT. Relatório Anual 2022. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/604bd897618ad1188169cd5a/t/6426ed2c3c22143a6de0f1b3/1680272711255/2022-relatorio-anual-ttc.pdf> Acesso em 11 maio 2023.
- CONFLITOS NO CAMPO BRASIL 2022/Centro de documentação Dom Tomás Balduino. Goiânia: CPT Nacional, 2023. Disponível em <https://www.cptnacional.org.br/downloads/download/41-conflitos-no-campo-brasil-publicacao/14302-livro-2022-v21-web> Acesso em 12 maio de 2023.
- DAVIS, J.E. *The Community Land Trust Reader*, Ed. Lincon Institute of Land Policy, Massachusetts, 2010.
- FALCÃO, J. "Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife", em VV.AA. (Falcão, J. coord.), *Invasões Urbanas. Conflito de Direito de Propriedade*, 2ª ed, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2008.
- FIDALGO RIBEIRO, T. *Dominação Financeira, regulação legal e espaço urbano: O caso da regularização fundiária no Brasil*, Letra Capital, Rio de Janeiro, 2021.
- FIDALGO RIBEIRO, T. "Os "community land trusts": potencialidades e desafios de sua implementação nas cidades brasileiras", *Revista de Direito da Cidade*, Vol. 12, nº, 1, 2020.
- FIDALGO RIBEIRO, T.; DO NASCIMENTO ANTÃO, R. C. "A gestão coletiva da propriedade como garantia da segurança da posse de populações vulnerabilizadas: Os Termos Comunitários Territoriais (TCT) e as possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro.", Congresso Observatório das Metrôpoles 20 Anos, As Metrôpoles e o Direito à Cidade: dilemas, desafios e esperanças, Rio de Janeiro, dezembro de 2018. Disponível em <file:///C:/Users/dpu/Downloads/ExtractPage2.pdf> Acesso em 10 maio 2023.
- FIDALGO RIBEIRO, T.; SAPORI, C.; LITSEK, F.; FURTADO, M. "O modelo dos community land trusts no norte e sul global: possibilidades de aproximação no cenário brasileiro", em Encontro nacional da ANPUR, 19, Blumenau-SC, 2022. Anais. Disponível em: https://www.sisgeenco.com.br/anais/enanpur/2022/arquivos/GT5_SEM_226_101_20211129182058.pdf. Acessado em 10 maio 2023.
- FOLCHINI BARREIROS, W.C. "Os desafios da Defensoria Pública na ressignificação dos espaços públicos", *Revista da Defensoria Pública da União*, nº. 13, 2020.
- FREITAS, J. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2012.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil -2009*, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/verDocumento.php?iCodigo=76700&codUsuario=0> Acesso em: 6 nov. 2023.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Metodologia do déficit habitacional e da inadequação de domicílios no Brasil - 2016-2019*, Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/habitacao/RelatorioMetodologiadoDeficitHabitacionaledaInadequacaodeDomiciliosnoBrasil20162019v1.0.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2023.
- HARPER, D. *Community Land Trusts: Affordable Access to Land and Housing*, en The Global Urban Economic Dialogue Series, Nairobi, UN-Habitat, 2012.
- HARVEY, D. *Cidades Rebeldes. Do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014.
- HIRSCHL, R. *City, State: Constitutionalism and the Megacity*, Ed. Oxford University Press, Oxford. 2020.
- HOLSTON, J. *Cidadania Insurgente: Disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*, Ed. Companhia das Letras, São Paulo, 2013.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). "País tem 90 milhões de domicílios, 34% a mais que em 2010". 28/6/2023". Disponível em

- <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37238-pais-tem-90-milhoes-de-domicilios-34-a-mais-que-em-2010> Acesso em 31 jul. de 2023.
- JACOBS, J. *Morte e Vida de Grandes Cidades*, 3ª edição, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018.
- KOWARICK, L. *A Espoliação Urbana*, 2ª edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1993.
- LEFEBVRE, H. *Direito à cidade*, Centauro Editora, São Paulo, 2001.
- MENENDES MOTTA, M.M. *Nas fronteiras do poder. Conflito direito à terra no Brasil do século XIX*, Ed. Vício de leitura, Rio de Janeiro, 1998.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Acompanhando a Agenda 2030 para o Desenvolvimento sustentável. Disponível em: [file:///C:/Users/dpu/Downloads/undp-br-Acompanhando-Agenda2030-Subsidios_iniciais-Brasil-2016%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/dpu/Downloads/undp-br-Acompanhando-Agenda2030-Subsidios_iniciais-Brasil-2016%20(1).pdf). Acesso em: 4 nov. 2022.
- PIRES DO RIO CALDEIRA, T. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*, Editora 34/Edusp, São Paulo, 2000.
- PROVIN, A.F. *A Sustentabilidade como parâmetro de solução de casos de colisão de direitos fundamentais nas cidades: uma tentativa de minimizar os impactos da pobreza em busca de cidades sustentáveis*. Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Tese, 2021. Disponível em <https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/387/TESE%20-%20ALAN.pdf> Acesso em: 10 out. 2023.
- REDDIN, C. "Termo Territorial Coletivo: Solução para a Crise Habitacional Global" RioOnWatch, 2022. Disponível em <https://rioonwatch.org.br/?p=58710> Acesso em 11 maio 2023.
- ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Ed. Boitempo, São Paulo, 2015.
- SÃO JOÃO DE MERITI/RJ. LEI COMPLEMENTAR Nº 205 DE 14 DE DEZEMBRO DE 2021. Diário Oficial da Cidade de São João de Meriti, 6 jun. 2022. Disponível em <https://static1.squarespace.com/static/604bd897618ad1188169cd5a/t/62e19075e51b35156f425bcb/1658949750927/Plano+Diretor+SJM+-+grifado.pdf> Acesso em 12 de maio 2023.
- SAULE JUNIOR, N. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2004.
- SOTTO, D. "Redescobrimo o direito de superfície através dos Community Land Trusts: alternativas para a realização do direito a moradia adequada no Brasil", em VV.AA. (SOEIRO VIEIRA, B. coord.), *Instrumentos Urbanísticos e sua (in) efetividade*, v. 1, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 157-174. 2017. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/323548192_Redescobrimo_o_dir_eito_de_superficie_atraves_dos_Community_Land_Trusts_alternativas_para_a_realizacao_do_direito_a_moradia_adequada_no_Brasil Acesso em: 10 maio 2023.
- UN-Habitat. Nova Agenda Urbana. 2016. On-line. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>. Acesso em 23 nov. 2023.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 350-372
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Objecção de consciência em situações de aborto legal no Brasil: como compatibilizar esses direitos?

Conscientious objection in legal abortion situations in Brazil: how to reconcile these rights?

Taysa Schiocchet¹

Natalia Martinuzzi Castilho²

Suéllyn Mattos de Aragão³

Eduarda Miri Ortiz⁴

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumário: 1. Introdução; 2. Panorama normativo e obstáculos ao aborto legal: atores envolvidos; 2.1 Além da lei: imprescindibilidade da atuação Estatal e a regulação via *soft law*; 2.2 A relevância dos profissionais de saúde: orientação ético-profissional via *soft law*; 3. Objeção de consciência no ordenamento brasileiro: fundamentos sociojurídicos; 3.1 Direito fundamental à consciência: condições para o seu exercício; 3.2 Objeção de consciência nas profissões da saúde: direitos e deveres na perspectiva

¹ Professora Adjunta na Faculdade de Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos na Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR). Doutora em Direito com período de estudos doutorais na Université Paris I e FLACSO (Argentina). Pós-doutorado em Direito na Universidad Autónoma de Madrid (Espanha). Professora visitante na Université Paris X. E-mail: taysa_sc@hotmail.com. Pesquisa realizada como parte do projeto "Impactos da Pandemia da COVID-19 no Acesso ao Aborto Legal para meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS): avaliação diagnóstica e estratégias de atuação na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos," liderado pela Professora Taysa Schiocchet, UFPR, e financiado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior, CAPES, Ministério da Educação, Edital n. 12/2021.

² Pós-doutoranda na Clínica de Direitos Humanos da UFPR (CDH/UFPR), no âmbito do Projeto "Impactos da Pandemia da COVID-19 no Acesso ao Aborto Legal para meninas e mulheres usuárias do Sistema Único de Saúde (SUS): avaliação diagnóstica e estratégias de atuação na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos". Doutora em Direito Público pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), com coorientação da Université Paris Nanterre (UPN). E-mail: natiimc@gmail.com.

³ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2023). Mestre em Saúde Coletiva pela UFPR (2019). Especialista em Medicina do Trabalho pela UFPR (2010), com título conferido pela AMB/ANAMT. Médica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2008). Pesquisadora associada da Clínica de Direitos Humanos UFPR. E-mail: suellyn@ufpr.br

⁴ Advogada inscrita na OAB/PR sob o n. 91.309. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela ABDConst. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2017). Integrante do Grupo de Pesquisa da Clínica de Direitos Humanos da UFPR. E-mail: Ortiz.duda@gmail.com

do atendimento humanizado; 4. A objeção de consciência nos casos de aborto legal: limites e perspectivas para o seu exercício à luz da Bioética; 4.1 Principais teses bioéticas: da integridade absoluta à justificação; 4.1.1 Tese da Integridade; 4.1.2 Tese da Incompatibilidade; 4.1.3 Tese da Compromisso; 4.1.4 Tese da justificação; 5. Conclusões.

Resumo: A efetivação dos direitos sexuais e reprodutivos de mulheres e meninas nas situações em que o aborto é permitido por lei, no Brasil, possui entraves em diferentes esferas: normativa, sociocultural, jurídica e política. Este artigo toma como objeto de análise a dimensão jurídico-normativa do direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde nas situações em que o aborto legal é não apenas autorizado pelo Estado brasileiro, mas também regulamentado - ainda que no âmbito das *soft laws* - como serviço disponível na rede pública de saúde. Nessa perspectiva, o objetivo geral é examinar, a partir de quatro teses do campo da bioética, a possibilidade de se equilibrar, do lado dos profissionais da saúde, a negativa com base na consciência, à execução ou participação em tais procedimentos, com o direito de mulheres e meninas ao aborto legal. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa com objetivo descritivo, que se utiliza de procedimentos bibliográficos e documentais, notadamente nas áreas do direito e da bioética. A partir dos resultados encontrados, ou seja, as diretrizes contidas nas normas técnicas existentes (*soft law*), somadas à análise das referidas teses (da integridade, da incompatibilidade, do compromisso e da justificação), conclui-se que as duas últimas teses (compromisso e justificação) se adequam de forma mais satisfatória ao contexto específico do aborto legal no Brasil. A tese da justificação, única delineada especificamente com escopo voltado ao aborto, é aquela que apresenta maior potencial para a resolução dos conflitos aqui tratados, muito embora não seja capaz de solucionar a totalidade dos embates que, conforme os resultados indicam, são reflexos da ausência de uma explicitação normativa infralegal específica sobre as condições para o exercício da objeção de consciência nos casos de aborto legal.

Palavras-chave: objeção de consciência; aborto legal; profissionais de saúde; pacientes; direitos fundamentais.

Abstract: The realization of the sexual and reproductive rights of women and girls in situations where abortion is permitted by law in Brazil faces obstacles in various spheres: normative, sociocultural, legal, and political. This article focuses on the legal-normative dimension of the right to conscientious objection of healthcare professionals in situations where legal abortion is not only authorized by the Brazilian state but also regulated, even within the realm of soft laws, as a service available in the public healthcare system. From this perspective, the general objective is to examine, based on four theses in the field of bioethics, the possibility of balancing, on the part of healthcare professionals, the refusal based on conscience to perform or participate in such procedures with the rights of women and girls to legal abortion. Regarding the methodology, this is a qualitative research with a descriptive purpose, utilizing bibliographic and documentary procedures, especially in the fields of law and bioethics. Based on the findings, including the guidelines contained in existing technical standards (*soft law*), combined with the analysis of the mentioned theses (integrity, incompatibility, commitment, and justification), it is concluded that the last two theses (commitment and justification) are more satisfactorily suited to the specific context of legal abortion in Brazil. The justification thesis, specifically delineated with a focus on abortion, presents the greatest potential for resolving the conflicts addressed in this article, although it may not fully resolve all the disputes that, as the results indicate, stem from the lack of specific sub-legal normative clarification on the conditions for exercising conscientious objection in cases of legal abortion.

Keywords: conscientious objection; legal abortion; health professionals; patients; fundamental rights.

1. Introdução

O Código Penal de 1941 criminalizou de forma geral e ampla a figura do aborto em seus artigos 124, 125 e 126. No entanto, este mesmo diploma legal previu duas hipóteses que excluem a ilicitude da referida conduta. Quando a gestante corre risco de vida e quando a gravidez é resultado de uma violência sexual. Anos mais tarde, em 2012, o Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, julgou como inconstitucional a interpretação segundo a qual o aborto de fetos anencefálicos era conduta tipificada nos artigos citados e, assim, ampliou as hipóteses do chamado aborto legal, inaugurando a gramática dos direitos sexuais e reprodutivos na jurisdição constitucional da Corte.

Contudo, na prática, as mulheres se deparam com inúmeros obstáculos que impedem a plena concretização desse direito. Um deles consiste no instituto da objeção de consciência, utilizado pelos profissionais da saúde. A negativa em realizar o procedimento por motivos de crença, morais ou religiosos, surge na literatura sobre o tema como um dos maiores empecilhos ao acesso ao aborto legal⁵. Nos marcos dos estudos recentes, destaca-se o Mapa Global sobre Objeção de Consciência no Aborto, publicado em 2021 e atualizado em 2023⁶. Trata-se da mais ampla sistematização das normas vigentes em matéria de Objeção de Consciência (OC), que permite filtrar as regulações a partir de 15 categorias de análise, assim como por região e regulações internacionais.

No caso do Brasil, não há registros institucionais ou dados oficiais acerca da utilização de tal justificativa pelos profissionais, como recusa legítima em realizar um atendimento de saúde previsto em lei⁷. Essa lacuna é apontada nos estudos como uma evidência importante acerca dos silenciamentos e negligências em torno do tema, principalmente nos casos de situações em que o procedimento de aborto é permitido pela lei.

Desde a ótica do campo jurídico, as reflexões acerca dos contornos ético-jurídicos de exercício do direito fundamental à objeção de consciência nos casos de aborto legal são bastante incipientes. A tendência majoritária⁸ consiste em discutir o fenômeno sob a perspectiva da dogmática jurídica relacionada à colisão de direitos

⁵ Ver em: RÁMON MICHEL, A.; ARIZA NAVARRETE, S.; REPKA, D. "Objeción de conciencia en la Ley sobre Interrupción del Embarazo de Argentina", *REDAAS - Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina*, Buenos Aires, setembro, 2021. Disponível em: <https://www.redaas.org.ar/archivos-investigaciones/223-N15%20-%20OC%20en%20la%20nueva%20ley.pdf> Acesso em: 10 nov 2023.

SCHERER, C. N.; SANCHES, M. A. "Caracterização atual da objeção de consciência: proposta crítica e renovada", *Revista Bioética*, Brasília, vol. 29, n. 4, 2021, p. 706-15. DINIZ, D. "Objecção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública", *Rev. Saúde Pública*, Brasília, v. 45, n. 5, abril, 2011, p. 981-985. GALLI, B.; DREZETT, J.; CAVAGNA NETO, M. "Aborto e objeção de consciência", *Ciência e Cultura*, v. 64, n. 2, jun. 2012, p. 32-35. BRANCO, J. G. de O.; BRILHANTE, A. V. M.; VIEIRA, L. J. E. de S.; MANSO, A. G. "Objecção de consciência ou instrumentalização ideológica? Uma análise dos discursos de gestores e demais profissionais acerca do abortamento legal", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, 2020, p. 1-11.

⁶ RÁMON MICHEL, A.; ARIZA NAVARRETE, S.; REPKA, D. "Mapa global de normas sobre objeción de conciencia en aborto", *REDAAS - Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina*. Disponível em: <https://www.redaas.org.ar/objecion-de-conciencia-mapa>. Acesso em 10 nov. 2023.

⁷ BRANCO, J. G. de O.; BRILHANTE, A. V. M.; VIEIRA, L. J. E. de S.; MANSO, A. G. "Objecção de consciência ou instrumentalização ideológica? Uma análise dos discursos de gestores e demais profissionais acerca do abortamento legal", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, 2020, p. 7.

⁸ SANTOS, I. C. C. dos. "A Objeção de consciência face ao aborto legal no ordenamento jurídico brasileiro", *Direito UNIFACS - Debate Virtual*, n. 127, 2011. HERINGER JÚNIOR, B. *Objecção de Consciência e Direito Penal: Justificação e Limites*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

fundamentais, por meio do princípio da proporcionalidade. Desse modo, é possível garantir que ambos os direitos sejam exercidos desde que haja um outro profissional, não objetor, capaz de realizar o procedimento. Entretanto, a complexidade da questão demanda aportes sociojurídicos, voltados a considerar as condições materiais para que se exerça, ou não, a objeção de consciência sem que o direito das pacientes seja inviabilizado. Nesse sentido, invocar o uso da proporcionalidade nesses casos não esgota as repercussões fáticas que o problema jurídico alcança.

Ao mesmo tempo, identifica-se que a análise jurídico-dogmática brasileira, até o presente momento, não problematizou de forma suficientemente ampla o fato de que as principais diretrizes regulatórias, que disciplinam as condutas médicas em casos de colisões de direitos fundamentais, não são de fonte estatal, mas aquilo que poderíamos denominar *soft law*. Trata-se de portarias ministeriais e normas administrativas, o que indica uma lacuna a ser considerada pelo campo jurídico. Nesse sentido, nos somamos aos juristas⁹ para os quais as análises sobre o tema, ainda que sob a perspectiva da dogmática jurídica, precisam cercar-se dos aportes e contribuições já desenvolvidas, de forma sistemática, por outros campos do saber, sobretudo da bioética.

Recentes pesquisas empíricas com profissionais de saúde, também apoiadas em revisões de literatura¹⁰, apontam para o fato de que, no Brasil e em outros países¹¹, há uma ausência de equilíbrio e uma certa instrumentalização no uso da objeção de consciência. Nesta balança, segundo as pesquisas, os direitos sexuais e reprodutivos de mulheres que vivenciam situações nas quais o procedimento é permitido por lei (violência sexual, risco de vida da gestante e/ou inviabilidade fetal) estão em flagrante desvantagem. A instrumentalização da referida prerrogativa proporciona uma espécie de desresponsabilização dos profissionais no que tange à garantia dos direitos fundamentais das pacientes, que possuem autorização legal para a realização do aborto. Sob a justificativa da objeção de consciência, estão escondidos muitos discursos e posturas discriminatórias, que permeiam o estigma cultural em torno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres¹².

Dessa forma, uma investigação de natureza sociojurídica acerca da objeção de consciência nos casos de aborto legal também possui um fundamento humanitário: na prática, muitas mulheres e meninas que estão em plenas condições de usufruir do direito ao aborto legal encontram, na objeção de consciência, um verdadeiro óbice que intensifica a dificuldade de acesso a esse serviço.

Diante desse cenário, identificamos o desafio da compatibilidade do direito à objeção de consciência por parte dos profissionais e o direito das mulheres/meninas ao aborto legal. Essa dicotomia nos conduz ao problema desta pesquisa, sintetizado na seguinte pergunta: há possibilidade de se equilibrar o direito dos profissionais da saúde à objeção de consciência com o direito de mulheres ao aborto legal? Pelo fato

⁹ GRÜNDLER, T. "La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ?", *Droit et Cultures - Revue internationale interdisciplinaire*, Association Droit et Cultures, L'Harmattan, 2017. RÁMON MICHEL, A.; ARIZA NAVARRETE, S.; REPKA, D. "Objeción de conciencia en la Ley sobre Interrupción del Embarazo de Argentina", *REDAAS*, Buenos Aires, setembro, 2021.

¹⁰ SÁ, M. F. S. de; SÁ, M. de F. F. de; OLIVEIRA, L. C. de. "Interrupção legal da gravidez em crianças no Brasil: o princípio do melhor interesse nas veredas do direito, da medicina e da ética", *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 12, n. 1, 2023, pp. 24-36. BRANCO, J. G. de O.; BRILHANTE, A. V. M.; VIEIRA, L. J. E. de S.; MANSO, A. G. "Objeção de consciência ou instrumentalização ideológica? Uma análise dos discursos de gestores e demais profissionais acerca do abortamento legal", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, 2020, p. 1-11. GOMES, A. C. R. *Barreiras para o acesso aos serviços de aborto legal na América Latina e no Caribe: uma revisão sistemática qualitativa*. Dissertação (Mestrado), Curso de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto, 2021. Disponível em <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/17/17139/tde-09092021-095404/publico/ANACLARAREZENDEGOMES.pdf>> Acesso em 31 jul. 2023.

¹¹ GRÜNDLER, *op. cit.*

¹² GOMES, *op. cit.* BRANCO et al., *op. cit.*

de ambos os direitos estarem diretamente atrelados à dignidade humana, parte-se da hipótese de que é – sim – possível compatibilizar o seu exercício.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar o exercício do direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde nas situações em que o aborto legal é não apenas autorizado pelo Estado, mas também regulamentado – ainda que no âmbito das *soft laws* – como um serviço público. Busca-se examinar, a partir de quatro teses do campo da bioética, a possibilidade de se equilibrar a negativa, por parte dos profissionais da saúde, de execução ou participação nesses procedimentos, com base na consciência, com o direito de mulheres e meninas ao aborto legal.

Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa de caráter sociojurídico, com objetivo descritivo acerca do exercício do direito à objeção de consciência nos casos de aborto legal. A pesquisa jurídico-dogmática, realizada a partir do levantamento bibliográfico e documental, tem como objetivo produzir um diagnóstico normativo crítico, uma vez que incorpora análises das implicações materiais, sociais e políticas que os direitos envolvidos possuem, tanto para mulheres e meninas que vivem situações nas quais o aborto é legal, quanto para médicos e demais profissionais da saúde. O panorama jurídico-normativo apresentado dialoga com os aportes da bioética a fim de, a partir de tal diagnóstico, apontar caminhos possíveis em torno da compatibilização dos direitos envolvidos.

Inicialmente, o artigo trata dos aspectos relativos à concretização do aborto legal no Brasil sob a perspectiva dos principais atores envolvidos e das fontes normativas, em termos de *hard* e *soft law*, mais importantes no que tange à sua regulamentação. Em seguida, descreve-se o enquadramento normativo da objeção de consciência no ordenamento brasileiro e suas peculiaridades no contexto específico dos profissionais de saúde, na perspectiva do atendimento humanizado. Por fim, com base nas quatro teses da doutrina bioética sobre a objeção de consciência em casos de aborto legal, analisa-se quais são as leituras mais adequadas à realidade brasileira e em que medida essas discussões podem contribuir para o panorama atual. Por fim, diante do diagnóstico jurídico-normativo e à luz da doutrina bioética, apontam-se as sínteses e perspectivas sobre uma possível harmonização dos interesses em questão.

2. Panorama normativo e obstáculos ao aborto legal: atores envolvidos

Não obstante o esforço do movimento de mulheres pela legalização do aborto, essa prática, no Brasil, ainda é criminalizada de forma genérica. O Código Penal brasileiro tipifica, em seus artigos 124¹³, 125¹⁴ e 126¹⁵ respectivamente, o aborto provocado, o aborto sofrido e o aborto consentido, na forma consumada ou tentada. Contudo, o mesmo Código que criminaliza o aborto, cria excludentes especiais de ilicitude, ou seja, situações específicas de permissividade¹⁶ da conduta abortiva.

¹³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos. BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

¹⁴ Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

¹⁵ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

¹⁶ Para Bittencourt, são excludentes especiais de ilicitude e a previsão destas, em norma separada, foi uma forma de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem ter de afirmar a inexistência de um crime. BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

Tais hipóteses, entretanto, existem no mundo jurídico de maneira controversa e, não raramente, são analisadas de forma anacrônica¹⁷, com interpretações limitadas ao viés penalista. Há que se ressaltar que a análise contemporânea demanda atenção às interseccionalidades¹⁸ e, atualmente, ganha corpo a interpretação que privilegia a Constituição e os direitos de mulheres e meninas.

Na prática do acesso ao aborto legal seguro, o cenário não é diferente. O estigma do crime contribui para uma atenção de baixa qualidade às mulheres em abortamento e intimida profissionais de saúde. A concretização desse direito, em verdade, envolve e depende de diferentes atores: mulheres/meninas, profissionais de saúde e o Estado. Todos eles, em maior ou menor grau, são influenciados por essa interpretação limitada da norma. Muitas mulheres, por exemplo, mesmo quando enquadradas nas situações de aborto legalmente previstas, tendem a não se reconhecerem como detentoras de direitos¹⁹. De igual forma, elas tendem a não serem assim reconhecidas pelos profissionais de saúde²⁰.

O advento da Constituição Federal de 1988 e as obrigações assumidas pelo Estado no contexto internacional impuseram uma releitura das normas legais internas quanto aos direitos humanos²¹. O conceito de direitos sexuais e reprodutivos trouxe ao debate da emancipação feminina as noções de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade, autonomia individual, integridade corporal, auto propriedade, igualdade e diversidade sexual²².

Mulheres passaram a ser vistas como detentoras de direitos fundamentais, como o direito à saúde (art. 6º e 196º da CF), o direito à vida (art. 5º da CF) e o direito a proteção à maternidade e ao planejamento familiar, (art. 226, § 7º, da CF)²³. Isso possui especial importância para o debate que se está aqui a construir: o modo como passaram a ser tratadas as questões reprodutivas, incluindo o aborto legal, sofreu impacto positivo a partir de então. As mulheres passaram a ser vistas, gradativamente, mais como detentoras do direito ao aborto legal do que como infratoras penais.

2.1 Além da lei: imprescindibilidade da atuação Estatal e a regulação via *soft law*

Sendo o aborto um procedimento cujo acesso envolve inúmeros direitos fundamentais, notadamente os direitos sexuais e reprodutivos²⁴, cabe ao Estado garantir que eles prosperem. Além disso, o respeito à laicidade do Estado impõe que

¹⁷ Por anacrônica, entende-se que a interpretação da norma não leva em consideração os significativos avanços no campo dos direitos das mulheres, provenientes da Constituição Federal de 1988 e de documentos do direito internacional que se aplicam à legislação brasileira.

¹⁸ As interseccionalidades referem-se às modificações da norma do artigo 128, tendo em vista a promulgação da CF e os tratados e documentos do direito internacional, principalmente referentes aos direitos humanos, que a sucederam e não podem ser ignorados.

¹⁹ GOMES, *op. cit.* JACOBS, M.; BOING, A. "Acesso universal e igualitário? O desafio na oferta do aborto previsto em lei pelo Sistema Único de Saúde", *Saúde e Sociedade*, vol. 31, dez. 2022.

²⁰ JACOBS; BOING, *op. cit.*

²¹ VENTURA, M. *Direitos Reprodutivos no Brasil*, 3.ed., UNFPA, Brasília, 2009.

²² PETCHESKY, R. "Owning and disowning the body: a reflection", en (Rawwida Baksh; Wendy Harcourt, coords.) *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements*, Oxford University Press, New York, 2015. p. 252-270. PIOVESAN, F. "Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos", *Cadernos de pesquisa*, 35(124), 2005, p. 43-55. SCHIOCCHE, T. "Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória", en (Maria Cláudia Crespo Brauner, coord.) *Biodireito e gênero*, Unijuí, Ijuí, 2007.

²³ Art. 226, § 7º, CF: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁴ SCHIOCCHE, *op. cit.*

suas ações sejam justificadas em termos de razões públicas. Se, ao contrário, estiverem pautadas em compreensões religiosas, ideológicas ou concepções de mundo particulares de um grupo social, ainda que hegemônico, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista²⁵ e de base constitucional democrática nos termos da Constituição de 1988.

Ainda que tardiamente²⁶ – após mais de 50 anos da previsão legal –, é no bojo de um sistema universal de saúde²⁷ que o Estado brasileiro²⁸ emite Normas Técnicas para implementar serviços de interrupção gestacional²⁹. Do ponto de vista global, essa implementação é também decorrente dos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado brasileiro, como o firmado na ICPD+5 (Cairo), quando ficou estabelecido que, nas circunstâncias em que o aborto não é contra a lei, o sistema de saúde deve treinar e equipar os provedores de serviços, além de tomar outras medidas para assegurar segurança e acessibilidade da prática³⁰.

Não obstante, somente a partir de 2005 percebeu-se um aumento significativo na implementação desses serviços, resultado da criação e reedição de normas técnicas pelo Ministério da Saúde (MS), como por exemplo a normativa relacionada à Atenção Humanizada ao Abortamento. Em 2009, de acordo com dado oficial divulgado pelo Órgão Gestor Federal, existiam 60 serviços estruturados no país³¹.

Percebe-se, então, que a atuação do Estado, em parte, se coaduna com a interpretação constitucional do aborto legal, contudo, tal atuação, não raras vezes, mostra-se insuficiente. Em pesquisa realizada no âmbito dos serviços de aborto legal³², constatou-se que das 60 unidades listadas pelo Ministério da Saúde, 28 informaram que deixaram de realizar o aborto legal e 4 afirmaram que nunca o fizeram. Por outro lado, a mesma pesquisa demonstrou que a infraestrutura dos serviços ativos foi pouco apontada como um problema. Os maiores obstáculos identificados foram decorrentes da necessidade de capacitação dos profissionais de

²⁵ SARMENTO, D. "Legalização do aborto e constituição", em (Daniel Sarmento, Flávia Piovesan, coords.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 3-52.

²⁶ Em 1989, a Prefeitura Municipal de São Paulo implantou o primeiro serviço de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual no Hospital Municipal Artur Ribeiro de Saboya, contudo, apenas em 1999, ocorreu a regulamentação nacional do aborto previsto em lei, com o lançamento da norma técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, que estimulava e normatizava a estruturação dos serviços. MADEIRO, A. P.; DINIZ, D. "Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional", *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 2, fev. 2016, p. 564.

²⁷ Sarmento explica que o direito à saúde, nos termos do ditado constitucional, rege-se pelo princípio do "atendimento integral" (art. 198, inciso II) e, de acordo com esse princípio, o Estado, através do Sistema Único de Saúde, deve assegurar os tratamentos e procedimentos necessários a todos os agravos à saúde humana. SARMENTO, *op. cit.*, p. 50.

²⁸ De acordo com Diniz, a política do Ministério da Saúde não restringe a assistência para o aborto legal à rede pública de saúde. Contudo, tendo em vista a organização do modelo de assistência, há uma presunção de que de que eles sejam realizados no sistema público. DINIZ, D. "Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, set. 2013, p. 1704-1706, p. 1705.

²⁹ Um serviço é reconhecido como de referência para aborto legal porque é reconhecido como apto, pelo Órgão Gestor Nacional, para o cumprimento das normas técnicas do Ministério da Saúde (orientações para gestores, diretores e profissionais de saúde), as quais possuem força normativa interna e a finalidade de melhorar a qualidade do atendimento e torná-lo mais humanizado, padronizando a assistência e os procedimentos a serem adotados. MADEIRO; DINIZ, *op. cit.*

³⁰ UNITED NATIONS. *Key actions for the further implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development*, New York, United Nations, 1999. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/363747>. Acesso em: 21 mai. 2021.

³¹ *Ibid.*

³² Os serviços de saúde em questão são hospitais públicos que oferecem serviços de ginecologia e obstetrícia, geralmente nas grandes cidades do país. ARTIGO 19. "Mapa Aborto Legal", 2019. Disponível em: <https://mapaabortolegal.org/>. Acesso em: 10 jan. 2022.

saúde com relação à legislação e aos direitos sexuais e reprodutivos e à insuficiente disponibilidade desses profissionais para a realização do procedimento³³.

2.2 A relevância dos profissionais de saúde: orientação ético-profissional via *soft law*

Conforme mencionado anteriormente, pesquisas indicam que, no Brasil, o acesso ao aborto legal depende, imprescindivelmente, da adequada atuação dos profissionais de saúde³⁴. Contudo, não são raras as situações em que as mulheres se deparam com dificuldades criadas pelas próprias equipes terapêuticas. Na pesquisa empírica realizada por Soares, Galli e Vianna³⁵, destaca-se a frequência, nos relatos de mulheres em situação de abortamento, de atendimento desumano nos hospitais, marcado por “*longas esperas, jejum, ausência de informação, violação da privacidade e atitudes de recriminação, culpabilização e punição das usuárias*”.

No caso do aborto legal, devido à ausência de disposição legal específica no Brasil, a atuação dos profissionais de saúde deve se pautar pelo quadro normativo tangencial, tanto sob o aspecto legal como infralegal (*soft law*)³⁶. No que se refere às disposições legais, além das excludentes do Código Penal, têm-se basicamente a Lei n. 12.845/2013³⁷. Quanto às *soft law*, podem ser citados: a) Decreto Presidencial nº 7.958/2013³⁸; b) Portaria GM/MS nº 5/2017³⁹; c) Normas Técnicas do MS⁴⁰; d)

³³ UNITED NATIONS. *Key actions for the further implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development*, New York, United Nations, 1999. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/363747>. Acesso em: 21 mai. 2021.

³⁴ MADEIRO; DINIZ, *op. cit.*

³⁵ SOARES, G.; GALLI, M. B.; VIANNA, A. P. *Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro*, Grupo Curumim, Recife, 2010, p. 37.

³⁶ Por regulamentações infralegais se entendem os regulamentos, sem caráter de lei, emitidos pelo Conselho Federal de Medicina, pelo Ministério da Saúde, entre outros. Para saber mais sobre o tema da *soft law* nacional aplicada ao campo da bioética. Ver em: SCHIOCCHE, T.; ARAGÃO, S. M. de. “A regulação do CFM e os desafios na aplicabilidade de Soft Law em casos de terminalidade”, *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 30, jan./abr. 2021, p. 1-34.

³⁷ BRASIL. *Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, Brasília, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em 21 mai. 2021.

³⁸ BRASIL. *Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013*. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde, Brasília, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm. Acesso em 21 mai. 2021.

³⁹ Art. 679 e ss.: define o funcionamento do Serviço de Atenção às Pessoas em Situação de Violência Sexual no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). BRASIL. *Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de Saúde do Sistema Único de Saúde. Ministério da Saúde, Brasília, 2017. Disponível em: http://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Legislacoes/Portaria_Consolidacao_5_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em 21 mai. 2021.

⁴⁰ Trata-se de três normas: i) Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes, ii) Atenção Humanizada ao Abortamento e iii) Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência Sexual. Vem mais em: BRASIL. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes*, Ministério da Saúde, 3. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2012. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 21 mai. 2021. BRASIL. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011a. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violenc

Resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM nº 1.811/2006⁴¹; e) Resolução CFM nº 1.989/2012⁴²; f) Resolução CFM nº 2.217/2018⁴³ e g) Resolução CFM nº 2.232/2019⁴⁴.

De acordo as Normas Técnicas do MS, as equipes de aborto legal devem ser multidisciplinares, formadas por profissionais hábeis e dispostos a oferecerem o serviço⁴⁵. Além disso, os profissionais devem respeitar a mulher na sua liberdade, dignidade, autonomia e autoridade moral e ética para decidir, afastando-se de preconceitos, estereótipos e discriminações de quaisquer naturezas⁴⁶. Contudo, pesquisas como a de Soares, Galli e Vianna⁴⁷, evidenciam que muitos profissionais têm problemas para realizar o aborto por transferirem suas crenças religiosas para a atuação profissional (adotam atitudes punitivas e discriminatórias, boicotam o atendimento ou se recusam a realizar o procedimento).

Paralelo a esse tal conflito, têm-se a imposição de obstáculos ou mesmo a recusa de atendimento por parte de médicos e/ou enfermeiros, fundamentada em razões de consciência e justificada sob diferentes argumentos (incompatibilidade, integridade, consternação, etc.). O resultado final é o de que um direito acionado para proteger os valores pessoais e morais dos profissionais, na prática, aparece como uma importante barreira no acesso ao aborto legal⁴⁸. Assim, mulheres e

ia_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021. BRASIL. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011b. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 1.811/2006*. Estabelece normas éticas para a utilização, pelos médicos, da Anticoncepção de Emergência, devido a mesma não ferir os dispositivos legais vigentes no país, Brasília, 2006. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2006/1811_2006.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 1.989/2012*. Essa resolução dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências, Brasília, 2012. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>. Acesso em 21 mai. 2021.

⁴³ Estabelece o Código de Ética Médica: a) Item VII do capítulo I: O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente; b) Item IX do capítulo II: é direito do médico recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência; c) Art. 15 do capítulo III: é vedado ao médico descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 2.217/2018*. Aprova o Código de Ética Médica, Brasília, 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 2.232/2019*. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente, Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴⁵ Devem ser compostos por médicos, enfermeiros, psicólogos e assistentes sociais.

⁴⁶ BRASIL. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011b. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ NEVES, M. da G. C. *Objeção da consciência e aborto previsto em lei: vivências em um serviço público de saúde*, Tese de Doutorado, Curso de Enfermagem, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTraba>

meninas que sofreram violência sexual têm seu atendimento precarizado e dificultado em razão da falta de profissionais não objetores, da consabida deficiência de estrutura, da peregrinação institucional e da saga do processo investigativo para verificação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a concessão de direitos⁴⁹.

3. Objeção de consciência no ordenamento brasileiro: fundamentos sociojurídicos

Na ausência de produção expressiva sobre o tema na doutrina jurídica e bioética, a alegação da objecção de consciência tende a representar uma carta branca aos profissionais de saúde. Ocorre que parte da dificuldade em garantir acesso ao aborto seguro encontra-se justamente nesse ponto⁵⁰. Muitas vezes, os profissionais de saúde se recusam a realizar ou participar dos procedimentos sob esta alegação, movidos, porém, por motivos que ultrapassam aqueles abrangidos pelo instituto. Por óbvio que a interpretação da objecção de consciência como direito universal e absoluto, além de inconstitucional, pode desestabilizar o sistema de saúde, vez que impõe um risco de permanente recusa de assistência. Pela importância desse instituto, nos dedicaremos a sua análise em maior profundidade.

3.1 Direito fundamental à consciência: condições para o seu exercício

A objecção de consciência não possui uma arquitetura jurídica única no mundo, sendo adotada em diferentes formatos nos diferentes países. No Brasil, o reconhecimento jurídico da liberdade de consciência se dá pela via constitucional. Esse instituto encontra seu fundamento no artigo 5º, caput e incisos III, VI e VIII da CF⁵¹.

A expressão “objecção de consciência” tem sido empregada para definir os casos em que a pessoa, por alguma convicção, recusa-se a praticar determinado ato. Contudo, o mesmo dispositivo constitucional que permite a objecção (art. 5º, inciso VIII), exige uma “prestação alternativa, fixada em lei”. Cabe, portanto, ao legislador infraconstitucional a criação de leis que regulamentem essas prestações a serem cumpridas em detrimento daquelas que maculam a consciência da pessoa.

Nota-se, porém, que nem todas as situações de objecção são reguladas por leis que estabeleçam essa contraprestação, como é o caso da objecção do profissional da saúde. Não obstante, a própria Constituição, artigo 5º, §1º, impede que a inércia do legislador seja um óbice ao exercício de um direito fundamental⁵². Nesse sentido, a indicamos a doutrina que elucidar quatro condições que se coadunam com a razão

[lhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2610993](#). Acesso em: 25 mai. 2021. MADEIRO; DINIZ, op. cit.

⁴⁹ SILVA, M. C. de O. *A VIA CRUCIS DA LEGALIDADE: Violência sexual, aborto e objecção de consciência em uma Maternidade Potiguar*, Dissertação (Mestrado), Curso de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24875>. Acesso em: 25 mai. 2021.

⁵⁰ GALLI et al., op. cit.

⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

⁵² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*, 8.ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

de existir do instituto da objeção e com a interpretação dada às normas constitucionais que o inspiram⁵³.

Segundo a doutrina, a primeira condição estipula que o descumprimento à norma jurídica, com base na objeção de consciência, deve ocorrer por motivo de crença ou consciência⁵⁴. Corroborando esse entendimento, pesquisa realizada com estudantes de medicina mostrou que a religiosidade tem sido apontada como o principal fator motivador da objeção de consciência, principalmente em se tratando do abortamento⁵⁵.

Por outro lado, dados empíricos também apontam uma série de outros motivos alegados por profissionais de saúde para exercer o direito à objeção nos casos de aborto legal, que ultrapassam àqueles abrangidos por este instituto, como: i) não confiar na veracidade do relato da mulher sobre o estupro⁵⁶ (juízo de valor); ii) temer a atmosfera política hostil; iii) estigma de "aborteiro"; iv) temor de recriminação por colegas; v) por motivação religiosa; v) possibilidade de serem associados a serviços estigmatizados; vi) formação voltada a salvar e recuperar; vii) má remuneração e viii) não reconhecimento do direito reprodutivo das mulheres.

Uma segunda condição à objeção determina que o descumprimento deve ter um caráter individual, não podendo ser exercido por um grupo de pessoas, pois, uma vez que a consciência é atributo individual, a liberdade de consciência possui como titular tão somente as pessoas individualmente consideradas e não as comunidades ou grupos, como instituições ou hospitais⁵⁷.

A terceira condição impõe que não cabe, no usufruto do direito à objeção, o uso de violência, devendo o objeto agir de forma pacífica, sem ferir qualquer outro direito⁵⁸. A objeção garante apenas que um indivíduo tenha sua liberdade respeitada e não se veja obrigado a agir contra a sua consciência. Isso implica, ainda, em perceber que quando exerce seu direito de objetar à norma, ela continua válida, não se devendo ter a pretensão de alterá-la⁵⁹.

A quarta condição indica que os outros direitos fundamentais configuram limites ao direito à objeção de consciência. Em nenhuma hipótese, o fato de

⁵³ MACHADO, D. C. C. P. *A tipologia das normas antidiscriminatórias como fundamento à restrição da utilização do direito à objeção de consciência no âmbito da ética profissional médica*, Dissertação (Mestrado), Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6328559. Acesso em: 25 mai. 2021.

⁵⁴ COUTINHO, F. P. *Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objeção de Consciência*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n. 6, 2001.

⁵⁵ DARZÉ, O. I. S. P. *Saúde reprodutiva e objeção de consciência: uma proposta educacional*, Tese de Doutorado, Curso de Medicina e Saúde Humana, Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública, Salvador, 2018, p. 160. DARZÉ, O. I. S. P.; JÚNIOR, U. "Uma proposta educativa para abordar objeção de consciência em Saúde Reprodutiva durante o ensino médico", *Revista Brasileira de Educação Médica*, n. 42 (4), 2018, p. 155-164.

⁵⁶ Uma pesquisa realizada com ginecologistas e obstetras brasileiros, em 2012, evidenciou que 43% dos médicos que declararam objeção de consciência o fizeram quando não tinham certeza de que a mulher estava contando a verdade sobre a violência sexual sofrida. FAUNDES, A., DUARTE, G. A., ANDALAF, J., OLIVATTO, A. E.; SIMONETI, R. M. "Conhecimento, Opinião e Conduta de Ginecologistas e Obstetras Brasileiros sobre o Aborto Induzido", *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, 26 (2), mar. 2004, pp. 89-96.

⁵⁷ SIMÓ, P. A. "¿Cabe la objeción de conciencia en una sociedad moderna?", *Vida y Ética*, v. 13, n. 1, 2012, p. 1-21. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1676/1/cabe-objecion-conciencia-sociedad.pdf>. Acesso em: 24 mai 2021.

⁵⁸ No cenário do aborto legal percebe-se que muitas vezes essa condição não é respeitada. O que permite essa afirmação é a observação de Soares, Galli e Viana, já trazida no trabalho, de que "(...) com posturas opostas à preservação da vida das mulheres, o profissional de saúde julga a mulher, adota atitudes punitivas e discriminatórias, boicota o atendimento ou se recusa a realizar o procedimento de aborto legal". SOARES et al., *op cit.*, p. 41.

⁵⁹ HERINGER JÚNIOR, *op. cit.*

consciência exculpa a efetiva lesão de bens jurídicos individuais fundamentais⁶⁰. A objeção de consciência é um direito fundamental do indivíduo frente ao Estado⁶¹. Entretanto, não é um direito absoluto e, tampouco, um direito cuja materialização é emancipada de condições. Diante disso, importa analisar as características peculiares desse direito em relação aos profissionais de saúde, escopo desta pesquisa.

3.2 Objeção de consciência nas profissões da saúde: direitos e deveres na perspectiva do atendimento humanizado

O direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde, seja em casos de terminalidade, transfusão de sangue e, notadamente, de aborto legal, demanda uma discussão sobre as condições e exigências ao seu exercício. Fato que não é verificável nas demais hipóteses de objeção, como, por exemplo, a militar. A objeção feita ao serviço militar por razões de crença ou consciência encontra fundamento expresso na Constituição Federal⁶². Ademais, existe desde 1991 uma lei federal (nº 8.239/1991) que prevê a prestação alternativa a ser cumprida pelos objetores.

Contudo, isso não importa dizer que a objeção evocada pelos profissionais de saúde não seja passível de regulamentação, sobretudo infralegal. A primeira menção ao direito à recusa consciente desse grupo profissional aparece já no primeiro capítulo do Código de Ética Médica (CFM, 2019), referente aos princípios fundamentais da atividade médica. O Código, ao defender a autonomia do profissional, estabelece:

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente (BRASIL, 2019).

Nota-se que a normativa deontológica do CFM segue a mesma arquitetura do texto constitucional: ao mesmo tempo em que estabelece o direito, impõe limites a ele, qual seja, o dever do médico em agir de modo a preservar a integridade, a saúde e a dignidade da paciente⁶³. Além disso, a Resolução CFM nº 2.232/2019, que estabelece normas éticas para a invocação da objeção de consciência, prevê a necessidade de comunicação do fato ao diretor técnico da instituição, o registro em prontuário e a notificação formal ao paciente. A norma determina ainda que, em casos de urgência e emergência, quando houver danos previsíveis à saúde do paciente, a relação não pode ser interrompida sob alegação objetora.

Quanto à atuação de enfermeiros e enfermeiras, o fundamento da objeção de consciência também se encontra explicitamente disposto no capítulo das proibições

⁶⁰ SANTOS, J. C. dos. *A moderna teoria do fato punível*, 4 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

⁶¹ Sobre as repercussões dessa questão na perspectiva do Estado laico, ver: DINIZ, D. "Bioética e gênero", *Revista Bioética*, vol. 16, n. 2, jul. 2008, p. 207-216. DINIZ, D. "Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, set. 2013, p. 1704-1706.

⁶² Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei. § 1º Às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

⁶³ Mais à frente, a objeção encontra fundamentos no Capítulo II do CEM que estabelece que é um direito do médico: "Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência".

do Código de Ética Profissional, em seus artigos 72 e 73, especificamente⁶⁴. No que diz respeito ao aborto legal, os fundamentos e limites da objeção podem, também, ser encontrados nas Normas Técnicas já citadas, editadas pelo Ministério da Saúde. Ainda que os profissionais de saúde tenham, inegavelmente, um direito à objeção consciente, na prática do aborto legal esse direito não pode importar em nova forma de controle dos corpos das meninas e mulheres pela religião e pela moral, principalmente em serviços públicos. Tal constatação nos leva a questionar: como adequar a utilização da objeção de consciência por parte dos profissionais da saúde nos serviços de aborto legal de modo a não inviabilizar o dever de prestação de saúde do Estado e não ferir os direitos das mulheres e meninas?

3. A objeção de consciência nos casos de aborto legal: limites e perspectivas para o seu exercício à luz da Bioética

Um estudo censitário realizado nos serviços especializados que atendem mulheres que sofreram violência sexual e habilitados para o aborto legal no Brasil, publicado em 2015, constatou que a recusa profissional em realizar o aborto, justificada na moral ou na religião, é um dos principais obstáculos à realização do procedimento⁶⁵.

Imprescindível, nesse sentido, a lembrança da história emblemática de Severina, gestante de feto anencefálico⁶⁶, que foi obrigada a peregrinar por diversos hospitais e unidades de saúde, mesmo tendo em mãos alvará judicial que lhe permitia o aborto. Outros três casos mais recentes (2020-2022) repercutiram fortemente em escala nacional. Situações nos estados do Piauí, Santa Catarina e Espírito Santo, onde crianças que sofreram violência sexual enfrentaram ainda diversos obstáculos, não só no sistema de saúde, mas também no sistema de justiça e não conseguiram realizar a interrupção da gestação de forma legal e segura⁶⁷.

A partir desses casos, representativos de uma realidade bastante recorrente, porém invisibilizada, questiona-se como, nos casos em que o aborto é permitido por lei, seria possível encontrar um equilíbrio adequado entre os direitos de meninas e mulheres e o direito à objeção de consciência de profissionais da saúde. A doutrina jurídica pouco se dedicou a responder tal questão. Por outro lado, a literatura bioética busca elucidar algumas tentativas que se traduzem em quatro teses que abordam a

⁶⁴ CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. *Resolução COFEN 564/2017*. Aprova o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁶⁵ MADEIRO; DINIZ, *op. cit.*

⁶⁶ UMA HISTÓRIA SEVERINA, Brasil, 2005, Documentário, 23 min. Direção: Debora Diniz e Eliane Brum. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁶⁷ A criança do Piauí enfrentou duas gestações resultantes de violência sexual e não conseguiu realizar o procedimento, que foi impedido pelo Judiciário. Ver em: MIGALHAS. *Aborto: O absurdo caso de criança grávida por estupro pela segunda vez*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380946/aborto-o-absurdo-caso-de-crianca-gravida-por-estupro-pela-segunda-vez>. Acesso em: 31 jul. 2023. A criança catarinense de 10 anos que foi impedida a realizar o procedimento via decisão judicial conseguiu realizar o aborto legal apenas após a intervenção do Ministério Público Federal no caso. Ver em: BORGES, C.; BATISTTELA, C. "Menina de 11 anos que foi estuprada em SC consegue fazer aborto, diz MPF", *G1 - Santa Catarina*, 23 jun. 2022, 13h 53min. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/23/menina-de-11-anos-que-foi-estuprada-em-sc-consegue-fazer-aborto-diz-mpf.ghtml>. Acesso em 30 jul. 2023. Já a criança do Espírito Santo, que descobriu a gravidez resultado de estupro com 10 anos, teve o procedimento negado em Vitória e apenas conseguiu realizar o aborto na cidade de Recife, de forma ilegal, e precisou realizar mudança de nome e de endereço após ter sido exposta nas redes sociais. Ver em: MAIA, D. "Menina que engravidou após estupro teve que sair do ES para fazer aborto legal", *Cotidiano - Folha de São Paulo (Uol)*, 16 ago. 2020, 20h33min. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/08/menina-que-engravidou-apos-estupro-teve-que-sair-do-es-para-fazer-aborto-legal.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2023.

objecção de consciência de formas distintas. Vale dizer que apenas uma dessas teses é específica ao contexto do aborto legal. Todavia, na ausência de outros materiais específicos, o estudo dessas teses pode contribuir para a reflexão em torno dessa problemática.

3.1 Principais teses bioéticas: da integridade absoluta à justificação

A partir da possibilidade de conflito⁶⁸ entre profissionais de saúde e pacientes, e entre direitos individuais dos pacientes e deveres institucionais, foram formulados, pelo campo da bioética, algumas proposições acerca da forma a partir da qual tais conflitos podem vir a ser interpretados. Tais enunciados se traduzem em quatro teses.

Nome	Resumo	Principais autores
Tese da Integridade	A objecção de consciência é concebida como um direito absoluto e individual. Portanto, é legítimo que esses agentes se recusem a fazê-lo, a fim de preservar sua integridade moral.	Wicclair ⁶⁹ .
Tese da Incompatibilidade	Entende-se que qualquer recusa em fornecer serviços legais e profissionalmente permitidos, dentro da competência de um profissional, entra em conflito com as obrigações profissionais. O espaço para a objecção de consciência por parte dos profissionais de saúde estaria consideravelmente restrito e limitado.	Wicclair ⁷⁰ ; Savalescu ⁷¹ .
Tese do Compromisso	De acordo com a abordagem desta tese, as obrigações profissionais definem limites para o exercício da objecção de consciência, oferecendo diretrizes para escolhas de carreira que permitam aos médicos evitar o conflito entre o cumprimento de suas obrigações profissionais e a preservação de sua integridade moral.	Wicclair ⁷² .
Tese da Justificação	A tese da justificação foi proposta no contexto brasileiro. Propõe uma regulamentação da objecção de consciência aplicada ao aborto legal a partir do debate	

⁶⁸ Diniz explica que se trata de um conflito entre direitos individuais e entre direitos individuais e deveres institucionais. Por conflito, entende-se que, na prática, o uso da objecção de consciência pode representar a obstrução definitiva do direito ao aborto legal. Ver em: DINIZ, D. "Objecção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública", *Rev. Saúde Pública*, Brasília, v. 45, n. 5, abril, 2011, p. 981-985.

⁶⁹ WICCLAIR, M. R. *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ SAVULESCU, J. "Conscientious objection in medicine", *Bmj*, v. 332, n. 7536, 2006, p. 294-297.

⁷² WICCLAIR, *op. cit.*

	sobre o lugar que religião e crenças privadas devem ocupar na organização e prestação de serviços públicos.	Diniz ⁷³ ; Sanches ⁷⁴ , Mendes e Branco ⁷⁵ .

Fig. 1 – Produzida pelas autoras.

Duas destas teses tomam uma abordagem de posicionamento dos direitos envolvidos em extremidades, sustentando, respectivamente, que a objeção é um direito individual absoluto ("Tese da Integridade") e que a objeção nessas circunstâncias deve ser proibida ("Tese da Incompatibilidade").

Uma terceira vertente ("Tese do Compromisso"), abandonando os extremos, se preocupa em buscar um compromisso adequado entre os interesses e direitos envolvidos.

Por fim, uma quarta tese ("Tese da Justificação") é proposta por Diniz (2011) para o contexto específico dos serviços de aborto legal no SUS. De acordo com esse construto, ainda que a objeção seja um direito inalienável do indivíduo, suas motivações devem ser avaliadas pelo Estado.

4.1.1 Tese da integridade da consciência⁷⁶

De acordo com a tese da integridade, o profissional de saúde, além de não ter uma obrigação de agir de modo que viole sua consciência, não é obrigado a participar, direta ou indiretamente, para que o serviço procurado seja provido ou mesmo para facilitar o acesso do paciente a ele. Resultado a essa tese seria, por exemplo, atuação de um profissional de saúde que ao atender uma vítima de estupro, usa do status de objetor não apenas para negar atendimento, mas para negar qualquer explicação ou orientação à paciente⁷⁷. O dispositivo da objeção de consciência é, aqui, entendido como direito absoluto e individual, no sentido de que, mesmo a participação indireta naquilo que o objetor vê como um "mal fazer" envolveria cumplicidade moral e, portanto, seria legítimo que esses agentes se neguem a fazê-lo, no intuito de preservar sua integridade moral⁷⁸.

Quanto a esse posicionamento, o Ministério da Saúde manifestou-se, por meio da Norma Técnica sobre Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência Sexual⁷⁹, no sentido de que, ao evocar a objeção de consciência, o médico tem o dever de fornecer à mulher todas as orientações relativas ao exercício de seu direito ao aborto legal, esclarecendo que ela possui esse direito e que o Estado tem o dever de assegurá-lo.

⁷³ DINIZ, *op. cit.*

⁷⁴ SANCHES, M. A. "Objeção de consciência: reflexões no contexto da bioética", *Gazeta do Povo*, fev. 2012, p. 1-2.

⁷⁵ MENDES; BRANCO, *op. cit.*

⁷⁶ Tradução empregada na doutrina brasileira para "*conscience absolutism*".

⁷⁷ Wicclair aponta que essa tese permite que médicos que trabalhem na emergência dos estabelecimentos de saúde e que invoquem a objeção de consciência contra a contracepção de emergência (CE) não são obrigados a informar as vítimas de estupro de sua disponibilidade como um método de prevenir a gravidez ou fornecer referências de outros médicos ou instalações que disponham desse método ou outros igualmente eficazes. Ver em: WICCLAIR, *op. cit.*

⁷⁸ Wicclair, na mesma obra, explica que um exemplo usado é o do médico que objeta em relação ao uso de sedação paliativa, mas divulga essa opção ao paciente e o refere a outro médico quando solicitado. Tal médico seria, então, cúmplice em uma ação que considera errada e, portanto, ficaria moralmente culpado.

⁷⁹ BRASIL. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011a. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.

Essa tese é considerada incompatível com o status do jurídico do aborto legal no Brasil. Primeiro, porque os procedimentos abortivos são realizados no âmbito do sistema público de saúde, organizado por meio de redes de atenção⁸⁰. Isto é, o profissional ali alocado está inserido em um contexto maior, regido pela capilaridade dos serviços, pela existência de referências, contrarreferências e regulações organizadas a partir de uma lógica regionalizada e descentralizada. Caso a tese da integralidade fosse adotada, os serviços públicos estariam gravemente ameaçados⁸¹.

Em segundo lugar, porque o médico de um serviço público de saúde deveria representar a moralidade laica da república e não sua moralidade privada⁸². O desacordo com o artigo 15 do CEM⁸³ e com os princípios da bioética são outros fatores que pesam negativamente contra a teoria. Outrossim, a possibilidade de negação de informação, orientação ou referência, que seria abrigada pela tese, é contrária ao princípio da autonomia do paciente⁸⁴. Ademais, conforme Diniz e Vélez⁸⁵, o fato de a objeção de consciência ser, em geral, somente acionada contra os interesses das mulheres em questões reprodutivas revela que tal instituto representa mais um instrumento de garantia do poder médico do que um direito à diversidade moral de crenças.

Por tais razões, a incompatibilidade dessa tese com as normativas legais e infralegais do Brasil torna-se manifesta.

4.1.2 Tese da incompatibilidade

No outro extremo da argumentação, está a tese da incompatibilidade. Sua proposta é a de que qualquer recusa em fornecer serviços legais e profissionalmente permitidos, dentro do alcance da competência de um profissional, é incompatível com as obrigações impostas pela profissão, e a obrigação de fornecer esses serviços sempre superaria o exercício da consciência desses indivíduos, conforme Wicclair⁸⁶. Assim, o espaço para a objeção de consciência por parte dos profissionais de saúde estaria extremamente reduzido e limitado às situações em que tal instituto não comprometeria a qualidade, da eficiência e da entrega equitativa de um serviço⁸⁷.

Para que essa situação aconteça, e os pacientes não sejam prejudicados, os serviços de saúde deveriam oferecer uma ampla oferta de profissionais aptos e disponíveis a atender os casos que foram recusados pelos colegas. Além disso, de acordo com Savulescu⁸⁸, a tese também pressupõe que os/as pacientes estejam devidamente informados sobre os seus direitos de receberem o atendimento médico, ainda que diante da objeção. Sabe-se que essas condições são praticamente incompatíveis, principalmente no caso de serviços públicos. Nessa perspectiva, a tese da incompatibilidade não combate a validade da objeção de consciência, no entanto, a considera incompatível com os serviços de saúde, especialmente os públicos e principalmente quando esta não puder ser acomodada aos interesses do paciente (comprometendo a qualidade da prestação).

Há, além disso, mais um problema. A objeção de consciência é um direito fundamental do indivíduo que não se esgota com a passividade do Estado, mas que enseja uma atuação positiva dele de modo a garantir sua efetividade. A proposta da

⁸⁰ MENDES; BRANCO, *op. cit.*

⁸¹ DINIZ, *op. cit.*

⁸² DINIZ, D.; VÉLEZ, A. C. G. "Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil: o caso da anencefalia no Brasil", *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, ago. 2008, p. 647-652.

⁸³ É vedado ao médico: descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

⁸⁴ MUÑOZ, D. R.; FORTES, P. A. C. "O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido", em (Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa, Gabriel Oselka, coords.) *Iniciação à bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998, p.53-70.

⁸⁵ DINIZ; VÉLEZ, *op. cit.*

⁸⁶ WICCLAIR, *op. cit.*

⁸⁷ SAVULESCU, *op. cit.*

⁸⁸ *Ibid.*

incompatibilidade, no contexto do aborto legal, mostra-se, então, insustentável. Isso porque a negativa do direito fundamental dos profissionais acaba sendo decorrente da atuação ineficaz do Estado, eis que, se existissem mais serviços disponíveis e adequada organização dos processos de trabalho daqueles já existentes, a objeção de consciência poderia não afetar tão expressivamente a prestação de saúde e se tornar viável.

4.1.3 Tese do compromisso

Wicclair⁸⁹ propõe uma terceira abordagem - "*compromisse thesis*" - que, em linhas gerais, defende a acomodação da objeção de consciência para que seja possível um equilíbrio entre a integridade de consciência do médico e as necessidades de cuidados de saúde e interesses dos pacientes. Segundo a noção desenvolvida nesta tese, as obrigações profissionais estabelecem limites ao exercício da objeção de consciência. Ou seja, conforme o autor, elas fornecem diretrizes para escolhas de profissão (especializações, trajetórias e práticas) que permitem que o médico possa evitar ter que escolher entre o cumprimento de suas obrigações profissionais e a proteção de sua integridade moral.

Dessa forma, a partir do reconhecimento de obrigações profissionais básicas⁹⁰, Wicclair afirma que podem ser estabelecidas limitações ao exercício da recusa de consciência em relação a cinco quesitos: 1) discriminação, 2) danos e encargos desproporcionais ao paciente, 3) divulgação de opções, 4) encaminhamento e/ou facilitação de transferência e 5) notificação antecipada. Assim, toda e qualquer recusa que caracterize (1 e 2) ou contrarie (3, 4 e 5) essas balizas violaria as obrigações dos profissionais de saúde.

Ademais, a recusa do fornecimento de um bem ou serviço legal por razões de consciência pode acarretar o sofrimento de danos e/ou encargos aos pacientes. Se esses danos e/ou encargos ultrapassarem os limites aceitáveis⁹¹, também não seria possível que os profissionais usem da objeção. Outro limite salientado pelo autor para a aplicação da objeção de consciência envolveria a questão da divulgação de informações terapêuticas, prognósticas e orientativas por parte dos profissionais.

Apesar de ser uma tese genérica, ou seja, não pensada especificamente para a realidade da objeção de consciência nos casos de aborto, ela apresenta critérios adequados e aplicáveis a esses casos.

4.1.4 Tese da justificação

Diferentemente das demais proposições, a tese da justificação foi proposta no contexto do conflito entre a objeção de consciência e o direito ao aborto legal no Brasil. Essa tese está baseada no controle, por parte do Estado, das solicitações de recusa consciente e no estabelecimento de critérios de validação de relevância de uma crença. Posto que, em virtude dos efeitos causados pela objeção de consciência na rotina dos serviços, não seria suficiente assumir que todas as objeções são reflexos de um sofrimento sincero do indivíduo e caberia aos próprios profissionais arcarem com o ônus da justificação de sua objeção⁹².

⁸⁹ WICCLAIR, *op. cit.*

⁹⁰ Respeitar a dignidade e abster-se de discriminação, promover a saúde e o bem-estar e respeitar a autonomia.

⁹¹ Na mesma obra, Wicclair destaca a dificuldade em se pontuar o que são danos e encargos excessivos. Seria necessário analisar o contexto específico em que a objeção é feita. Um exemplo usado para explicar como o contexto é importante nessa definição é o fato de que, em cidades pequenas, o número de profissionais disponíveis pode ser muito reduzido, assim, a recusa em prescrever uma pílula do dia seguinte, por exemplo, pode significar que a mulher seja forçada a continuar a gravidez. Já em cidades maiores, a mulher pode, com maior facilidade, encontrar outros profissionais que supram sua necessidade.

⁹² DINIZ, *op. cit.*

Em outras palavras, a tese propõe uma regulamentação da objeção de consciência aplicada ao aborto legal a partir do debate sobre o lugar que religião e crenças privadas devem ocupar na organização das instituições públicas, sempre atentando, no contraponto, para a possibilidade de desestabilização dos serviços. Enfim, a tese sugere um limite ao “passe livre” da objeção. Para serem admitidas, tais recusas deveriam ser relevantes, relacionadas à integridade moral do indivíduo e razoáveis para o marco dos direitos humanos. Dessa forma, de acordo com Diniz⁹³, o que a tese preconiza é que o exercício da liberdade de objeção possa ser regulado pelo Estado de modo a não prejudicar a prestação de um serviço legalmente previsto.

Nesse sentido, de acordo com Sanches⁹⁴, essa valoração da objeção não pode se fundamentar em caprichos pessoais, subjetivismos ou intransigente obstinação. Em mesmo entendimento, Mendes e Branco⁹⁵ aduzem que “*nada obsta a que a lei estabeleça um procedimento para que se comprove a sinceridade e a admissibilidade das razões que levam à objeção de consciência*”. Em mesma linha, Wicclair⁹⁶ afirma que o que deve ser levado em conta nessa avaliação é a razoabilidade e a sinceridade da justificativa. Card⁹⁷, ao seu turno, defende que a objeção deva ser capaz de ser explicada dentro de sua própria racionalidade.

A crítica a essa tese decorre da dificuldade de implementá-la. Para Koury⁹⁸, ela pode ser pouco exequível diante da dificuldade em se determinar o peso e o valor da consciência na prática médica. É bem verdade que, ainda que essa tese seja bastante relevante ao contexto do aborto legal no Brasil, ela não é capaz de resolver todos os conflitos. Ela não soluciona as situações de objeções seletivas e específicas, como ocorre, por exemplo, quando uma gestante de feto anencefálico decide pelo aborto, vai até o serviço de saúde, depara-se com uma equipe em que o único médico plantonista apto a realizar o procedimento objeta seletivamente essa prática nos casos de fetos anencefálicos. Nessa situação, ainda que a tese da justificação possa ser aplicada (em razão de justificativa razoável, explícita e racional), o direito da mulher permanece não concretizado.

5. Conclusões

O objetivo desta pesquisa foi analisar a dimensão jurídico-normativa do direito à objeção de consciência dos profissionais de saúde nas situações em que o aborto legal é autorizado e regulamentado pelo Estado brasileiro, como serviço disponível na rede pública de saúde. A partir de quatro teses do campo da bioética, examinou-se a possibilidade de se equilibrar, do lado dos profissionais da saúde, a negativa, com base na consciência, à execução ou participação em tais procedimentos, com o direito de mulheres e meninas ao aborto legal.

A objeção de consciência, sob o ponto de vista prático, constitui uma importante barreira à concretização do aborto legal no Brasil. Essa situação envolve, e depende, de um conjunto de atores implicados em seu contexto: mulheres/meninas, profissionais de saúde e Estado.

As normativas infralegais (*soft law*) existentes no contexto brasileiro traçam caminhos possíveis, conforme analisado, para que haja um efetivo equilíbrio entre o exercício à objeção de consciência dos profissionais e a obrigatória prestação do serviço de saúde, em casos de aborto legal. As Normas Técnicas do Ministério da Saúde (Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ SANCHES, *op. cit.*

⁹⁵ MENDES; BRANCO, *op. cit.*

⁹⁶ WICCLAIR, *op. cit.*

⁹⁷ CARD, R. F. “Conscientious Objection and Emergency Contraception”, *The American Journal of Bioethics*, v. 7, n. 6, jun. 2007, p. 8-14.

⁹⁸ KOURY, A. P. *Objeção de consciência do médico em sua relação com o paciente*. 2015. 206 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Centro Universitário do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <https://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/ObjecaoConscienciaMedico> A Koury.pdf. Acesso em: 25 mai. 2021.

Mulheres e Adolescentes; Atenção Humanizada ao Abortamento; Aspectos Jurídicos do Atendimento às Vítimas de Violência Sexual) estabelecem que o exercício do direito à objeção de consciência não é absoluto. De acordo com tais dispositivos, seus limites estão bem estabelecidos, estando o profissional sujeito a responsabilidade civil e criminal por omissão, nos seguintes casos: a) quando houver risco de morte para a mulher; b) em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro profissional que o faça; c) quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do profissional; d) em casos de atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

Ao mesmo tempo, as leituras bioéticas contidas nas quatro teses analisadas, enquanto fontes de orientação jurídica, podem igualmente contribuir para a análise sobre as condições e possibilidades de exercício à objeção no contexto dos cuidados de saúde. Como visto, apenas uma delas é específica à temática do aborto legal no Brasil. Em síntese, a primeira tese, da integridade, situa a objeção de consciência como um direito absoluto dos indivíduos que, antes de profissionais, são vistos como agentes morais. Essa hipótese, no entanto, falha ao não respeitar os Códigos Éticos Profissionais, as Normas Técnicas do MS e os próprios fundamentos constitucionais do direito à objeção, eis que, há um consenso na doutrina de que tal prerrogativa deve ser refreada frente a outros direitos fundamentais.

No outro extremo, a tese da incompatibilidade proíbe a objeção de consciência quando esta não puder ser acomodada aos interesses do paciente. O problema dessa tese está em impossibilitar o exercício de um direito fundamental e humano do indivíduo (o da consciência) em razão de uma atuação ineficaz do Estado, visto que a implementação de mais serviços (com mais profissionais hábeis e dispostos) e a organização de rotinas de trabalho (por meio de protocolos de conduta e fluxos pré-estabelecidos), poderiam diminuir os impactos negativos da objeção de consciência.

Por sua vez, as duas últimas teses parecem adequar-se de forma mais satisfatória ao contexto específico do aborto legal. A tese do compromisso exige que o profissional analise o caso concreto e, se pautando-se nas obrigações decorrentes de sua atividade, decida como agir. Ela não prevê nenhum método de controle ou de sanções, assim, serve como uma diretriz à atuação dos profissionais.

Já a tese da justificação, desenvolvida especificamente para os casos de aborto legal, pretende, a partir da atuação estatal, regular as solicitações de recusa consciente e estabelecer critérios de validação dessas justificativas. No entanto, dois problemas não são resolvidos pela tese. O primeiro, é o fato de que as equipes dos serviços de aborto legal são organizadas, majoritariamente, em regime de plantão. Isso faz com que a objeção seletiva, caso exercida pelo único médico plantonista, impacte diretamente na prestação do serviço, haja vista que a estrutura organizacional do serviço de saúde não é planejada para lidar com situações dessa natureza. O segundo está na dificuldade em se realizar, no âmbito estatal, uma avaliação objetiva acerca dos sistemas de crenças e valores subjetivos dos indivíduos.

A consideração dessas teses e seus aportes para uma melhor compreensão e resolução do conflito “objeção de consciência *versus* aborto legal” esbarra, no entanto, em uma problemática anterior, mais ampla e estrutural, identificada com o estudo. O ordenamento jurídico brasileiro prevê a objeção de consciência como direito fundamental, com explícita determinação de contrapartida para o seu exercício (art. 5º, inciso VIII, CF). Ao mesmo tempo em que disciplina, via legislação federal (Código Penal) as situações nas quais o aborto deve ser garantido - e efetivado - pelo sistema de saúde em prol dos direitos fundamentais das pacientes que necessitam do procedimento. Assim, em termos de regulamentação, os interesses em jogo diante da objeção de consciência nos casos de aborto legal encontram-se delimitados por extremos normativos: de um lado, a disciplina constitucional que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em questão. Do outro, a existência de marcos e limites essenciais à prática da objeção

definidos apenas em normas técnicas infralegais, que não estão respaldadas ou previstas em nenhuma norma infraconstitucional.

Esse vácuo normativo pode contribuir para reforçar o contexto de vulnerabilidade de meninas e mulheres que buscam o serviço de aborto legal e, ainda, para que a objecção de consciência seja ou instrumentalizada, conforme indicam as pesquisas empíricas na área, ou interpretada como se fosse um direito absoluto dos profissionais de saúde, o que não encontra respaldo na doutrina constitucional.

6. Referências

- ARTIGO 19. "Mapa Aborto Legal", 2019. Disponível em: <https://mapaabortolegal.org/>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- BITTENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- BORGES, C.; BATISTTELA, C. "Menina de 11 anos que foi estuprada em SC consegue fazer aborto, diz MPF", *G1 - Santa Catarina*, 23 jun. 2022, 13h 53min. Disponível em: <https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2022/06/23/menina-de-11-anos-que-foi-estuprada-em-sc-consegue-fazer-aborto-diz-mpf.ghtml>. Acesso em 30 jul. 2023.
- BRANCO, J. G. de O.; BRILHANTE, A. V. M.; VIEIRA, L. J. E. de S.; MANSO, A. G. "Objecção de consciência ou instrumentalização ideológica? Uma análise dos discursos de gestores e demais profissionais acerca do abortamento legal", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, 2020, p. 1-11.
- BRASIL. *Aspectos jurídicos do atendimento às vítimas de violência sexual: perguntas e respostas para profissionais de saúde*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011a. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/aspectos_juridicos_atendimento_vitimas_violencia_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.
- BRASIL. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*, Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, 2. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2011b. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada_abortamento_norma_tecnica_2ed.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.
- BRASIL. *Decreto nº 7.958, de 13 de março de 2013*. Estabelece diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema Único de Saúde, Brasília, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d7958.htm. Acesso em 21 mai. 2021.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.
- BRASIL. *Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, Brasília, 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em 21 mai. 2021.
- BRASIL. *Portaria de Consolidação nº 5, de 28 de setembro de 2017*. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de Saúde do Sistema Único de Saúde. Ministério da Saúde, Brasília, 2017. Disponível em: http://portalsinan.saude.gov.br/images/documentos/Legislacoes/Portaria_Consolidacao_5_28_SETEMBRO_2017.pdf. Acesso em 21 mai. 2021.
- BRASIL. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes*, Ministério da Saúde, 3. ed., Editora do Ministério da Saúde, Brasília, 2012. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em 21 mai. 2021.

- CARD, R. F. "Conscientious Objection and Emergency Contraception", *The American Journal of Bioethics*, v. 7, n. 6, jun. 2007, p. 8-14.
- CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. *Resolução COFEN 564/2017*. Aprova o Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/resolucao-cofen-no-5642017_59145.html. Acesso em: 21 mai. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 1.811/2006*. Estabelece normas éticas para a utilização, pelos médicos, da Anticoncepção de Emergência, devido a mesma não ferir os dispositivos legais vigentes no país, Brasília, 2006. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2006/1811_2006.pdf. Acesso em: 21 mai. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 1.989/2012*. Essa resolução dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências, Brasília, 2012. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/documentos/1998alteraregimentointernocfm.pdf>. Acesso em 21 mai. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 2.217/2018*. Aprova o Código de Ética Médica, Brasília, 2019. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM 2.232/2019*. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente, Brasília, 2019. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- COUTINHO, F. P. *Sentido e Limites do Direito Fundamental à Objeção de Consciência*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, n. 6, 2001.
- DARZÉ, O. I. S. P. *Saúde reprodutiva e objeção de consciência: uma proposta educacional*, Tese de Doutorado, Curso de Medicina e Saúde Humana, Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública, Salvador, 2018, p. 160.
- DARZÉ, O. I. S. P.; JÚNIOR, U. "Uma proposta educativa para abordar objeção de consciência em Saúde Reprodutiva durante o ensino médico", *Revista Brasileira de Educação Médica*, n. 42 (4), 2018, p. 155-164.
- DINIZ, D. "Bioética e gênero", *Revista Bioética*, vol. 16, n. 2, jul. 2008, p. 207-216.
- DINIZ, D. "Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, set. 2013, p. 1704-1706.
- DINIZ, D. "Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde", *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 9, set. 2013, p. 1704-1706, p. 1705.
- DINIZ, D. "Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública", *Rev. Saúde Pública*, Brasília, v. 45, n. 5, abril, 2011, p. 981-985.
- DINIZ, D.; VÉLEZ, A. C. G. "Aborto na Suprema Corte: o caso da anencefalia no Brasil: o caso da anencefalia no Brasil", *Revista Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, ago. 2008, p. 647-652.
- FAÚNDES, A., DUARTE, G. A., ANDALAF, J., OLIVATTO, A. E.; SIMONETI, R. M. "Conhecimento, Opinião e Conduta de Ginecologistas e Obstetras Brasileiros sobre o Aborto Induzido", *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, 26 (2), mar. 2004, pp. 89-96.
- GALLI, B.; DREZETT, J.; CAVAGNA NETO, M. "Aborto e objeção de consciência", *Ciência e Cultura*, v. 64, n. 2, jun. 2012, p. 32-35.
- GOMES, A. C. R. *Barreiras para o acesso aos serviços de aborto legal na América Latina e no Caribe: uma revisão sistemática qualitativa*. Dissertação (Mestrado), Curso de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), Ribeirão Preto, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/17/17139/tde-09092021-095404/publico/ANACLARAREZENDEGOMES.pdf> Acesso em 31 jul. 2023.

- GRÜNDLER, T. "La clause de conscience en matière d'IVG, un antidote contre la trahison ?", *Droit et Cultures - Revue internationale interdisciplinaire*, Association Droit et Cultures, L'Harmattan, 2017.
- HERINGER JÚNIOR, B. *Objecção de Consciência e Direito Penal: Justificação e Limites*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2007.
- JACOBS, M.; BOING, A. "Acesso universal e igualitário? O desafio na oferta do aborto previsto em lei pelo Sistema Único de Saúde", *Saúde e Sociedade*, vol. 31, dez. 2022.
- KOURY, A. P. *Objecção de consciência do médico em sua relação com o paciente*. 2015. 206 f. Dissertação (Mestrado), Curso de Direito, Centro Universitário do Pará, Belém, 2015. Disponível em: https://www.cesupa.br/MestradoDireito/dissertacoes/ObjecaoConscienciaMedico_A_Koury.pdf. Acesso em: 25 mai. 2021.
- MACHADO, D. C. C. P. *A tipologia das normas antidiscriminatórias como fundamento à restrição da utilização do direito à objecção de consciência no âmbito da ética profissional médica*, Dissertação (Mestrado), Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, 2018. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=6328559. Acesso em: 25 mai. 2021.
- MADEIRO, A. P.; DINIZ, D. "Serviços de aborto legal no Brasil – um estudo nacional", *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 21, n. 2, fev. 2016, p. 564.
- MAIA, D. "Menina que engravidou após estupro teve que sair do ES para fazer aborto legal", *Cotidiano - Folha de São Paulo (Uol)*, 16 ago. 2020, 20h33min. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/08/menina-que-engravidou-apos-estupro-teve-que-sair-do-es-para-fazer-aborto-legal.shtml>. Acesso em: 30 jul. 2023.
- MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*, 8.ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
- MIGALHAS. *Aborto: O absurdo caso de criança grávida por estupro pela segunda vez*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/380946/aborto-o-absurdo-caso-de-crianca-gravida-por-estupro-pela-segunda-vez>. Acesso em: 31 jul. 2023.
- MUÑOZ, D. R.; FORTES, P. A. C. "O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido", em (Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, Volnei Garrafa, Gabriel Oselka, coords.) *Iniciação à bioética*, Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998, p.53-70.
- NEVES, M. da G. C. *Objecção da consciência e aborto previsto em lei: vivências em um serviço público de saúde*, Tese de Doutorado, Curso de Enfermagem, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2610993. Acesso em: 25 mai. 2021.
- PETCHESKY, R. "Owning and disowning the body: a reflection", em (Rawwida Baksh; Wendy Harcourt, coords.) *The Oxford Handbook of Transnational Feminist Movements*, Oxford University Press, New York, 2015. p. 252-270.
- PIOVESAN, F. "Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos", *Cadernos de pesquisa*, 35(124), 2005, p. 43-55.
- RÁMON MICHEL, A.; ARIZA NAVARRETE, S.; REPKA, D. "Mapa global de normas sobre objeción de conciencia en aborto", *REDAAS - Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina*. Disponível em: <https://www.redaas.org.ar/objecion-de-conciencia-mapa>. Acesso em 10 nov. 2023.
- RÁMON MICHEL, A.; ARIZA NAVARRETE, S.; REPKA, D. "Objeción de conciencia en la Ley sobre Interrupción del Embarazo de Argentina", *REDAAS - Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina*, Buenos Aires, setembro, 2021. Disponível em: <https://www.redaas.org.ar/archivos-investigaciones/223->

- [N15%20-%20OC%20en%20la%20nueva%20ley.pdf](#) Acesso em: 10 nov 2023.
- SÁ, M. F. S. de; SÁ, M. de F. F. de; OLIVEIRA, L. C. de. "Interrupção legal da gravidez em crianças no Brasil: o princípio do melhor interesse nas veredas do direito, da medicina e da ética", *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 12, n. 1, 2023, pp. 24-36.
- SANCHES, M. A. "Objecção de consciência: reflexões no contexto da bioética", *Gazeta do Povo*, fev. 2012, p. 1-2.
- SANTOS, I. C. C. dos. "A Objeção de consciência face ao aborto legal no ordenamento jurídico brasileiro", *Direito UNIFACS - Debate Virtual*, n. 127, 2011.
- SANTOS, J. C. dos. *A moderna teoria do fato punível*, 4 ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- SARMENTO, D. "Legalização do aborto e constituição", em (Daniel Sarmento, Flávia Piovesan, coords.) *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 3-52.
- SAVULESCU, J. "Conscientious objection in medicine", *Bmj*, v. 332, n. 7536, 2006, p. 294-297.
- SCHERER, C. N.; SANCHES, M. A. "Caracterização atual da objeção de consciência: proposta crítica e renovada", *Revista Bioética*, Brasília, vol. 29, n. 4, 2021, p. 706-15.
- SCHIOCCHET, T. "Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória", em (Maria Cláudia Crespo Brauner, coord.) *Biodireito e gênero*, Unijuí, Ijuí, 2007.
- SCHIOCCHET, T.; ARAGÃO, S. M. de. "A regulação do CFM e os desafios na aplicabilidade de Soft Law em casos de terminalidade", *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 30, jan./abr. 2021, p. 1-34.
- SILVA, M. C. de O. *A VIA CRUCIS DA LEGALIDADE: Violência sexual, aborto e objeção de consciência em uma Maternidade Potiguar*, Dissertação (Mestrado), Curso de Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/24875>. Acesso em: 25 mai. 2021.
- SIMÓ, P. A. "¿Cabe la objeción de conciencia en una sociedad moderna?", *Vida y Ética*, v. 13, n. 1, 2012, p. 1-21. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1676/1/cabe-objecion-conciencia-sociedad.pdf>. Acesso em: 24 mai 2021.
- SOARES, G.; GALLI, M. B.; VIANNA, A. P. *Advocacy para o acesso ao aborto legal e seguro: semelhanças no impacto da ilegalidade na saúde das mulheres e nos serviços de saúde em Pernambuco, Bahia, Paraíba, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro*, Grupo Curumim, Recife, 2010, p. 37.
- UMA HISTÓRIA SEVERINA, Brasil, 2005, Documentário, 23 min. Direção: Debora Diniz e Eliane Brum. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=65Ab38kWFhE>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- UNITED NATIONS. *Key actions for the further implementation of the Programme of Action of the International Conference on Population and Development*, New York, United Nations, 1999. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/363747>. Acesso em: 21 mai. 2021.
- VENTURA, M. *Direitos Reprodutivos no Brasil*, 3.ed., UNFPA, Brasília, 2009.
- WICCLAIR, M. R. *Conscientious Objection in Health Care: An Ethical Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 373-389
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Nueva ley polaca de grupos de sociedades. Un análisis crítico

New Polish law on groups of companies. A critical analysis

Krzysztof Olszak¹

Akademii Wymiaru Sprawiedliwości

Sumario: 1. Introducción. 2. Constitución de un grupo de sociedades. 2.1 Comentarios críticos 3. Orden vinculante de la sociedad dominante 3.1 Comentarios críticos 4. Nuevos mecanismos para la gestión eficaz de un grupo de sociedades 4.1 El acceso a la información 4.2 La ampliación de la actividad de los consejos de supervisión 4.3 Comentarios críticos 5. Interés del grupo de sociedades y otros intereses 5.1 Comentarios críticos 6. Responsabilidad de los miembros del consejo de administración (y de supervisión) de las sociedades de un grupo 6.1 La cuestión de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de un grupo de sociedades 6.2 La cuestión de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de un grupo informal 6.3 Comentarios críticos 7. *Squeeze out* en un grupo de sociedades 7.1. Comentarios críticos 8. Cese de la participación en un grupo de sociedades 9. Exclusión de la aplicación de las disposiciones relativas a los grupos de sociedades 9.1. Comentarios críticos 10. Conclusiones 11. Bibliografía

Resumen: Este artículo presenta y analiza críticamente la modificación del Código de Sociedades Mercantiles polaco, que entró en vigor en octubre de 2022 e introdujo, entre otras, las disposiciones de los artículos 21¹ a 21¹⁶ y del artículo 4 § 1 punto 5¹ CSM, que regulan la nueva ley polaca de grupos de sociedades. Se debaten las nuevas instituciones jurídicas, incluido la orden vinculante de sociedad dominante, señalando sus deficiencias y problemas prácticos.

Palabras clave: grupo de sociedades, sociedad dominante, sociedad filial, orden vinculante, interés del grupo de sociedades

Abstract: This article presents and critically analyses the amendment of the Polish Commercial Companies Code, which entered into force in October 2022 and

¹ Doctor en Derecho, Jefe del Departamento de Derecho de la Empresa y Mercantil en Instituto de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Justicia, asesor jurídico (*radca prawny*), juez auxiliar superior del Tribunal Supremo (polaco). De 2014 a 2023 trabajó en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia (primero como parte de la Cátedra de Derecho Mercantil, y después como parte del Departamento de Análisis Económico del Derecho). Completó su formación de abogado en el Colegio de Abogados de Varsovia y estudios de doctorado a tiempo completo (Derecho) en la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia.

introduced, among others, the provisions of art. 21¹ to 21¹⁶ and art. 4 § 1 point 5¹ CCC, which regulate the new Polish law on groups of companies. The new legal institutions, including the binding order of the controlling company, are discussed, pointing out their shortcomings and practical problems.

Keywords: group of companies, controlling company, subsidiary company, binding order, interest of the group of companies

1. Introducción

El 13 de octubre de 2022 entró en vigor una modificación del Código de Sociedades Mercantiles² que introduce las disposiciones de los artículos 21¹ a 21¹⁶ y del artículo 4 § 1 punto 5¹ CSM³. Se trata de una normativa completamente nueva para los grupos de sociedades, que se debe al hecho de que es el primer intento de regular exhaustivamente el derecho de los grupos de sociedades en Polonia.

Por lo que se refiere al objeto del presente estudio, la Enmienda abarcaba a los artículos 21¹ a 21¹⁶ de la nueva Sección IV "Grupo de sociedades"⁴ del Título I "Disposiciones generales" y al artículo 4 § 1 punto 5¹ CSM, que define el grupo de sociedades.

Antes del 13 de octubre de 2022, el derecho de los grupos de sociedades en Polonia estaba regulado de forma totalmente residual – artículo 7 de CSM (actualmente derogado por la Enmienda mencionada), que en la práctica apenas funcionaba, ya que se refería a los holdings contractuales - situación en la que una sociedad dominante y una sociedad filial celebraban un acuerdo que preveía la gestión de una filial o la transferencia de beneficios por parte de dicha sociedad. Por lo tanto, no era una normativa suficiente.

El legislador optó por una regulación global para dar un marco normativo a los grupos de sociedades realmente existentes y a los fenómenos que se producen en su seno, por ejemplo, las órdenes prácticamente vinculantes emitidas por la sociedad matriz a los miembros del consejo de administración de la filial. El legislador, al redactar las disposiciones sobre grupos de sociedades, no estaba vinculado por el Derecho de la Unión Europea (como ocurría al redactar las disposiciones sobre, por ejemplo, fusiones o escisión de una sociedad), y la normativa finalmente promulgada relativa a los grupos de sociedades constituye una solución original⁵. Al preparar la Enmienda, se optó por un compromiso entre visiones opuestas del derecho de sociedades de grupo, es decir, por un lado, un derecho centrado en garantizar la gestión eficaz del grupo de sociedades por parte de la sociedad dominante, excluyendo la necesidad de proteger los intereses de otras entidades asociadas al grupo de sociedades (internas y externas), y, por otro lado, la necesidad de proteger estos intereses, que, en principio, debe atender el derecho privado, aquí el Código de Sociedades Mercantiles⁶.

² Ley de 15 de septiembre de 2000 Código de Sociedades Mercantiles (en adelante: CSM).

³ En virtud de la Ley de 9 de febrero de 2022 por la que se modifica la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y otras leyes (Diario de Leyes de 2022, punto 807, en adelante también: La Enmienda, La Ley de Enmienda).

⁴ Mientras que la Ley de Sociedades de Capital española se divide en capítulos, secciones y artículos, en la CSM polaca es un poco lo contrario – una sección puede incluir (aunque no necesariamente) varios capítulos.

⁵ SZUMAŃSKI, A., "Nowe prawo grup spółek w Polsce – koncepcja systemowa regulacji prawnej", *Przegląd Prawa Handlowego*, n.º. 8, 2022, p. 6.

⁶ Véase Documento n.º 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 11 <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/2EB24258E6FF3ED2C12587450036A4CE/%24File/1515-uzas.DOCX>

Como nota al margen, cabe señalar que en el ordenamiento jurídico polaco la Exposición de Motivos no forma parte de la Ley, pero es útil para interpretar la Ley.

2. Constitución de un grupo de sociedades

La relación de dominio entre las sociedades se define en el artículo 4 § 1 punto 4 letra f CSM⁷. Cabe señalar que la regulación de la nueva sección "Grupo de sociedades" se refiere precisamente a estas *holdings*⁸ de hecho⁹.

La segunda observación importante es la indicación de que las disposiciones de la sección "Grupo de sociedades" no se aplican *ex lege* sino *ex contractu*. Así pues, el legislador ha optado por un sistema de inclusión voluntaria (*opt-in*) en lugar de un sistema de exclusión voluntaria (*opt-out*)¹⁰. Más concretamente, son las respectivas sociedades en relación de dominio y dependencia las que deciden si se les aplique lo dispuesto en los artículos 21¹ a 21¹⁶ de la CSM.

Según la ley, por grupo de sociedades se entiende una sociedad dominante y una o varias filiales, que sean sociedades de capital¹¹, guiadas, de conformidad con el acuerdo sobre la participación en el grupo de sociedades, por una estrategia común para perseguir un interés común (el interés del grupo de sociedades¹²), que justifique el ejercicio por la sociedad dominante de la dirección unificada¹³ de la filial o filiales (véase art. 4 § 1 punto 5¹ CSM). Así pues, es la estrategia común, para lograr un propósito común, lo que justifica que la sociedad dominante ejerza de forma unificada dirección unificada de la filial o filiales. Asimismo, cabe señalar que la propia adopción de un acuerdo de participación en un grupo de sociedades forma parte de la definición de grupo de sociedades adoptada por el legislador.

La junta general de la filial aprobará un acuerdo sobre la participación en el grupo de sociedad por mayoría de tres cuartos¹⁴, indicando la sociedad dominante (véase art. 21¹ § 2 CSM). El hecho de que el acuerdo requiera una mayoría cualificada, es decir, tres cuartos partes de los votos, refleja la importancia fundamental de los cambios que se están produciendo en la sociedad como consecuencia de su incorporación al grupo de sociedades¹⁵. La Ley de Enmienda prevé la protección de los socios: en el plazo de un mes a partir de la fecha del acuerdo, pueden exigir que la sociedad dominante recompre¹⁶ las acciones o participaciones a las que tenían derecho en la fecha de entrada en vigor de la Ley de Enmienda¹⁷.

⁷ Se reduce a ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de la filial que sea una sociedad de capital.

⁸ La exposición de motivos de La Enmienda indica que introduce en la legislación polaca la regulación jurídica del derecho de *holding* – la exposición de motivos de La Enmienda utiliza explícitamente este término, por considerarlo el más apropiado. Véase Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 2.

⁹ Los holdings se dividen en de hecho y contractuales.

¹⁰ SZUMAŃSKI, A., "Nowe prawo grup spółek w Polsce – koncepcja systemowa regulacji prawnej", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2022, p. 7.

¹¹ En el derecho de sociedades polaco, se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad anónima simple o una sociedad anónima (véase art. 4 § 1 punto 2 CSM).

¹² LETOLC, P., SZYMAŃSKI, K.M., "Nowelizacja KSH 2022 – omówienie zmian", *Monitor Prawa Handlowego*, nº. 3, 2022, p. 10 *in fine* consideran que el interés de un grupo de sociedades es el resultado de los intereses de las sociedades individuales que operan dentro del grupo. Cf SZYMAŃSKI, K.M., OŚKA, J. "Nowelizacja KSH – przyczyny zmian oraz najważniejsze wprowadzone rozwiązania", *Edukacja prawnicza* (Suplemento especial), nº. 1, 2023, p. 40.

¹³ Cf término alemán *einheitliche Leitung*.

¹⁴ Curiosamente, el legislador no estableció requisitos de quórum, de modo que la votación será válida aunque sólo participe un socio que tiene sólo un voto.

¹⁵ Véase Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 22.

¹⁶ Se trata de *sell-out*.

¹⁷ Véase más detalladamente art. 22 de la Ley de Enmienda, que no es una disposición intertemporal y, por lo tanto, el derecho de los socios anteriormente descrito, también se aplicará a los acuerdos adoptados en el futuro. Cf también art. 21¹⁰ CSM. Cf. con más detalle BŁASZCZYK, P. "Szczególna ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej w nowym polskim prawie grup spółek", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 12, 2022, p. 21-22; KŁODA, M.

Las disposiciones de la CSM no prevén la adopción de un acuerdo análogo (al acuerdo de una sociedad filial contemplado en el art. 21¹ § 2 CSM) por parte de la sociedad dominante – en la práctica, es evidente que el acuerdo de una filial de participar en un grupo de sociedades ejecuta la voluntad de la sociedad dominante en el ámbito discutido. Por lo tanto, en la práctica no es necesario que la sociedad dominante adopte un acuerdo sobre la participación en un grupo de sociedades¹⁸.

Otro requisito es que la sociedad dominante y la filial hagan pública su participación en el grupo de sociedades en el Registro de Empresarios del Registro Judicial Nacional mediante la inscripción de una nota en este registro (véase art. 21¹ § 3 CSM)¹⁹. Esto es importante porque las disposiciones seleccionadas (art. 21²-21⁴, art. 21⁶, art. 21⁷, art. 21¹⁰-21¹⁴ CSM) no se aplican antes de la revelación de la participación en un grupo de sociedades. Esto significa, entre otras cosas, que un miembro del consejo de administración, del consejo de supervisión, del comité de auditoría, el apoderado mercantil y el liquidador de una sociedad que participe en un grupo de sociedades antes de ese momento (revelación de la participación de la sociedad en el grupo de sociedades) no podrá invocar un acto u omisión en interés específico del grupo de sociedades (véase art. 21¹ § 4 CSM).

La sociedad dominante puede ser una sociedad extranjera (una sociedad con domicilio social en el extranjero), en cuyo caso la participación en el grupo de sociedad sólo debe constar en el registro de la filial (véase art. 21¹ § 3 *in fine* CSM). Sin embargo, tal posibilidad debe limitarse a las sociedades que correspondan por sus características a las sociedades de capital polacas. No sería razonable permitir que una sociedad dominante extranjera sea también una sociedad que no corresponde a las sociedades de capital polacas en cuanto a sus características, ya que tal interpretación no estaría en consonancia con el artículo 32 de la Constitución polaca²⁰, es decir, el imperativo de igualdad de trato por parte de las autoridades públicas²¹.

2.1. Comentarios críticos

Ya de entrada hay una seria reserva terminológica. “El acuerdo sobre la participación en el grupo de sociedades” es en realidad un acuerdo de adoptar para su aplicación las regulaciones del CSM dedicados a los grupos de sociedades. Los grupos de sociedades en el sentido generalmente admitido pueden de hecho establecerse a la vida y funcionar fuera del régimen de las disposiciones de Sección IV “Grupo de sociedades” del Título I “Disposiciones generales” de CSM²². Esto plantea otro problema, ya que el término “grupo de sociedades” mencionado en el artículo 4 § 1 punto 5¹ CSM está reservado exclusivamente para la categoría de agrupaciones que entran en el ámbito de regulación de los artículos 21¹ a 21¹⁶ CSM. Por lo tanto, para poder utilizar una distinción inteligible y no engañosa, para los grupos de sociedades que no se han sometido a la nueva regulación de CSM, es necesario empezar a utilizar el término “grupo de sociedades informal”, “grupo de

“Problemy międzyczasowe nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 2022 r.”, *Przegląd Prawa Handlowego*, n^o. 4, 2023, p. 47-48.

¹⁸ Cf. JURKOWSKI, K. “Warunki uczestnictwa w grupie spółek”, *Monitor Prawniczy*, n^o. 6, 2023, p. 360, que opina lo contrario, es decir, que el acuerdo de participar en un grupo de sociedades debe ser adoptada también por la sociedad dominante y no sólo por la filial.

¹⁹ Gracias a esta inscripción, el público en general (incluidos los acreedores de las sociedades) puede tener conocimiento de la participación de una sociedad determinada en un grupo de sociedades. Esto indica que una sociedad puede tomar decisiones contrarias a su interés, sino en consonancia con el interés del grupo de sociedades.

²⁰ Constitución de la República de Polonia de 2 de abril de 1997 (Diario de Leyes de 1997 No. 78, punto 483 modificado).

²¹ Véase también JURKOWSKI, K. “Warunki uczestnictwa w grupie spółek”, *Monitor Prawniczy*, n^o. 6, 2023, p. 359-360.

²² Lo que ya se deduce de un sistema de inclusión voluntaria (*opt-in*).

sociedades no legislativo” o “grupo de sociedades fuera de la ley”²³. La propia redacción de estos términos ya plantea de entrada dudas sobre La Enmienda.

La noción de una “estrategia común” es también cuestionable. La normativa no aclara si dicha estrategia debe, por ejemplo, adoptar la forma formalizada de un acuerdo de los órganos (y de qué órganos) de las sociedades del grupo (¿o quizás sólo de la sociedad dominante?) o si basta con la aplicación de supuestos económicos comunes que no adopten la forma de un documento aprobado por acuerdo de órgano colegiado (¿o quizás mediante un acuerdo entre sociedades?). Lamentablemente, ni La Enmienda, ni su exposición de motivos, dan respuesta a estas preguntas.

La solución *opt-in* adoptada por el legislador también deja fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones de los artículos 21¹ a 21¹⁶ CSM a todos los grupos de sociedades que opten por no someterse a la nueva normativa legal. En otras palabras, limitar La Enmienda a los grupos de sociedades que se han sometido a la nueva normativa no eliminará la existencia de *holdings* de hecho. Así pues, es negativo que el legislador haya descuidado el diseño de una normativa dirigida a los grupos de sociedades en general.

Puede parecer que esto no es un problema, pero ¿no debería el legislador tener la ambición de preparar, al menos en un grado básico, normas universales que regulen todos los grupos de sociedades? Esto también se ve respaldado por la creciente importancia práctica de los *holdings*, que justifica el intento de preparar una regulación normativa general y completa. La Enmienda, contrariamente a su exposición de motivos, no responde en absoluto a las demandas más importantes de los empresarios²⁴.

En resumen, en lugar de regular un fenómeno que funciona en la práctica, es decir, los grupos de sociedades existentes, se regula sólo una parte de este fenómeno, y en la medida en que los propios *holdings*, a los que se aplica la nueva legislación, quieran someterse a esta regulación. Mientras tanto, a la hora de proponer una regulación normativa de la materia analizada, el legislador debe procurar abarcar a todos los grupos de sociedades existentes, y no sólo a aquellos que lo deseen.

3. Orden vinculante de la sociedad dominante

Una orden vinculante de una sociedad dominante a una filial es una institución jurídica fundamental para garantizar la gestión eficaz de un grupo de sociedades por parte de la sociedad dominante.

Esta institución está regulada en las disposiciones de los artículos 21²-21⁴ CSM. En términos más sencillos, puede decirse que el artículo 21² CSM se refiere a la emisión de una orden vinculante por parte de la sociedad dominante, el artículo 21³ CSM a la aceptación de dicha orden por parte de la filial y el artículo 21⁴ CSM a la negativa de la filial a cumplir una orden vinculante.

Una sociedad dominante puede emitir a una filial que participe en un grupo de sociedades una orden vinculante relativa a la dirección de los asuntos de la sociedad (orden vinculante) si ello está justificado por el interés del grupo de sociedades y las disposiciones específicas no disponen lo contrario (art. 21² § 1 CSM). Por consiguiente, la emisión de ordenes vinculantes es un derecho y no un deber de la sociedad dominante.

Una orden vinculante indicará como mínimo:

- 1) la conducta esperada por la sociedad dominante de la filial en relación con la ejecución de la orden vinculante;
- 2) el interés del grupo de sociedades que justifica la ejecución de la orden vinculante por parte de la filial;

²³ Véase OPALSKI, A., “Nowe polskie prawo grup spółek – krytyka założeń konstrukcyjnych (cz. 1)”, *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2023, p. 4.

²⁴ Cf. Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 5 *in principio*.

3) los beneficios o los daños y perjuicios esperados de la filial que resultarán de la ejecución de la orden vinculante, si los hubiere;

4) la forma y el momento en que se prevé indemnizar a la filial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la ejecución de la orden vinculante (véase art. 21² § 3 CSM).

La sociedad dominante emitirá una orden vinculante por escrito o electrónicamente bajo pena de nulidad (art. 21² § 2 CSM). Por supuesto, la sociedad dominante también puede dar ordenes verbales, que se aplicarán a asuntos que no planteen dudas dentro del grupo, en ausencia de un desacuerdo entre la sociedad dominante y la filial. No obstante, la ejecución de dicha orden no gozará, respecto a la filial la misma protección jurídica que en el caso de la ejecución de una orden vinculante contemplada en el artículo 21² CSM.

La ejecución de una orden vinculante por parte de una filial que participe en un grupo de sociedades requiere un acuerdo previo del consejo de administración de la filial (art. 21³ § 1 CSM). Se adoptará un acuerdo para ejecutar una orden vinculante a menos que no se den las condiciones establecidas en el artículo 21⁴ § 1-3 CSM (como se explica más adelante) (véase art. 21³ § 3 CSM).

La adopción de un acuerdo para ejecutar una orden vinculante tiene consecuencias de gran alcance en términos de protección jurídica – desencadena la protección jurídica:

- 1) de los administradores de la sociedad filial (art. 21¹ § 4 y art. 21⁵ CSM),
- 2) de la propia sociedad filial (art. 21¹² CSM),
- 3) de los socios minoritarios de la filial (art. 21¹³ CSM)
- 4) los acreedores de la sociedad filial (art. 21¹⁴ CSM)

Una filial que participe en un grupo de sociedades deberá informar a la sociedad dominante del acuerdo de ejecutar una orden vinculante o del acuerdo de denegar la ejecución de una orden vinculante (art. 21³ § 4 CSM).

Una sociedad filial adopta un acuerdo para negarse a cumplir una orden vinculante en varias situaciones. En primer lugar, si el cumplimiento de la orden llevaría a la insolvencia o amenaza de insolvencia de la filial (véase art. 21⁴ § 1 CSM²⁵). Además, una sociedad filial que participe en un grupo de sociedades que no sea una sociedad unipersonal adoptará un acuerdo por la que se niegue a cumplir una orden vinculante si existe un temor razonable de que sea contraria al interés de dicha sociedad y le cause un daño y perjuicio que no vaya a ser subsanado por la sociedad dominante u otra sociedad filial que participe en el grupo de sociedades en un plazo de dos años a partir de la fecha en que se produzca el hecho causante del daño y perjuicio, salvo disposición contraria en los estatutos de la sociedad (art. 21⁴ § 2 CSM). Los estatutos de una filial que participe en un grupo de sociedades podrán prever requisitos adicionales de denegación de la ejecución de una orden vinculante (art. 21⁴ § 3 CSM). La eficacia de un acuerdo de modificación de los estatutos de una filial que introduzca tales requisitos depende de la recompra por parte de la sociedad dominante las participaciones o las acciones de aquellos socios de la filial que no estén de acuerdo con la modificación (véase art. 21⁴ § 4 CSM²⁶). El acuerdo del consejo de administración de la filial por la que se deniegue el cumplimiento de una orden vinculante debe incluir una motivación (véase art. 21⁴ § 5 CSM). Significativamente, en presencia de los requisitos señalados, la filial está obligada a negarse a cumplir una orden vinculante (por lo tanto, no es meramente su derecho).

3.1. Comentarios críticos

El legislador pretende que la “dirección unificada” se posibilite mediante la emisión de órdenes vinculantes. El propio término “ejercicio [por la sociedad dominante] de la dirección unificada [de la filial]” puede interpretarse de diferentes maneras, tanto más cuanto que se trata de un término hasta ahora ausente del

²⁵ Este requisito se aplica a todas las sociedades filiales, incluidas las sociedades unipersonales.

²⁶ La disposición también indica detalladamente cuál es el procedimiento para dicha recompra.

lenguaje jurídico polaco. A pesar de ello, ni siquiera se intenta explicar el término en la exposición de motivos de la Enmienda, y sólo aparece dos veces en la misma²⁷.

También hay que señalar que, dado que en las filiales unipersonales incumbe a los miembros del consejo de administración ejecutar todas las órdenes, siempre que no conduzcan a la insolvencia de la sociedad o a la amenaza de insolvencia, la sociedad dominante ha adquirido una capacidad casi ilimitada de injerencia en la esfera de los intereses protegidos de las sociedades filiales cuando no hay socios minoritarios²⁸.

La amplia formalización de las órdenes vinculantes en cuanto a su forma y contenido plantea dudas sobre la eficacia de dicha institución jurídica. Además, La Enmienda no impide el fenómeno de las instrucciones informales y no se dirige a él en absoluto. No puede pasarse por alto que la nueva normativa no tiene en cuenta la práctica de la emisión de órdenes vinculantes y la realidad del funcionamiento de las agrupaciones de sociedades y, de hecho, está hecha a medida para la emisión de órdenes individuales, muy formalizadas²⁹, al más alto nivel (consejo de administración de la sociedad dominante – consejo de administración de la filial) y, en cualquier caso, prevé una decisión caso por caso por parte del consejo de administración o del consejo de administración de la filial. Mientras tanto, para la práctica de las agrupaciones de sociedades, parece más útil una regulación que establezca el hecho de la emisión de una orden vinculante entre la sociedad dominante y la filial y vincule la responsabilidad de la sociedad dominante por la emisión de dicha orden con independencia de cómo se haya emitido y por quién haya sido finalmente aceptada, pero sería importante la mera posibilidad de atribuir dicha orden a la sociedad dominante y su aceptación y ejecución por la filial³⁰.

El hecho de que la sociedad dominante emita una orden vinculante por escrito o electrónicamente bajo pena de nulidad (art. 21² § 2 CSM) también crea problemas. En la práctica, esto no significa en absoluto que una orden vinculante específica no emitida en la forma especificada anteriormente no tenga ningún efecto jurídico, sino que sólo significa que el régimen jurídico de las órdenes vinculantes queda excluido de la aplicación a esta orden vinculante. En consecuencia esto significa la aparición de casos más frecuentes de tales órdenes vinculantes que quedarán fuera de la regulación y, por tanto, como antes, en la zona gris normativa³¹. Esto es especialmente desfavorable para los miembros de los consejos de administración de las filiales, ya que la ejecución de una orden que no se ajuste a la forma indicada en CSM no les exime de responsabilidad.

Por lo demás, hay que señalar que la enmienda no regula el problema de la concurrencia de órdenes, es decir, la situación en la que se han emitido al menos dos órdenes, al menos parcialmente coincidentes y contradictorias, con respecto a la

²⁷ Cf. Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 6-7 y 20.

²⁸ Véase OPALSKI, A., "Nowe polskie prawo grup spółek – krytyka założeń konstrukcyjnych (cz. 1)", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2023, p. 10.

²⁹ Lo que no se acerca ni de lejos a la necesidad de garantizar una toma de decisiones empresarial rápida y eficaz.

³⁰ Véase Comentarios del Consejo Legislativo de 16 de octubre de 2020 sobre el proyecto de ley por el que se modifica el Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, en especial punto 5, <https://www.gov.pl/web/radalegislacyjna/opinia-z-16-pazdziernika-2020-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy---kodeks-spoliek-handlowych-oraz-niektorych-innych-ustaw>. SZYSZKO, R. "Grupa spółek - definicja, kierowanie się interesem grupy, wiążące polecenia, odpowiedzialność spółki dominującej (wobec wierzycieli spółki zależnej, spółki zależnej i wspólników / akcjonariuszy spółki zależnej)", *Temidium*, nº. 3, 2022, p. 46, también señala la escasa adaptación de la Enmienda a la realidad del comercio.

³¹ Véase Comentarios del Tribunal Supremo sobre el proyecto de ley del Gobierno por el que se modifica el Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, 27 de septiembre de 2021, BSIA.1.021.24.2021, p. 7. Cf JURZAK, K. "O wadliwości w zakresie regulacji formy i treści polecenia koncernowego", *Monitor Prawniczy*, nº. 21, 2022, p. 410.

misma filial – el hecho de que la ejecución de una orden entre en conflicto con otra no constituye una premisa para denegar la ejecución de la orden³².

También se ha señalado en la literatura que el legislador en ninguna disposición no ha previsto una norma que permita a la sociedad dominante responsabilizar a los miembros del consejo de administración de una sociedad filial por el incumplimiento de una orden vinculante³³.

4. Nuevos mecanismos para la gestión eficaz de un grupo de sociedades

La Enmienda también preveía otros mecanismos para permitir la gestión eficaz de un grupo de sociedades.

4.1. El acceso a la información

El artículo 21⁶ CSM regula el acceso a la información de la sociedad dominante sobre las filiales que participan en el grupo de sociedades. Esta disposición estipula que una sociedad dominante puede inspeccionar en cualquier momento los libros y documentos de una sociedad filial que participe en un grupo de sociedades y solicitarle información, con sujeción a disposiciones especiales³⁴. La introducción de esta disposición era necesaria porque, de lo contrario, dicho acceso a la información quedaría excluido o limitado en virtud de las disposiciones generales relativas a una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad anónima simple o una sociedad anónima. De ahí que el artículo 21⁶ § 2 CSM excluya, en el caso de los grupos de sociedades, la aplicación de determinadas disposiciones de la Ley de Sociedades indicadas en el mismo³⁵.

Si no se ponen a disposición los libros o no se facilita información, la sociedad dominante puede solicitar al tribunal mercantil que obligue al consejo de administración de la filial que participa en el grupo de sociedades a poner a disposición los libros y documentos o a facilitar información (art. 21⁶ § 3 CSM).

La sociedad dominante accede a la información no sólo de sus filiales directas, sino también de las filiales indirectas que participan en el grupo de sociedades³⁶.

4.2. La ampliación de la actividad de los consejos de supervisión

El legislador también ha previsto las competencias del consejo de supervisión de la sociedad dominante con respecto a la filial. Su objetivo es permitir que el consejo de supervisión de la sociedad dominante supervise la consecución del interés del grupo de sociedades por parte de las filiales que participan en el grupo.

El consejo de supervisión de la sociedad dominante ejercerá una supervisión constante sobre la consecución del interés del grupo de sociedades por parte de una filial que participe en el grupo de sociedades, a menos que los estatutos de la sociedad dominante o de la filial dispongan otra cosa (art. 21⁷ § 1 CSM). El consejo de supervisión de la sociedad dominante podrá, con sujeción a disposiciones

³² Véase JURZAK, K. "O wadliwości w zakresie regulacji formy i treści polecenia koncernowego", *Monitor Prawniczy*, n.º. 21, 2022, p. 414.

³³ Véase ŻABA, M. "Wiążące polecenie wydane w grupie spółek a odmowa jego wykonania", *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, n.º. 12, 2022, p. 23-24.

³⁴ La inclusión de disposiciones específicas a la hora de determinar el alcance del acceso de una sociedad dominante a la información sobre una filial que participe en un grupo de sociedades permite la adaptación a las especificidades de determinadas filiales, es decir, la necesidad de secreto de la filial en virtud de dichas disposiciones. Véase Documento n.º 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 28.

³⁵ Cf. Documento n.º 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 27-28.

³⁶ BASZCZYK, M. "Prawo kontroli wspólnika (akcjonariusza) w grupie spółek", *Przegląd Prawa Handlowego*, n.º. 1, 2023, p. 24.

especiales, exigir al consejo de administración de una sociedad filial que participe en un grupo de sociedades que permita el acceso a libros y documentos y que facilite información con el fin de ejercer la dicha supervisión (art. 21⁷ § 2 CSM).

La introducción de tal solución era necesaria porque, en su ausencia, tal supervisión o acceso a la información sería legalmente inaceptable. Lo que tenemos aquí es una situación en la que un órgano de una sociedad interfiere en el funcionamiento de otra sociedad, una sociedad que tiene sus propios órganos, incluidos los de supervisión³⁷. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que la supervisión del consejo de supervisión de la sociedad dominante sobre las filiales se limita únicamente a la persecución del interés del grupo de sociedades y no excluye la supervisión ejercida por los consejos de supervisión de las distintas filiales.

4.3. Comentarios críticos

Aunque en principio esta parte de la enmienda puede valorarse positivamente, tampoco está exenta de dudas. En cuanto a la redacción del art. 21⁷ § 1 CSM ("a menos que los estatutos de la sociedad dominante o de la filial dispongan otra cosa") pueden plantearse dudas sobre hasta qué punto los estatutos de la sociedad dominante o de la filial pueden disponer otra cosa, mientras que la mera extensión de los poderes del consejo de supervisión de la sociedad dominante a todo el grupo de sociedades lo convierte en un cuasi órgano de todo el grupo³⁸.

El artículo 21⁶ § 2 CSM excluye el control de los demás socios en las filiales, lo que sitúa a la sociedad dominante en una posición privilegiada frente a los demás socios de las filiales, al tiempo que discrimina drásticamente a los estos últimos – esto constituye una violación del principio de igualdad de trato de los socios³⁹.

5. Interés del grupo de sociedades y otros intereses

Una sociedad dominante y una filial que participen en un grupo de sociedades se guiarán por el interés del grupo de sociedades además de por el interés de la sociedad, en la medida en que ello no vaya en detrimento de los acreedores o de los socios minoritarios⁴⁰ de la filial (véase art. 21¹ § 1 CSM).

Se trata de la regulación de una cuestión jurídica clave para el derecho de los grupos de sociedades, a saber, el deber tanto de la sociedad dominante como de la filial de tener en cuenta el interés del grupo de sociedades, además del interés propio de cada una de estas sociedades, cuya necesidad de protección se deriva de la esencia del derecho de sociedades. Así pues, enmarcada en forma de cláusula general, la disposición del artículo 21¹ § 1 CSM teóricamente no crea el principio de la primacía del interés de un grupo de sociedades sobre el interés propio de la sociedad dominante y sobre el interés propio de la sociedad filial, que participan en el grupo. Por el contrario, según la intención del legislador, constituye una directriz según la cual el papel de la sociedad dominante o de la filial que participa en el grupo consiste en tratar de conciliar el interés del grupo de sociedades con el interés propio de la sociedad⁴¹.

En cambio, el interés de los acreedores y el interés de los socios minoritarios se contemplan desde el punto de vista negativo, según el cual una sociedad dominante

³⁷ Véase Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 28.

³⁸ Véase JANETA, J. ZBROJEWSKI, A. "Nadzór nie tylko urojony na kanwie referatów i dyskusji w ramach XII Forum Prawa Spółek "Nadzór i kontrola w spółkach handlowych"", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 9, 2023, p. 35.

³⁹ Véase KAPPES, A., SIEMIĄTKOWSKI, T., "Nadzór i kontrola w spółkach handlowych", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 9, 2023, p. 17.

⁴⁰ La Ley no define el concepto de socios minoritarios por referencia a una fracción específica del capital social representado por ellos.

⁴¹ Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 21.

o una filial que participa en un grupo se guía no sólo por el interés de su propia sociedad, sino también por el interés del grupo de sociedades, siempre que con ello no pretendan perjudicar a los acreedores o a los socios minoritarios de la filial⁴².

El legislador ha previsto una categoría de disposiciones protectoras del particular destinadas a proteger intereses distintos del interés del grupo de sociedades.

Las más relevantes son las disposiciones sobre responsabilidad⁴³. Se refiere a la responsabilidad de la sociedad dominante frente a: la filial por los daños y perjuicios que le cause la emisión de una orden vinculante (art. 21¹² CSM); socio (minoritario) de la filial por una reducción del valor⁴⁴ de su participación (en el capital social), si dicha reducción es consecuencia de ejecución de una orden vinculante por la sociedad filial (véase art. 21¹³ CSM); a un acreedor de la filial si la ejecución contra una filial participante en el grupo de sociedades resulta ineficaz y el daño y perjuicio se debe al cumplimiento por la filial de una orden vinculante (véase art. 21¹⁴ CSM).

Por lo que se refiere a la responsabilidad de una sociedad dominante frente a los acreedores de una filial que cumpla las ordenes vinculantes de la primera, La Enmienda no adoptó el denominado "levantamiento del velo de la persona jurídica", en virtud del cual la sociedad dominante sería responsable en garantía frente a los acreedores de la filial. Esto se debe a que este concepto de *piercing the corporate veil* es cuestionable desde un punto de vista sistémico. Esto se debe a que conduce a la violación de un principio fundamental del derecho de sociedades de capital, a saber, la ausencia de responsabilidad personal de un socio (accionista) por las obligaciones de una sociedad de capital, tal como se expresa en los artículos 151 § 4, 300¹ § 4 y 301 § 5 de CSM. Ello se debe también a la existencia de una preocupación justificada por el hecho de que la introducción del principio de levantamiento del velo podría disuadir a los empresarios de utilizar la estructura de grupos de sociedades e impedirles crear entonces organismos económicos fuertes, capaces de competir eficazmente no sólo en el mercado nacional, sino también en el extranjero⁴⁵.

5.1. Comentarios críticos

La definición del artículo 21¹ § 1 CSM de ninguna manera prevé un equilibrio de los intereses de las sociedades del grupo. Además, existe de hecho una yuxtaposición del interés de las sociedades del grupo y interés del propio grupo. También la parte final de la definición del artículo 21¹ § 1 CSM ("en la medida en que ello no vaya en detrimento de los acreedores o de los socios minoritarios de la filial") plantea dudas. En primer lugar, por qué el límite para la persecución del interés de la sociedad y del grupo ha de ser el detrimento de los acreedores y de los socios minoritarios, cuando parecería más pertinente limitarse a señalar la obligación de tener en cuenta sus intereses legítimos. En segundo lugar, la propia mención de acreedores primero y socios minoritarios después es objetable⁴⁶. Al fin y al cabo, el interés de la sociedad

⁴² Véase Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 22.

⁴³ Otras disposiciones que protegen intereses particulares son (por orden cronológico): art. 21⁴ § 4, art. 21⁸, art. 21⁹, 21¹⁰ CSM.

⁴⁴ Lamentablemente, el legislador no especifica qué valor concreto está en juego y el método adecuado para determinarlo. No obstante, a la vista de la función de la disposición, parece que lo que está en juego es el valor real (de mercado). Otro problema práctico es que las participaciones y las acciones no cotizan en ningún mercado, y, por tanto, no existe un precio fácilmente identificable que pueda calificarse de objetivo.

⁴⁵ Véase Documento nº 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 14. Sin embargo, se ha expresado una opinión en la literatura sobre la posibilidad *de lege lata* de aplicación del levantamiento del velo de la sociedad dominante, véase KAPPES, A. "Rzekoma ochrona wierzycieli spółki zależnej w prawie holdingowym. Czas na odpowiedzialność przebijającą?", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 10, 2022, p. 10-16.

⁴⁶ Véase OPALSKI, A., "Nowe polskie prawo grup spółek – krytyka założeń konstrukcyjnych (cz. 1)", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2023, p. 10.

es el interés común de los socios y, por tanto, el interés del socio minoritario también forma parte del interés de la sociedad⁴⁷ – mientras tanto, a la yuxtaposición del interés de la sociedad y el interés del grupo de sociedades se añade la yuxtaposición del interés de los socios minoritarios. Al mismo tiempo, dejando de lado las deficiencias señaladas anteriormente, la definición ignora por completo la protección del interés de los socios minoritarios y los acreedores de la sociedad dominante⁴⁸.

La responsabilidad de la sociedad dominante se limita únicamente a los daños y perjuicios causados por la ejecución de una orden vinculante, mientras que la influencia del socio mayoritario sobre las decisiones de la filial siempre ha sido, y seguirá siendo, ejercida de manera informal, con el resultado de que el daño y perjuicio resultante no será indemnizado en virtud de La Enmienda⁴⁹.

La literatura señala también la insuficiente protección de la filial y propone la introducción de un mecanismo que imponga un deber concreto de reparación de los daños y perjuicios, con una sanción concreta impuesta a la sociedad dominante cuando no lo haga⁵⁰. El verdadero objetivo principal de La Enmienda era adoptar la absoluta primacía del interés de la sociedad dominante sobre los intereses de los de las demás entidades concernidas⁵¹.

6. Responsabilidad de los miembros del consejo de administración (y de supervisión) de las sociedades de un grupo

6.1. La cuestión de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de un grupo de sociedades

Un miembro del consejo de administración, del consejo de supervisión, del comité de auditoría y el liquidador de una filial no serán responsables de los daños y perjuicios causados por la ejecución de una orden vinculante (véase art. 21⁵ § 1 CSM). Esto también se aplica mutatis mutandis a un miembro del consejo de administración, del consejo de supervisión, del comité de auditoría y del liquidador de la sociedad dominante que actúe en interés del grupo de sociedades (véase art. 21⁵ § 2 CSM).

6.2. La cuestión de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de un grupo informal de sociedades y su capacidad para invocar el interés del grupo de sociedades

En relación con La Enmienda, se ha planteado la cuestión jurídica de si es admisible invocar el interés de un grupo de sociedades en caso de holding de hecho (cuando las filiales no han adoptado acuerdos de participación en el grupo de

⁴⁷ Cf. OLSZAK, K. *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*, C.H. Beck, Varsovia, 2022, p. 9, 82, 105, 110-112, 113, 115, 260, 266, 290, 359, 366, 367, 375, 377, 380.

⁴⁸ En la práctica comercial, ocurre que el socio principal de una sociedad dominante obtiene beneficios de otras formas distintas al dividendo de la sociedad dominante y, por ejemplo, mediante distribuciones a través de una filial, por lo que los socios minoritarios y los acreedores de la sociedad dominante también deben estar protegidos.

⁴⁹ KAPPES, A. "Rzekoma ochrona wspólników mniejszościowych w prawie holdingowym", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2022, p. 22.

⁵⁰ KAPPES, A. "Rzekoma ochrona spółki zależnej w prawie holdingowym", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 12, 2022, p. 16. Este autor señala que la nueva ley de grupos de sociedades se centra en la protección del interés de la sociedad dominante, mientras que las soluciones que protegen a la filial, sus socios minoritarios y sus acreedores no son más que una "hoja de parra".

⁵¹ Idem, p. 18. SOBOCIŃSKI, F. "Odpowiedzialność odszkodowawcza wobec pośrednio poszkodowanego wspólnika/akcjonariusza spółki kapitałowej - zasady ogólne a nowa regulacja prawa holdingowego", *Monitor Prawa Handlowego*, nº. 4, 2022, p. 22 *in fine*, también señala el favoritismo de la posición de la sociedad dominante en La Enmienda.

sociedades). La redacción del artículo 21¹ § 4 CSM, ya citado, indicaría que las personas a las que se refiere esta disposición sólo pueden invocar el interés de un grupo si se trata de un grupo de sociedades que se haya sometido a la regulación de los artículos 21¹-21¹⁶ CSM. La justificación de esta tesis, que tiene consecuencias de gran alcance en términos de responsabilidad, es el principio de que si se prohíbe más, se prohíbe menos⁵². Por otro lado, puede argumentarse que el legislador en ninguna fase del proceso legislativo manifestó explícitamente la intención de que las sociedades que funcionen como hasta ahora en grupos de sociedades no formalizados ya no puedan invocar el concepto de grupo de sociedades desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia⁵³.

6.3. Comentarios críticos

Se entiende que la finalidad de la exención de responsabilidad de los administradores es mitigar los riesgos jurídicos derivados de la adopción de medidas de gestión que redunden en interés de un grupo de sociedades y, al mismo tiempo, entren en conflicto con el interés de la sociedad en la que el administrador desempeña su cargo. Sin embargo, la interpretación adoptada por el legislador conduce a la ausencia de responsabilidad de cualquier miembro del consejo de administración – la exención cubre tanto al que da las ordenes (el administrador de la sociedad dominante) como al que decide ejecutarlas (el administrador de la filial). Esto es inaceptable al menos desde el punto de vista de los socios de las sociedades del grupo. Mientras tanto, parece racional adoptar una solución en la que al menos el que emite la orden vinculante sea considerado responsable, ya que tiene el poder de gestionar prácticamente de manera vinculante a todo el grupo. Es natural vincular el ejercicio de una función con la responsabilidad de su correcta ejecución. Mientras tanto, en la práctica, La Enmienda conduce a una reducción del factor que moviliza a los consejeros para desempeñar correctamente su función, es decir, la responsabilidad potencial. En el artículo 21⁵ CSM, la exclusión de responsabilidad se convierte en la norma en lugar de ser la excepción⁵⁴.

Los requisitos para negarse a cumplir un orden, que al fin y al cabo también fijan los límites de su emisión, exigen que los administradores tengan conocimiento de acontecimientos futuros – véase el citado artículo 21⁴ § 2 CSM, según el cual una sociedad filial no unipersonal podrá negarse a cumplir una orden si la sociedad dominante no repara el daño y perjuicio que haya sufrido como consecuencia de ello en un plazo de dos años a partir de la fecha en que se produjo el hecho causante del perjuicio. Es difícil considerar que tal exigencia haya sido razonablemente formulada, en particular que la reparación del perjuicio causado a la filial dependerá enteramente de la decisión discrecional de la sociedad dominante, por no hablar de la situación en la que ésta tenga capacidad económica para reparar pero, por diversos motivos, no lo haga⁵⁵.

Mirando a más largo plazo, existe un riesgo creciente de que se cuestione la capacidad de los grupos de sociedades que no se han acogido al modelo *opt-in*, es decir, los grupos de sociedades que quedan fuera del régimen de la regulación de los artículos 21¹-21⁶ CSM, de guiarse por el interés del grupo. En consecuencia, se

⁵² Véase SZUMAŃSKI, A. "Problem dopuszczalności powoływania się na interes grupy spółek w nieformalnych albo pozaustawowych holdingach faktycznych w celu wyłączenia odpowiedzialności zarządców i nadzorców spółek uczestniczących w grupie", *Monitor Prawniczy*, n°. 21, 2022, p. 1052.

⁵³ Véase WEBER, A. "Interes grupy spółek – ciało obce w sporach uchwałowych", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 7, 2023, p. 15-16.

⁵⁴ OPALSKI, A. "Nowe polskie prawo grup spółek – czy grupy spółek potrzebują kodeksowych przepisów? (cz. 2)", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 10, 2023, p. 7.

⁵⁵ Cf BUSZKIEWICZ, M. "Instytucja wydawania poleceń przez spółkę dominującą a ochrona wspólników mniejszościowych spółki zależnej obecnie i w projekcie prawa grup spółek", *Przegląd Prawa Handlowego* n°. 3, 2022, p. 25.

produce un empeoramiento de la situación jurídica de los miembros de los órganos de las sociedades pertenecientes a grupos de sociedades de hecho en comparación con la situación anterior a la entrada en vigor de La Enmienda. Ello implica el riesgo de no poder justificar determinadas desviaciones en la aplicación de condiciones en las relaciones económicas entre miembros del grupo que normalmente no se aceptarían en las relaciones entre partes no vinculadas, por lo que los miembros de los órganos de la sociedad, que actúan para perseguir el interés de un grupo de sociedades, pueden tener dificultades para invocar el interés del grupo de las sociedades para justificar su conducta que implique, dadas las circunstancias, consecuencias negativas para la sociedad en la que desempeñan su cargo.

7. Squeeze out en un grupo de sociedades

Las nuevas disposiciones del derecho de sociedades de grupos introducen una liberalización de gran alcance de la institución del *squeeze out*⁵⁶.

La junta general de una filial que participe en un grupo de sociedades puede adoptar un acuerdo sobre la adquisición obligatoria de participaciones o acciones que representen como máximo el 10% del capital social por parte de la sociedad dominante, que representa directamente al menos el 90% del capital social (véase art. 21¹¹ § 1 CSM). Los estatutos de una filial podrán prever que el derecho mencionado corresponda a la sociedad dominante que represente directa o indirectamente en una filial que participe en un grupo de sociedades menos del 90% del capital social de dicha sociedad, pero no menos del 75% de dicho capital (véase art. 21¹¹ § 2 CSM).

Tal posibilidad constituye sin duda una ventaja para la sociedad dominante. Esto resulta especialmente evidente cuando se analizan las disposiciones generales para las sociedades de capital individuales (es decir, no para los grupos de sociedades). Mientras que el legislador prevé la figura del *squeeze out* en relación con la sociedad anónima (art. 418 CSM), no existe tal institución en relación con la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima simple. De este modo, la sociedad dominante adquiere un derecho especial frente a las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades anónimas simples, no previsto en las normas generales para estas sociedades⁵⁷. El derecho de *squeeze out* no está sujeto a límite de tiempo.

7.1. Comentarios críticos

Sin embargo, la solución global introducida no deja de plantear algunos interrogantes. La solución que permite la eliminación obligatoria de hasta el 25% de sus socios minoritarios de una sociedad de capital cerrada, aunque beneficiosa desde el punto de vista del propietario económico del grupo, ya que permite su plena consolidación, la optimización de su estructura y actividad y, en consecuencia, la eliminación de una fuente de importantes conflictos de intereses, debe evaluarse como contradictoria con las normas de protección del derecho de propiedad derivadas de la Constitución polaca (art. 21 y art. 64 apartado 2, de la Constitución polaca) y se convierte en una herramienta para la eliminación arbitraria de los socios minoritarios con una participación relativamente significativa en el capital social⁵⁸.

⁵⁶ PLESIŃSKI, P. "Procedura przymusowego wykupu udziałów oraz akcji (*squeeze out*) w przepisach prawa holdingowego", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 5, 2023, p. 15.

⁵⁷ Al mismo tiempo, incluso en relación con una sociedad anónima, visto desde la perspectiva de la sociedad dominante, el umbral se configura más favorablemente en la disposición relativa a los grupos de sociedades (artículo 21¹¹ § 1 CSM - 10%) que en la disposición general sobre *squeeze out* de una sociedad anónima (artículo 418 CSM - 5%). En otras palabras, una proporción mucho mayor de accionistas minoritarios puede ser eliminada en virtud de la legislación de grupos.

⁵⁸ Véase OPALSKI, A. "Nowe polskie prawo grup spółek – czy grupy spółek potrzebują kodeksowych przepisów? (cz. 2)", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 10, 2023, p. 12, junto con la bibliografía citada en la nota 30.

8. Cese de la participación en un grupo de sociedades

La participación en un grupo de sociedades cesará mediante un acuerdo adoptado por una mayoría de tres cuartos⁵⁹ de la junta general de una filial que participe en el grupo de sociedades, o mediante una declaración de cese de dicha participación por parte de la sociedad dominante a la filial que participe en el grupo de sociedades (véase art. 21¹⁵ CSM).

La adopción de un acuerdo por la junta general de una filial para poner fin a su participación en el grupo de sociedades pondrá fin a la existencia del grupo de sociedades cuando en el grupo sólo hubiera una filial y una sociedad dominante, pero cuando haya más de una filial en el grupo, la adopción de los acuerdos mencionados no pondrá fin a la existencia del grupo de sociedades que opere entre las demás filiales y la sociedad dominante⁶⁰.

9. Exclusión de la aplicación de las disposiciones relativas a los grupos de sociedades

En primer lugar, hay que señalar que un grupo de sociedades se limita únicamente a las sociedades de capital (véase art. 4 § 1 punto 5¹ CSM).

Las disposiciones de la Ley sobre una sociedad filial que participe en un grupo de sociedades no se aplicarán a:

- 1) una sociedad pública [atención: nota terminológica⁶¹];
- 2) una sociedad que sea una sociedad en liquidación y haya iniciado la distribución de sus activos o sea una sociedad en quiebra;
- 3) una sociedad que sea una entidad sujeta a la supervisión del mercado financiero en el sentido del artículo 1 apartado 2 de la Ley de supervisión del mercado financiero de 21 de julio de 2006⁶² (véase art. 21¹⁶ § 2 CSM).

Habida cuenta de la exclusión de dichas filiales, que son sociedades públicas⁶³, del ámbito subjetivo de aplicación de la ley sobre grupos de sociedades, no se plantean dudas jurídicas derivadas de la colisión del artículo 21⁶ CSM (acceso de la sociedad dominante a los libros y documentos de la filial) con las disposiciones de la ley del mercado de capitales relativas a la igualdad de acceso de los accionistas a la información sobre una sociedad pública y tampoco se teme una infracción de la legislación de la Unión Europea que regula estas cuestiones⁶⁴.

9.1. Comentarios críticos

Sin embargo, en la práctica, normalmente las mayores sociedades del grupo de sociedades son sociedades públicas⁶⁵. Así pues, La Enmienda deja sin regular un

⁵⁹ Esta disposición es de carácter imperativo, por lo que este fracción no puede modificarse.

⁶⁰ Véase GONET, W., "Tworzenie, funkcjonowanie, zakończenie działania grupy spółek", *Palestra*, n.º. 1-2, 2023, p. 104-105.

⁶¹ En el derecho polaco, una sociedad pública (*spółka publiczna*) tiene una definición diferente a la del derecho español. Es una sociedad de la que al menos una acción está admitida a negociación en un mercado regulado o introducida en un sistema alternativo de negociación en el territorio de la República de Polonia [véase art. 4 punto 20 de la Ley de 29 de julio de 2005 sobre la oferta pública, las condiciones para la introducción de instrumentos financieros en la negociación organizada y las sociedades públicas (texto consolidado Diario de Leyes de 2022, punto 2554 modificado)]. En este sentido, CSM utiliza el término "sociedad pública".

⁶² Diario de Leyes de 2022, punto 660. Así, esta exclusión cubre, entre otros, a las empresas de seguros o los bancos.

⁶³ Cf. nota 61.

⁶⁴ Véase Documento n.º 1515 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Gobierno sobre la modificación de la Ley - Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, p. 28.

⁶⁵ Cf. nota 61.

importante sector de las sociedades públicas, lo que reduce su importancia. Además, no existen argumentos convincentes que justifiquen esta reducción⁶⁶.

Asimismo, habida cuenta de que sólo una sociedad de capital puede dirigir un grupo, quedan totalmente excluidos de la normativa los casos en que un grupo esté dirigido por una sociedad personalista (por ejemplo una sociedad colectiva o comanditaria) o una entidad distinta de una sociedad, como una fundación o asociación. Así, si un grupo de este tipo quisiera someterse a la nueva normativa, primero tendría que someterse a una reorganización, por ejemplo, la conversión de la entidad matriz en una sociedad de capital.

10. Conclusiones

Obviamente, una referencia detallada y un análisis crítico de todas las cuestiones que son objeto de la nueva regulación del derecho de los grupos de sociedades no es factible en forma de un artículo, pero se ha intentado no obstante esbozar los problemas principales más llamativos.

La diferenciación de la situación jurídica de muchos grupos de sociedades de hecho frente a los grupos de sociedades que han optado por someterse a la nueva normativa socava la estabilidad y la seguridad del tráfico jurídico. Los grupos de sociedades que no hayan optado por someterse a la nueva regulación corren el riesgo de no poder invocar el interés del grupo de sociedades. Así pues, independientemente de que un grupo haya optado o no por adoptar una nueva regulación según un modelo de inclusión voluntaria, La Enmienda repercute en la estabilidad de su funcionamiento.

Al redactar las normas que definen un grupo de sociedades, la atención debería haberse centrado en el interés económico común de las sociedades constituyentes, ya que es éste el que determina que, desde una perspectiva económica, el grupo actúe como un único organismo económico – es un factor que caracteriza a un *holding* frente a las entidades vinculadas de la mera presencia de una relación de dominio y dependencia⁶⁷. El legislador parece haberse centrado demasiado en la institución de las ordenes vinculantes⁶⁸ en lugar de dar primacía y preparar los requisitos de la admisibilidad de la conducta de los consejeros en interés de un grupo de sociedades.

Queda por esperar, para los grupos de sociedades que no hayan hecho uso de *opt-in*, que la jurisprudencia permita a las filiales guiarse por el interés de la sociedad matriz (dominante) como su socio, que está relacionado con el interés del grupo en su conjunto, y al menos de esta forma encontrar una salida al problema planteado por la Enmienda.

Aunque una visión de sentido común impide reconocer que la Enmienda cierra la posibilidad de que todas aquellas agrupaciones que queden fuera del nuevo régimen se guíen por el interés del grupo de sociedades, hay que tener en cuenta que la ley promulgada no siempre es racional y sus consecuencias perjudiciales no siempre pueden minimizarse mediante la interpretación.

Una prueba clara de la insuficiencia de las soluciones adoptadas en La Enmienda es el hecho de que los grupos de sociedades que operan en Polonia aún no han decidido someterse a la nueva regulación⁶⁹.

⁶⁶ Véase también: Comentarios del Tribunal Supremo sobre el proyecto de ley del Gobierno por el que se modifica el Código de Sociedades Mercantiles y algunas otras leyes, 27 de septiembre de 2021, BSiA.1.021.24.2021, p. 3.

⁶⁷ Véase asimismo: OPALSKI, A., "Nowe polskie prawo grup spółek – krytyka założeń konstrukcyjnych (cz. 1)", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 8, 2023, p. 7.

⁶⁸ Al mismo tiempo, este enfoque no ha tenido en absoluto un impacto positivo en la calidad de esta normativa.

⁶⁹ Véase OPALSKI, A. "Nowe polskie prawo grup spółek – czy grupy spółek potrzebują kodeksowych przepisów? (cz. 2)", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 10, 2023, p. 4; KAPPES, A., SIEMIĄTKOWSKI, T., "Nadzór i kontrola w spółkach handlowych", *Przegląd Prawa Handlowego*, nº. 9, 2023, p. 18 *in principio*.

Uno puede ver los aspectos positivos en el hecho de que los académicos jurídicos, gracias a La Enmienda, tienen una gran cantidad de material para analizar, considerar y discutir, gracias a la creación de nuevas incertidumbres, pero no parece que este haya sido el objetivo de la introducción de la nueva ley de grupos de sociedades.

11. Bibliografía

- BŁASZCZYK, P. "Szczególna ochrona wspólnika mniejszościowego spółki zależnej w nowym polskim prawie grup spółek", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 12, 2022
- BUSZKIEWICZ, M. "Instytucja wydawania poleceń przez spółkę dominującą a ochrona wspólników mniejszościowych spółki zależnej obecnie i w projekcie prawa grup spółek", *Przegląd Prawa Handlowego* n°. 3, 2022
- GONET, W., "Tworzenie, funkcjonowanie, zakończenie działania grupy spółek", *Palestra*, n°. 1-2, 2023
- JANETA, J. ZBROJEWSKI, A. "Nadzór nie tylko urojony na kanwie referatów i dyskusji w ramach XII Forum Prawa Spółek "Nadzór i kontrola w spółkach handlowych"", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 9, 2023
- JURKOWSKI, K. "Warunki uczestnictwa w grupie spółek", *Monitor Prawniczy*, n°. 6, 2023
- JURZAK, K. "O wadliwości w zakresie regulacji formy i treści polecenia koncernowego", *Monitor Prawniczy*, n°. 21, 2022
- KAPPES, A. "Rzekoma ochrona spółki zależnej w prawie holdingowym", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 12, 2022
- KAPPES, A. "Rzekoma ochrona wierzycieli spółki zależnej w prawie holdingowym. Czas na odpowiedzialność przebijającą?", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 10, 2022
- KAPPES, A. "Rzekoma ochrona wspólników mniejszościowych w prawie holdingowym", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 8, 2022
- KAPPES, A., SIEMIĄTKOWSKI, T., "Nadzór i kontrola w spółkach handlowych", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 9, 2023
- KŁODA, M. "Problemy międzyczasowe nowelizacji Kodeksu spółek handlowych z 2022 r.", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 4, 2023
- LETOLC, P., SZYMAŃSKI, K.M., "Nowelizacja KSH 2022 – omówienie zmian", *Monitor Prawa Handlowego*, n°. 3, 2022
- OLSAK, K. *Interes spółki akcyjnej i spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w prawie polskim oraz hiszpańskim*, C.H. Beck, Varsovia, 2022
- OPALSKI, A. "Nowe polskie prawo grup spółek – czy grupy spółek potrzebują kodeksowych przepisów? (cz. 2)", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 10, 2023
- OPALSKI, A., "Nowe polskie prawo grup spółek – krytyka założeń konstrukcyjnych (cz. 1)", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 8, 2023
- PLESIŃSKI, P. "Procedura przymusowego wykupu udziałów oraz akcji (squeeze out) w przepisach prawa holdingowego", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 5, 2023
- SOBOCIŃSKI, F. "Odpowiedzialność odszkodowawcza wobec pośrednio poszkodowanego wspólnika/akcjonariusza spółki kapitałowej - zasady ogólne a nowa regulacja prawa holdingowego", *Monitor Prawa Handlowego*, n°. 4, 2022
- SZUMAŃSKI, A., "Nowe prawo grup spółek w Polsce – koncepcja systemowa regulacji prawnej", *Przegląd Prawa Handlowego*, n°. 8, 2022
- SZUMAŃSKI, A. "Problem dopuszczalności powoływania się na interes grupy spółek w nieformalnych albo pozaustawowych holdingach faktycznych w celu wyłączenia odpowiedzialności zarządców i nadzorców spółek uczestniczących w grupie", *Monitor Prawniczy*, n°. 21, 2022
- SZYMAŃSKI, K.M., OŚKA, J. "Nowelizacja KSH – przyczyny zmian oraz najważniejsze wprowadzone rozwiązania", *Edukacja prawnicza (Suplemento especial)*, n°. 1, 2023
- SZYSZKO, R. "Grupa spółek - definicja, kierowanie się interesem grupy, wiążące polecenia, odpowiedzialność spółki dominującej (wobec wierzycieli spółki

zależnej, spółki zależnej i wspólników / akcjonariuszy spółki zależnej)",
Temidium, n°. 3, 2022

WEBER, A. "Interes grupy spółek – ciało obce w sporach uchwałowych", *Przegląd
Prawa Handlowego*, n°. 7, 2023

ŻABA, M. "Wiążące polecenie wydane w grupie spółek a odmowa jego wykonania",
Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, n°. 12, 2022



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 390-405
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Bens jurídicos individuais e coletivos: reflexões sobre os critérios de distinção

Individual and collective legal interest: reflections on distinction criteria

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introdução; 2. A Titularidade do Bem Jurídico; 2.1 Concepção Monista-Individual de Bem Jurídico; 2.2 Concepção Dualista de Bem Jurídico; 3. A Identificação Dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.1 Os Critérios de Hefendehl para Identificar os Bens Jurídicos Coletivos; 3.2 Dos Critérios Adicionais de Greco Para a Identificação dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.3. Um Caminho para a Identificação dos Bens Jurídicos Coletivos; 3.4. O Caso dos Crimes de Tráfico de Drogas. 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo examinar criticamente os critérios estabelecidos para a identificação dos bens jurídicos coletivos pela doutrina mais moderna, tentando apresentar algumas críticas a eles, bem como buscando apresentar um caminho possível a ser seguido a delimitação dos bens jurídicos coletivos.

Palavras-chave: Bens jurídicos individuais. Bens jurídicos coletivos. Direito Penal.

Abstract: The purpose of this article is to examine the criteria established for the identification of collective legal interest by the most modern doctrine, trying to present some critics, as well as trying to present a possible path to be followed.

Keywords:

Individual legal interest. Collective legal interest. Criminal Law.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg. É Professor Colaborador do PPGD (mestrado) da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professor Titular do Programa de Doutorado em Ciências Penais da Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad San Carlos de Guatemala. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais frutíferos em Direito Penal, apesar de não ser particularmente novo, é o debate sobre o bem jurídico. Desde sua capacidade de rendimento, seus fundamentos, sua conceituação até a identificação de seus possíveis titulares, o tema sempre gera debates interessantes e consequências práticas importantes.

No presente artigo, pretende-se abordar o debate sobre a existência de bens jurídicos coletivos e sobre os critérios para diferenciá-los dos bens jurídicos individuais. A ideia, também, é tentar problematizar essa discussão e apresentar alguma sugestão sobre caminhos possíveis.

Aqui não se debaterá os fundamentos e o conceito de bem jurídico. Essa tarefa tentei realizar em outro artigo². No entanto, gostaria de expor a conceituação que me parece a mais adequada, para poder ter um ponto de partida para estudar os bens jurídicos coletivos.

Assim, de forma simplificada, entendo o bem jurídico como uma legítima (justificada) expectativa intersubjetiva de respeito que o seu titular tem em relação à proibição prevista num tipo penal.

Em outras palavras, todo titular de um bem jurídico tem uma expectativa de que terceiros respeitem seu patrimônio jurídico e não realizem a conduta prevista no tipo penal. Se essa conduta é realizada, há uma violação desse patrimônio jurídico, desse bem jurídico.

Não se deve, porém, confundir o bem jurídico com o direito subjetivo, pois a violação da expectativa criada pela norma penal não importa na perda do direito. A constatação da violação ao bem jurídico (da expectativa) não esvazia o direito do seu titular.

Essa violação, ademais, não é fática. O bem jurídico não ocupa lugar no espaço, não faz parte do mobiliário físico do mundo. Uma norma jurídica e uma expectativa de respeito têm fundamento e significado, mas não existem no mundo, salvo que, como diz VIVES ANTÓN, se esteja falando de um uso bastante incomum da palavra existir^{3 4}.

É claro que essa expectativa de respeito, o bem jurídico, muitas vezes protege substratos materiais. O tipo penal pode impor que não se toque, distorça, menoscabe ou destrua determinados objetos, substratos, animados ou inanimados, conscientes ou inconscientes, assim como pode proibir condutas que obstruam o desenvolvimento orgânico de seres vivos, que prejudiquem sua integridade sistêmica ou mesmo que interfiram na realização de atividades ou funções, orgânicas ou culturais, individuais ou coletivas. Mas isso não significa que o bem jurídico seja um objeto do mundo.

Isso significa apenas que a frustração das expectativas normativas legítimas, derivadas de tipos penais, pode muitas vezes se dar com a proibição ou imposição de determinadas atividades que têm reflexos na configuração física do mundo. Nada mais que isso.

²Os fundamentos materiais dessa proposta e o seu desenvolvimento podem ser encontrados. In: CABRAL, R.L.F. "Bem Jurídico como Expectativa Legítima de Respeito: Uma reflexão à luz da Filosofia da Linguagem", in: PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P.C. (Org.). *Direito Penal e Filosofia da Linguagem*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, pp. 27-39.

³VIVES ANTÓN, T.S. "Estudio preliminar", in: RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 50.

⁴Uma dessas formas não usuais da palavra existir é empregada por ROXIN, que assevera que o bem jurídico não é constituído por um substrato material, mas é uma realidade social que pode ser lesionada, de modo que não se trata de uma construção simplesmente imaginária, mas sim uma disponibilidade jurídico-social que pode muito bem ser lesionada, de modo que se deve rechaçar um conceito puramente abstrato ou ideal de bem jurídico. In: ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 50 ed., vol. 1, De Gruyter, Berlim, 2020, p. 67.

Essa expectativa – é importante ressaltar – não é um sentimento subjetivo. Na verdade, as normas intersubjetivas legítimas (institucionais ou práticas) criam essa expectativa de determinado comportamento. Quando a conduta vedada é realizada, frustra-se a expectativa gerada intersubjetivamente e viola-se o bem jurídico.

2. A TITULARIDADE DO BEM JURÍDICO

Um ponto fundamental no estudo do bem jurídico é saber se ele pode ser titularizado apenas por uma pessoa individual ou se também pode ter, como titular, uma coletividade. Nesse sentido, surgiu o importante debate sobre a legitimidade ou não da tutela, pelo Direito penal, de bens jurídicos coletivos.

Nessa disputa, de um lado, encontram-se partidários de uma posição monista-individualista, para quem só existem bens jurídicos individuais, e, de outro, há os defensores de uma concepção dualista, para quem existem tanto bens jurídicos individuais, quanto coletivos^{5 6}.

2.1 CONCEPÇÃO MONISTA-INDIVIDUAL DE BEM JURÍDICO

A concepção monista-individual ou monista-pessoal foi preconizada especialmente por HASSEMER e outros professores da denominada Escola de Frankfurt e propugna que o Direito Penal deve somente proteger bens jurídicos fundamentalmente individuais⁷.

HASSEMER afirma que, na tensão entre indivíduo, Estado e sociedade, o Direito Penal deve optar por amarrar a compreensão de bem jurídico à pessoa humana (teoria pessoal do bem jurídico). Portanto, a subordinação inafastável aos interesses dos seres humanos é condição de possibilidade desse conceito de bem jurídico⁸.

Sustenta que apenas uma concepção monista-pessoal atende aos reclamos de um Direito Penal liberal, porquanto a legitimidade da atuação estatal somente é possível quando os bens jurídicos da sociedade substanciem interesses da pessoa, ainda que indiretamente^{9 10 11}.

⁵Existe, também, uma concepção monista-estatal ou monista-coletivista. Conforme GRECO, ela propugna que *"todos os bens jurídicos serão um reflexo de um interesse do estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecíveis enquanto tais, porque o indivíduo só seria protegido na medida em que isso interessasse ao estado ou ao coletivo."* Ainda sobre essa concepção, GRECO consigna: *"essa posição, pelo seu evidente autoritarismo, não é mais praticamente sustentada. Ela foi apaixonadamente propugnada por Binding e, na atualidade, vejo em Weigend seu único defensor na Alemanha"*. In: GRECO, L. "Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito", in: *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 86.

⁶Sobre as distinções entre as concepções monistas e dualistas, cf.: HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch", in: KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U. & PAEFFGEN, H.U.U. (org.), 3ª ed., Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden, 2010, pp. 113-114.

⁷HASSEMER não nega a existência de bens jurídicos coletivos, apenas sustenta que eles não devem ser tutelados pelo Direito Penal, cf.: HASSEMER, W. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in *Strafen im Rechtsstaat*, Nommos, Baden-Baden, 2000, p. 167.

⁸HASSEMER, W. "Grundlinien einer (...)", Ob. Cit., pp. 166-167.

⁹HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum (...)" Ob. Cit., p. 114.

¹⁰HASSEMER admite possível a existência de um bem jurídico que tenha uma referência indireta ao ser humano, como é o caso da tutela do meio ambiente, que, na verdade, não protegeria a pureza do meio ambiente, mas saúde e a vida humana. In: HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum (...)", Ob. Cit., p. 115.

¹¹Existe, também, uma concepção que se pode chamar de personalista radical, que defende que o bem jurídico é legítimo apenas quando relação entre ele e o indivíduo for direta. Essa tese é defendida por autores como ZAFFARONI, FERRAJOLI e TAVARES. Cf.: GRECO, L.

Desse modo, propõe que a tutela penal estatal deve ser reduzida a um direito penal nuclear (*Kernstrafrecht*), que compreende tão somente a proteção contra violações dos bens jurídicos individuais clássicos, sugerindo que os problemas mais recentes da sociedade moderna devem ser resolvidos por um Direito de Intervenção (*Interventionsrecht*), que deve constituir um novo ramo do Direito, que se situa entre o Direito Penal e o Direito Administrativo ou direito de polícia (*Recht der Ordnungswidrigkeiten*), entre o Direito Civil e o Direito Público. Um Direito que oferece menos garantias que o Direito penal, mas que, em contrapartida, impõe sanções menos severas^{12 13 14}.

2.2 CONCEPÇÃO DUALISTA DE BEM JURÍDICO

A concepção dualista de bem jurídico, amplamente majoritária, concebe que o Direito penal deve defender tanto bens jurídicos individuais, quanto bens jurídicos coletivos¹⁵.

Os partidários da concepção dualista afirmam que a tutela de bens jurídicos coletivos é imprescindível para o livre desenvolvimento dos indivíduos¹⁶.

Deixar de lado a intervenção penal em temas tão centrais para a vida social e do próprio cidadão - como a punição do peculato, dos crimes ambientais, dos delitos contra a ordem tributária - importa na inviabilização de uma vida adequada em sociedade, um desmonte do Estado social. Seria permitir as violações aos bens jurídicos cometidas pelos mais fortes e poderosos, reservando o Direito penal somente aos "clássicos" delitos, o que, na prática, faz com que a intervenção penal mire sua artilharia apenas em direção aos mais fracos e pobres. Isso erosiona ainda mais a legitimidade e credibilidade do Direito Penal e consagraria uma

"Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, nº 7/8, 2012, p. 354.

¹²HASSEMER, W. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 25, Jahrg., Heft., 10, Oktober, 1992, p. 383.

¹³Para referências a respeito da posição dos integrantes da denominada Escola de Frankfurt, cf.: ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5º ed., vol. 1, De Gruyter, Berlim, 2020, pp. 69-71.

¹⁴Em sentido semelhante, é a proposta de SILVA SÁNCHEZ, que propugna um Direito Penal de segunda velocidade para os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, bem como para condutas que se encontram distantes de um perigo real para um bem jurídico individual ou mesmo supraindividual. Nessa modalidade de Direito Penal, haveria um afastamento da aplicação das penas de prisão, aproximando-se mais de um Direito Administrativo sancionador, com penas privativas de direitos, multas e sanções aplicáveis a pessoas jurídicas. Por outro lado, nele também haveria uma flexibilização dos critérios de imputação e das garantias político-criminais. SILVA SÁNCHEZ admite, porém, eventualmente, a aplicação do Direito Penal tradicional (de primeira velocidade) aos ilícitos contra bens jurídicos supraindividuais quando exista uma lesão ou perigo real a esses bens. In: SILVA SÁNCHEZ, J.M. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 159-162.

¹⁵A nomenclatura para os bens jurídicos coletivos é bastante ampla. É possível encontrar o emprego das seguintes expressões sinônimas: bens jurídicos supraindividuais, coletivos, comunitários, universais, sociais, difusos, difundidos e interesses gerais. Sobre o tema, cf.: PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 50-52.

¹⁶ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner (...)*, Ob. Cit., p. 28.

verdadeira plutocracia penal^{17 18}.

Por essas razões, atualmente, existe um grande domínio das teorias dualistas, mesmo porque nenhum país de nossa tradição jurídica – pelo menos até onde se tem notícia – abandonou a incriminação de delitos que atingem bens jurídicos coletivos¹⁹.

3. A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

As críticas mais importantes que se têm apontado contra a concepção dos bens jurídico coletivos não são propriamente contra a sua existência, mas sim contra o uso abusivo desse conceito. A denominada hipostasia dos bens jurídicos coletivos. Uma fraude de etiquetas, com o objetivo de incriminar condutas que só falsamente protegem bens jurídicos coletivos, pois, ao fim e ao cabo, examinando-se esses tipos penais com um olhar mais atento e crítico, conclui-se que, na verdade, não protegem bem jurídico algum ou, quando muito, protegem apenas bens jurídicos individuais²⁰.

Essa é uma discussão muito importante, pois pode ter consequências práticas relevantes, uma vez que: (i) a identificação de crimes sem uma efetiva proteção a bens jurídicos levaria ao esvaziamento da legitimidade de sua incriminação²¹; (ii) saber se um bem jurídico é individual ou coletivo permite realizar um exame sobre a proporcionalidade da resposta penal, pois, muitas vezes, um falso bem jurídico coletivo protege, na verdade, um bem jurídico individual, por meio de delitos de perigo, de modo que nada recomenda que a punição do delito de perigo seja mais severa do que a do crime de lesão²²; (iii) nos bens jurídicos individuais o consentimento pode afastar a tipicidade, o que não ocorre se o bem jurídico for coletivo^{23 24}, (iv) a prática de delitos que tutelam bens jurídicos coletivos não

¹⁷Nessa toada, é a dura e acertada crítica de SCHÜNEMANN à concepção do monista-individual defendida por HASSEMER: "(...) a teoria pessoal do bem jurídico caiu na armadilha desta sociedade pós-moderna, tomou seus mundos ficcionais e suas técnicas de ocultação como seu núcleo essencial e a elevou à categoria de objeto de proteção de nível superior do Direito Penal, para o desperdício de recursos das gerações futuras, pelo hedonismo sem sentido de um pseudo-individualismo fabricado industrialmente, um desperdício que na verdade está em sintonia com um conceito primitivo de delito". SCHÜNEMANN, B. "Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana", in: Obras, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 225.

¹⁸Criticamente à teoria monista-individual, veja-se também: GRECO, L. "Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos (...)", Ob. Cit., p. 354-357.

¹⁹Sobre o tema, HEFENDEHL, com razão, afirma que: "Tampouco é necessário ocupar-se de modo mais detido na afirmação – aliás, nunca formulada de modo muito consequente – segundo a qual os bens jurídicos coletivos seriam ilegítimos. A esta ideia deve-se objetar não apenas que ela se trata de um mero postulado político-criminal, mas sim, e em primeira linha, que, apesar de sua coerência interna e das virtudes estéticas daí decorrentes, trata-se de uma exigência aberrante. Ninguém até hoje ousou conceber um Direito Penal sem delitos de funcionários, de delitos contra a Administração da Justiça e de falsificação de moeda. As concepções focadas em bens jurídicos individuais desenvolvem suas críticas com base em certos adversários 'peso-leve' escolhidos sob medida, isto é, com base em certos tipos penais que, ao serem corretamente analisados, em geral sequer protegem bens jurídicos coletivos, e sim se referem a uma ulterior e, na verdade, desnecessária proteção de bens individuais". HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 73.

²⁰ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner (...)*, Ob. Cit., pp. 27-28.

²¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 352-353.

²²GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 352.

²³O delito de tráfico de drogas, por exemplo, que, para alguns autores, como GRECO não protegem bem jurídico coletivo, mas individual. Nessas hipóteses, haveria eventualmente a possibilidade do afastamento da tipicidade pelo consentimento. Cf.: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 352.

²⁴No sentido de que o delito de tráfico de drogas protege bem jurídico intermediário, cf.: SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 63.

autoriza o uso da legítima defesa pelo agredido, enquanto que no caso dos bens jurídicos individuais seu uso é possível; dentre outros aspectos dogmáticos relevantes que podem ser levados em consideração com um escrutínio crítico dos tipos penais que abusam na invocação de bens jurídicos coletivos.

Por essas e outras razões é que se tem debatido quais são os critérios para a identificação dos bens jurídicos coletivos.

O mais óbvio desses critérios é observar a sua titularidade. Existindo um bem jurídico de titularidade de uma pessoa física (ou mesmo jurídica privada) se estaria diante de um bem jurídico individual. Quando a titularidade do bem é da sociedade, da comunidade, do Estado ou de outros entes públicos, haveria um bem jurídico coletivo²⁵.

Sem embargo, essa diferenciação, muitas vezes, resulta insuficiente. Por isso, é importante desenvolver-se critérios mais precisos para saber se estamos diante de um bem jurídico individual ou coletivo²⁶.

3.1 OS CRITÉRIOS DE HEFENDEHL PARA IDENTIFICAR OS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Com o objetivo de identificar os verdadeiros bens jurídicos coletivos, HEFENDEHL²⁷, com base em Robert ALEXY^{28 29}, propõe que devem estar presentes os seguintes critérios:

(i) o da não exclusividade do seu gozo (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*), que significa que o bem jurídico, para ser coletivo, deve viabilizar que mais de uma pessoa goze dele ao mesmo tempo;

(ii) o da não rivalidade do consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*) (ou não consumibilidade) que estabelece que o consumo do bem coletivo por um indivíduo não impede, nem dificulta, que outros indivíduos dele também gozem; e

(iii) o da não distributividade (*Nicht-Distributivität*), que assenta que o bem coletivo não pode ser dividido em parcelas destacáveis para determinados indivíduos. Assim, não é possível indicar de forma individualizada os eventuais

²⁵PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 53-54.

²⁶GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 353.

²⁷Importante registrar, com PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ, que: "A pesar de la importancia de Hefendehl en la exposición sistemática y desarrollo de estas características, es preciso aclarar que algunas de ellas ya se deducían —de manera expresa o tácita— de la exposición anterior sobre determinados bienes jurídicos efectuada por algunos penalistas, a los que podría calificarse entonces de precursores de la concepción restringida: sería el caso de Kuhlen, Schünemann o Koriath en Alemania". In: PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 113.

²⁸ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 239 e ss.

²⁹ALEXY, por sua vez, desenvolve sua proposta a partir do conceito econômico de bem coletivo, em que são utilizados os critérios da não exclusividade do gozo (*Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung*) e da não rivalidade do consumo (*Nicht-Rivalität des Konsums*). Esses dois critérios, segundo ALEXY, devem ser auxiliados pelo conceito de não distributividade (*Nicht-Distributivität*), que se faz presente quando "for conceitualmente, factual ou legalmente, impossível dividir o bem em partes e atribuí-las separadamente aos indivíduos." E arremata: "bens coletivos são bens não distributivos". In: ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: (...)*, Ob. Cit., pp. 239-240.

titulares dos bens jurídicos, ainda que seja um elevado número de pessoas^{30 31 32 33}.

Examinando-se a proposta apresentada por HEFENDEHL, verifica-se a existência de alguns problemas.

Primeiro. HEFENDEHL toma emprestado um conceito econômico de bem coletivo (usado também por ALEXY) realizando, portanto, uma troca categorial: utilizou um conceito de bem coletivo para conceituar bem jurídico (coletivo), que é algo bastante distinto.

O conceito de bem para a economia (ou mesmo para o direito civil) não é idêntico e não pertence à mesma categoria conceitual do bem jurídico. Essa confusão somente acentua as dificuldades já existentes para a definição penal de bem jurídico coletivo.

Segundo. Os critérios da não exclusividade do gozo e da não rivalidade do consumo, com asseverado por GRECO, não são muito claros³⁴.

Além disso, o gozo e o consumo são faculdades inerentes ao direito de propriedade (CC, art. 1.228). Gozar para o Direito Civil é fruir, utilizar os frutos de um bem (*ius fruendi*). Consumir é o ato de usar bens móveis consumíveis, que são aqueles cujo uso importa na imediata destruição da própria substância - *primo usu consummuntur* (CC, art. 88).

Não é difícil concluir que esses atributos não são aplicáveis à maioria dos bens jurídicos. O titular do bem jurídico vida não a consome. O titular do bem jurídico honra não tira os frutos desse bem.

Falar em consumo e gozo dos bens jurídicos não parece fazer muito sentido. O que o titular tem – como aqui defendido – é uma expectativa de respeito a esse bem jurídico.

Terceiro. Mesmo quando se fala em bens jurídicos coletivos esses critérios não parecem funcionar. Um bem público (patrimônio público), por exemplo, que é um bem jurídico coletivo, pode ter seu uso e gozo limitados, sem desvirtuar sua natureza coletiva³⁵.

Uma escola pública tem um número limitado de alunos matriculados que gozarão das suas instalações, dos materiais e dos serviços ali prestados. Uma sofisticada garrafa de vinho adquirida pelo governo federal para servir em um jantar de Estado será consumida por um número bastante reduzido de pessoas. Isso não afasta a titularidade coletiva desses bens.

Por isso, a tese de HEFENDEHL não pode ser adotada de forma integral, merecendo, portanto, alguns reparos e complementações.

3.2 DOS CRITÉRIOS ADICIONAIS DE GRECO PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

ROXIN e GRECO sustentam que a diferença entre os critérios apresentados

³⁰HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, Münche, Carl Heymanns Verlag, 2002, pp. 111-112;

³¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 353-354.

³²HEFENDEHL faz uma advertência com relação ao critério da não rivalidade do consumo. Afirma que há hipóteses em que "o bem coletivo é vulnerável a um consumo irregular e, por isso, passível de redução e destruição". Nesses casos de consumo irregular, existe uma rivalidade do consumo (é dizer, o consumo de alguns prejudica o consumo dos demais). Assim, o meio ambiente, por exemplo, não pode ser colocado para o consumo ilimitado de toda a coletividade. Sustenta, sem embargo, que remanesce a possibilidade de o bem coletivo ser consumido de forma regular, mantendo-o, portanto, intocado. Cf.: HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 84.

³³Assim também em: HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter* (...), Ob. Cit., p. 113.

³⁴ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., vol. 1, De Gruyter, Berlim, 2020, p. 25.

³⁵O mesmo ocorre com os bens ambientais, cujo uso e gozo podem ser restringidos, como, inclusive, parece reconhecer o autor, em: HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter* (...), Ob. Cit., p. 113.

por HEFENDEHL não é tão clara. Defendem, portanto, que o requisito da não distributividade (ou da indivisibilidade^{36 37}) é suficiente para a identificação dos bens jurídicos coletivos^{38 39}(também conhecido como critério da indivisibilidade⁴⁰).

Para eles, caso seja possível indicar de forma destacada os eventuais titulares dos bens jurídicos se estará diante de um bem jurídico individual e não coletivo.

Desenvolvendo sua posição sobre o tema, GRECO apresenta critérios adicionais ao da indivisibilidade. Oferece, nesse sentido, três regras básicas para afastar a existência de um bem jurídico coletivo.

A primeira regra (denominada de teste da circularidade) estabelece que: *"o fato de que um dispositivo penal não seria legítimo sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem"*. Com isso, busca evitar que se "inventem" bens coletivos como forma de tentar legitimar tipos penais que são ilegítimos, que não têm verdadeiros bens jurídicos, pois *"o problema dos bens jurídicos coletivos está em que eles solucionam todos os problemas"*. Com essa criação fictícia de um bem jurídico coletivo, se busca dar um verniz de legitimidade a um tipo penal ilegítimo. Aceitar essa manobra de multiplicação de bens coletivos inexistentes seria acabar com a crítica e o controle sobre a racionalidade do legislador penal que a teoria do bem jurídico permite realizar⁴¹.

A segunda regra (teste da divisibilidade) assenta que: *"O fato de que um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo"*. Isso porque, o bem jurídico coletivo é indivisível. Ele não deve ser composto pela mera soma de bens jurídicos individuais, ainda que envolva um número indeterminado de pessoas. Se isso ocorre, não é possível simplesmente negar a existência de um bem jurídico individual invocando a presença de uma instituição social, como um corpo coletivo, como forma de assentar a presença de um bem jurídico coletivo⁴².

A terceira regra (teste da não-especificidade) propugna que *"não é*

³⁶GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)" Ob. Cit., p. 354.

³⁷No âmbito da tutela coletiva não penal do direito brasileiro, o critério da indivisibilidade também é utilizado pelo Código de Defesa do consumidor para conceituar os interesses ou direitos difusos, que são: *"os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"*. In: BRASIL. Código de Defesa do Consumidor - art. 91, parágrafo único, I, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: 20 nov. 2023.

³⁸ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht*, (...) Ob. Cit., p. 25.

³⁹A esse respeito, GRECO consigna que: *"A relação destes três critérios entre si não é tão clara. Ainda assim, parece plausível recorrer apenas ao terceiro critério, o da não-distributividade ou indivisibilidade: a não-rivalidade do consumo não consegue dar conta dos bens não-consumíveis. Já a não-exclusividade do gozo parece decorrer da indivisibilidade ou mesmo não passar de uma redescritção dela. Entendemos, portanto, como bem coletivo aquele que não pode ser dividido em parcelas passíveis de atribuição aos indivíduos. A administração da Justiça é, assim, um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira. O mesmo se diga da pureza do ar: não existe uma parcela do ar destinada A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar. Já o espólio é um bem individual, porque a parte de cada herdeiro é identificável"*. GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁰Conforme MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, indivisível é aquele bem jurídico em que *"não é conceitualmente (nem fática, nem juridicamente) possível sua divisão em partes, de tal maneira que se possa atribuir de forma individual em porções"*, de modo que não é possível decompor-se o bem em uma pluralidade de interesses individuais. In: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico: Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 160.

⁴¹GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 358-359.

⁴²GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 359-362.

permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal, se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual". Assim, se o bem jurídico precisa de uma concomitante violação a um bem individual, não é um bem coletivo. Ademais, não é possível invocar-se um objeto "por trás" da norma jurídica, como, por exemplo, a segurança pública ou a confiança, pois essa violação indireta permite fundamentar a existência de bens jurídicos coletivos em quase todos os crimes. Ao buscar tal objeto, seria possível dizer, por exemplo, que o crime de furto – além de violar o patrimônio – também viola indiretamente a segurança pública. Assim, GRECO defende que deve existir uma relação direta entre a conduta e violação do bem jurídico coletivo. Ademais, deve existir um desvalor adicional do bem jurídico coletivo em relação ao bem jurídico individual⁴³.

Examinando-se esses critérios defendidos por GRECO, expostos aqui de forma bastante simplificada⁴⁴, é possível afirmar que:

(i) A primeira regra (teste da circularidade), na verdade, não constitui um critério para identificar os bens jurídicos coletivos. Ela expõe um problema relevante (criação artificial de bens jurídicos coletivos como forma de justificar tipos penais ilegítimos ou desproporcionais). É um bom alerta para que o intérprete não se engane no exame da tutela do tipo penal, mas não ajuda a identificar o que é o bem jurídico coletivo.

(ii) A segunda regra (teste da divisibilidade), em última análise, reafirma o critério de HEFENDEHL da não distributividade dos bens jurídicos coletivos, assentando que não basta a mera soma de bens jurídicos individuais para a caracterização do bem jurídico coletivo (mais uma vez um critério negativo, como reconhece o próprio GRECO⁴⁵). Não há, pois, grande novidade para o debate já existente.

O critério da indivisibilidade também não funciona sempre. Por exemplo, no crime de poluição do ar ou de um rio, é possível destacar eventuais pessoas diretamente atingidas, como a específica família que vive em uma propriedade rural atingida por nuvens negras em virtude de queimadas ilegais ou os confrontantes de um pequeno lago poluído em decorrência do descarte ilegal de dejetos animais⁴⁶ ⁴⁷. A possibilidade de destacar essas pessoas não desnatura a existência de um bem jurídico coletivo⁴⁸ ⁴⁹.

(iii) A terceira regra (teste da não-especificidade) efetivamente constitui um critério novo para a compreensão dos bens jurídicos coletivos, tentando separá-los

⁴³GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., pp. 362-364.

⁴⁴A exposição aqui feita não faz juz à clareza e à força da explicação realizada por GRECO. Assim, para uma visão mais justa das suas argumentações, o mais correto é examiná-las diretamente no artigo citado.

⁴⁵GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 365.

⁴⁶Em uma outra perspectiva, se todos os proprietários privados de terras banhadas por um lago, por meio do seu condomínio, promovem o despejo ilegal de dejetos que podem causar dano potencial a saúde humana (daqueles mesmos moradores), ainda assim há a violação do bem jurídico meio ambiente, mesmo que os poluidores sejam os diretamente prejudicados pelo crime ambiental (art. 54, Lei dos Crimes Ambientais). GRECO argumenta que: "não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar". In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁷O argumento acima (nota 46) não convence, pois, em inúmeros casos, inclusive na poluição atmosférica, é possível identificar pessoas diretamente prejudicadas.

⁴⁸Aliás, nesse caso, o consentimento e o concurso de agentes (uma espécie de autolesão) não afastariam a violação a esse bem jurídico. Em sentido contrário, GRECO argumenta que: "não existe uma parcela do ar destinada a A, outra a B, outra a C, outra a N, mas cada qual pode respirar o ar como um todo, colhendo o mesmo benefício da pureza desse ar". In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 354.

⁴⁹O argumento acima (nota 48) não convence, pois, em inúmeros casos, inclusive na poluição atmosférica, é possível identificar pessoas diretamente prejudicadas.

dos bens jurídicos meramente individuais ou mesmo dos tipos penais irracionais ou ilegítimos.

A proposta de exigir a presença de uma relação direta entre a incriminação e a afetação do bem jurídico coletivo e que essa violação deva ser autônoma do bem individual é interessante, na medida em que busca evitar uma espécie de busca por uma progressão ao infinito das consequências dos delitos, com a finalidade de identificar bens jurídicos coletivos.

Nessa perspectiva, como corretamente critica GRECO, caso se admitisse uma relação indireta entre a conduta e as suas consequências, seria possível afirmar que o crime de furto viola o patrimônio individual (diretamente), mas também indiretamente a segurança pública. Indo mais além, poderia atingir a administração da justiça (com as entidades do Sistema Penal tendo que agir para a repressão do delito), o patrimônio público (com a necessidade de gastos do aparato estatal e penitenciário), e assim sucessivamente.

Obviamente, admitir essa progressão levaria à conclusão de que, ao fim e ao cabo, todos os crimes lesionam bens jurídicos coletivos (mais ou menos na esteira do monismo coletivista de matriz autoritária).

Portanto, o critério parece ser produtivo.

Sem embargo, a primeira dificuldade dessa proposta é que, em alguns casos, não é muito fácil precisar a existência dessa relação direta, mesmo porque ela é normativa e não ontológica.

Nos crimes de lesão e de perigo concreto geralmente não é tão difícil identificar essa relação entre ação delitiva e uma consequência que importa na violação a um bem jurídico. Porém, nos crimes de perigo abstrato observar essa relação já torna a tarefa muito mais complexa e, arrisco dizer, as vezes até mais imaginativa. Existe, portanto, uma dificuldade de falta de precisão do critério em determinados casos.

O segundo problema é que o critério proposto não admite a existência de uma relação indireta entre a ação e um bem jurídico coletivo, mas permite que se busque essa relação indireta (e muitas vezes imaginária) entre uma conduta criminosa e um bem jurídico individual.

Em outras palavras, a proposta de GRECO recomenda que não se deve invocar uma relação indireta da ação delitiva com bens jurídicos coletivos, mas acaba buscando essa mesma relação indireta para afirmar a existência de um bem jurídico individual.

Levando a sério esse critério da relação direta praticamente se acaba com a categoria dos bens jurídicos coletivos (consequência essa que nem sequer os monistas conseguiram alcançar). É que apenas em raros exemplos, como o da corrupção citado por GRECO⁵⁰, não haverá uma consequência indireta entre a conduta e um bem jurídico individual.

Por exemplo, com relação ao crime de tráfico, tido por GRECO como protetor do bem jurídico individual saúde humana, pode-se citar o seguinte exemplo, bastante cotidiano. Um motorista de caminhão é preso por tráfico de drogas, ao ser surpreendido pela polícia rodoviária, na estrada vindo do Paraguai, transportando uma tonelada de maconha.

Na verdade, não é possível estabelecer concretamente uma relação direta entre essa conduta (transportar droga) e a saúde individual de uma pessoa determinada. Muito provavelmente não será o caminhoneiro que venderá a droga

⁵⁰ O exemplo citado é o seguinte: *"Imagine-se o caso do funcionário atolado em seu trabalho que recebe dinheiro para realizar um ato vinculado que já deveria ter praticado, mas pratica esse ato depois do expediente, não gerando, assim, qualquer desvantagem aos demais que aguardam a prática desse ato. O particular, que é beneficiário, não é vítima, mas provavelmente até autor do delito de corrupção ativa (art. 333, CP brasileiro). Os demais particulares que também estão aguardando a prática do ato pelo funcionário não foram passados para trás e portanto não sofreram qualquer dano". In: GRECO, L. "Existem Critérios para a (...)", Ob. Cit., p. 356.*

para o consumidor final. É muito provável que existam ainda alguns elos na cadeia de distribuição da droga, com outros agentes intervenientes, até chegar à pessoa que fará o uso da maconha. Portanto, não existe uma relação direta entre a ação (conduzir caminhão carregado com droga) e a saúde humana individual.

No caso do tráfico, a mesma crítica que se faz ao dizer que a violação ao bem jurídico saúde pública é meramente indireta, também pode ser feita ao afirmar que o tráfico de drogas viola um bem jurídico individual. A relação entre a conduta e a consequência é hipotética, bastante distante e depende de outros desdobramentos causais. Portanto, em casos como esse, exigir uma relação direta entre a ação e o bem jurídico não ajuda a identificar se ele é individual ou coletivo.

O terceiro problema é que existem muitos crimes que violam bens jurídicos coletivos em que não é possível – como propõe GRECO – identificar uma violação do bem coletivo de forma autônoma ao bem individual.

Por exemplo, no crime de falso testemunho, GRECO afirma que: “A administração da Justiça é (...) um bem coletivo, porque uma boa Justiça é algo que pertence a todos os cidadãos de igual maneira”⁵¹.

O argumento também não convence. No falso testemunho a violação do bem jurídico coletivo pressupõe a simultânea afetação do bem individual. É que a relação direta entre infração penal e bem jurídico é com o bem individual da parte prejudicada e não com a coletividade. Só indireta e abstratamente é possível falar em violação a um bem jurídico coletivo. Sem a violação ao direito da parte, não existe um desvalor direto adicional, não existe crime contra a administração da justiça. Um falso testemunho em um processo penal na Justiça Estadual de Laranjal do Jari/AP não tem transcendência direta alguma para os jurisdicionados de Curitiba/PR. Portanto, de acordo com o critério de GRECO, o falso testemunho tutelaria um mero bem jurídico individual.

Por fim, talvez, o principal problema dessa proposta do professor GRECO é que ela acaba por – salvo pequenas exceções – não reconhecer como bens jurídicos coletivos legítimos a proteção contra o ataque e o embaraço ao bom funcionamento de instituições públicas ou de interesse público, o que esvazia a importância delas para a vida moderna, especialmente para a concretização de direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na Constituição. Vamos tentar retomar esse assunto mais adiante.

Para encerrar, é certo que – apesar das críticas aqui lançadas – os critérios apresentados por HEFENDEHL e GRECO, em muitos casos, podem sim servir como ferramenta bastante útil para deixar às claras a ausência de um bem jurídico coletivo e podem ser utilizadas como boas razões para apontar a falta de legitimidade de determinados tipos penais ou mesmo a sua irracionalidade.

Portanto, como conclusão intermediária é possível afirmar que os critérios podem ser úteis, mas nem o são.

3.3. UM CAMINHO PARA A IDENTIFICAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS COLETIVOS

Aqui, se defende que o bem jurídico coletivo é substanciado por uma legítima expectativa de respeito que transcende a mera esfera individual, uma vez que ela é compartilhada pelos integrantes de determinada sociedade.

A primeira manifestação em que se pode identificar essa transcendência ocorre quando o bem jurídico envolve a satisfação de necessidades absolutas da espécie humana.

Essa hipótese inclui os casos em que está em jogo a preservação da própria existência coletiva da vida e saúde humanas, por exemplo, desde uma perspectiva: (i) biológica permitindo a sua preservação e desenvolvimento e (ii) ambiental, assegurando as condições materiais para a existência da vida humana e seu desenvolvimento saudável.

⁵¹GRECO, L. “Existem Critérios para a (...)”, Ob. Cit., p. 354.

O crime de manipulação genética de células germinais humanas coloca em perigo abstrato a existência biológica do ser humano (art. 13 da Lei n. 8.974/95). Os crimes ambientais colocam em perigo as condições materiais de existência da vida e saúde humanas.

Ademais, a existência do ser humano como espécie coletiva não se restringe às necessidades biológicas, pois também não se pode prescindir das necessidades sociais⁵², que garantam as condições para a existência interpessoal, o desenvolvimento e aperfeiçoamento da sociedade, inclusive a partir de uma visão política, educacional, econômica, cultural, etc.

Aqui, entram em jogo, por exemplo, os crimes de racismo (v.g. art. 20 da Lei n. 7.716/89), que afeta o reconhecimento interpessoal das pessoas de determinada raça, e também os crimes contra o patrimônio paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental (v.g. art. 63 da Lei n. 9.605/98), que colocam em perigo esse patrimônio social imaterial.

Em suma, em uma primeira perspectiva, substanciam bens jurídicos coletivos aqueles que geram a expectativa de respeito às condições de uma existência humana plena, vinculada às próprias condições de vida, saúde, meio ambiente e desenvolvimento social.

Ademais, e esse é um ponto bastante importante, para a preservação e desenvolvimento do ser humano como espécie, desde uma perspectiva biológica, ambiental ou social, foram criadas em nossas sociedades instituições, com o objetivo de concretizar finalidades públicas e direitos individuais ou coletivos.

Assim, as infrações penais que punem as condutas que afetam as condições materiais para a existência de instituições públicas (v.g. crimes contra a ordem tributária) ou que proíbem o ataque ao adequado funcionamento de instituições com finalidades públicas, também podem tutelar bens jurídicos coletivos (v.g. crimes contra as instituições democráticas – art. 359-L, CP).

Em outras palavras, a proteção às condições de existência e à funcionalidade (em deveres prestacionais ou de proteção) de instituições com finalidades públicas pode substanciar a tutela de bens jurídicos coletivos.

Com essa perspectiva, parece ser possível assegurar um mínimo de legitimidade à afirmação de que determinados tipos penais tutelam efetivamente bens jurídicos coletivos.

Sem embargo, a tarefa de delimitação entre os bens jurídicos individuais e coletivos e a sua concretização deverá ser feita em cada ordenamento jurídico⁵³, de acordo com a específica configuração dos seus tipos penais.

Resta à doutrina penal e à jurisprudência avaliar se essa divisão não é arbitrária e se está amparada por boas razões. Lembrando, porém, que o conceito de bem jurídico não serve para criticar as más escolhas político-criminais do legislador, mas para exigir que essas construções sejam dotadas de legitimidade e racionalidade, com a finalidade de evitar-se a realização de injustiças.

Em suma, é possível afirmar a presença de um bem jurídico coletivo, quando o tipo penal traga subjacentes boas razões, potencializando a aceitabilidade racional

⁵²HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.

⁵³A Constituição da República brasileira, por exemplo, faz referência expressa a bens jurídicos coletivos, tais como os crimes políticos, os contra bens, serviços e interesses da União (art. 109, I), os crimes contra a organização do trabalho, os que afetam sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (art. 109, VI), os crimes militares (art. 124, I). Tais referências, porém, podem ser objeto de crítica pontual, para receberem uma interpretação conjunta com o princípio da proporcionalidade.

dos tipos penais e dotando-a de legitimidade^{54 55}.

Portanto, aqui se defende que para diferenciar os bens jurídicos individuais dos coletivos é possível observar alguns passos (bastante simples e evidentes), não exaustivos e que podem ser problematizados e complementados caso a caso, inclusive com a possível invocação, quando fizer sentido, das regras trazidas por HEFENDEHL e GRECO.

1º Passo. Deverá o intérprete examinar a incriminação específica, verificando se descrição típica faz uma vinculação a determinada ou determinadas vítimas privadas (pessoa natural ou jurídica). Se o tipo penal claramente delimita a expectativa de respeito a uma pessoa individual (ainda que seja possível a existência de várias vítimas), sem nenhuma transcendência de expectativa compartilhada, o bem jurídico é individual.

Além dos casos evidentes (como homicídio, furto, roubo, estupro, etc.), pode-se citar, por exemplo, o crime de redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149).

Muito embora a sua prática envolva a violação a direitos coletivos de trabalho (v.g. que proíbem a jornada exaustiva de trabalho em condições degradantes), o crime é praticado contra uma ou várias pessoas determinadas. Trata-se, portanto, de crime que tutela um bem jurídico individual e não coletivo.

Da mesma forma, o crime do art. 168 da Lei de Falências, que expressamente prevê o prejuízo aos credores, não tutela um bem jurídico economia ou de afetação ao crédito, mas tão somente um bem jurídico patrimonial individual⁵⁶.

Essa ideia vale, inclusive, para os casos em que há diversas vítimas sob uma mesma relação jurídica base ou decorrentes de uma origem comum, em que a doutrina cível denomina de direitos coletivos e direitos individuais homogêneos (CDC, art. 82, II e III).

Nesses casos, sendo possível delimitar claramente a vítima, mesmo que sejam várias, o crime tutela bem jurídico individual (v.g. inúmeras vítimas de estelionato decorrente do uso de uma página falsa na internet), desde que o tipo penal não transcenda à esfera individual, substanciando uma expectativa de respeito coletivamente compartilhada.

2º Passo. Caso o tipo penal não esteja vinculado a uma vítima privada, caberá ao intérprete verificar se o legislador realizou uma tentativa arbitrária ou artificial de criação de bem jurídico coletivo, em que não existe uma expectativa de respeito que transcenda as expectativas individuais. Em caso positivo, ainda que não exista vinculação explícita a uma vítima privada determinada, o bem jurídico será individual.

Exemplo. O crime de manutenção de casa de prostituição (CP, art. 229). Apesar de historicamente estar vinculado a um “bem jurídico coletivo” da moralidade pública (o que não passa em qualquer teste de legitimidade sobre o bem jurídico), sua redação atual exige “exploração sexual”. Portanto, o tipo penal tutela o bem jurídico individual da vítima ou vítimas de exploração sexual. A coletividade aqui não é a ofendida, pois não há uma expectativa compartilhada de respeito.

Esse exame, também, deve levar em conta eventuais justificativas circulares, em que se pretende justificar a norma a partir de uma mera desobediência (o mero descumprimento da norma serve para justificar a existência

⁵⁴ “A pretensão de que uma norma atenda de forma igualitária a todos possui, sobretudo, o sentido da aceitabilidade racional: todos os possíveis afetados por uma norma teriam de poder dar a ela seu consentimento fundado em boas razões. E isso, por sua vez, só pode ser alcançado sob condições pragmáticas de discursos nos quais, baseado nas informações relevantes, impõe-se tão somente a coerção do melhor argumento”. In: HABERMAS, J. *Facticidade e Validade*, Unesp, São Paulo, 2020, pp. 150-151.

⁵⁵ Assim, também, VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 489-490.

⁵⁶ Nesse mesmo sentido, em relação aos crimes falimentares na Alemanha, é a argumentação de HEFENDEHL, com a qual se está de acordo Cf.: HEFENDEHL, R. *O bem jurídico como (...)*, Ob. Cit., pp. 75-78.

de um bem jurídico coletivo).

3º Passo. Se não houver no tipo penal vinculação a determinada vítima privada, se não houver uma tentativa arbitrária ou artificial de criar um bem jurídico coletivo, mas sim boas razões a justificar a existência de uma violação a uma expectativa coletiva compartilhada de respeito, que transcende a individual, podemos estar diante de um bem jurídico coletivo, caso o bem jurídico envolva a preservação da própria existência coletiva da vida e saúde humanas (em uma perspectiva biológica, ambiental ou social) ou caso se tutele a existência, o desenvolvimento ou o bom funcionamento de instituições, com finalidades públicas legítimas.

Se for esse o caso, deverá ser respeitada a liberdade de conformação do legislador e a sua competência para definir de forma não arbitrária os tipos penais.

3.4. O CASO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS

Para examinar a adequação do critério acima proposto, é importante passar no teste dos casos mais complexos, em que há um sério debate sobre a existência ou não de bens jurídicos coletivos.

Aqui vamos nos limitar a examinar o crime de tráfico de entorpecentes. Muito embora autores como GRECO e HEFENDEHL, dentre outros, venham defendendo que se trata de crimes que tutelam bens jurídicos individuais, afirmando que são crimes de perigo abstrato que tutelam bem jurídico individual, a nosso sentir, essa conclusão não é a mais adequada.

Primeiro que só indiretamente o crime de tráfico tutela a saúde individual das pessoas, o que – como já visto – não é suficiente para justificar a presença de um bem jurídico.

O crime de tráfico de drogas frustra diretamente o dever de controle que o Estado possui em relação a substâncias perigosas.

Ora, desde uma perspectiva de saúde pública, é perfeitamente legítimo que os órgãos estatais realizem o controle sobre substâncias potencialmente lesivas à saúde, como é o caso das drogas⁵⁷. Com isso, o Estado: (i) realiza um exame técnico das substâncias prejudiciais, negando a possibilidade da sua entrega a terceiros ou permitindo que ela seja feita apenas em determinadas condições (v.g. autorização médica); (ii) cumpre a função orientativa da população, para que saibam quais substâncias o Estado tem como prejudiciais à saúde; (iii) restringe o acesso de substâncias prejudiciais a pessoas menores ou sem discernimento e a pessoas viciadas, o que constitui uma das formas mais efetivas de evitar o uso nocivo ou recaídas de usuários adictos.

Todo aquele que promove – nos diversos verbos típicos do art. 33 da Lei de Drogas – a circulação ilícita de drogas está potencialmente (crime de perigo abstrato) embaraçando e prejudicando a capacidade de funcionamento dos órgãos públicos destinados à proteção da saúde pública.

Em suma, ainda que se possa criticar a opção político criminal do Estado, ainda que se possa argumentar que determinadas drogas não deveriam ser proibidas (v.g. maconha) ou que deveriam ser incluídas na proibição, pelo semelhante potencial lesivo, outras substâncias (v.g. cigarro e álcool), é certo que a opção do

⁵⁷SCHÜNEMANN defende que o tráfico de drogas é um bem jurídico intermediário, nomenclatura que desenvolveu para os casos em que o Estado cria uma instituição com finalidades protetivas, que, por sua vez, também necessita de proteção (que se dá pelos bens jurídicos intermediários). Desse modo, considera legítima a tutela de um bem jurídico intermediário consistente no controle estatal sobre o comércio de drogas. Propugna, porém, algumas limitações na incriminação dessa conduta. Cf.: SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídico (...)", Ob. Cit., pp. 63-64.

legislador em tutelar esse bem jurídico coletivo é perfeitamente legítima.

Aqui, não importa uma hipotética soma dos bens individuais, mas sim o menoscabo à capacidade de funcionamento dos órgãos estatais e o dever de controle desse fluxo de substâncias prejudiciais à saúde.

Em suma, nesse delito pode-se constatar que a opção do legislador em tutelar bens jurídicos coletivos é perfeitamente legítima, pois há boas razões a justificar uma perspectiva que transcenda à mera expectativa individual.

A teoria do bem jurídico não parece possibilitar a diminuição da vontade democrática do legislador em tutelar bens jurídicos que entende como coletivos. A teoria do bem jurídico substancia uma potente guardiã para a legitimidade do Direito Penal, mas ela somente deve ser usada em casos extremos, não se prestando para substituir o legislador pela vontade dos penalistas ou pela sua mera discordância das políticas criminais adotadas pelo Congresso Nacional, salvo quando existam, como já dito, razões muito fortes para questionar a legitimidade dessas escolhas.

4. CONCLUSÃO

Como conclusão, é possível assentar que não existe propriamente um critério definitivo para identificação de bem jurídico coletivo. Os critérios apresentados por HEFENDEHL e por GRECO podem ser úteis no debate específico da legitimidade ou racionalidade de determinados tipos penais. Parece que o caminho deve ser esse, o do debate específico de cada tipo penal para a identificação do bem jurídico tutelado. Aqui, ainda que de forma superficial e sem respostas definitivas, tentou-se apresentar algumas críticas e possibilidades de caminhos a serem seguidos na realização desse debate, que tem bastante importância teórica e prática.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995.
- CABRAL, R.L.F. "Bem Jurídico como Expectativa Legítima de Respeito: Uma reflexão à luz da Filosofia da Linguagem", in: PERUZZO JÚNIOR, L. & BUSATO, P.C. (Org.), *Direito Penal e Filosofia da Linguagem*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.
- GRECO, L. "Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito", in: *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- GRECO, L. "Existem Critérios para a Postulação de Bens Jurídicos Coletivos?", *Revista de Concorrência e Regulação*, Ano II, nº 7/8, 2012.
- GROPP, W. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2ª ed., Springer, Heidelberg, 2001.
- HABERMAS, J. *Facticidade e Validade*, Unesp, São Paulo, 2020.
- HACKER, P.M.S. *Human Nature: The Categorical Framework*, Wiley-Blackwell, Sussex, 2010.
- HASSEMER, W. & NEUMANN, U. "Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch", in: KINDHÄUSER, U; NEUMANN, U. & PAEFFGEN, H.U.U (org.), 3ª ed., Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden, 2010.
- HASSEMER, W. "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: *Strafen im Rechtsstaat*, Nommos, Baden-Baden, 2000.
- HASSEMER, W. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 25. Jahrg., Heft. 10, Oktober, 1992.
- HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag, 2002.
- HEFENDEHL, R. "O bem jurídico como pedra angular da norma penal", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

- JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G. "O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico: Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PERÉZ-SAUQUILLO MUÑOZ, C. *Legitimidad y técnicas de protección penal de bienes jurídicos supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- ROXIN, C. & GRECO, L. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., vol. 1, De Gruyter, Berlin, 2020.
- SCHMIDHÄUSER, E. *Einführung in das Strafrecht*, 2ª ed., Westdeutscher Verlag, Opladen, 1984,
- SCHÜNEMANN, B. "Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-Penal alemana", in: *Obras - Tomo I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- SCHÜNEMANN, B. "O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos", in: *O Bem Jurídico como limitação do Poder Estatal de Incriminar?*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
- SILVA SANCHEZ, J.M. *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Estudio preliminar", in: RAMOS VÁZQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VIVES ANTÓN, T.S. "Fundamentos del Sistema Penal", 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 406-420
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Capitalismo, Cidadania e Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

Capitalism, Citizenship and Fundamental Rights in the Brazilian Constitution of 1988

Cleber de Deus Pereira da Silva¹

Universidade Federal do Piauí (UFPI)

Bruno Cozza Saraiva²

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria e Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)

Sumário: 1. Introdução. 2. As variedades de Capitalismo (VoC) e o modelo de "Capitalismo Hierárquico Brasileiro". 3. Capitalismos, Welfare State e Políticas Públicas: lógicas complementares. 4. O modelo de capitalismo hierárquico brasileiro e os seus entraves ao processo de desenvolvimento da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais por meio da ordem constitucional da nova República. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O presente artigo possui como objetivo geral analisar as interações entre a dinâmica capitalista e o desenvolvimento do processo de cidadania. Como objetivos específicos buscará compreender a efetivação dos direitos fundamentais, bem como os limites fiscais e orçamentários (os custos dos direitos) que o Estado brasileiro enfrenta para garantir as duas dimensões da cidadania, isto é, tanto no campo político quanto social no período pós-1988. Será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta. Uma primeira conclusão, que sobrevém deste trabalho, diz respeito ao fato de que constatação de que somente através da inter-relação de sistema econômico-capitalista e Estado Constitucional-Social é que se consolidará a cidadania e os direitos fundamentais promulgados pela Carta Magna brasileira.

Palavras-chave: Capitalismo; Welfare State; Cidadania; Direitos Fundamentais.

¹ Pós-Doutor em Ciência Política pelo Ibero Amerikanisches Institut – Berlin – Germany. Coordenador do Núcleo de Estudos Políticos e Eleitorais (NEPE) e Pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí (PPGD/UFPI) e Professor Associado IV da Graduação em Ciência Política na mesma instituição. E-mail: dideus@ufpi.edu.br

² Professor, e orientador, no Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria e Professor da Universidade Federal de Pelotas. Pós-doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Pós-doutoral em Novas Tecnologias e Direito Mediterranea International Centre for Human Rights Research da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail:cozzaadvocacia@gmail.com

Abstract: The general objective of this article is to analyze the interactions between capitalist dynamics and the development of the citizenship process. As specific objectives, it will seek to understand the implementation of fundamental rights, as well as the fiscal and budgetary limits (the costs of rights) that the Brazilian State faces to guarantee the two dimensions of citizenship, that is, both in the political and social fields in the post- 1988. A phenomenological-hermeneutic approach methodology, historical and monographic procedure methods will be used, together with the indirect documentation research technique. A first conclusion, which emerges from this work, concerns the fact that it is only through the interrelationship of the economic-capitalist system and the Constitutional-Social State that citizenship and fundamental rights promulgated by the Brazilian Magna Carta will be consolidated.

Keywords: Capitalism; Welfare State; Citizenship; Fundamental rights.

1. Introdução

O desenvolvimento da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988 não podem ser apartados do debate concernente ao desenvolvimento capitalista e as suas variedades. Empiricamente, apenas as sociedades de livre mercado, com pluralismo político, foram capazes de distribuir os benefícios da produção social do trabalho³ e da renda, de modo a expressarem, por meio de seus arranjos institucionais, as formas de alternância de poder, a permanente possibilidade de agregação das novas demandas da sociedade e, simultaneamente, a coação de seus representantes a prestarem contas de suas atividades, seja nos processos eleitorais (verticalização do controle), seja, também, através das instituições fundadas para este fim (horizontalização do controle).

Partindo-se desse diagnóstico, se verificará como se estabelecem as discussões relativas às interações entre variedades de capitalismo, o desenvolvimento da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil pós-1988, salientando-se, sobretudo, acerca do custo que os direitos possuem quando implementados por políticas públicas no contexto institucional e federativo brasileiro. Para essa finalidade, serão realizados alguns questionamentos, quais sejam: o tipo de capitalismo praticado no Brasil é facilitador ou criador de entraves à consolidação do desenvolvimento da cidadania? O que obstaculiza o progresso de montagem de um sistema de proteção social, mesmo havendo tantas garantias previstas na Constituição de 1988? Há limites fiscais e recursos humanos para a efetivação dos direitos fundamentais como assegurados pelo artigo 5º da Constituição Federal?

A hipótese norteadora desse artigo é: regimes capitalistas hierárquicos são entraves ao desenvolvimento da cidadania, caracterizando a não efetivação da maioria dos direitos sociais prevista no ordenamento jurídico pátrio?

O que, então, significa o capitalismo hierárquico na concepção de Ross Schneider (2013) e por quais razões é predominante nos países latino-americanos? Em tal variedade de capitalismo, predomina o acúmulo de capital de maneira hierarquizada. Os recursos financeiros advêm de recursos próprios, agências estatais e empréstimos internacionais. Nesta modelagem, a definição de salários, as condições de trabalho e a negociação entre patrões e empregados é regulamentada pelo Estado. Adicionalmente, os trabalhadores possuem habilidades limitadas e exercem atividades que não requerem mão-de-obra qualificada.

Objetivando atingir à análise supracitada, o ensaio teórico possui a seguinte estrutura organizativa: na secção primeira a discussão se voltará à compreensão das variedades de capitalismo e como o Brasil pode ser enquadrado neste modelo. Na

³ Saliente-se que as concepções de *cidadania*, *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* e *pluralismo político* estão insculpidas como fundamentos da estruturação da República Federativa do Brasil. CF/1988: "Título I – Dos Princípios Fundamentais – Art. 1º - I A soberania; II – a cidadania; III – A dignidade da pessoa humana; IV – Os valores sociais do trabalho e livre iniciativa; V – O pluralismo político".

etapa posterior, sucintamente, o diagnóstico se dedicará ao processo de desenvolvimento da cidadania no Brasil. Na terceira etapa, o debate terá como finalidade tratar dos limites fiscais e orçamentários que o Estado nacional possui para implementar políticas públicas incorporadoras das diferentes dimensões da cidadania e dos direitos fundamentais.

Para isso, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica, métodos de procedimento histórico e monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta

2. As Variedades de capitalismo (VoC) e o modelo de “capitalismo hierárquico brasileiro”

A temática de estudos sobre as relações entre as modalidades de capitalismo e os tipos de políticas públicas adotadas, que visam a instituir Estados de bem-estar social, adquiriu uma nova interpretação no início do século XXI. O sistema capitalista é apresentado não mais como uma estrutura única e invariante. Há variações e é incoerente afirmar, do ponto de vista teórico-metodológico e, consequentemente, empírico, que as políticas sociais implementadas pelos diferentes modelos de Estados capitalistas, tanto nos países desenvolvidos quanto naqueles que se encontram em desenvolvimento⁴, geram resultados iguais no que tange ao processo de formação de sistemas de proteção social.

Sendo assim, entender a dinâmica de funcionamento das interações entre o sistema produtivo, os resultados da *social policy* nas economias dos diversos países, a construção dos projetos de cidadania, nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos, e analisar o *modus operandi* do sistema capitalista como dotado de uma racionalidade única, não condiz com a lógica da investigação científica.

Em obediência a essa regra, num primeiro momento, duas perspectivas que sustentavam haver convergência no que diz respeito à dinâmica de funcionamento do sistema capitalista, e uma produção assemelhada de políticas públicas neste regime, passaram a ser fortemente contestadas pela nova economia política nascida no século XXI⁵.

Na primeira versão, de linhagem marxista, fundamentada a partir de um argumento economicista, os países menos desenvolvidos atingiriam, em algum momento da história, os padrões das sociedades mais avançadas do ponto de vista industrial e tecnológico. Na tese contrária, calcada na vertente do liberalismo, a hipótese da convergência para um único modelo de Estado fora predominante em meados da década de 1980 e nos anos 1990. Essa leitura ficara conhecida como o “modelo neoliberal”. Todavia, tanto pelo lado dos oponentes quanto pelos defensores, o “neoliberalismo” não fora precisamente conceituado, fato esse que resultara em leituras equivocadas sobre a concepção e a atuação do Estado capitalista no período pós-1989.

A existência de similaridades, desse modo, é um passo fundamental para se notar, precisamente, a interação entre os atores políticos, o contexto econômico e as variadas instituições políticas, jurídicas e sociais presentes em sociedades capitalistas. Contudo, nenhuma instituição política, social ou econômica produz similar resultado independentemente das relações entre àquelas esferas. Essa assertiva é fundamental para que se possa analisar adequadamente as complexas inter-relações entre as variedades de capitalisms, os regimes democráticos e as modalidades de estados de bem-social. Ou em diferentes palavras, a tríade capitalismo, cidadania e direitos fundamentais.

⁴ À primeira vista, tal discussão poderia parecer trivial. Não obstante, como demonstra Crouch, o debate foi retomado e passou a dominar grande parte da agenda da economia política em fins dos anos 1990 e nessas décadas iniciais do presente século. Consultar: CROUCH, C. *Models of Capitalism*, New Political Economy, 2005.

⁵ Conforme será ser claramente notado, a discussão sobre as variedades de capitalismo passa por um novo estágio de investigação acadêmica na ciência política internacional. Porém, o trabalho pioneiro que iniciou essa agenda de pesquisa foi publicado ainda nos anos 1960. Ver: SCHONFIELD, A. *Modern Capitalism*, University Press, Oxford, 1965.

Neste contexto, se pode questionar: o regime democrático promove o desenvolvimento econômico ou a economia política gera a democracia? Todavia, os países mais desenvolvidos são democráticos, mas não obrigatoriamente são mais ricos pela relação entre a democracia e o desempenho do sistema econômico. A relação entre os regimes políticos e o desenvolvimento não unilinear precisa necessariamente ser contextualizada. Nesta perspectiva, salienta-se que não existe um caminho universal para o desenvolvimento econômico ou um arranjo institucional-legal qualquer.

É neste ambiente que aparecem as ideias, as teses e as interpretações para que se possa estudar a etapa contemporânea de funcionamento da economia capitalista mundial nos países desenvolvidos, é dizer, as Variedades de Capitalismo (VoC) ou, em outras palavras, a denominada economia política comparada. Logo, a compreensão adequada das relações entre capitalismo, welfare state e democracia somente poderá ser realizada a partir de um quadro analítico de perspectiva comparada em razão de especificar os diferentes condicionantes político-institucionais e socioeconômicos entre países os desenvolvidos e os subdesenvolvidos.

3. Capitalismos, welfare state e políticas públicas: lógicas complementares

Conforme demonstrado na etapa anterior, não é aceitável, nem teórica e nem empiricamente, a equivocada suposição da existência de uma única modalidade de sistema capitalista. Há heterogeneidades e os casos dos países de economias avançadas estão a exemplificar essa realidade. Em decorrência disso, surgiram os seguintes questionamentos: como, então, é possível classificar os sistemas capitalistas para efeito de comparação e de análise sistemática? Os sistemas capitalistas são antagônicos à introdução de políticas sociais que objetivem proteger os cidadãos contra os chamados "riscos do mercado"? As interpretações que veem o mundo capitalista de forma dicotômica (*mercado versus estado*) têm algum embasamento real? Em geral, serão essas questões que a presente seção pretenderá responder.

A corrente analítica das variedades de capitalismo (VoC) introduzira um importante ponto de inflexão, em linhagens teóricas, que supusera existir tão-somente uma maneira única de o sistema capitalista se manifestar empiricamente, uma vez que a realidade, para essa corrente, seria multifacetada e as instituições econômicas e políticas adequar-se-iam aos seus contextos, gerando assim, conformações institucionais e jurídicas específicas àquelas realidades socioeconômicas e políticas.

Não obstante, se todos os casos são diametralmente opostos, a lógica da investigação científica perderia sentido, porque as singularidades inviabilizariam a existência de quaisquer buscas por padrões para se compreender uma instituição secular como a economia capitalista. No entanto, como é possível classificar as variedades de capitalismo em um esquema interpretativo capaz de tornar inteligível um conjunto de países referente à formulação das políticas sociais (welfare state)? Uma tentativa para responder a essa questão fora formulada por Martin Schroder⁶.

Segundo esse autor, a busca por uma abordagem, que integre as perspectivas das variedades de capitalismo (VoC) com os regimes de welfare state, não é só possível, mas sobretudo, desejável. Inicialmente, se observara que as pesquisas sobre o Welfare State aceitam, não evidentemente sem críticas, a formulação proposta por Gosta-Esping-Andersen, ainda nos anos 1990, para explicar a heterogeneidade dos regimes de bem-estar no mundo contemporâneo, tais como a heterogeneidade liberal, a conservadora e a socialdemocrata com base no poder de mobilização da denominada classe trabalhadora ou das possíveis alianças de classes⁷.

⁶ Ver: SCHRODER, M. *Integrating varieties of capitalism and welfare state research: a unified typology of capitalisms*, Palgrave Macmillan, London, 2013.

⁷ ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*, Polity Press, Cambridge 1990.

Entretanto, a nova economia política, em sua versão variedades de capitalismo (VoC), estruturara os sistemas capitalistas em dois grandes blocos: *as economias liberais de mercado e as economias coordenadas de mercado*. Para tanto, adotara como pedra angular cinco perspectivas diretamente conectadas:

“1) A primeira delas é a das relações industriais (sindicatos), onde se estabelece a forma de coordenação de barganha salarial, da produtividade e das condições de trabalho. 2) A segunda remete ao sistema de treinamento e educação, cujo objetivo é assegurar um conjunto relevante de habilidades aos trabalhadores e definir quanto em investir em treinamento em cada firma. 3) Em seguida os autores ressaltam a importância dos sistemas de governança corporativa, onde se definem as formas de acesso a financiamento e as garantias de retorno para os investimentos. 4). Por sua vez, outro problema de coordenação resulta da existência de mercados internos de trabalho, na medida em que é necessário assegurar, para o bom desempenho das firmas, a aquisição de competências adequadas e a cooperação dos empregados nas suas atividades. 5) Por fim, as formas de relacionamento interfirmas (clientes, fornecedores e parceiros) visam assegurar uma certa estabilidade para a demanda, uma oferta apropriada de insumos, assim como acesso à tecnologia, de forma a minimizar os riscos associados à repartição da informação e exploração em *join ventures*. Estas formas de relacionamentos têm impactos importantes sobre a competitividade da firma e sua respectiva capacidade de inovação tecnológica⁸”.

Em face das cinco perspectivas, se pode fazer o seguinte questionamento: qual seria o ponto fulcral de confluência nesta linhagem unificadora do sistema capitalista com o estado de bem-estar social⁹? Aparentemente, causaria estranheza para os cientistas políticos, os constitucionalistas e os sociólogos a aceitação da integração dessas duas abordagens numa única tipologia.

Todavia, a nova economia política das variedades de capitalismo (VoC), para responder a esse questionamento, indaga-se como as firmas (empresas) mantêm a coordenação com os contextos os quais estão inseridas as pesquisas sobre o welfare state, assim como lidam com a tese de como os cidadãos confrontam-se com os incentivos e os deveres proporcionados pelo estado de bem-estar social. Nesta linha de raciocínio:

“Thus, on the micro level, the approaches analyze different dependent variables: varieties of capitalism analyses *firms*; Esping-Andersen’s welfare typology analyses what benefits and duties individuals have in their welfare regime. Both use their differing micro-level analysis to explain different macro-level indicators (performance, welfare budgets, industrial specialization). Yet, these seemingly unrelated approaches arrive at broadly similar country groupings. Namely, countries that rely on the market for the governance of their production system have a liberal welfare state; countries that coordinate their economy usually have either a ‘conservative’ or ‘social democratic’ welfare state”. These overlaps allow combining varieties of capitalism and welfare state research, which is the aim of this book. It thus shows that welfare states and production systems are not unrelated to each other but provide a common picture of capitalist diversity¹⁰”.

⁸ AMITRANO, C. R. *Instituições e desenvolvimento: críticas e alternativa à abordagem de variedades de capitalismo*. Tese de doutorado, Unicamp, Campinas, 2010.

⁹ Schroder está ciente que a abordagem sobre as variedades de capitalismo (VoC) tem um forte componente neocorporativista em suas formulações e teses. Schroder, op. cit. p. 15.

¹⁰ SCHRODER, M. *Integrating varieties of capitalism and welfare state research: a unified typology of capitalisms*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013.

O autor chegara a essas conclusões após analisar 34 países da OCDE. No entanto, ressaltara que, para 14 países, não fora possível determinar a classificação. Os 20 países analisados foram: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlândia, França, Irlanda do Norte, Itália, Japão, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos.

Observando-se esse ponto de vista, se pode notar que a abordagem das variedades de capitalismo (VoC) analisa o porquê de uma economia liberal de mercado depender ou se fundar em relações privadas. Enquanto as perspectivas sobre o welfare state tentam interpretar em que medida ou grau um indivíduo (cidadão) poderá manter a sua sobrevivência sem depender das interferências e das oscilações do mercado. Em leitura, a afirmação de que a política é contra o mercado não é um fato consistente. A pedra angular, que aglomera as duas vertentes interpretativas, está no que Schroder chama de "policy sytle".

"Therefore, I prefer the concept of 'policy style', which is less demanding about the assumptions necessary to sustain it. A policy style can be seen as resulting from culture, which in turn results from material conditions, which in turn result from culture, and so on. It is not important to find an 'ultimate' independent variable. Cultural values are influenced by institutions. But even while, in the long run, culture changes, there are, over very long stretches of time, policy styles, which can be reasonably explained through culture, even if this culture in turn results from institutions over long periods (also cf. 'metatraditions' in Sorge 2005). The more important point is, that such a concept of 'policy style' is crucially lacking in the explanation of variables of capitalism, welfare states, and their co-occurrence, even though it is alluded to. Notably, varieties of capitalism have been criticized for 'failing to explain how the institutional equilibria that it delineates arose in the first place, and for failing to 'consider the origins of different forms of coordination and different models of capitalism'¹¹".

Um padrão investigativo similar é adotado por outro expoente que se debruçara em entender a nova economia política do século XXI. Nos argumentos de Torben Iversen, apresentados no seu livro germinal "capitalismo, democracia e welfare" (em tradução livre), uma de suas metas é exatamente mostrar que o estado de bem-estar social somente se promove em colaboração ou cooperação com a economia capitalista e não o oposto, como é afirmado por uma das principais teorias que explica o desenvolvimento do welfare nos estudos da economia política: a teoria de recursos de poderes¹².

Um dos limites que Iversen aponta na teoria dos recursos de poderes relaciona-se basicamente com o fato dessa teoria ignorar o papel das instituições políticas (sistema eleitoral e federalismo, por exemplo) e econômicas na complexa engrenagem da formulação e da execução de políticas públicas (sociais). Uma variável isolada, o poder de mobilização da classe trabalhadora, não possui condições estruturais e explicativas para as origens e o desenvolvimento do welfare state. Se assim o fosse, como seria possível compreender, pois, a característica presente em diversos países de que os gastos sociais aumentam com a diminuição e a redução do poder de sindicatos? E como analisar este fenômeno onde a organização trabalhista e sindical tem reduzida influência?

Em diversos países, o poder da classe trabalhadora tem registrado perda, relativa, de influência. Isso decorre, naturalmente, de mudanças estruturais no processo político e econômico. Portanto, leituras explicativas para a formulação de políticas públicas, com fundamento nessa variável, precisam ser elaboradas com cautela.

¹¹ SCHRODER, M. *Integrating varieties of capitalism and welfare state research: a unified typology of capitalisms*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013.

¹² A formulação dessa teoria encontra-se no livro de: ESPING-ANDERSEN, G. *Politics against markets*. Princeton: Princeton University Press, 1985.

"A still under-explored topic in the VoC literature is the relationship between economic and political institutions. It is striking, for example, that division into liberal and coordinated market economies is almost perfectly collinear with the division into PR and majoritarian electoral systems. One possible explanation, which echoes Katzenstein's (1985) work on corporatism, is that PR promotes the representation of economic agents with co-specific assets in the legislature and its committees. Such representation facilitates compromise over regulatory policies in which there is a strong element of common interest. Since co-specific investments are less prevalent in liberal market economies the right has a strong interest in preventing the redistribution that is associated with PR (as described in the previous section). Majoritarian systems instead encourage parties to elect strong leaders in order to convince the median voter that they are not beholden to special interests or to 'excessive' redistribution (see Cusack et al. 2007; Iversen and Soskice 2009). These conjectures will have to be corroborated through historical research since the institutional configurations we observe today are the result of developments in the late nineteenth and early twentieth centuries. This observation in fact applies to the entire institutional approach to political economy. The more successful political economy is explaining economic policies and outcomes with reference to the institutional design, the more pressing it is to explain why one design was chosen rather than another¹³".

Portanto, para Iversen, a finalidade deveria estar relacionada à busca por um entendimento acerca do porquê de as instituições políticas, sociais e econômicas se reforçarem mutuamente e não eliminarem os efeitos positivos que umas geram sobre as outras, efeitos esses que visam, especificamente, produzir políticas sociais e notar como esta reciprocidade poderia ajudar a compreender a formação de distintos modelos de welfare state em um sistema capitalista democrático.

A teoria neoinstitucionalista, tanto pelo lado da economia como da ciência política, oferece uma leitura calcada na abordagem da economia política (VoC) para analisar adequadamente a evolução do welfare state no capitalismo. Em certa medida, o ampliamiento da proteção social na economia moderna é dependente de condições internas e externas ao estado e da construção de um sistema ou mecanismo que garanta a proteção feita pelas firmas em investimentos específicos e na qualificação do capital humano.

Igualmente, a elaboração de uma perspectiva que recuse maneiras dicotômicas de análise (como a teoria recursiva) e observe outros fatores relevantes (o papel dos empregadores), por exemplo, é necessária ao desenvolvimento de uma linhagem teórico-metodológica para a investigação no campo do welfare comparado. Dessa forma,

"This is precisely what this book aims to provide. It develops an approach to production and labor markets in which the role of social protection is explicitly modeled. The theory reconciles the controversy between the power resources perspective and the new employer-focused approaches, and it also links the study of welfare state to recent work on the importance of democratic institutions for social policy¹⁴".

Elaboradas as considerações anteriores, com base em argumentos e teses dos principais representantes das teorias que visam a explicar o fenômeno do capitalismo comparado no século XXI, nas economias e nas democracias avançadas do mundo se observava que as relações entre capitalismo, democracia e welfare state

¹³ IVERSEN, T. *Capitalism, democracy, and welfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

¹⁴ IVERSEN, T. *Capitalism, democracy, and welfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

apresentam noções de complementaridade e não de antagonismo. Neste sentido, sob os regimes capitalistas é possível, portanto, compatibilizar interesses que são vistos, equivocadamente, como antagônicos, enfatizando-se que ganhos materiais (econômicos e sociais) são possíveis aos inúmeros e opostos segmentos sociais que compõem determinado país.

As próprias políticas sociais são um vetor importante na definição das políticas de desenvolvimento econômico de um país, ou seja, o desenvolvimento pode advir do nível em que se encontra o bem-estar social num contexto particular. Em algumas sociedades se dedica, restritamente, ao suprimento da pobreza de segmentos sociais específicos. Enquanto em outros países, pode ser mais universalista, ofertando políticas públicas ao conjunto da população.

Com efeito, Célia Lessa Kerstenetzky (2012) salientara um desafio colocado por Marshall: os direitos sociais ameaçam à economia capitalista no lugar de complementá-la? Há, por um lado, um leque de autores que responde positivamente, e, em outro polo, situam-se os que dão respostas negativas. A autora supracitada sugere que uma concepção de bem-estar social, pensada como expansão de liberdades reais, permitiria à reconciliação entre o estado do bem-estar social e o desenvolvimento econômico.

Assim, as economias capitalistas se mostram heterogêneas quanto ao seu desempenho no que tange à consecução da formulação de políticas públicas. Logo, seria errôneo interpretar a economia mundial se direcionando para uma rota única de conformação do desenvolvimento. Ademais, empiricamente, se pode constatar a existência de diversas maneiras de expressão no modo organizacional das economias avançadas.

Nesta lógica interpretativa, se a finalidade do presente ensaio analítico-interpretativo é verificar as interações entre as economias de mercado, a concepção constitucional de cidadania e a efetivação de direitos fundamentais no Brasil pós-1988, é factível vistoriar a literatura em contextos de economias subdesenvolvidas. Como a linhagem investigativa do VoC enfrenta questão de suma relevância nos países do terceiro-mundo¹⁵? A busca para uma possível resposta a essa pergunta será apresentada na próxima secção.

4. O modelo de capitalismo hierárquico brasileiro e os seus entraves ao processo de desenvolvimento da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais por meio da ordem constitucional da nova República

Em concordância com o paradigma das variedades de capitalismo (VoC) nas tonalidades descritas pela escola neoinstitucionalista da economia (Hall e Soskice, 2001), Ross Schneider é enfático ao dizer que o capitalismo latino-americano apresenta heterogeneidades. Não obstante, a sua variação enquadra-se sob a modalidade ampla e geral denominada de "capitalismo hierárquico"¹⁶.

Em sua interpretação, a literatura da economia política comparada se coloca uma pergunta que tem merecido diferentes respostas: quantos tipos de capitalismo há? Ross Schneider parte de uma perspectiva dedutiva para explicitar que é possível descrever as variedades de capitalismo se forem observados quatro mecanismos ideais de alocação compatíveis com os diversos formatos de arranjos institucionais,

¹⁵ Alguns trabalhos produzidos sobre o estado de bem-estar social em países da América Latina deram possíveis respostas a tal questão. São eles: RIESCO, M. *Latin America: a new developmental welfare state model in the making?* Palgrave, Londres, 2007; SEGURA-UBIERGO, A. *The political economy of the welfare state in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; KERSTENETZKY, C. L. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Campus, São Paulo, 2012; GOMES, A. P. S. *O Welfare state no século XXI. Recuperando a teoria da cidadania para os welfare states latino-americanos*. Tese de doutorado, UFMG, Belo Horizonte, 2013; PRIBLLE, J. *Welfare and party politics in latin america*. Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

¹⁶ SCHNEIDER, R. B. *Hierarchical capitalism in Latin America: business, labor, and the challenges of equitable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

que são empiricamente apresentados pelas sociedades capitalistas. Seriam os seguintes: mercados, negociações, redes e hierarquia.

"My more deductive point of departure is that capitalism system – defined by predominance of mostly free markets and private property – accommodate a limited number of alternative mechanisms for allocating resources, especially the gains from investment, production, and exchange. These mechanisms are markets, negotiation, trust, and hierarchy, and correspond in systemic terms to, respectively, liberal market economies (LMEs), coordinated market economies (CMEs), network market economies (NMEs), and hierarchical market economies (HMEs). My typology takes a firm's eye view on comparative political economy and focuses primarily on the internal organization of large private firms and their relations with their political and economic environments. This fourfold typology offers several advantages over previous formulations. First, it provides additional conceptual tools for analyzing capitalism outside the developed world. To date, most discussions view capitalism in poor countries as transitory, dependent, premodern, developing, emerging, or some other gerund, with the implicit presumption that the trajectory is toward some already recognizable form of capitalism in rich countries. The conceptual addition of the new hierarchical variety (HME) allows us to conceive of a distinct, rather than derivate, kind of production regime that has its own reinforcing dynamics and institutional advantages and disadvantages¹⁷".

Schneider se contrapõe, ainda, as duas interpretações canônicas que privilegiaram os estudos sobre o processo de desenvolvimento na América Latina, de modo a observar a menor ou a maior intervenção das funções do Estado: a internacionalista e a linhagem estatizante.

O objetivo de Ross Schneider fora, portanto, analisar essas dimensões onde as firmas são as protagonistas centrais, bem como observar a interação entre elas num ambiente de relações hierárquicas. O resultado da dinâmica interacional poderá, por um lado, propiciar condições para as economias encaminharem as trajetórias mais facilitadoras, potencializando as vantagens competitivas de cada país ou, por outro lado, reproduzir as condições desvantajosas, dificultando, assim, a transformação estrutural desses sistemas produtivos¹⁸.

Logo, no que diz respeito ao desenvolvimento da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais, através do projeto jurídico-político brasileiro, é possível afirmar que, a inter-relação dos objetivos fundamentais traçados pela Constituição da República Federativa do Brasil e da sua Ordem Econômica Constitucional, deve, como condição à efetivação desse projeto econômico-capitalista, social e constitucional de sociedade, apresentar-se de maneira complementar, é dizer, o sistema econômico-capitalista deverá complementar o social, e o social deverá complementar o econômico a partir da concepção constitucional – capitalista e social – produzida pelo poder constituinte brasileiro que promulgara a Constituição Federal de 1988.

Esta discussão buscou apresentar uma sustentação capitalista-constitucional e, ao mesmo tempo, demonstrar, também por esta via, a necessidade de se desenvolver a cidadania e os direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal de 1988. É por isso que a narrativa objetivada até este momento abordou, substancialmente, questões estratégicas concernentes ao modelo de Estado do Bem-

¹⁷ SCHNEIDER, R. B. *Hierarchical capitalism in Latin America: business, labor, and the challenges of equitable development*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

¹⁸ Não obstante, nem todos os países em desenvolvimento têm capitalismo hierárquico, nem é o capitalismo hierárquico necessariamente uma consequência de baixos níveis de desenvolvimento. Embora o autor se refira a outros países, sua base empírica restringe-se aos seguintes casos: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México.

Estar Social como condição de possibilidade à garantia à efetivação do projeto constitucional.

Dessa forma, a proteção da Ordem Econômica Constitucional, o cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República, bem como a tutela de direitos e garantias fundamentais, dependem da consolidação, enquanto construção doutrinária, dogmática e jurisprudencial, de uma economia capitalista que deverá se destinar, por meio da concepção de liberdade própria do capitalismo, à ordenação e ao direcionamento do Estado pela linha férrea constitucional brasileira, é dizer, através da liberdade econômica e de todos os seus princípios anunciados no artigo 170 da Carta Constitucional.

Neste contexto, de acordo com o que já fora discutido anteriormente, uma vez que se pressupõe que o modelo capitalista anunciado pela Constituição brasileira esteja pautado pela igualdade e pela liberdade, afirma-se, no âmbito deste trabalho, que a igualdade entre os atores econômicos é condição de possibilidade à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil ou, melhor dizendo, da cidadania e dos direitos fundamentais.

Assim, no que se refere ao tema abordado, ao situá-lo no âmbito de uma democracia econômica e social e, principalmente, em face do Texto Constitucional de 1988 e do Estado do Bem-Estar Social desenvolvido por ele, não se deve "[...] interpretar o princípio da igualdade como um <<princípio estático>> indiferente à eliminação das desigualdades [...]. Isto poderia significar [...] quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social¹⁹".

Para Bruno Cozza Saraiva,

"É neste sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, *caput*, do Capítulo I (Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos, no Título II, dos Direitos e das Garantias Fundamentais), asseverou que todos são iguais, no que diz respeito ao tratamento legal, explicitando a inexistência de qualquer distinção, de modo que aos brasileiros, e também aos estrangeiros residentes no País, seja garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Este fio condutor, em termos principiológicos, condicionou a estrutura constitucional, seja com relação aos Objetivos Fundamentais da República, seja, também, com relação à Ordem Econômica Constitucional, a um agir estatal que, ao fim e ao cabo, deverá garantir, de maneira isonômica, a igualdade de oportunidades destinada à obtenção dos benefícios advindos da ordem social e da ordem econômica²⁰".

Dito de outra forma, "[...] o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)²¹".

Com efeito, quando se fala em democracia econômica e social e em Princípio Constitucional da Isonomia, se extrai, de imediato, duas assertivas: a de que a economia, de maneira igualitária, atenderá à justiça social (artigo 3º, da Constituição de 1988), e a de que todos, em condições de igualdade, terão acesso à atividade econômica (artigo 170, do Texto Constitucional) ou aos frutos desta atividade. O núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil (artigo 3º e artigo 170 da Carta Magna) dependerá, para a sua efetivação, da promoção, por parte do Poder Público, da igualdade de condições entre os competidores. Dessa maneira, quando

¹⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

²⁰ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

²¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

se fala em igualdade no cenário econômico, se deve levar em consideração a concepção de simultaneidade, porquanto que não se afasta, do princípio da Livre Concorrência, o “[...] sentido de *disputa* ou de *competição*, apresentada sobre a mesma coisa, o que, em realidade o é, embora queira indicar a *igualdade de direitos* entre os disputantes²²”. Isto quer dizer que não se afasta a concorrência-disputa intrínseca ao capitalismo, aquela como vetor garantidor da cidadania e dos direitos fundamentais.

Portanto, sem igualdade entre os concorrentes, ou seja, sem igualdade ao acesso ao sistema capitalista, não há livre concorrência. Em razão disso, é que se estabeleceu, inicialmente, a relação entre capitalismo, cidadania e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Isto porque da eliminação-limitação da igualdade entre os concorrentes, é dizer, entre os usufrutuários do sistema capitalista, em um sistema econômico-capitalista desorganizado, haverá abuso de poder econômico com vistas a dominar o mercado, de modo a resultar na necessidade de se preservar-tutelar a ordem econômica de matriz constitucional, pois por meio dela é que será possível concretizar-materializar os Objetivos Fundamentais da República - a cidadania e os direitos fundamentais.

Para que haja, através do desenvolvimento da atividade econômica, a concretização destes objetivos, deverá surgir a obrigatoriedade, conforme inciso IX, da Constituição de 1988, do Estado, enquanto Estado do Bem-Estar Social, de “[...] fomentar a pequena e a média empresa, a fim de que não pereçam ante as grandes [...]”²³. Neste sentido, “[...] a *concorrência* vem a ser a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva [...]”²⁴ de recursos públicos.

“Há de se reconhecer, portanto, que a igualdade entre os atores econômicos não se coaduna com o abuso de poder econômico, com a formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre os concorrentes e com a fixação artificial de preços. Por isso, a partir do momento em que passou a propor a tutela da ordem econômica, delimitando as condutas que atentam contra a livre concorrência no âmbito mercadológico, o acesso igualitário ao sistema econômico, isto é, ao capitalismo propriamente dito, nada mais fez do que buscar garantir a efetivação da cidadania plena e os direitos fundamentais²⁵”.

Entusiasmando-se, cada vez mais, à promoção científica do direito, ao invés, evidentemente, da promoção ideológica através do direito, ao se discutir a temática proposta, torna-se imprescindível esclarecer, em razão do que já fora exposto acerca da cidadania e dos direitos fundamentais e da sua umbilical relação – dependência – com uma ordem econômica constitucional (econômica capitalista), que, em momento algum, pretender-se-á confundir Estado do Bem-Estar Social com Estado Populista, uma vez que “i populisti affermano di essere i protettori dell’interesse del cittadino médio contro le elites: assecondano le paure e gli entusiasmi del popolo e si fanno promotori di politiche senza considerarne le conseguenze per il Paese²⁶”.

“Dessa forma, quando se fala em capitalismo de mercado e em ordem econômica constitucional no que diz respeito, especificamente, a um modelo democrático e social de Estado, questiona-se, sobretudo, a possibilidade do cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República, adotando-se, como referência para este cumprimento, o

²² PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

²³ PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

²⁴ PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

²⁵ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

²⁶ BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017.

binômio, tão caro à manutenção da estrutura de qualquer Estado, liberdade e igualdade. Neste sentido, a partir destas duas premissas, da liberdade e da igualdade, o dirigismo estatal, social e econômico deverá externalizar o conceito constitucional de justiça social. Todavia, o cenário brasileiro, ainda em desenvolvimento, seja em decorrência da corrupção – sistêmica – da política, seja, também, em razão do desenvolvimento econômico estar atrelado ao financiamento público-estatal capitaneado por um sistema político – de poder – corrupto, apresenta, fundamentalmente, uma engrenagem desvinculada daquela consubstanciada na Constituição Republicana de 1988²⁷”.

Assim, além da dificuldade natural relativa à efetivação de qualquer projeto constitucional, já que se trata de um processo histórico, cultural e social, a peculiaridade que também assola o Brasil, não no que se refere à inexistência de direitos fundamentais-sociais, mas sim no que se refere às raízes patrimonialistas e estamentais, diz respeito ao fato de que a não efetivação da cidade e dos direitos fundamentais contidos no Projeto Constitucional de 1988 não decorre da escassez de capital e da precariedade de uma ordem econômica constitucional destinada a promover um desenvolvimento econômico com vistas à concretização da justiça social. “Por outras palavras, a não materialização da Constituição Federal brasileira mediante a não realização dos direitos fundamentais-sociais pode ser atribuída, em grande parte, à destinação dada aos resultados obtidos através das atividades econômicas [...]”²⁸”, obtidos por meio do sistema capitalista.

Desse modo, torna-se fundamental, para que seja possível compreender a relação entre capitalismo, cidadania e direitos fundamentais, que o sistema constitucional brasileiro e, conseqüentemente, os seus objetivos, assim como os seus ideais-intenções que edificaram a Constituição Federal de 1988, dependem, sobretudo, de uma economia de matriz capitalista.

Este ponto de partida nada mais é do que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil. Ao anunciar a instituição de um Estado Democrático de Direito, objetivando a realização dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, todos eles retratados como Objetivos Fundamentais da República, o projeto político e jurídico brasileiro (Constituição) não poderia se descuidar, ao mesmo tempo, de garantir, também constitucionalmente, a concretização destes valores-objetivos.

“Neste contexto, como garante de todo um projeto social via Constituição, se encontra a Ordem Econômica Constitucional, sob a égide dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, delineada no artigo 170 da Carta Federal de 1988. Com isso, o entrelaçamento da igualdade com a liberdade, isto é, dos objetivos que fundam a República com a liberdade econômica para efetivar estes objetivos, justifica a importância tanto do fator social quanto do fator econômico-capitalista para a realização do modelo de Estado anunciado no preâmbulo constitucional²⁹”.

Nestas circunstâncias, de busca pela realização-efetivação de um projeto de sociedade, que condicionou, a partir, principalmente, das Constituições do Segundo

²⁷ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

²⁸ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

²⁹ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

pós-Guerra, a liberdade ao social e o social à liberdade, ou seja, que consubstanciou o modelo económico capitalista como instrumento de transformação social, o Estado do Bem-Estar Social no Brasil, fundado pela Carta Magna contemporânea, se constituiu em “[...] uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adoptarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma <<justiça constitucional>> nas vestes de uma <<justiça social>>”³⁰

Com isso, em decorrência desta conformação dada, através de um instrumento normativo-imperativo, ao Estado, se pode dizer que há um direito-garantia, cujo destinatário é a sociedade brasileira, não só ao Estado do Bem-Estar Social fundado pela da Constituição Republicana de 1988, mas também, e principalmente, a um sistema capitalista capaz de promover a cidadania e os direitos fundamentais.

No que se refere aos ideais do bem-estar social, a Constituição brasileira, no seu artigo 3º, procurou, de maneira não taxativa, apontar diretrizes – objetivos fundamentais – para o desenvolvimento-concretização do projeto estatal-constitucional de sociedade. Por isso, pós-88, todo o aparato estatal, independentemente de governo, deveria estar direccionado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como à garantia do desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização “[...] através da redução das desigualdades sociais e regionais, de modo a promover o bem de todos. Para a realização destes desígnios, a concepção de [...]”³¹ “democracia económica e social”³², trabalhada pelo professor J.J. Gomes Canotilho, determinou que o Estado, contemporaneamente condicionado pela Constituição, passasse a se apresentar como garante “[...] no âmbito de direitos sociais. Isto não significa que tenha sido eliminado o *princípio da auto-responsabilidade* ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidas: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno”³³.

“Entretanto, a delimitação – não taxativa – de justiça social, verificada no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, necessitaria de uma finalidade operativa, uma vez que a realização desta finalidade, que é a existência digna, estaria vinculada ao desenvolvimento económico, seja pelo Estado, como ator económico (direto e indirecto), seja, também, pela iniciativa privada, gerando emprego, renda e arrecadação. Nestes termos, a justiça social, consubstanciada na realização da existência digna, estaria condicionada aos Princípios Gerais da Actividade Económica”³⁴.

Ademais, no que condiz à cidadania e aos direitos fundamentais, o procedimento (sistema económico capitalista), que condiciona tanto a esfera pública quanto a privada ao cumprimento e à realização dos princípios e dos direitos

³⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³¹ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Económico como condição de possibilidade à protecção da ordem económica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

³² O princípio da democracia económica, social e cultural é, porém, uma *imposição* constitucional conducente à adopção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos económicos, sociais e culturais (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A actividade social do Estado é, assim, actividade necessária e objectivamente pública. Estado é aqui entendido em sentido amplo. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³³ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³⁴ SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Económico como condição de possibilidade à protecção da ordem económica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 2021.

fundamentais-sociais, bem como à realização dos Objetivos Fundamentais da República, apresenta-se como um “[...] *iter* procedimental juridicamente adequado [...]”³⁵, não somente ao cumprimento e à realização dos princípios e dos direitos fundamentais-sociais, mas sim, e principalmente, à proteção da Ordem Econômica Constitucional e da sua função relativa à execução de um projeto – constitucional – de desenvolvimento. Portanto, “[...] a *ordem econômica* mencionada pelo art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar”³⁶.

5. Conclusão

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão acerca da inter-relação de capitalismo, cidadania e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988, se pode perceber que as modalidades de capitalismo e os tipos de políticas públicas destinadas à efetivação da cidadania plena adotada pelo Texto Constitucional Republicano, a partir de um Estado de bem-estar social, adquiriram uma nova interpretação no início do século XXI.

Na primeira parte do presente artigo, no intuito de demonstrar essa relação umbilical, se atentara para o fato de que os países com maiores índices de desenvolvimento são, em regra, democráticos, mas não necessariamente são mais desenvolvidos pela relação entre democracia e funcionalidade do sistema econômico. Em consequência disso, se verificara que não há um caminho universal para o desenvolvimento econômico, ou seja, um arranjo-regra institucional legal cosmopolita.

Na segunda, se buscara informar que a suposição da existência de uma única modalidade de sistema capitalista é equivocada. Por outro lado, apesar da não existência de uma única modalidade desse sistema, nas economias e nas democracias avançadas do mundo, se observara que as relações entre capitalismo, democracia e welfare state apresentam noções de complementaridade e não de antagonismo.

Isso pode ser constatado pelo fato de, nos regimes capitalistas, ser possível compatibilizar interesses que são vistos, equivocadamente, como antagônicos, enfatizando-se que ganhos materiais (econômicos e sociais) podem ser realizáveis aos inúmeros e opostos segmentos sociais que compõem determinado país, porquanto que são constituídos pelo mesmo sistema jurídico de direitos e garantias constitucionais e, sobretudo, pelo mesmo ideal de Estado Social e Democrático de Direito.

Na terceira e última parte, na qual se discutira acerca do modelo de capitalismo hierárquico brasileiro e os seus entraves ao processo de desenvolvimento da cidadania e da efetivação dos direitos fundamentais, por meio da ordem constitucional da nova República, se constataria que, a inter-relação dos objetivos fundamentais traçados pela Constituição da República Federativa do Brasil e da sua Ordem Econômica Constitucional, deve, como condição à efetivação desse projeto econômico-capitalista, social e constitucional de sociedade, apresentar-se de maneira complementar, é dizer, o sistema econômico-capitalista deverá complementar o social, e o social deverá complementar o econômico a partir da concepção constitucional – capitalista e social – produzida pelo poder constituinte brasileiro.

Dito de outra forma, somente através da inter-relação de sistema econômico-capitalista e Estado Constitucional-Social, sendo esses sistemas imersos em uma sociedade democrática, é que se consolidará a cidadania e os direitos fundamentais inseridos na Carta Magna brasileira.

³⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³⁶ GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012.

6. Referências

- AMITRANO, C. R. Capitalismo, Instituições e Desenvolvimento. 35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS). 24 a 28 de 2011. <https://anpocs.org.br/2011/10/24/35o-encontro-anual-da-anpocs/>
- AMITRANO, C. R. *Instituições e desenvolvimento: críticas e alternativa à abordagem de variedades de capitalismo*, Tese de doutorado, Unicamp, Campinas, 2010, p. 231.
- BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017, p. 49.
- CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 1.522.
- CROUCH, C. Models of Capitalism, *New Political Economy*, 10, p. 19.
- DAHL, R. *Poliarquia*, EDUSP, São Paulo, 2012, p. 16.
- ESPING-ANDERSEN, G. *Politics against markets: The Social Democratic Road to Power*, Princeton University Press, Princeton, 1985, p. 388.
- ESPING-ANDERSEN, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1990, p. 264.
- GOMES, A. P. S. *O Welfare state no século XXI: Recuperando a teoria da cidadania para os welfare states latino-americanos*, Tese de doutorado, UFMG, Belo Horizonte, 2013, p. 344.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 384.
- HALL, P.; SOSKICE, D. *Varieties of capitalism: the institutional foundations of comparative advantage*, Oxford University Press, Oxônia, 2001, p. 560.
- IVERSEN, T. *Capitalism, democracy, and welfare*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 336.
- KERSTENETZKY, C. L. *O estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo*, Campus, São Paulo, 2012, p. 320.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*, Zahar, Rio de Janeiro, 1967, p. 220.
- PRADO, L. R. *Direito Penal Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 604.
- PRIBLLE, J. *Welfare and party politics in latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 28.
- RIESCO, M. *Latin america: a new developmental welfare state model in the making?* Palgrave Macmillan, Londres, 2007, p. 456.
- SARAIVA, B. C. Do Estado Liberal ao Estado Democrático-Social: o Direito Penal Econômico como condição de possibilidade à proteção da ordem econômica constitucional, *Revista Direitos Culturais*, 16, p. 69.
- SCHNEIDER, R. B. *Hierarchical capitalism in Latin América: business, labor, and the challenges of equitable development*, Cambridge University Press, 2013, p. 262.
- SCHONFIELD, A. *Modern Capitalism*, Oxford University Press, Oxônia, 1965, p. 456.
- SCHRODER, M. *Integrating varieties of capitalism and welfare state research: a unified typology of capitalisms*, Palgrave Macmillan, Londres, 2013, p. 317.
- SEGURA-UBIERGO, A. *The political economy of the welfare state in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 320.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 421-460
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Normativa internacional sobre el blanqueo: más allá de las directivas de la Unión Europea

International regulations on money laundering: beyond the directives of the European Union

Yago González Quinzán¹

Universidade de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Introducción 2. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980 3. La Declaración de Principios de Basilea de 1988 4. Tratamiento del blanqueo de dinero en el ámbito de Naciones Unidas 4.1. La Convención sobre drogas de 1988 4.2. La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000: tipificación de las conductas de blanqueo y medidas de prevención 4.3. La Convención contra la Corrupción de 2003: balance general de sus disposiciones, con especial atención a su regulación sobre el blanqueo 5. El GAFI y sus 40 Recomendaciones sobre el blanqueo 5.1. Su cuestionada legitimación internacional y democrática 5.2. Métodos de evaluación de la implantación de los estándares normativos en los sistemas nacionales 5.3. Las 40 Recomendaciones como paradigma del *soft law*: carácter no vinculante y razones para su aceptación 5.4. Contenido de las 40 Recomendaciones 6. Los instrumentos de *hard law* del Consejo de Europa 6.1. El Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990, en Estrasburgo 6.2. El Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo 7. Conclusiones

Resumen: Al margen de las directivas de la Unión Europea («UE») sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, si bien estas recogen fundamentalmente el contenido de los documentos aquí analizados, en el presente artículo se estudian los principales instrumentos normativos que han marcado la evolución en el tratamiento del lavado de activos en el escenario mundial. En el marco de una política global y armonizadora tendente a proteger íntegramente la economía legal y los sistemas financieros, los primeros documentos en la década de los 80 configuraron la posición de los bancos ante operaciones sospechosas de blanqueo. No obstante, ha sido la posterior normativa, como la Convención de Naciones Unidas sobre drogas, las

¹ Investigador predoctoral en el área de Derecho penal de la Universidade de Santiago de Compostela (USC). Máster en abogacía y Máster propio internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y "compliance", ambos por la Universidade de Santiago de Compostela (USC).

actividades del Consejo de Europa o las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera («GAFI»), la que ha determinado de forma sustancial las medidas de investigación y de carácter penal adoptadas en la actualidad, razón que justifica el examen de los textos internacionales sobre la materia. Asimismo, al hilo del estudio de los estándares del GAFI, se abordan otros puntos relativos a la mentada organización, tales como su discutida legitimación democrática, los métodos empleados para la implantación de sus directrices en los diversos estados y la verdadera operatividad del *soft law* para lograr una regulación armonizada del blanqueo.

Palabras clave: blanqueo de dinero, prevención, recomendaciones, sistema financiero y sujetos obligados.

Abstract: Apart from the directives of the European Union ("EU") on the prevention and suppression of money laundering, although these fundamentally include the content of the documents analysed here, this article studies the main regulatory instruments that have marked the evolution in the treatment of money laundering on the world stage. Within the framework of a global and harmonizing policy aimed at fully protecting the legal economy and financial systems, the first documents in the 1980s configured the position of banks in the face of suspicious money laundering operations. However, it has been the subsequent regulations, such as the United Nations Convention on Drugs, the activities of the Council of Europe or the 40 Recommendations of the Financial Action Task Force ("FATF"), which have substantially determined the investigative measures and of a criminal nature adopted at present, a reason that justifies the examination of international texts on the matter. Likewise, in line with the study of the FATF standards, other points related to the aforementioned organization are addressed, such as its disputed democratic legitimacy, the methods used to implement its guidelines in the various states and the true operation of soft law to achieve a harmonized regulation of money laundering.

Keywords: money laundering, prevention, recommendations, financial system, and reporting entities.

1. Introducción

Desde la década de los 80 del siglo pasado se ha producido, como señala ZARAGOZA AGUADO, una "explosión normativa"² en el ámbito internacional tendente a prevenir y reprimir todas aquellas conductas por las cuales se persigue la introducción en el tráfico legal de bienes de otros que provienen de una actividad delictiva. Además de su negativa repercusión en el orden socioeconómico, la preocupación mostrada en los últimos decenios en el plano mundial contra este fenómeno reside en dos motivos básicos. Por un lado, en la vinculación del lavado de activos con varios delitos graves que, a su vez, son propios de la criminalidad organizada, tales como el tráfico de drogas, de armas o de migrantes, la corrupción o la trata de personas³. Y, por el otro, en la frecuente instrumentalización de las personas jurídicas para el blanqueo, con especial mención de las entidades financieras y, dentro de estas, de las bancarias⁴. Por dichas razones, la legislación supranacional ha tratado de establecer el marco jurídico para la adopción del mayor

² ZARAGOZA AGUADO, J.A. "El delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Camacho Vizcaíno, A. dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 1230.

³ Cfr. ÜBEDA-PORTUGUÉS, J.E. "La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional", *Tiempo de Gestión*, n.º 9, 2010, p. 94.

⁴ Cfr. ZARAGOZA AGUADO, J.A. *op. cit.*, p. 1230, que indica que la regulación internacional aborda aspectos sumamente importantes, como el decomiso o la cooperación entre países.

número de medidas para la prevención y represión, de la forma más homogeneizada posible, de todas aquellas conductas constitutivas de reciclaje⁵.

El blanqueo de dinero posee un carácter eminentemente transnacional, sobre todo a raíz de la liberación financiera y la globalización económica. Esta dimensión conlleva que, en los últimos años, se haya producido con mayor intensidad el fenómeno conocido como "internacionalización del Derecho penal", o lo que es lo mismo, el establecimiento por órganos supranacionales de decisiones no solo puramente administrativas o de cooperación internacional, sino también sustantivas en lo que se refiere a la política criminal. Este proceso se lleva a cabo mediante la renuncia por parte de los estados de parcelas de su soberanía, en aras de conseguir una respuesta global hacia un delito que solo se puede abordar eficazmente desde un tratamiento conjunto por parte de los países. Las organizaciones internacionales, bien institucionalizadas plenamente o con otro estatus jurídico, dan lugar a una gobernanza mundial en la que, desde un escenario supranacional y al amparo de la estructura creada en cuestión, elaboran y emiten las principales directrices contra el blanqueo. No obstante, como se expondrá en relación con el GAFI, en muchas ocasiones la organización carece de una verdadera calidad democrática y en ella se vislumbra un poder hegemónico reducido a las principales potencias económicas, entre las que cabe señalar especialmente a los Estados Unidos («EE. UU.»)⁶.

Ante tal estado de la cuestión, resulta fundamental estudiar los principales textos normativos de índole internacional que han configurado en los últimos años las medidas tanto preventivas como represivas del blanqueo. En lo que atañe a la primera vía, esto es, la investigación y actuación anterior por parte de los sujetos obligados al efectivo lavado de activos, los primeros documentos supranacionales, como la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980 y la Declaración de Principios de Basilea de 1988, incidieron especialmente en las pautas de actuación que los estados debían exigir a las instituciones financieras y, dentro de estas, al sector bancario. No obstante, los posteriores textos también establecieron otras medidas de prevención consideradas en la actualidad como elementales, como por ejemplo la necesidad de crear Unidades de Inteligencia Financiera («UIF») en todos los estados o exigir la implantación de medidas de diligencia debida con el cliente («DDC»). Respecto a la segunda opción enunciada, con la publicación de los sucesivos instrumentos internacionales, concretamente la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 y las 40 Recomendaciones del GAFI -con sus numerosas actualizaciones y notas interpretativas-, se ha llevado a cabo una expansión en la persecución penal del blanqueo en la que destaca, sobre todo, el extenso listado de conductas típicas que los estados deben castigar -a excepción de reservas constitucionales- y la ampliación de los hechos previos a cualquier delito.

2. La Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980

En la normativa internacional sobre el blanqueo se establece como primer instrumento la Recomendación n.º R (80) 10, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, relativa a medidas contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal. Se adoptó formalmente en una reunión de los Delegados del Comité de Ministros -nombrado en la 26ª sesión plenaria de

⁵ Recuérdese que para hacer referencia al delito existen diferentes términos, si bien el reconocido por la RAE y con mayor difusión es "blanqueo" (*vid.* GONZÁLEZ URIEL, D. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Ed. Comares, Granada, 2021, pp. 6-11).

⁶ *Vid.* ARIAS HOLGUÍN, D.P. «La respuesta político-criminal al "blanqueo de capitales" como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión», en VV.AA. (Pérez Álvarez, F. y Díaz Cortés, L.M. coords.), *Temas actuales de investigación en ciencias penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Aquilafuente, Ediciones Universidad, Salamanca, 2011, pp. 373-404.

1977- tras el cumplimiento por parte de este grupo del encargo consistente en estudiar las dinámicas regionales y supranacionales para el blanqueo, que transcurrían esencialmente por la instrumentalización delictiva de las entidades bancarias⁷. De este modo, ante la preocupación por la incorporación y transferencia de activos provenientes de un delito en los sistemas financieros, la norma constituye una "llamada de atención"⁸ respecto a los problemas socioeconómicos que genera el blanqueo y se pretende que el sistema bancario contribuya a su prevención. Es decir, se sugiere a los Estados miembros del Consejo de Europa el desarrollo de una política global que involucre a los operadores financieros con el fin de que estos adopten las medidas necesarias para la identificación del cliente -*know your customer*-⁹ y se fomente la colaboración entre las autoridades bancarias y judiciales o policiales en el intercambio de información sobre dinero negro¹⁰.

En cuanto a su origen, la norma objeto de análisis posee un doble sustrato: de un lado, el voluminoso número de robos y secuestros en las sociedades europeas de aquel entonces y las sucesivas transferencias internacionales del dinero obtenido por la comisión de tales delitos¹¹; y, de otro, la tendencia contra el blanqueo iniciada en los EE. UU., los cuales ya habían desarrollado varias normas para impedir el aprovechamiento de los beneficios económicos derivados del delito¹². Sobre este segundo aspecto, cabe señalar que, hasta la aprobación de la presente Recomendación, Europa en su integridad rechazaba la dinámica estadounidense debido a dos razones: por un lado, la negativa valoración económica de que las entidades financieras tuviesen que controlar todas las transacciones realizadas por medio de sus productos; y, por otro, la falta de confianza en las administraciones públicas en relación con el uso de los datos obtenidos a través de los controles realizados por los entes bancarios¹³.

Acerca de la naturaleza de la norma, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980 posee un carácter organizativo y carece de

⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 117.

⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, C. "Introducción", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 19.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J. «Las "eurodirectivas" en materia de blanqueo de dinero», en VV.AA. (Abel Souto, M., Brage Cendán, S.B., Martínez-Buján Pérez, C., Vázquez-Portomeñe Seijas, F. y Guinarte Cabada, G. coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 612; MATALLÍN EVANGELIO, Á. "El blanqueo de capitales en la normativa internacional: obligaciones derivadas en el ordenamiento jurídico español", en VV.AA. (Vidales Rodríguez, C. coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 287; MALLADA FERNÁNDEZ, C. *Fiscalidad y blanqueo de capitales*, Universidad de Oviedo, Tesis doctoral, 2012, p. 87.

¹¹ Cfr. RUBERTO, R. "Apuntes sobre el delito de blanqueo de dinero en Italia", en VV.AA. (Sanz Hermida, Á.M. dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 90, que señala que por esa razón se instó a los estados a imponer obligaciones a las entidades bancarias y el deber de cooperar estas con las autoridades que reclamen su auxilio; FARALDO CABANA, P. "De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo", en VV.AA. (De la Cuesta Aguado, P. M., Ruiz Rodríguez, L.R., Acale Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M.J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I., y Ríos Corbacho, J.M. coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1457, concreta que el texto se elaboró para combatir las acciones de las Brigadas Rojas en Italia y de la Fracción del Ejército Rojo en Alemania.

¹² Cfr. MARTÍN VELASCO, L. "La investigación policial en el blanqueo de capitales", en VV.AA. (González Cussac, J.L. dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 222.; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 55, matizan que las disposiciones referidas a las entidades financieras tenían como fin prevenir la evasión fiscal, si bien luego se ampliaron a la lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo.

¹³ *Ibidem*.

un efecto vinculante¹⁴, si bien ello no permite negar su consideración como texto precursor en la prevención del blanqueo a nivel internacional y, sobre todo, en el estadio del Consejo de Europa¹⁵. Como destaca ABEL SOUTO, el principal objetivo del texto supranacional consiste en proteger la actividad bancaria e impedir su configuración como instrumento básico para el lavado de activos¹⁶. Precisamente, para el logro de tal fin y debido a los efectos negativos del blanqueo en el orden socioeconómico y su contribución a la comisión de otros ilícitos penales, se decidió involucrar por primera vez en la prevención del delito a las entidades bancarias, tanto públicas como privadas, de los Estados miembros del Consejo de Europa, de modo que pudiesen prestar auxilio tanto a las autoridades nacionales de los países a los que pertenecen como a las demás con las que deben colaborar y no se encuentran en su jurisdicción¹⁷.

Con ello, en la Recomendación se establecen una serie de disposiciones calificadas como "elementales, pero trascendentales"¹⁸ contra la transferencia y el encubrimiento de capitales de origen criminal. En este sentido, los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa deben adoptar las medidas necesarias para que las entidades bancarias que se hallen en su jurisdicción a) identifiquen a sus clientes al realizar cualquier tipo de operación -v. gr. abrir una cuenta, constituir un depósito, realizar operaciones al contado, o transferencias interbancarias de notoria importancia-¹⁹; b) limiten el alquiler de cajas de seguridad a clientes de cierta antigüedad²⁰; c) constituyan reservas de billetes a cuyo número de serie las autoridades tengan acceso cuando estos billetes hayan sido utilizados en hechos delictivos²¹; y d) contribuyan a la formación del personal de las entidades bancarias en lo que atañe al control de documentos y todo posible encubrimiento de delitos²².

De la misma forma, otros puntos esenciales de la norma internacional comentada se refieren a la debida cooperación entre las autoridades bancarias, así como a la comprobación de la autenticidad de los billetes²³. Respeto al primer ítem, la Recomendación trata de fomentar la colaboración regional y supranacional entre las autoridades bancarias y los gobiernos para prevenir el blanqueo de dinero; en concreto, con auxilio de la INTERPOL, se incide en que los estados deben informar acerca de la circulación de billetes o dinero utilizado para el hecho delictivo y el posible control de su movimiento²⁴. Y, respecto al segundo aspecto, se insta igualmente a los gobiernos a que establezcan un sistema por el que las autoridades bancarias comprueben la numeración de los billetes que reciben con la de los utilizados en los delitos cometidos²⁵.

¹⁴ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Universidade de Santiago de Compostela, Tesis doctoral, 2001, p. 54.

¹⁵ Recuérdese que, hasta el 8 de noviembre de 1990, no se aprobó, en el marco del Consejo de Europa, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.

¹⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 50.

¹⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 117.

¹⁸ ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 55.

¹⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 52; MATA LLÍN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 287.

²⁰ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 52; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 117, expone que ello conecta con la investigación hecha por el Comité, que determinó que los actos de blanqueo transcurrían por dos fases: el intercambio de billetes u otros bienes obtenidos o utilizados en el delito por otros de origen legal, y la ocultación del dinero mediante el alquiler de cajas de seguridad proporcionadas por las entidades bancarias.

²¹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 53.

²² Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 117; MATA LLÍN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 287.

²³ Cfr. MALLADA FERNÁNDEZ, C. *op. cit.*, p. 87.

²⁴ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 53.

²⁵ *Ibidem*.

Conforme a lo anterior, puede apreciarse que en la Recomendación se establecen una serie de disposiciones en relación con el sistema bancario partiéndose de que la prevención del blanqueo debe hacerse, en primer lugar, desde un escenario en el que predomine la colaboración entre los estados y los entes financieros -públicos y privados- que se hallen en su jurisdicción²⁶. En el fondo, en esta norma de 1980 ya se hallaba la idea de que el lavado de activos, a raíz de la liberalización de los mercados, se trataba de una amenaza para la seguridad mundial, razón por la que para contrarrestar la vertiente negativa de la globalización se involucró al sistema financiero en la prevención del blanqueo²⁷. No obstante, adviértase que la norma carece de disposiciones penales que permitan calificarla como una norma represiva del blanqueo²⁸, así como tampoco contiene mención alguna sobre los demás operadores jurídicos que, en la práctica, suelen ser instrumentalizados para otorgar apariencia lícita a bienes de origen delictivo -v. gr. el caso de los asesores fiscales, administradores de bienes o fiduciarios-²⁹.

Finalmente, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 1980 refleja que los esfuerzos de la comunidad internacional no siempre se dirigieron a reprimir propiamente el blanqueo mediante la sanción penal, sino que la primera atención de las instancias supranacionales recayó en la prevención de que bienes ilícitos se integren en la economía legal. Más concretamente, la Recomendación supuso un paso importante para garantizar la transparencia y colaboración con las autoridades competentes por parte de las entidades bancarias y sus empleados³⁰, adelantándose en el tiempo a los posteriores instrumentos mundiales o europeos sobre el blanqueo y que se analizarán en los apartados siguientes.

3. La Declaración de Principios de Basilea de 1988

La Declaración de Principios de Basilea, de 12 de diciembre 1988, se aprobó por el Comité sobre Regulación y Prácticas de Control de Operaciones Bancarias, formado por los bancos centrales y las autoridades de supervisión bancaria del Grupo de los Diez³¹, y se trata de la primera norma elaborada por una organización financiera internacional con disposiciones para el control del blanqueo a través de las entidades bancarias³². Es una norma de carácter deontológico que procura instaurar

²⁶ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 55.

²⁷ Cfr. RENATO VARGAS, L. "La estrategia internacional en contra del lavado de activos", en VV.AA. (Velásquez Velásquez, F. comp.), *Problemas actuales del Derecho Penal. Volumen II: 2014-2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 53.

²⁸ Cfr. GÓMEZ INIESTA, D.J. "Incidencia en el ordenamiento jurídico penal de la IV Directiva de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 37; DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R. "El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 69, 2016, p. 378, destaca que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa no define propiamente el blanqueo de capitales.

²⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 54.

³⁰ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C. "Introducción", *cit.*, p. 19.

³¹ Compuesto por doce países -Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Países Bajos, Suecia, Luxemburgo, Suiza, Reino Unido y EE. UU.-, con la participación como observador de la Comunidad Europea; cfr. GAONA, M.Á.A. "El lavado de activos o blanqueo de capitales, su desarrollo normativo en el ámbito supranacional, su lesividad y su relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano", *Revista Cap Jurídica Central*, n.º 3, 2017, p. 20, que recuerda que el Comité de Basilea surgió tras la crisis generada con el cierre del banco alemán *Herstatt*.

³² Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 56; MONREAL ÁVILA, E. *La potestad sancionadora en la prevención del blanqueo de capitales*, Universidad Complutense de Madrid, Tesis doctoral, 2016, p. 101, señala que fue el propio interés de los bancos -evitar los efectos negativos de su asociación con el blanqueo, como la falta de confianza de los clientes y empleados o el fraude- en fijar reglas de prevención y cooperación lo que justificó la adopción del texto.

en los bancos diversos procedimientos para prevenir el blanqueo de dinero a nivel nacional e internacional³³; para ello, establece una guía de actuación o un código de conducta para las entidades financieras de todos los países a los que la Declaración invita a adherirse³⁴. Asimismo, su ámbito de aplicación es restringido, pues las reglas *due diligence* que contiene se circunscriben al círculo financiero³⁵ y pretenden impedir que los bancos se consoliden como “intermediarios involuntarios”³⁶ en la transferencia de activos ilícitos.

En relación con la naturaleza del instrumento normativo, la Declaración no posee una dimensión más allá de lo estrictamente reputacional³⁷ al carecer de elementos de control y sanción³⁸. Esta cuestión permite señalar, a todas luces, que se trata de un código ético y “de contenido exclusivamente programático”³⁹ sin efectos jurídicos hasta su adopción por los diferentes ordenamientos estatales⁴⁰; es decir, carece de fuerza obligatoria o vinculante, pues el Comité de Basilea no ostenta la capacidad normativa necesaria para ello⁴¹. En esencia, la *ratio* de la configuración del texto como una declaración de principios reside en dos aspectos: por un lado, en las diferencias existentes en los controles bancarios de cada territorio y, por otro, en la pretensión de que el mayor número de entidades financieras aceptasen el conjunto de reglas deontológicas⁴².

La Declaración se estructura en un Preámbulo y cinco apartados y, a diferencia de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, proporciona como definición del blanqueo aquella que lo concibe como el conjunto de actividades por las que se transfieren o depositan fondos delictivos para ocultar su origen o su verdadero propietario⁴³. Desde el punto de vista penal, la Declaración de Principios de Basilea no se refiere al castigo del lavado de activos, pues su contenido se limita únicamente a la vía de la prevención y, en ella, al círculo bancario, sin ser su finalidad realizar una descripción de las determinadas conductas constitutivas de blanqueo⁴⁴.

En lo que atañe propiamente al contenido de la norma, por una parte en el Apartado I se aborda el frecuente uso del sistema financiero y, en concreto, del bancario, para la realización de actos de blanqueo, sobre todo por medio de los

³³ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 59.

³⁴ *Ibidem*. En el Preámbulo párrafo séptimo, se menciona “con objeto de que se apruebe la Declaración a escala mundial”; y el Apartado V invita a los bancos a aceptar las directrices.

³⁵ Cfr. BERMEJO, M.G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 192.

³⁶ BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 175.

³⁷ Sin perjuicio del daño económico y el fraude, la norma atiende a la negativa reputación de las entidades financieras respecto al público en caso de consolidarse como instrumentos para el blanqueo; cfr. REBOLLO VARGAS, R. “Limitaciones del Derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales”, en VV.AA. (García Arán, M. dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 130, que señala como “significativo” que el Preámbulo de la Declaración haga mención de ello: “(...) la confianza del público en los bancos y, por consiguiente, la estabilidad de éstos puede verse perjudicadas por una publicidad desfavorable como consecuencia de la asociación involuntaria de los bancos por los delincuentes... bien porque se den pruebas de negligencia al aceptar clientes indeseables o bien por la complicidad de alguno de sus empleados con los delincuentes (...)”.

³⁸ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 192.

³⁹ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 111.

⁴⁰ Cfr. REBOLLO VARGAS, R. *op. cit.*, p. 130.

⁴¹ Cfr. FLORES MARTÍN, A.R. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. “La lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tras la adhesión de España a la UE”, *RUE: Revista universitaria europea*, n.º 26, 2017, p. 95.

⁴² Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 63. En España, la trascendencia de tal normativa se puede ver en que la Asociación de Banca Privada (ABP) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) se adhirieron en 1990; *vid.* ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 111 y ss.

⁴³ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 58.

⁴⁴ *Ibidem*.

diferentes medios de pago, transferencias o depósitos. No obstante, como señala ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, el texto no se refiere al supuesto de que una institución o un miembro de su personal sea el directamente implicado en la conducta de blanqueo⁴⁵. Por otra parte, en el Apartado II se establece la base esencial de la norma, esto es, la identificación seria de la clientela, que se refiere a que los bancos deben solicitar y verificar mediante el documento al efecto la identidad de todos los clientes y, especialmente, de aquellos sobre los que se trata de determinar alguna cuestión relativa a la titularidad de las cuentas o al alquiler de cajas de seguridad⁴⁶. Asimismo, se especifica que los bancos deben abstenerse de realizar cualquier operación que se solicite en caso de negativa del cliente a determinar o precisar su identidad⁴⁷.

En el Apartado III se detalla el cumplimiento de las leyes por parte de las entidades bancarias, es decir, los responsables de estas últimas deben asegurarse de que su actividad sea conforme a las reglas deontológicas y a la normativa sobre transacciones financieras⁴⁸. Subráyese que esta disposición se realiza de forma abstracta, sin ningún tipo de concreción, pues simplemente se establece que las entidades bancarias deben abstenerse de realizar operaciones que presenten sospechas de ser conductas vinculadas al blanqueo⁴⁹. En relación con el respeto al ordenamiento jurídico, la norma distingue entre la adecuación de la propia actividad de las entidades bancarias con el ordenamiento jurídico de aquellas operaciones realizadas por los clientes y su conformidad o no con la ley. En el primero de los casos, la regla general es la actuación legal de los bancos, dado los controles administrativos a los que están sometidos en su actividad, mientras que en el segundo de los supuestos habrá que atenerse al caso concreto, pues resulta difícil determinar si una operación realizada por cuenta de un cliente tiene como origen una actividad delictiva o vulnera alguna regla del ordenamiento jurídico⁵⁰.

En el Apartado IV de la norma se establecen, en primer lugar, las medidas a adoptar por las entidades bancarias ante operaciones sospechosas de blanqueo; en concreto, la negativa a prestar asesoramiento financiero, finalizar las relaciones con el cliente y cancelar o congelar sus cuentas. En segundo lugar, se regula la cooperación de los bancos con las autoridades, si bien con el límite del secreto bancario regulado a nivel nacional⁵¹. Esta última cuestión resulta un aspecto problemático, pues siguiendo a BLANCO CORDERO, no se puede establecer una regla de colaboración con las autoridades para prevenir el blanqueo y fijar como barrera el secreto bancario, pues cualquier negativa a cooperar por parte de los bancos se podría amparar en dicha prerrogativa⁵². Finalmente, en el Apartado V se regulan otros puntos como la formación del personal bancario, las medidas destinadas a

⁴⁵ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 110.

⁴⁶ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 60, que señalan que en este punto la Declaración de Basilea es menos exigente que la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa; BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 192, califica como un "punto clave en la evolución de la línea preventiva" la responsabilización de sujetos privados, especialmente de las entidades bancarias.

⁴⁷ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 59.

⁴⁸ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 61, que indican que la Declaración solo establece que los bancos no prestarán ayuda en operaciones sospechosas de reciclaje, si bien se plantea la problemática en la comunidad internacional sobre la falta de unanimidad acerca de los delitos previos en el blanqueo -v. gr. la cuestión del delito fiscal-.

⁵⁰ *Ibidem*. Los autores plantean que en ciertos casos no habrá dudas acerca del carácter fraudulento o de blanqueo, pero en otros -esencialmente, transacciones internacionales y disposiciones legales del país receptor de los fondos- esa certeza no será tan indubitada.

⁵¹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 61; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 62, indican que los eventuales conflictos entre el secreto bancario y la cooperación se resolverán conforme a los ordenamientos nacionales cuando se traten de actividades bancarias de ámbito regional, o por los tratados internacionales o bilaterales en casos de transacciones internacionales.

⁵² Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 175, que considera que el punto de partida debe ser la colaboración con las autoridades con el límite del secreto bancario.

establecer sistemas de identificación de los clientes, la conservación de registros contables de las operaciones y el fomento de las auditorías⁵³.

Una vez comentadas las disposiciones del articulado de la norma, debe mencionarse que el seguimiento y la eficacia internacional que ha tenido la Declaración de Principios de Basilea de 1988 resulta una cuestión que tampoco se halla exenta de polémica. Sobre ello, es cierto que algunos estados sí implementaron las recomendaciones del texto mediante el empleo de distintas fórmulas, como convenios interbancarios vinculantes, indicaciones de los supervisores bancarios nacionales de que su no respeto supondría la imposición de sanciones administrativas, o la aprobación de textos jurídicos obligatorios en el que se incorporaron tales principios⁵⁴. Sin embargo, la Declaración ha tenido escasa eficacia en aquellos territorios calificados como paraísos fiscales, donde sus entidades bancarias poseen como elementos básicos de su organización el anonimato y el secreto bancario para atraer capitales⁵⁵.

Al margen de lo anterior, el Comité de Basilea ha realizado distintos intentos por difundir y tratar de que las entidades financieras de todos los países aceptasen y siguiesen estas directrices. Así, el 6 de julio de 1992 se aprobó otro marco de mínimos destinado a los gobiernos para controlar a aquellos bancos internacionales en relación con posibles fraudes a nivel global⁵⁶; en 1996, a través de la Conferencia Internacional de Supervisores Bancarios, el Comité de Basilea realizó un informe en el que se establecieron 29 recomendaciones para controlar a los bancos que operan fuera del territorio del país en el que radican⁵⁷; en 1997, se adoptaron los Principios Básicos para una Supervisión Bancaria eficaz⁵⁸; en 1999, se aprobó la Metodología sobre principios básicos, referidos esencialmente a procedimientos de conocimiento del cliente⁵⁹; y, en octubre de 2001, se elaboró un texto dirigido a los bancos acerca de la debida diligencia con los clientes⁶⁰.

4. Tratamiento del blanqueo de dinero en el ámbito de Naciones Unidas

4.1. La Convención sobre drogas de 1988

La Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas es conocida también como "Convención de Viena" al adoptarse formalmente en una conferencia desarrollada en el mes de diciembre de 1988 en la ciudad de *Neue Hofburg*, reunión en la que estuvieron presentes 106 países⁶¹. Se trata de un instrumento internacional definido como un "hito esencial"⁶² en el tratamiento de los múltiples aspectos relacionados con el blanqueo -tipificación penal, cooperación internacional, decomiso, extradición y

⁵³ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 62; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 62; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 175; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 110.

⁵⁴ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 64, que como países que siguieron la primera vía menciona a Austria, Italia y Suiza; la segunda a Francia y Reino Unido; y la tercera a Luxemburgo.

⁵⁵ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 176.

⁵⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 63.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 176.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sobre la problemática respecto a la verdadera fecha de adopción de la Convención *vid.* ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 69, nota 180.

⁶² BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 192.

asistencia judicial recíproca⁶³-, si bien no se utiliza este término ni otro similar para referirse a tal fenómeno delictivo⁶⁴.

Con el fin de analizar todas aquellas disposiciones relativas al blanqueo, se menciona como punto de partida la reducción de los delitos previos al tráfico de drogas. Esto se produjo en gran medida debido a los textos adoptados con anterioridad, a saber: la Convención Única de 1961 sobre estupefacientes y el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971⁶⁵. Resulta evidente que del tráfico de drogas se obtienen unas cantidades de dinero elevadas, si bien, para ABEL SOUTO, existen otros delitos graves, como el tráfico ilegal de armas, la trata de blancas y de menores vinculada a la prostitución internacional o la falsificación de dinero, que también tendrían encaje en el catálogo de hechos previos⁶⁶. Ahora bien, el objetivo esencial de la Convención de Viena se cifraba en impedir que los narcotraficantes dispusiesen del dinero obtenido por la comisión delictiva, esto es, privarles de su principal incentivo para la realización de la actividad ilícita⁶⁷.

En lo que se refiere a las conductas típicas, el art. 3 de la Convención de Viena, en sus diferentes apartados y numerales, determina, con una amplitud criticable, toda una serie de acciones por las que se concibe que se blanquea lo obtenido del delito⁶⁸. Destáquese *ad cautelam* que en el diseño de las conductas se evidencia un paralelismo claro con las tres fases clásicas del lavado de activos: colocación, ensombrecimiento e integración⁶⁹. Más en concreto, en primer lugar se tipifican los actos consumados en autoría o participación consistentes en la conversión o transferencia intencionada de bienes obtenidos, directa o indirectamente, de un delito y a sabiendas de tal origen, cuando se persiga la finalidad de ocultar o encubrir la procedencia ilícita de los bienes o para ayudar a los autores o partícipes en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos⁷⁰. En segundo lugar, se prevé el castigo de los actos intencionales en autoría o participación consistentes en la ocultación o encubrimiento de la naturaleza de los bienes, su origen, ubicación, destino, movimiento, propiedad o derechos sobre ellos⁷¹. Y, en tercer lugar, se contempla la punición de la adquisición, posesión o utilización de bienes procedentes del tráfico de drogas⁷², si bien se introduce la cláusula de reserva constitucional dadas las evidentes vulneraciones de principios penales básicos de formularse con un carácter imperativo⁷³.

La regulación de las conductas típicas en la Convención de Viena se completa con el castigo de la participación, conspiración, provocación y tentativa cuando sea conforme con los principios básicos de los ordenamientos jurídicos de los Estados

⁶³ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 109.

⁶⁴ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Ed. Comares, Granada, 2015, p. 72.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 72, que valora la única referencia al tráfico de drogas como un aspecto coherente con el espíritu y objeto de la Convención.

⁶⁷ Cfr. apartados 3 y 6 del Preámbulo de la Convención de Viena; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 63.

⁶⁸ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 151.

⁶⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 76, que indica que dicha correspondencia se traduce en que la producción u obtención de un dinero ilícito se castiga con el delito base sobre drogas, su transformación en dinero legal se persigue con las conductas de conversión o transferencia y ocultación o encubrimiento, y la inversión o introducción en el tráfico legal de las ganancias blanqueadas se corresponde con el castigo de la adquisición, posesión o utilización.

⁷⁰ Cfr. art. 3.1 letra b) subapartado i) de la Convención de Viena. La doctrina mayoritaria califica esta modalidad como tentativas de favorecimiento real (cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 78).

⁷¹ Cfr. art. 3.1 letra b) subapartado ii) de la Convención de Viena.

⁷² Cfr. art. 3.1 letra c) subapartado i) de la Convención de Viena.

⁷³ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 84.

parte⁷⁴. La posibilidad de castigar tales actos preparatorios y ejecutivos se ha calificado como un inapropiado "adelantamiento de las barreras de protección penal"⁷⁵, incluso respecto a las conductas de favorecimiento real *supra*, pues se concibe por parte de la doctrina como una vulneración flagrante de los principios de intervención mínima y seguridad jurídica.

Además de lo anterior, la Convención de Viena recoge otras decisiones político-criminales que deben ser objeto de mención. En primer lugar, la opción de acreditar el conocimiento, la finalidad o las intenciones exigidas mediante las circunstancias objetivas del caso. En segundo lugar, la facultad de contemplar el blanqueo imprudente ex art. 24 de la Convención, sin perjuicio de que las conductas típicas analizadas se configuran como intencionales -bien por dolo directo, bien por dolo eventual-⁷⁶. Y, en tercer lugar, en sede de consecuencias jurídicas, la Convención de Viena atiende a la gravedad de los delitos cometidos y articula, conforme a su valoración, la extensión de las penas de prisión u otras privativas de libertad, multas o decomiso⁷⁷. Siguiendo de nuevo a ABEL SOUTO, si bien con lo anterior semeja consagrarse *prima facie* el principio de proporcionalidad, este queda en entredicho si se confrontan los apartados 6 a 8 del art. 3, que se refieren entre otros aspectos al intento de obtener el mayor "efecto disuasivo"⁷⁸ con la aplicación de las penas⁷⁹.

De igual forma, la Convención de Viena también establece un catálogo de agravaciones en las diversas letras de su art. 3.5, tipos cualificados que se refieren al blanqueo cometido en un grupo delictivo organizado al que pertenezca el delincuente, que este último se involucre en actividades delictivas organizadas e internacionales, participe en actos tendentes a promover la comisión del delito, ostente un cargo público relacionado con el delito y exista una previa condena por ilícitos similares⁸⁰. Sobre este listado, la doctrina critica dos extremos básicos: primero, la falta de exhaustividad en punto a definir "grupo delictivo organizado" o "actividades delictivas internacionales organizadas"⁸¹; y, segundo, la vulneración del principio de legalidad, al establecerse que la mera integración en un grupo organizado, sin exigirse una actividad concreta en el delito, conlleva mayor castigo penal⁸².

Por último, la Convención de Viena añade dos disposiciones a las que la doctrina ha prestado también mucha atención. La primera de ellas se refiere a evitar que el secreto bancario se configure como una excusa para denegar la asistencia judicial recíproca o la información que deben proporcionar las entidades bancarias, financieras, o comerciales en orden a identificar, embargar o decomisar lo obtenido por el tráfico de drogas⁸³. Esto se traduce en que las autoridades competentes, con

⁷⁴ Cfr. art. 3.1 letra c) subapartados iii) y iv) de la Convención de Viena; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 110.

⁷⁵ ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 88.

⁷⁶ *Ibidem*. Se estima que, dado que el precepto faculta para adoptar medidas más rigurosas que las señaladas en el articulado del texto, bajo su paraguas y motivación de mínimos se puede incardinar el tipo imprudente.

⁷⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 111.

⁷⁸ Art. 3.6 de la Convención de Viena.

⁷⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 91; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 67.

⁸⁰ Cfr. art. 3.5 de la Convención de Viena; ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 66.

⁸¹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 92, que indica como carencias el número de miembros para integrar el concepto de grupo, el grado de integración que se requiere en él, o si la responsabilidad derivada del delito por un miembro se extiende a los demás.

⁸² Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en VV.AA. (Díez Ripollés, J.L. y Lorenzo Copello, P. coord.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 592.

⁸³ Cfr. art. 7.5 de la Convención de Viena; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 111.

la debida motivación y respeto a las garantías procesales, podrán obtener la información que soliciten sin que existan mayores impedimentos⁸⁴. Y, finalmente, la segunda disposición se trata de la inversión de la carga de la prueba, esto es, que los Estados parte podrán presumir que ciertos bienes tienen un origen delictivo, salvo que el poseedor pruebe su origen legal⁸⁵. La doctrina ha propuesto una interpretación restrictiva equivalente a asumir los postulados de la prueba indiciaria, simplificándose así tamaño "nudo gordiano"⁸⁶.

4.2. La Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000: tipificación de las conductas de blanqueo y medidas de prevención

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se aprobó en la conferencia política de alto nivel que se llevó a cabo desde el 12 al 15 de diciembre del 2000 en la ciudad de Palermo⁸⁷ y se considera como la "evolución natural"⁸⁸ y una clara "adaptación"⁸⁹ de la Convención de Viena. Su ámbito de aplicación no se restringe únicamente el blanqueo -vinculado en ese momento a crímenes como el terrorismo⁹⁰-, sino que, como indica la propia denominación del documento y también su art. 1, su finalidad es promover la cooperación para prevenir y combatir toda la delincuencia organizada transnacional⁹¹; por ello mismo, se define como el "primer instrumento jurídico vinculante y global"⁹² contra dicha forma de criminalidad.

En lo que se refiere al blanqueo, el texto regula la tipificación de conductas y las medidas de prevención en sus arts. 6 y 7, respectivamente. Antes de entrar a analizar tales extremos, debe señalarse que en el art. 2 se definen tres conceptos fundamentales para comprender la posterior regulación del blanqueo. En primer lugar, en la letra b) se definen los delitos graves como aquellos castigados con una pena igual o superior a 4 años de prisión⁹³. En segundo lugar, la letra e) indica que por "producto del delito" se alude a los bienes de cualquier índole que, directa o indirectamente, provienen de la comisión de un ilícito penal⁹⁴. Y, en tercer lugar, la letra f) hace referencia, con la terminología de "delito determinante", a todos aquellos ilícitos penales de los que se deriva un producto o beneficio -conforme a la anterior definición- y que pueden ser objeto de lavado.

En cuanto al tratamiento de los hechos previos, el art. 6.2 de la Convención de Palermo insta a los estados para que extiendan su catálogo de delitos determinantes al mayor número de ilícitos posible y, en concreto, a los definidos como graves por el propio texto -con penas de al menos cuatro años de prisión- y a

⁸⁴ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 96, que señala que esta disposición combate la confidencialidad financiera y bancaria que ha coadyuvado a la supervivencia del blanqueo, si bien no se olvida de que no puede implicar violaciones del derecho a la intimidad.

⁸⁵ Cfr. art. 5.7 de la Convención de Viena.

⁸⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 100, que reconoce, a su vez, que ello va en contra de la literalidad y las pretensiones del texto.

⁸⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 112, nota 77.

⁸⁸ BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 197.

⁸⁹ ORTEGA GOMERO, S. "Constitución, libre mercado y lavado de activos", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 297.

⁹⁰ Cfr. GALLEGU SOLER, J.I. "Arts. 290 a 304", en VV.AA. (Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 1028.

⁹¹ Cfr. art. 1 de la Convención de Palermo; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "La dimensión internacional del blanqueo de dinero", *Estudios de derecho judicial*, n.º 61, 2004, p. 210.

⁹² GUINOT MARTÍNEZ, M. "Blanqueo y principio de justicia universal", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 368.

⁹³ Cfr. art. 2 letra b) de la Convención de Palermo.

⁹⁴ Cfr. art. 2 letra e) de la Convención de Palermo.

los delitos de participación en grupo organizado, corrupción y obstrucción a la justicia. Para el caso de que los Estados parte hayan configurado una lista de delitos previos, la Convención ordena incluir en su catálogo "una amplia gama de delitos relacionados con grupos delictivos organizados"⁹⁵. También sobre los delitos determinantes, la Convención de Palermo acoge el principio de doble incriminación, el cual no se preveía en el Convenio de Estrasburgo de 1990; en concreto, se contempla expresamente que constituye hechos previo del blanqueo el delito cometido bajo la jurisdicción de otro estado que lo tipifique como tal, al igual que en el Estado parte de la Convención si se hubiese cometido en él⁹⁶.

En lo que se refiere a la tipificación de las conductas delictivas, el art. 6.1 posee un similar contenido que las disposiciones de la Convención de Viena⁹⁷, si bien amplía su objeto material⁹⁸. Se castiga la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que los bienes proceden, directa o indirectamente, de un delito y con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito o para ayudar a la persona que participó en el hecho previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos⁹⁹. También se prevé la ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento, propiedad de los bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que derivan, directa o indirectamente, de un delito¹⁰⁰. Adviértase que, en los dos tipos de conductas indicados, se añade el castigo de los actos preparatorios y ejecutivos, siempre y cuando sea conforme con los ordenamientos jurídicos de los Estados parte¹⁰¹. Y, en tercer lugar, se contempla la adquisición, posesión o utilización de bienes procedentes, directa o indirectamente, de un delito, con inclusión de la conspiración, provocación, tentativa o consumación, siempre que se ajuste a los principios constitucionales y penales básicos de los Estados parte¹⁰².

La regulación penal del blanqueo en la Convención de Palermo se cierra con dos previsiones complementarias acerca de la prueba indiciaria y el sujeto activo. Respecto a la primera cuestión, se dispone que los elementos subjetivos consistentes en el conocimiento y propósito podrán inferirse de las circunstancias fácticas conforme a una valoración objetiva¹⁰³. Y, respecto al segundo elemento, se configura el castigo para la misma persona que llevó a cabo la conducta blanqueadora y también el delito previo como una potestad para los estados, teniéndose en cuenta la reserva constitucional para estos¹⁰⁴.

La segunda parte de la Convención de Palermo respecto al blanqueo se vincula a las medidas preventivas que deben adoptar los estados. Se dispone, en primer lugar, que los países están obligados a aprobar un conjunto de normas por las cuales establezcan los controles que en su actividad se les exigirán a las instituciones

⁹⁵ Cfr. art. 6.2 letra b) de la Convención de Palermo; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 113.

⁹⁶ Cfr. art. 6.2 letra c) de la Convención de Palermo.

⁹⁷ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, C. "La ley de prevención del blanqueo en la legislación española: disposiciones generales", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 28; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 113; AMBOS, K. «Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del "lavado de dinero"», en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 184, que destaca que la Convención de Palermo recoge de la misma forma el contenido del art. 3.1 letras a), b) y c) de la Convención de Viena.

⁹⁸ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 197.

⁹⁹ Cfr. art. 6.1 letras a) subapartado i) de la Convención de Palermo.

¹⁰⁰ Cfr. art. 6.1 letra a) subapartado ii) de la Convención de Palermo.

¹⁰¹ Cfr. art. 6.1 letra b) subapartado ii) de la Convención de Palermo.

¹⁰² Cfr. art. 6.1 letra b) subapartado i) de la Convención de Palermo.

¹⁰³ Cfr. art. 6.2 letra f) de la Convención de Palermo.

¹⁰⁴ Cfr. art. 6.2 letra e) de la Convención de Palermo; sobre el autoblanqueo *vid.* ABEL SOUTO, M. "La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 76 y ss.

financieras y a determinadas profesiones en las que existe un riesgo fundado de su instrumentalización para el blanqueo. En particular, en tales disposiciones a adoptar por los estados deberá incidirse especialmente en las obligaciones de información, el establecimiento de registros, la identificación de los clientes y el deber de emitir reportes de operaciones sospechosas («ROS»)¹⁰⁵. En segundo lugar, la Convención hace referencia a la implantación de estructuras de cooperación internacional para la transmisión de información entre las autoridades competentes e indica, particularmente, la creación de UIF como centros nacionales de recepción, análisis y difusión de información sobre actividades sospechosas de blanqueo¹⁰⁶. En tercer lugar, sin menoscabar la libre circulación de capitales, se incide en la necesidad de controlar los movimientos transfronterizos en efectivo¹⁰⁷; en concreto, se prevé que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias de elevada cuantía y de títulos negociables¹⁰⁸. Y, en cuarto lugar, se alude a los demás instrumentos internacionales como los parámetros a seguir por los estados para la adopción de medidas de investigación¹⁰⁹, al igual que se invita a las autoridades nacionales a concertar acuerdos bilaterales o regionales para luchar eficazmente contra el blanqueo¹¹⁰.

4.3. La Convención contra la Corrupción de 2003: balance general de sus disposiciones, con especial atención a su regulación sobre el blanqueo

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se adoptó por la Resolución de la Asamblea General 58/14, de 31 de octubre, y se abrió a la firma el 9 de diciembre de 2003 en la ciudad mejicana de Mérida, razón por la que se conoce como Convención de Mérida¹¹¹. Su objetivo es establecer tanto las medidas concretas como el marco legal habilitante para que cada Estado parte adopte las decisiones pertinentes para prevenir y combatir la corrupción¹¹². Se trata de un instrumento con diversos aspectos positivos, si bien posee otros susceptibles de crítica por el alcance mismo de sus disposiciones. No obstante, en un primer plano destaca su carácter “integral”¹¹³, pues aborda la prevención y represión de diferentes actividades contrarias a la transparencia, a la integridad de los mercados y a las contrataciones públicas objetivas. Como indica VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS¹¹⁴, la norma crea un marco de cooperación y de asistencia técnica internacional en el que los estados deben colaborar para el traslado de personas condenadas a fin de cumplir sus penas,

¹⁰⁵ Cfr. art. 7.1 letra a) de la Convención de Palermo; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁶ Cfr. art. 7.1 letra b) de la Convención de Palermo; ORTEGA GOMERO, S. *op. cit.*, p. 297.

¹⁰⁷ Cfr. ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.E. “Desafíos de los organismos internacionales frente a la delincuencia organizada”, en VV.AA. (Zúñiga Rodríguez, L. dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 293.

¹⁰⁸ Cfr. art. 7.2 de la Convención de Palermo.

¹⁰⁹ Cfr. art. 7.3 de la Convención de Palermo.

¹¹⁰ Cfr. art. 7.4 de la Convención de Palermo; BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 197; PLANCHADELL GARGALLO, A. “Aspectos procesales de la prevención y represión del blanqueo de capitales”, en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, p. 407, que califica a la Convención de Palermo como uno de los textos promotores de la cooperación internacional contra el blanqueo y pone un especial énfasis en la investigación conjunta que deben realizar los países de la UE para completar la noción de espacio único europeo y evitar “paraísos” para los criminales.

¹¹¹ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 114; JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 114.

¹¹² Cfr. VARGAS, E. “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las convenciones de la OEA y de la ONU”, *Nueva sociedad*, n.º 194, 2004, p. 138.

¹¹³ VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “La lucha contra la corrupción en la agenda internacional: algunas reflexiones sobre el ámbito y contenidos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción”, en VV.AA. (Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J.M. y García Alberro, R.M. coords.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, p. 1089.

¹¹⁴ *Ibidem*.

la remisión de actuaciones penales, la realización de investigaciones conjuntas, la asistencia judicial recíproca y la extradición.

Entre los aspectos positivos se menciona también su regulación del blanqueo, delito íntimamente ligado con la corrupción. Tras la estela de la Convención de Palermo, se regula dicho fenómeno tanto desde un punto de vista represivo como preventivo¹¹⁵. Respecto a la vía penal¹¹⁶, se prescribe la tipificación de las mismas conductas que señala la Convención de Viena -con la salvedad añadida de su no implementación en los códigos penales de los Estados parte en caso de incompatibilidad con sus derechos internos-, la ampliación de los delitos previos al mayor número de ilícitos penales posible¹¹⁷, el principio de doble incriminación y la libertad de cada nación para castigar o no el autoblanqueo. En cuanto a la prevención, el texto señala las medidas que debe exigir cada Estado parte a sus instituciones financieras para evitar la instrumentalización de estas últimas para el lavado de activos¹¹⁸. En este sentido, los bancos y las entidades que se dedican a la transferencia de dinero o valores deben aplicar medidas de identificación del cliente y del beneficiario final, establecer registros y denunciar todas aquellas transacciones sospechosas¹¹⁹. Al mismo tiempo, la Convención recomienda a los Estados parte que creen UIF como entes centrales contra el lavado de activos y apliquen medidas para la detección y vigilancia del movimiento transfronterizo de dinero en efectivo y de títulos negociables.

Además de lo anterior, otros factores de la Convención de Mérida que resultan positivos son los siguientes. En primer lugar, la regulación sobre la recuperación de activos¹²⁰, donde destacan los mecanismos para cumplir dicho objetivo: el ejercicio de acciones civiles en los tribunales del estado en el que se ubiquen los activos y la cooperación internacional¹²¹. En segundo lugar, la posibilidad final que permite su firma por las organizaciones regionales de integración económica en las que un Estado miembro ya hubiese firmado con anterioridad¹²². En tercer lugar, refuerza las disposiciones adoptadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos («OCDE») e impone a cada estado el establecimiento de la prohibición de deducción de los gastos procedentes de pagos corruptos¹²³. Y, en cuarto lugar, la regulación sobre la corrupción en el sector privado, estableciendo la necesidad de disponer de sistemas contables, auditorías y regular la transparencia en la gestión de las empresas¹²⁴.

No obstante, como se indicó al principio, existen ciertos aspectos de la Convención que se critican por su falta bien de imperatividad, bien de contenido. Así, el hecho de supeditar a la decisión de cada estado la tipificación de varias conductas, con cláusulas al estilo “de conformidad con el derecho interno, ...”, no consigue establecer una uniformidad plena entre los países¹²⁵. Además, su carácter exhaustivo

¹¹⁵ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁶ Vid. art. 23 de la Convención de Mérida.

¹¹⁷ Cfr. art. 23.2 letra a) de la Convención de Mérida; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 115.

¹¹⁸ Vid. ampliamente art. 14 de la Convención de Mérida.

¹¹⁹ Cfr. art. 14.3 de la Convención de Mérida, que, respecto a tales entidades, señala que los estados deben exigirles la implantación de formularios de transferencia electrónica de fondos para obtener datos de las partes, y mantener lo obtenido durante todo el ciclo de pagos.

¹²⁰ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 198, que señala que la transcendencia en la materia radica, junto a su calidad y el conseguido respaldo internacional, en su configuración como un aspecto central al que deben contribuir los países en desarrollo y los centros financieros.

¹²¹ Vid. arts. 53-57. Además, se establece que lo recuperado debe destinarse a la indemnización de las víctimas de los delitos tipificados en la Convención (cfr. art. 57.3 letra c) de la Convención de Mérida).

¹²² Cfr. art. 67.2 de la Convención de Mérida.

¹²³ Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “La lucha contra la corrupción...”, *cit.*, p. 1090.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Cfr. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. “Corrupción pública y globalización: Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º 26, 2017, p. 9.

también queda en entredicho al no enunciar las concretas directrices que los estados deben seguir para reformar sus ordenamientos jurídicos¹²⁶. Del mismo modo, el hincapié en la importancia de la asistencia técnica parece exponer la idea de que con un conjunto uniforme de medidas que apliquen los estados será suficiente para combatir la corrupción, extremo criticable pues cada territorio tiene una situación diferente y, por tanto, requieren de la adopción de medidas distintas¹²⁷. Y, por último, el texto carece de disposiciones de ayuda económica y social para los países en vías de desarrollo, lugares en los que, según el espíritu del texto, resulta más grave el fenómeno de la corrupción¹²⁸.

5. El GAFI y sus 40 Recomendaciones sobre el blanqueo

5.1. Su cuestionada legitimación internacional y democrática

El GAFI se trata de una organización intergubernamental creada en París en julio de 1989 por el G-7¹²⁹ y con la participación del Presidente de la Comisión de la entonces Comunidad Europea. Posee un carácter especializado¹³⁰ y unos recursos económicos limitados en orden a establecer las medidas básicas para la prevención y represión del blanqueo¹³¹. Su Secretaría se enmarca en la estructura de la OCDE, sin significar ello que pertenezca a dicho organismo¹³². Pese a la encomienda concreta que las autoridades de los países fundadores le hicieron al GAFI, este se configuró *ab initio* como una instancia no solo dirigida al estudio y tratamiento de las amenazas para el blanqueo, sino también a la evaluación del seguimiento y efectividad de sus estándares¹³³. Para esto último, resultan determinantes las evaluaciones mutuas y los mecanismos de sanción -por ejemplo, la suspensión de la membresía o la inclusión en la lista negra de países incumplidores-, elementos que dibujan al GAFI, en realidad, como un verdadero organismo normativo, sin ser verdaderamente esa su naturaleza y finalidad¹³⁴. En relación con ello, DEL CARPIO DELGADO llega a indicar que el Código Penal no tiene porqué seguir todas las recomendaciones del GAFI o lo derivado de sus evaluaciones, pues ello equivaldría a reconocer un efecto vinculante para el legislador¹³⁵.

Algunos ejemplos de índole facultativa mencionada son el abuso de funciones, el tráfico de influencias y el soborno en el sector privado (*cfr.* JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 149).

¹²⁶ *Cfr.* VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. "La lucha contra la corrupción...", *cit.*, p. 1091, que pone de ejemplo al cohecho transnacional, ya que aunque se reconoce su impacto negativo en los estándares de conducta de las transacciones internacionales y de los procedimientos públicos nacionales, su escasa redacción impide adoptar medidas eficaces de cooperación.

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ *Ibidem.*

¹²⁹ Tales potencias eran Canadá, Estados Unidos, Italia, Japón, Alemania, Francia, y Reino Unido.

¹³⁰ *Cfr.* PAVLIDIS, G. "El grupo de acción financiera (GAFI) treinta años después: el futuro de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo", *Revista de estudios jurídicos*, n.º 20, 2020, p. 436, que pondera la participación de expertos imparciales en la elaboración de las recomendaciones como una fuente de legitimación para el GAFI.

¹³¹ *Cfr.* ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 104.

¹³² *Cfr.* JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 40.

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ *Cfr.* HLOPHE, Z. *Regulating Money Laundering in Developing Countries: A Critical Analysis of South Africa's Incorporation and Implementation of the Global FATF Standards*, King's College London, Doctoral dissertation, 2013, p. 338 y ss., para el que la crisis de legitimación del GAFI radica en las decisiones que han propiciado que sus estándares se traten de *hard law* sin tener soporte legal para ello.

¹³⁵ *Cfr.* DEL CARPIO DELGADO, J. "La necesaria delimitación del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Zúñiga Rodríguez, L. dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 667.

Las dudas planteadas acerca de la legitimación internacional y democrática del GAFI ponen en tela de juicio el propio valor de la institución y de sus normas. En los últimos años se persigue mismamente por la organización acabar con todas las críticas al respecto, pues en el fondo pretende asegurar el seguimiento efectivo de sus disposiciones. Como señala HÜLSSE, es el cumplimiento real y también el proactivo lo que se halla detrás de la legitimación buscada por el GAFI y no solamente un mero cumplimiento formal -que se conseguiría a través del método básico de la coerción-. Es decir, la finalidad del GAFI es inspirar a nivel mundial las políticas contra el blanqueo, de forma que los estados cumplan con sus estándares y los implementen de forma plena, resultando insuficiente que los países aprueben leyes conforme a las recomendaciones aprobadas por la organización, pero sin atender *ex post* a su verdadera eficacia¹³⁶.

En base a su génesis, finalidad y trabajos que desarrolla el GAFI, parte de la doctrina defiende que se trata de un club cerrado en el que convergen, en situación de mando, las principales élites económicas mundiales, arrogándose precisamente estas, al margen de las vías del Derecho internacional, la elaboración de los parámetros normativos, especialmente penales, contra el lavado de activos¹³⁷. En esta concepción, por tanto, se considera al GAFI como una organización política y oligárquica, "con finalidades partidistas"¹³⁸, en la cual no existe una plena representatividad de todos los estados -solo de aquellos con una posición hegemónica- y que supone una absorción de soberanía al examinar el seguimiento de sus recomendaciones a través de evaluaciones mutuas y amenazar con sanciones en caso de inobservancia¹³⁹. Asimismo, el hecho de que países no miembros del GAFI sigan tales estándares normativos no constituye un elemento que dote de un verdadero carácter democrático a la formación, pues una dicotomía esencial a tener en cuenta es la legitimidad como organización y la legitimidad de sus normas¹⁴⁰. En síntesis, en esta concepción el GAFI se define como un "directorio o concierto financiero"¹⁴¹ que cuenta con la elaboración de listas negras de estados no respetuosos con sus estándares como la herramienta esencial para revestir de carácter coercitivo a sus recomendaciones.

La falta de legitimidad democrática del GAFI se vincula también con el proceso para la adopción de sus estándares y la dudosa participación de los Estados miembros asociados¹⁴². En este sentido, el Pleno del GAFI aprueba las directrices elaboradas previamente por los grupos de trabajo y por el grupo directivo; no obstante, en los documentos reguladores del funcionamiento del GAFI, no se define la relación entre

¹³⁶ Cfr. HÜLSSE, R. "Even clubs can't do without legitimacy: Why the anti-money laundering blacklist was suspended", *Regulation & Governance*, n.º 4, 2008, p. 467, que indica que la legitimación democrática del GAFI en torno a su estructura y toma de decisiones coadyuva a contar con el auxilio de los demás actores internacionales, especialmente en lo que se refiere a la disposición de fondos.

¹³⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M. "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 12, que indica que los actuales tipos penales de blanqueo derivan de un grupo "burócrata" inserto en el GAFI, dando lugar a decisiones penales "innecesarias y perturbadoras".

¹³⁸ CHOCHAN, U.W. "The FATF in the global financial architecture: challenges and implications", *CASS Working Papers on Economics & National Affairs*, n.º 1, 2019, p. 7.

¹³⁹ Cfr. GRACIANO SUXBERGER, A.H. y CASELATO JÚNIOR, D. "O papel do GAFI/FATF: natureza jurídica de suas recomendações e formas de coerção aos países membros pela sua inobservância", *Cadernos de direito actual*, n.º 11, 2019, p. 176, que destacan que la legitimidad del GAFI no proviene de una adhesión formal de voluntades soberanas y califican al grupo, incluso, como una especie de tribunal internacional, con derecho de monitoreo a los estados e imposición de sanciones.

¹⁴⁰ Cfr. HLOPHE, Z. *op. cit.*, p. 340.

¹⁴¹ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 54.

¹⁴² Actualmente son miembros asociados el GAFILAT, el MONEYVAL, el GAFIC, el APG, el EAG, el ESAAMLG, el GAFISUD, el GIABA, y el MENAFATF.

los miembros del GAFI y los asociados, y si bien es cierto que estos últimos participan en las deliberaciones del Pleno, ello no significa que la participación sea total y efectiva. Para KIYAN, esta problemática ocurre por tres razones esenciales. Primero, por la inexistencia de reglas procesales que sitúen a los diversos estados al mismo nivel¹⁴³. Segundo, porque la participación se realiza una vez manifestado el compromiso por parte de los Estados miembros asociados de implementar los estándares en sus ordenamientos¹⁴⁴. Y, tercero, por el hecho de que son los Estados miembros del GAFI quienes determinan qué países pueden ser miembros asociados, lo cual imposibilita una relación de igualdad¹⁴⁵.

En contraposición a las profundas críticas sobre la legitimación democrática del GAFI, otro sector de la doctrina considera que tales objeciones se desacreditan con los siguientes aspectos. En primer lugar, atendiendo a los numerosos estados que forman parte del grupo¹⁴⁶ y, especialmente, a la adhesión de países en vías de desarrollo, sobre todo de América Latina¹⁴⁷. En segundo lugar, con la creación de organizaciones regionales -v. gr. el GAFILAT o el GAFIC-, con el fin de instaurar un sistema de cooperación internacional contra el blanqueo¹⁴⁸. En tercer lugar, con la adición a los textos aprobados por el grupo de comentarios y valoraciones por múltiples intervinientes en el mercado financiero, lo cual demuestra la intervención de más sujetos y operadores económicos y no solo de los estados¹⁴⁹. En cuarto lugar, con la cooperación que el GAFI lleva a cabo tanto con otras instituciones -como Naciones Unidas y el Fondo Monetario Internacional («FMI»)- como con el sector bancario¹⁵⁰. Y, en quinto lugar, la falta de transparencia del GAFI se solventa con la publicación de los presupuestos o los informes de evaluación mutua, antes considerados y tratados como documentos confidenciales o de alto secreto¹⁵¹.

5.2. Métodos de evaluación de la implantación de los estándares normativos en los sistemas nacionales

Para comprender el alto nivel de aceptación y seguimiento de las 40 Recomendaciones del GAFI, pese a su naturaleza no vinculante, deben estudiarse los canales de supervisión que adopta la organización para comprobar la plena implantación de sus estándares¹⁵². Esta cuestión se califica como un "factor decisivo"¹⁵³ en la importancia adquirida por el GAFI, de forma que no solo debe

¹⁴³ Cfr. KIYAN, R.A. *Deliberative Democracy within Transgovernmental Networks: A Case Study of the Financial Action Task Force*, Ed. McGill University, Canada, 2016, p. 60.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Actualmente forman parte del GAFI un total de 39 miembros, siendo dos de ellos las siguientes organizaciones regionales: la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo Pérsico.

¹⁴⁷ Cfr. GRACIANO SUXBERGER, A.H. y CASELATO JÚNIOR, D. *op. cit.*, p. 183, que mencionan particularmente el caso de Brasil, Argentina y México.

¹⁴⁸ Cfr. HÜLSSE, R. *op. cit.*, p. 470, que subraya que la colaboración de tales entes en las evaluaciones mutuas del GAFI resulta más adecuado, pues son organizaciones de ámbito más próximo las que deben valorar la implantación efectiva o no de los estándares; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 174

¹⁴⁹ Cfr. PAVLIDIS, G. *op. cit.*, p. 436. Vid. NANCE, M.T. "Re-thinking FATF: an experimentalist interpretation of the Financial Action Task Force", *Crime, Law and Social Change*, n.º 69, 2018, pp. 131-152, que valora la participación amplia de actores como un elemento clave para la legitimidad del GAFI, pues un mayor número de intervinientes -no solo reducido a los estados- en la toma de decisiones contribuye a su eficacia y termina con los procesos cerrados que se le atribuyen.

¹⁵⁰ Cfr. HÜLSSE, R. *op. cit.*, p. 471, que subraya que el GAFI, desde los años 2000, realiza consultas periódicas y diversos foros con el sector bancario.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Vid. FATF. *Consolidated Processes and Procedures for Mutual Evaluations and Follow-Up: "Universal Procedures"*, Paris, France, 2021.

¹⁵³ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 41, que destaca que en las evaluaciones del GAFI se distinguen dos aspectos: el cumplimiento técnico y la efectividad del sistema. El primero se

reducirse su éxito a la propia elaboración de las directrices. Más en concreto, el grupo emplea las siguientes vías para una incorporación universal de sus medidas: la autoevaluación por cada país y los procedimientos de evaluación mutua por grupos de expertos u otras organizaciones¹⁵⁴.

El primer cauce de supervisión por parte del GAFI se lleva a cabo a través de una autoevaluación realizada por el propio país objeto de examen. Ello se desarrolla mediante un cuestionario en el que se recogen diferentes ejercicios destinados a valorar la tendencia y las características de los métodos antiblanqueo adoptados y su adecuación o no con las directrices internacionales aprobadas por la mentada organización intergubernamental¹⁵⁵. Tales ejercicios tienen una periodicidad anual y complementan al sistema de evaluación mutua, procedimiento principal que a continuación se explica.

En efecto, el segundo de los métodos empleados por el GAFI se trata de las evaluaciones mutuas, que, al término de su procedimiento, fijan el grado de cumplimiento legal, financiero y jurídico de los países en relación con las 40 Recomendaciones¹⁵⁶. El resultado de este sistema es la elaboración de un informe final en el que se indican los defectos y las insuficiencias que un estado posee en comparación con las medidas de prevención y lucha contra el blanqueo establecidas por el GAFI. Las evaluaciones mutuas se desarrollan en cada territorio mediante equipos de expertos de otros países u organizaciones internacionales, que disponen como material de referencia un cuestionario cubierto previamente por los estados, en el cual intervienen no solo las autoridades de las principales instituciones nacionales, sino también todos los afectados por la implantación de las obligaciones establecidas por el GAFI¹⁵⁷. Ese trámite constituye una fase previa a la visita *in situ* de los evaluadores, los cuales trabajarán sobre tal documento, pero también en función de las consultas realizadas *ex ante* con el país objeto de evaluación, en las cuales consensuarán las amenazas, las áreas de la economía sujetas a una mayor instrumentalización para el blanqueo y cualquier otro tema estructural de relevancia¹⁵⁸.

Tras el examen del cuestionario previo, los expertos del GAFI se trasladan al país en cuestión para reunirse con los representantes nacionales y comprobar, debatir y valorar el cumplimiento de los sistemas antiblanqueo adoptados por ese

refiere a la adopción por parte de los estados de instrumentos y procesos legales para llevar a cabo las políticas adoptadas a nivel supranacional. El segundo se trata del resultado obtenido en base a la aplicación de las medidas.

¹⁵⁴ En la actualidad, las evaluaciones mutuas pueden llevarlas a cabo tanto organizaciones internacionales como formaciones regionales (v. gr. el GAFILAT, el MENAFATF o el Banco Mundial); cfr. NANCE, M.T. "The regime that FATF built: an introduction to the Financial Action Task Force", *Crime, Law and Social Change*, n.º 69, 2018, p. 116; MÁRQUEZ LASSO, D.E. y GONZÁLEZ MÉNDEZ, A. "Las dificultades del intercambio de información en la lucha contra el blanqueo, con referencias a la Directiva 843/2018 y a la falta de armonización del delito fiscal como hecho previo", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 75; LOMBARDEO EXÓSITO, L.M. "El grupo de acción financiera internacional: revisión del mandato (2008-2012)", *Revista Estudios Jurídicos*, n.º 8, 2008, p. 6, pone de relieve que respecto a los países miembros del Consejo de Europa, pero no del GAFI, la evaluación la realiza el MONEYVAL, en cuyo Pleno se debate y se adopta el informe final.

¹⁵⁵ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. "Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español", en VV.AA. (Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 32.

¹⁵⁶ Cfr. DE LA TORRE LASCANO, C.M. *Lavado de activos: estudio sobre la prevención (en especial referencia al caso ecuatoriano)*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020, p. 182.

¹⁵⁷ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁸ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 45, que indica que en el proceso de evaluación los expertos deberán atender a la situación y a las circunstancias del país objeto de examen.

estado. En todo este proceso el país objeto de evaluación puede alegar lo que considere oportuno con anterioridad a la confección del informe final por los expertos, documento en el que se indicarán las reformas imprescindibles en las estructuras preventivas y represivas del blanqueo para su correcta adecuación a las exigencias del GAFI¹⁵⁹. Adviértase que en la valoración que realizan los expertos sobre un estado y su correcta implantación de las 40 Recomendaciones se tienen en cuenta, entre otros aspectos, las actividades del sector financiero, el número de dinero en efectivo que posee un estado, los datos sobre la economía sumergida, la situación política, los canales de transparencia adoptados, la operatividad y los recursos de los que se dispone a nivel judicial, las cotas nacionales de corrupción y la exclusión financiera¹⁶⁰. Finalmente, las reformas señaladas por el comité evaluador deberán ser adoptadas por el estado en el plazo establecido para ello por el GAFI, el cual revisará periódicamente el avance en dichas modificaciones¹⁶¹.

Junto con lo anterior, y añadiendo un elemento a las fases señaladas del cuestionario previo y la ulterior visita *in situ*, KEBONANG y FOMBAD¹⁶² inciden en la presión que ejercen los demás países ante el incumplimiento detectado por los expertos evaluadores. En este sentido, el país calificado como incumplidor será objeto de reclamación de informes de progreso en las posteriores reuniones plenarias de la organización, al igual que el GAFI emitirá diversos pronunciamientos destinados a alertar a las instituciones financieras de los demás estados para que presten las mayores cautelas posibles en sus relaciones comerciales o financieras con los operadores domiciliados en el país incumplidor. Si el estado de que se trate prosigue en su incumplimiento y no adopta las reformas propuestas, se podrá suspender directamente la membresía de dicho país en la organización, aplicarle sanciones o incluirlo en las listas de países no cooperantes¹⁶³.

5.3. Las 40 Recomendaciones como paradigma del *soft law*: carácter no vinculante y razones para su aceptación

Las 40 Recomendaciones del GAFI, junto con las notas interpretativas¹⁶⁴ y demás guías adoptadas por la organización intergubernamental en cuestión, se consideran el instrumento de referencia mundial para la prevención y lucha contra el blanqueo, sin perjuicio de su inserción en la categoría jurídica del *soft law*. De hecho, debido a su éxito y a la posibilidad de modificar más rápidamente sus disposiciones en comparación con un tratado o convenio internacional, si bien estos últimos instrumentos se sitúan por encima en la jerarquía de fuentes, PAVLIDIS plantea la vía del "derecho blando" como la técnica legislativa idónea para la unificación y armonización del Derecho penal en general y, especialmente, en el ámbito del blanqueo. De esta forma, los textos tradicionales se superarían con la promulgación de normativa al estilo de las 40 Recomendaciones del GAFI que, a pesar de su carácter no vinculante, exigen, a su vez, un alto nivel de cumplimiento y transgreden las fuentes clásicas del Derecho¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Cfr. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. *op. cit.*, p. 33.

¹⁶⁰ Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, pp. 42 y 43.

¹⁶¹ Cfr. LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M. *op. cit.*, p. 9.

¹⁶² Cfr. KEBONANG, Z. y FOMBAD, C.M. "The African peer Review Mechanism: Challenges and prospects", *AU, NEPAD and the APRM: democratisation efforts explored*, n.º 2, 2009, p. 43.

¹⁶³ *Ibidem*. Tales autores señalan que, para eliminar a un país de la lista, se ponderará el número de leyes que haya promulgado tendentes a corregir los defectos detectados en el informe final de la evaluación mutua. Dichos cambios deberán entrar en vigor antes de su eliminación de la lista y el GAFI podrá realizar visitas de seguimiento y requerir regularmente informes de implantación.

¹⁶⁴ El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en el Capítulo VII de la Carta, afirma que los estados deben aplicar también las notas interpretativas de las 40 Recomendaciones del GAFI (cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F. *op. cit.*, p. 57).

¹⁶⁵ Cfr. PAVLIDIS, G. *op. cit.*, p. 437, que, ante las nuevas amenazas, modalidades e instrumentos para el lavado de activos, afirma que el modelo de las 40 Recomendaciones ofrece una mayor flexibilidad y permite, por tanto, combatir con mayor eficacia tal fenómeno.

Ante lo mencionado, se debe profundizar en las razones fundamentales que existen para la aceptación global de las 40 Recomendaciones del GAFI. Desde su elaboración y publicación en 1990, con sus posteriores actualizaciones, el escenario mundial las ha consolidado como la normativa de referencia, superando con creces el carácter que señala su propia calificación. En este sentido, se puede afirmar que los trabajos del GAFI poseen, en las políticas contra el blanqueo, mayor influencia que otros convenios de entidades institucionalizadas y, pese a que no se concibe como una organización internacional *strictu sensu*¹⁶⁶, sus actividades se siguen por los principales actores financieros a nivel mundial -el FMI, el Banco Mundial y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas- y por las principales potencias económicas¹⁶⁷. Por tanto, el *soft law* del GAFI experimenta, en un primer plano, un claro proceso de "endurecimiento"¹⁶⁸ con la inserción del contenido de sus directrices en las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas o debido a las condiciones exigidas para concertar acuerdos con el FMI o el Banco Mundial¹⁶⁹.

La gran acogida de las 40 Recomendaciones en los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales se cifra también en el "papel cohesivo y coercitivo"¹⁷⁰ que desempeñan las sanciones posibles a imponer por el GAFI y, sobre todo, en la confección de las listas de países no cooperantes. Según AMRANI, con la elaboración regular de tales documentos se utiliza la técnica de "nombrar y avergonzar"¹⁷¹, de forma que los países se ven casi obligados a adoptar sus directrices para no hallarse etiquetados a nivel internacional. Esta explicación, de carácter coercitivo, se fundamenta en el negativo impacto económico que tendría la inobservancia de los estándares del GAFI; por ejemplo, las dificultades de acceso a los mercados financieros globales, la obtención de unas calificaciones crediticias bajas o un descenso notable en el número de relaciones comerciales con los demás países¹⁷². Por ello, los estados tratarían de evitar ser incluidos en las dos listas básicas que elabora el GAFI, a saber: la lista negra, en la que se encuadran aquellos países sobre los que se estima pertinente adoptar las máximas cautelas posibles en las

Y, como uno de los ejemplos que señala para concretar esa flexibilidad, menciona el EBR que sigue el GAFI, por el cual cada país debe estudiar los riesgos a los que se enfrenta y luego aplicar las medidas que procedan.

¹⁶⁶ Vid. BORLINI, L.S. y MONTANARO, F. «The Evolution of the EU Law Against Criminal Finance: The "Hardening" of FATF Standards within the EU», *Georgetown Journal of International Law*, n.º 48, 2017, pp. 1009-1062. Sobre la posible consideración de organización internacional del GAFI, tales autores afirman que no es posible negar dicha calificación dado que en muchos aspectos esta formación sí cumple con los parámetros propios de las organizaciones internacionales: entre ellos, disposición de recursos propios; una estructura permanente para la monitorización y supervisión de la implantación de sus directrices en los ordenamientos jurídicos nacionales; y el estatus de sus funcionarios, que gozan de las mismas inmunidades y privilegios que los funcionarios de la OCDE.

¹⁶⁷ Cfr. GATHII, J.T. "The Financial Action Task Force and Global Administrative Law", *Journal of the Professional Lawyer*, n.º 10, 2010, p. 3, que destaca a EE. UU. y a los países de la UE.

¹⁶⁸ PAVLIDIS, G. *op. cit.*, p. 442.

¹⁶⁹ Cfr. EKWUEME, E. y BAGHERI, M. "Money cleansing and effectiveness of FATF coercive measures: an overview", *Amicus Curiae*, n.º 2, 2019, p. 281, que señalan que las recomendaciones del GAFI se transforman en "ley dura" cuando los países miembros del FMI o del Banco Mundial solicitan préstamos y se les exige el cumplimiento de los parámetros supranacionales en cuestión.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ AMRANI, H. "Anti-Money Laundering as International Standards and the Issues of Sovereignty", *Indonesian Journal of International Law*, n.º 12, 2014, p. 166, que considera a este método de implantación de las 40 Recomendaciones en los estados como una flagrante vulneración de principios básicos del Derecho internacional, como la igualdad soberana y la no injerencia.

¹⁷² Cfr. PURSIAINEN, A. "The FATF and Evolution of Counterterrorism Asset Freeze Laws in the Nordic Countries: We Fought the Soft Law and the Soft Law Won", en VV.AA. (Karjalainen, K., Tornberg, L. y Pursiainen, A. eds.), *International Actors and the Formation of Laws*, Springer, Heidelberg, 2022, p. 140.

operaciones financieras; y la lista gris, relación en la que se incluyen a aquellos países con deficiencias en sus mecanismos contra el blanqueo, si bien en esta no se indican las determinadas medidas que deben adoptarse¹⁷³.

Más allá de las razones que justifican la aplicación de las 40 Recomendaciones en su apoyo interno o en el poder coercitivo de sus listas, existen otras aproximaciones que establecen como claves del éxito del GAFI sus métodos de trabajo y la dimensión colectiva de sus objetivos. Esta perspectiva se trata de una visión "voluntarista"¹⁷⁴ frente a los argumentos concretados en el dominio de las principales potencias económicas o puramente coercitivos de la presión de grupo y la amenaza de sanciones -como la analizada inclusión en las listas de países no cooperantes-. Este otro punto de vista permite concluir que las recomendaciones se tratan de enunciaciones de valores financieros que reciben de las diversas autoridades nacionales una valoración positiva al describir principios básicos sobre el "cómo actuar" en las relaciones financieras. Tal óptica supera la innegable operatividad coercitiva de la lista negra, pero en todo caso exigua pues, a falta de estudios económicos que cifren el coste real de hallarse en ella, no existen razones suficientes para defender que los estados pretendan por todos los medios no figurar en dichas relaciones de países¹⁷⁵.

En relación con la última concepción expuesta, una mención particular merece la aportación de NANCE¹⁷⁶, que ofrece una teoría, calificada como experimentalista, en la que propugna una valoración diferente para cinco elementos propios de la estructura y de las actividades del GAFI. En primer lugar, las sanciones que se les puede imponer a los estados contribuyen, en realidad, a fomentar una mayor participación en la elaboración de las disposiciones, lo cual se traduce en una aceptación más amplia. En segundo lugar, la supervisión de la implantación y aplicación de las directrices deriva del proceso abierto de elaboración de sus normas, fruto de un consenso entre los estados y, por tanto, no ideadas exclusivamente por los países más poderosos en términos económicos. En tercer lugar, la virtualidad de las recomendaciones reside en la participación de diferentes tecnócratas que no se guían por consideraciones ideológicas y sí por los valores con los que se debe operar en la práctica financiera internacional. En cuarto lugar, la intervención de expertos sobre finanzas y blanqueo fomenta tanto el carácter democrático de la institución como de sus estándares, los cuales ostentan una mayor calidad tras el intercambio de opiniones¹⁷⁷. Y, en quinto lugar, se elimina la distinción entre el carácter blando y duro de las leyes, de forma que ambas resultan válidas para proteger el orden socioeconómico y los sistemas financieros.

Sea como fuere, la interacción que existe en la práctica entre el "derecho blando" y el *hard law* dibujan una "relación recurrente de fortalecimiento"¹⁷⁸ y avance en la prevención y lucha contra el blanqueo. El GAFI realiza, desde su creación, una labor multidisciplinar dirigida a combatir el lavado de dinero, obteniendo sus políticas una influencia universal, con mención especial en la UE¹⁷⁹. Por ello, puede afirmarse que la eficacia de los documentos del GAFI ponen de relieve que el derecho no vinculante resulta también idóneo para regular el ámbito financiero internacional. De hecho, los tratados o las convenciones internacionales de las demás organizaciones

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ Cfr. NANCE, M.T. "Re-thinking FATF: an experimentalist...", *cit.*, p. 134.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 193, que pondera que tales normas, al constituir el resultado de la única organización especializada contra el blanqueo, propicia su consolidación como principales estándares en la materia, hasta el punto de poder equipararlas con las normas ISO.

¹⁷⁸ BORLINI, L.S. y MONTANARO, F. *op. cit.*, p. 1026.

¹⁷⁹ En la UE, las 40 Recomendaciones predominan como pautas a seguir, apreciable ello en la sucesiva cadena de directivas que se han promulgado en las últimas tres décadas. En este sentido confróntese el Considerando 3 de la Directiva 2018/1673, de 23 de octubre, que menciona particularmente a los estándares del GAFI, si bien luego se refiere a los instrumentos de las demás organizaciones internacionales.

mundiales derivan de procedimientos más rígidos, por lo que, en clara contraposición a ellos, TURNER¹⁸⁰ concreta la virtualidad del derecho indicativo o *soft law* en los siguientes puntos: a) permite responder con rapidez a las crisis financieras y a las nuevas amenazas; b) se suple la falta de voluntad legislativa de las principales potencias económicas, que se niegan a perder un ápice de su control y soberanía; y c) se evitan problemas legislativos, como las reservas, que condicionan en múltiples ocasiones la ratificación de ciertos tratados o convenios internacionales.

5.4. Contenido de las 40 Recomendaciones

La transcendencia de las 40 Recomendaciones del GAFI¹⁸¹ se debe a su carácter integral¹⁸². En sus disposiciones se abordan los aspectos básicos de la tipificación de los delitos de blanqueo y financiación del terrorismo, la posición del sistema financiero ante tales fenómenos, los distintos tipos de decomiso y los extremos necesarios para lograr una cooperación internacional eficaz¹⁸³. En punto a analizar el contenido de las 40 Recomendaciones, se respetará su estructura en siete bloques y se hará referencia a diversas precisiones establecidas en las notas interpretativas.

A. Bajo la rúbrica “políticas y coordinación contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo”¹⁸⁴, destaca la regulación del enfoque basado en el riesgo («EBR»), sistema que se refiere a que cada estado debe identificar un riesgo concreto y adoptar la medida más proporcional, siempre con el fin a su vez de optimizar los recursos disponibles¹⁸⁵. Asimismo, toda política y riesgo identificado debe ser objeto de control y revisión periódica¹⁸⁶.

B. El segundo bloque, intitulado “lavado de activos y decomiso”¹⁸⁷, se centra en la tipificación del blanqueo y en la confiscación de lo utilizado u obtenido del delito. El GAFI se remite a las Convenciones de Viena y de Palermo, si bien contribuye a la “expansión en el castigo del blanqueo”¹⁸⁸ con la ampliación de los hechos previos a

¹⁸⁰ Cfr. TURNER, N.W. “The financial action task force: international regulatory convergence through soft law”, *New York Law School Review*, n.º 59, 2014, p. 549, que considera que el “derecho blando” no participa los procedimientos rígidos de la “ley dura” y crea, por tanto, un “espacio regulatorio descentralizado” en el que los distintos expertos trabajan sobre cuestiones complejas.

¹⁸¹ Vid. FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Paris, France, 2012-2022. Actualizadas en múltiples ocasiones, la última modificación sustancial del texto resulta de 2012.

¹⁸² Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 193.

¹⁸³ Cfr. PAVLIDIS, G. *op. cit.*, p. 437; AMRANI, H. *op. cit.*, p. 164; ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 107, que indica que el GAFI combina la estrategia preventiva con controles monetarios y financieros, la armonización de los tipos penales y la eficacia del decomiso.

¹⁸⁴ Vid. Recomendaciones n.º 1-2 en FATF. *International Standards on Combating...*, *cit.*, pp. 10-11.

¹⁸⁵ Cfr. DE LA TORRE LASCANO, C.M. *op. cit.*, p. 226, que califica al enfoque adverso, esto es, el basado en reglas, como una técnica que opera de espaldas al riesgo y que aplica la norma de una forma rotativa; VARELA, L. “El papel de las fundaciones en la financiación del terrorismo: una primera aproximación a la posición de garante de los sujetos obligados a velar por la no-instrumentalización de las fundaciones en actividades terroristas”, en VV.AA. (Ferré Olivé, J.C. y Pérez Cepeda, A.I. dirs.), *Financiación del terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, p. 146, que resume dicho enfoque como “a mayor riesgo, medidas más intensivas y rigurosas de prevención y a menor riesgo, medidas simplificadas de prevención”.

¹⁸⁶ Cfr. Recomendación n.º 2.

¹⁸⁷ Vid. Recomendaciones n.º 3-4 en FATF. *International Standards on Combating...*, *cit.*, p. 12.

¹⁸⁸ Vid. ABEL SOUTO, M. *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Ed. Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de México, 2016.

todos los delitos graves¹⁸⁹. En sede de decomiso, el GAFI propone a los países que aprueben el marco jurídico idóneo para que las autoridades competentes puedan congelar, incautar o decomisar, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, a) aquellos bienes objeto de blanqueo, b) los instrumentos o medios utilizados para el delito o cualquiera de los hechos previos, c) los bienes utilizados o que se pretendían emplear para la financiación del terrorismo, actos u organizaciones terroristas, y d) aquellos otros bienes de valor equivalente¹⁹⁰. Ello se acompaña de la necesidad de que los países permitan adoptar el decomiso sin una condena penal previa¹⁹¹.

C. Acerca de la “financiación del terrorismo y la proliferación”¹⁹², la Recomendación n.º 5 se remite al Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del terrorismo, si bien añade dos advertencias: de un lado, que el delito en cuestión no se circunscribe solo a la financiación de actos terroristas, sino también de organizaciones terroristas o de índole individual; y, de otro, que los estados deben configurar, en todo caso, la financiación del terrorismo como hecho previo del blanqueo¹⁹³. Además, la Recomendación n.º 8 advierte a los estados de la conveniencia de aprobar medidas tendentes a evitar que las organizaciones sin fines de lucro («OSFL»)¹⁹⁴, concebidas como “especialmente vulnerables”¹⁹⁵, sean instrumentalizadas para el delito.

D. En el cuarto bloque, cuya rúbrica es “medidas preventivas”¹⁹⁶, se establece primero que las legislaciones nacionales reguladoras del secreto y la confidencialidad no pueden ser impedimento para la implantación de las 40 Recomendaciones del GAFI¹⁹⁷. A continuación, se prohíbe que las instituciones financieras permitan a sus clientes mantener abiertas cuentas anónimas o con nombres ficticios¹⁹⁸ y se exige la adopción de medidas de DDC¹⁹⁹ en toda relación comercial y, especialmente, ante

¹⁸⁹ Se introdujo en 1996 para abarcar “la mayor gama posible de delitos determinantes” (Recomendación n.º 3). No obstante, plantea el siguiente desajuste: la nota interpretativa de la Recomendación n.º 3, en su punto 5, no requiere la doble incriminación del hecho previo en el extranjero, lo que nos situará ante conductas de lavado continuadas -ciertas prácticas empresariales de producción en el extranjero- que no se abordarán como tales por suponer una ampliación inadecuada del delito a cualquier hecho previo y lugar [cfr. FRUTOS PAREDES, M. “Blanqueo de capitales y los delitos cometidos en otros estados”, en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 344].

¹⁹⁰ Cfr. GUINARTE CABADA, G. “La reforma de 2010 del comiso en el blanqueo”, en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 142, que advierte que en muchos casos resulta difícil decomisar bienes sin dudas acerca de su origen o destino.

¹⁹¹ Cfr. Recomendación n.º 4, párrafo tercero.

¹⁹² Vid. Recomendaciones n.º 5-8 en FATF. *International Standards on Combating...*, cit., p. 13.

¹⁹³ Cfr. Recomendación n.º 5.

¹⁹⁴ En el Glosario de términos de la Nota Interpretativa de la Recomendación n.º 8 se definen como «las personas jurídicas u otras estructuras u organizaciones jurídicas involucradas fundamentalmente en la recaudación o desembolso de fondos para cumplir con propósitos benéficos, religiosos, culturales, educacionales, sociales o fraternales, o para llevar a cabo otros tipos de “buenas obras”».

¹⁹⁵ Recomendación n.º 8. En particular, se alerta del uso de tales entidades por organizaciones terroristas bajo la falsa apariencia de entidades legítimas, o con la finalidad de ocultar por parte de aquellas los recursos económicos con los que cuentan y otorgarles propósitos legítimos.

¹⁹⁶ Vid. Recomendaciones n.º 9-23 en FATF. *International Standards on Combating...*, cit., pp. 14-21. A su vez, se dividen en varios subapartados: “debida diligencia y mantenimiento de registros”, “medidas adicionales para clientes y actividades específicas”, “dependencia, controles y grupos financieros”, “reporte de operaciones sospechosas” y “actividades y profesiones no financieras designadas”.

¹⁹⁷ Cfr. Recomendación n.º 9.

¹⁹⁸ Cfr. Recomendación n.º 10 párrafo primero.

¹⁹⁹ Tales medidas se concretan en identificar al cliente, conocer el beneficiario final y el propósito de la operación -cuando sea conveniente-, comprobar el origen de los fondos y

transacciones superiores a 15.000 euros, transferencias por vía electrónica y cuando haya dudas sobre la veracidad de los datos del cliente²⁰⁰. Estas medidas se agravan en relación con ciertos clientes que ostentan determinados perfiles o desarrollan actividades específicas. Así, en cuanto a las personas políticamente expuestas («PEP»), los empleados de las entidades financieras deberán obtener el permiso de la dirección para mantener relaciones con tales clientes y ajustar las medidas en función de la riqueza y los fondos objeto de las operaciones²⁰¹. Acerca de los bancos corresponsales, se establece la necesidad de reunir información sobre la institución representada, estudiar su historial en materia de blanqueo, evaluar los controles implementados por dicha entidad y obtener la aprobación de la gerencia para iniciar nuevas relaciones corresponsales²⁰². Y, sobre las personas físicas y jurídicas que desempeñan servicios de transferencia de dinero, se obliga a su previo registro e implantación de sistemas de monitoreo²⁰³.

A partir de la reforma de 2012, el GAFI establece la necesidad de incrementar el EBR en las nuevas prácticas comerciales desarrolladas a través de las nuevas tecnologías y la obligación de que las entidades financieras establezcan sistemas adecuados para registrar información sobre el ordenante y el beneficiario en las transferencias electrónicas²⁰⁴. Igualmente, permite a las instituciones financieras delegar en terceros las medidas de DDC²⁰⁵, les ordena que adopten programas que aseguren la implantación en sus filiales de las 40 Recomendaciones²⁰⁶ y también incide en que deben prestar una mayor diligencia en las transacciones realizadas por personas físicas o jurídicas domiciliadas en países de alto riesgo²⁰⁷. Y, del mismo modo, el GAFI prescribe que toda institución financiera deberá emitir ROS cuando posea indicios suficientes de que los fondos de un cliente proceden de una actividad delictiva o están destinados a financiar el terrorismo²⁰⁸.

examinar el historial de transacciones del cliente (cfr. Recomendación n.º 10 párrafo cuarto). Deben estar presididas por el principio de proporcionalidad y, de no poder aplicarlas, la institución financiera deberá abstenerse de la relación comercial o de abrir la cuenta que solicite el cliente y decidir si emite un ROS.

²⁰⁰ Cfr. Recomendación n.º 10 párrafo segundo.

²⁰¹ Cfr. Recomendación n.º 12, que extiende tales medidas a los allegados de las PEP. Esta previsión, introducida en 2003, pronto se acogió en la UE (vid. Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre) y se valora positivamente, pues con ella se pretende disuadir una fuente clara del lavado de activos como es la previa corrupción cometida por los cargos públicos (cfr. GARCÍA ROJAS CASTILLO, S. "Prevención y detección de operaciones de lavado de dinero en el sistema financiero; hacia una más efectiva lucha contra la corrupción", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, n.º 7, 2019, p. 43).

²⁰² Cfr. Recomendación n.º 13.

²⁰³ Cfr. Recomendación n.º 14.

²⁰⁴ Cfr. Recomendaciones 15 y 16, respectivamente. La segunda se complementa con la previsión de que los países establezcan como umbral mínimo cuantías inferiores, en todo caso, a 1.000 euros para aligerar las obligaciones informativas impuestas a partir de tal cantidad (cfr. apartado 5 de la nota interpretativa de la Recomendación n.º 16). Destáquese que, en la elaboración de la Recomendación n.º 16, se sustituyó el adjetivo "plena" en relación con la información, sustituyéndose por "exigida", y que ciertos datos preliminarmente acumulativos -v gr. la dirección del ordenante o su documento de identidad- en las transferencias cualificadas por razón de la cuantía se configuraron luego mediante la conjunción disyuntiva "o" [cfr. ABEL SOUTO, M. "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 516].

²⁰⁵ Cfr. Recomendación n.º 17, que permite tal delegación cuando se haya comprobado *ex ante* que las entidades en las que se delega disponen de cauces para suministrar información y registros al efecto.

²⁰⁶ Cfr. Recomendación n.º 18.

²⁰⁷ Cfr. Recomendación n.º 19.

²⁰⁸ Cfr. Recomendación n.º 20. Como correlativa a tal obligación, las instituciones financieras, las personas que integran sus órganos directivos y sus propios empleados deben estar

El GAFI, en el mismo bloque de disposiciones en cuestión, también regula lo atinente a aquellos profesionales cuyas actividades no son financieras, pero que deberán aplicar con igual intensidad medidas de diligencia y el mantenimiento de registros actualizados²⁰⁹. Los sujetos en concreto que enumera el GAFI son los casinos, los agentes inmobiliarios, los comerciantes de metales o piedras preciosos, los abogados, notarios u otras profesiones jurídicas independientes en determinados supuestos²¹⁰, y los proveedores de servicios societarios y fideicomisos cuando operen para un cliente como agentes de creación de personas jurídicas, directores o apoderados de una sociedad mercantil, o como fiduciarios para tales formaciones.

E. Acerca de "la transparencia y el beneficiario final en las personas jurídicas"²¹¹, el GAFI obliga a los países a que intenten evitar su instrumentalización para el blanqueo y la financiación del terrorismo, así como dispongan de información completa sobre el control real de una entidad -especialmente, cuando aquellas emitan acciones nominativas o al portador-²¹². DE LA TORRE LASCANO concluye, en esencia, que se trata de garantizar la transparencia de las operaciones económicas realizadas a través de entidades colectivas con las que se pretende difuminar la diferencia entre beneficiarios finales y aparentes²¹³.

F. Bajo el título "facultades y responsabilidades de autoridades competentes y otras medidas institucionales"²¹⁴ se regula la obligación de los países de someter a cauces de supervisión tanto a las instituciones financieras²¹⁵ como a aquellos otros profesionales de distinta naturaleza sobre los que existe un claro riesgo de ser instrumentalizados para el blanqueo²¹⁶. El GAFI también centra su atención en la necesidad de que los países dispongan de UIF y que se configuren como principales organismos para la recepción de ROS y para relacionarse en general con todos los sujetos obligados²¹⁷. Sobre ello, ordena a los estados que comprueben que sus autoridades para la investigación disponen de los medios suficientes para desarrollar trabajos proactivos -lo cual incluye los supuestos en los que el delito previo ocurre fuera de su jurisdicción-, así como de responsabilidad para iniciar acciones de embargo de bienes provenientes de un delito²¹⁸. Lo señalado se traduce en que los países deben aprobar un marco jurídico que, de un lado, permita a las autoridades nacionales utilizar, como técnicas de investigación, las operaciones encubiertas, la interceptación de comunicaciones, el acceso a sistemas informáticos o las entregas

amparados de las responsabilidades penales y civiles que se depuren sobre el hecho de revelar información en el cumplimiento de tal labor (cfr. Recomendación n.º 21).

²⁰⁹ Cfr. Recomendación n.º 23.

²¹⁰ Tales supuestos son la compraventa de bienes inmuebles, la administración de cuentas bancarias y el asesoramiento para la creación o administración de empresas u otras estructuras jurídicas [cfr. Recomendación n.º 22 letra d)].

²¹¹ Vid. Recomendaciones n.º 24-25 en FATF. *International Standards on Combating...*, cit., p. 22.

²¹² Cfr. Recomendación n.º 24. Las medidas se extienden también a otras estructuras jurídicas, entre las que se debe mencionar, especialmente, a los fideicomisos, en los que resulta obligatorio identificar plenamente al fideicomitente, al fiduciario y a los beneficiarios.

²¹³ DE LA TORRE LASCANO, C.M. *op. cit.*, p. 181.

²¹⁴ Vid. Recomendaciones n.º 26-35 en FATF. *International Standards on Combating...*, cit., pp. 23-26.

²¹⁵ Cfr. Recomendación n.º 27, que dispone que las autoridades competentes o los supervisores deben ostentar capacidad para monitorear a la organización, realizar inspecciones, requerir información, imponer sanciones disciplinarias o retirar la licencia que corresponda.

²¹⁶ Cfr. Recomendación n.º 28. Los casinos deben poseer licencia de actividad y no contar en su estructura con un condenado o cómplice por blanqueo o financiación del terrorismo, y las demás actividades deben disponer de sistemas preventivos examinados por un organismo autorregulador.

²¹⁷ Cfr. Recomendación n.º 29.

²¹⁸ Cfr. Recomendación n.º 30. Igualmente, dicha disposición señala que las labores de investigación pueden ser llevadas a cabo por grupos multidisciplinarios, creados con anterioridad o *ad hoc*, o en cooperación con las autoridades competentes de otros países.

vigiladas²¹⁹; y, de otro, facilite la detección de movimientos transfronterizos de dinero relacionado con la financiación del terrorismo o el blanqueo, en cuyo caso deberá acordarse el decomiso²²⁰.

Junto con lo anterior, el GAFI impone a los estados la elaboración regular y constante de estadísticas acerca de la eficacia y resultados de sus sistemas contra el blanqueo y la financiación del terrorismo, debiéndose atender especialmente al número de ROS recibidos por las UIF, las investigaciones llevadas a cabo y concluidas, la cantidad de bienes congelados, incautados o decomisados, así como el número de solicitudes en tramitación de asistencia legal mutua o de otro tipo de cooperación internacional²²¹. Además, se prevé expresamente que el ámbito de aplicación de las sanciones penales, civiles o administrativas no afecta sólo a las propias instituciones financieras o a los profesionales de otra índole antes mencionados, sino que se extiende también a todos sus directivos y órganos de gerencia²²².

G. En el último bloque se regula la "cooperación internacional"²²³ partiéndose de que los países deben prestarse asistencia recíproca tanto a nivel policial como judicial²²⁴. Así, se prohíben las condiciones denegatorias de cooperación que tengan un carácter irrazonable, la denegación de solicitudes de asistencia al amparo de argumentos estrictamente fiscales o de confidencialidad²²⁵, y se extiende la obligación de asistencia mutua al decomiso y a la confiscación de bienes²²⁶. No obstante, la formulación empleada de los extremos indicados relativiza, a juicio de CARRILLO DEL TESO, la efectividad misma de las disposiciones, pues se configuran como medidas genéricas a adoptar, quedando ello al arbitrio de cada Estado parte o supeditado al concierto de tratados u acuerdos bilaterales de cooperación²²⁷. Finalmente, se regula también la cooperación en materia de extradición, de forma que los estados eviten su consideración como territorios refugio para las personas acusadas de blanqueo o financiación del terrorismo²²⁸.

²¹⁹ Cfr. párrafo segundo de la Recomendación n.º 31.

²²⁰ Cfr. Recomendación n.º 32.

²²¹ Cfr. Recomendación n.º 33.

²²² Cfr. Recomendación n.º 35.

²²³ Vid. Recomendaciones n.º 36-40 en FATF. *International Standards on Combating...*, cit., pp. 27-30.

²²⁴ Cfr. Recomendación n.º 37 párrafo primero.

²²⁵ Cfr. letra a) y d) de la Recomendación n.º 37 párrafo primero. La confidencialidad de la cooperación entre el estado requerido y requirente debe mantenerse siempre; en caso de que el país que reciba la solicitud no pueda cumplir con ello, deberá comunicarlo con la mayor premura al país requirente.

²²⁶ Cfr. Recomendación n.º 38, de forma que una solicitud para identificar o embargar productos derivados de un delito se tramite rápidamente, incluso aunque no haya una condena en el estado requirente -esto último cuando sea conforme a los principios del ordenamiento del estado requerido-.

²²⁷ Cfr. CARRILLO DEL TESO, A.E. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 259.

²²⁸ Cfr. Recomendación n.º 39. En este sentido, los países han de incluir tales crímenes en su lista de delitos extraditables, mantener sistemas actualizados de gestión de las solicitudes de extradición y no regular condiciones indebidas. Además, los estados deben incorporar vías simplificadas para extraditar personas en base a una orden de detención o a aquellas que renunciaron a los procesos formales.

6. Los instrumentos de *hard law* del Consejo de Europa

6.1. El Convenio del Consejo de Europa, abierto a la firma el 8 de noviembre de 1990, en Estrasburgo

En el seno del Consejo de Europa se produjo un nuevo avance en la regulación del blanqueo a través del Convenio de Estrasburgo²²⁹, que sigue la estela de la analizada Recomendación del Comité de Ministros de 1980, si bien ahora estamos ante un instrumento vinculante para los Estados contratantes. Como indica la propia denominación del texto, su ámbito de aplicación no se ciñe al continente europeo, sino que se dirige también a aquellos otros estados que participaron en su redacción²³⁰ y, más ampliamente, a todos a quienes se invite por acuerdo del Comité de Ministros y el voto favorable de los representantes de los estados con derecho a participar en tal órgano²³¹. Sobre la génesis del documento, cabe subrayar que se elaboró por un conjunto de expertos con el fin de aportar una considerable calidad técnica a sus disposiciones. Sin embargo, ello no permitió salvar una escasa ratificación inicial por los países²³², mínimo seguimiento que cambió, según ABEL SOUTO, debido a dos iniciativas normativas de finales de los 90, a saber: la Recomendación n.º 96 (8) del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la política criminal en una Europa en transformación, y el Plan de acción para luchar contra la delincuencia organizada de 1997²³³.

Analizados diversos instrumentos anteriores al Convenio de Estrasburgo, adviértase que la principal influencia normativa para este último fue la Convención de Viena de 1988, hasta el punto de que los expertos intentaron, en la medida de lo posible, continuar con la terminología y sistemática del texto de Naciones Unidas²³⁴. Un elemento que ilustra el condicionamiento del texto vienés respecto al de Estrasburgo es aquel que se refiere a la tipificación de las conductas de blanqueo en el art. 6 del documento adoptado por el Consejo de Europa. Tras la lectura y comparación de ambas normas, se concluye que se trata de una transcripción casi literal, destacando únicamente ciertos aspectos sobre los que no se pronunció el texto aprobado en Viena -fundamentalmente el blanqueo imprudente y el castigo del autoblanqueo-²³⁵.

Si bien en este trabajo se abordarán principalmente los contenidos del Convenio de Estrasburgo con una influencia clara en la regulación penal del blanqueo, debe comentarse que su contenido no se circunscribe, a diferencia de la Convención de Viena, únicamente al ámbito punitivo²³⁶. En concreto, en el Preámbulo y los cuatro capítulos en los que se estructura el Convenio se regulan también materias como el decomiso, el embargo y la cooperación internacional para la identificación de bienes.

²²⁹ Vid. BOE. *Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990*, n.º 252, 1998, pp. 34713-34726.

²³⁰ Los países que participaron en la confección del instrumento en calidad de observadores fueron Australia, Canadá y los EE. UU.; a ello se añaden otras instituciones, como la INTERPOL, Naciones Unidas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Fundación Penal y Penitenciaria y la Sociedad de Defensa Social (cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 118).

²³¹ Cfr. art. 37.1 del Convenio de Estrasburgo en relación con el art. 20 d) del Estatuto del Consejo de Europa. La invitación por el Comité deberá acordarse por mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, a su vez, se requiere el voto unánime de los representantes de los estados en el Comité.

²³² España no ratificó dicho instrumento hasta 1998 (cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 119).

²³³ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 130, que señala como un hecho crucial que dichos textos recomendasen implementar el Convenio de Estrasburgo.

²³⁴ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 119.

²³⁵ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 195.

²³⁶ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 119.

ÁLVAREZ PASTOR y EGUIDAZU PALACIOS²³⁷ señalan que lo dispuesto sobre tales extremos se puede sintetizar en la imposición a los estados del deber de adoptar las medidas necesarias, incluidas legislativas, para a) confiscar lo obtenido por la comisión del delito, b) permitir una rápida identificación de los bienes objeto de confiscación y evitar cualquier operación económica con ellos, c) habilitar a los tribunales para decretar el embargo de expedientes bancarios, financieros y comerciales sin el límite del secreto bancario, y d) permitir la adopción de medidas extraordinarias, tales como la vigilancia de cuentas bancarias o la intervención de comunicaciones, para identificar lo obtenido del delito²³⁸.

En lo que se refiere *strictu sensu* al tratamiento penal del blanqueo, la principal novedad del Convenio de Estrasburgo es la ampliación de los "delitos principales"²³⁹ a todos los ilícitos penales²⁴⁰. A juicio de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, ello deriva de que el Convenio focaliza su atención en la consecución de una ganancia ilícita y no en el tipo de delito previo cometido²⁴¹. Asimismo, puede indicarse sin ningún género de dudas que el instrumento establece un "sistema a la carta"²⁴² en su art. 6.4, de forma que los estados pueden, mediante reservas, determinar qué bienes delictivos son susceptibles de decomiso o de blanqueo²⁴³. Esta previsión resulta, a todas luces, incoherente con el objetivo que subyace al Convenio de Estrasburgo y que consiste en la implantación de un estándar de mínimos, pues la posibilidad de cada estado de elegir qué hechos previos constituyen "delitos principales" pone en tela de juicio las demás disposiciones del instrumento sobre cooperación internacional, embargo y decomiso²⁴⁴.

Otro elemento del Convenio de Estrasburgo que propició un avance en la incriminación del reciclaje se refiere a la facultad de perseguir el blanqueo de bienes sustitutivos, es decir, aquellas conductas en las que se ha transformado lo obtenido por el delito, por ejemplo, en cantidades económicas. Si comparamos lo dispuesto sobre este punto en la Convención de Viena con lo que prevé el Convenio de Estrasburgo, *prima facie* se concluiría que este último solo alcanza a los bienes derivados propiamente del delito sin transformación ulterior²⁴⁵. No obstante, ello no resulta posible si se valoran conjuntamente la finalidad propia del texto del Consejo de Europa y la amplitud de sus disposiciones, de forma que no cabe una interpretación restrictiva del texto al no existir elementos suficientes para ello²⁴⁶.

Llegados a este punto, un aspecto esencial del Convenio de Estrasburgo es el tratamiento de las conductas típicas de blanqueo, que son variopintas y extensas al igual que en la Convención de Viena. Así, en primer lugar, el art. 6.1 letra a) prevé el castigo de dos tentativas de favorecimiento real, esto es, la conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que proceden de un delito para cumplir con una de las dos siguientes finalidades: ocultar su procedencia ilícita, o ayudar a los autores o partícipes en el delito principal a evitar la consecuencias jurídicas de sus

²³⁷ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 69.

²³⁸ Vid. arts. 2-6 del Convenio de Estrasburgo.

²³⁹ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 138, que considera inadecuada tal rúbrica pues el blanqueo, ya a nivel internacional, se define como un delito autónomo.

²⁴⁰ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 69; ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 141, que, aunque valora que la intención del comité era ampliar el catálogo de delitos previos a todos los restantes, ello no resulta tan evidente al limitarse luego a mencionar los delitos graves y transnacionales (párrafo cuarto del Preámbulo).

²⁴¹ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *op. cit.*, p. 153; BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 195.

²⁴² Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 143.

²⁴³ Cfr. art. 6.4 del Convenio de Estrasburgo; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁴ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 144, pues para ello se requerirá, de ser posible, una armonización de las distintas legislaciones estatales.

²⁴⁵ Cfr. art. 1 letra p) de la Convención de Viena y art. 1 letra a) del Convenio de Estrasburgo.

²⁴⁶ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 147.

actos²⁴⁷. Esta acción coincide, salvo en la mencionada extensión de los hechos previos a cualquier delito, con lo contenido en la letra b) del art. 3.1 de la Convención de Viena.

En segundo lugar, el art. 6.1 letra b) del Convenio de Estrasburgo castiga la ocultación o encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento, derechos sobre los bienes o su propiedad a sabiendas de que proceden de un delito²⁴⁸. Ante el tenor literal que adquiere esta previsión, que recoge una serie de actos de favorecimiento real, ABEL SOUTO determina que se trata del "tipo básico de blanqueo"²⁴⁹ y que la peligrosidad de tales conductas radica en el "elemento fraudulento y manipulativo"²⁵⁰, pero no en la distorsión del orden socioeconómico que se causa con la introducción de bienes ilícitos en el tráfico económico legal.

En tercer lugar, el Convenio de Estrasburgo prevé el castigo de la adquisición, posesión o utilización de bienes delictivos, sin la exigencia de finalidad alguna²⁵¹. El texto participa así del debate sobre el castigo de tales conductas sin el requerimiento de ninguno de los ánimos antes señalados, si bien resulta muy esclarecedora la cautela que establece y que permite a los estados su tipificación o no en función de su encaje con sus principios constitucionales y penales básicos²⁵². Al margen de la discusión todavía vigente y de la postura que se defienda, la punición de tales conductas equivale a una receptación específica, de forma que se pretende que los bienes derivados de un delito se conviertan, desde su misma obtención, en "bienes de ilícito comercio"²⁵³.

Y, por último, en el Convenio de Estrasburgo se castiga la participación, la asociación, la conspiración, la complicidad y las tentativas de las conductas *supra*, si bien no se prevé la provocación -a diferencia de la Convención de Viena-²⁵⁴. Al igual que sucede con las acciones de adquisición, posesión o utilización de bienes delictivos, la punición de los actos preparatorios y demás elementos penales se acompaña de la excepción constitucional para los estados, lo cual evidencia el reconocimiento por parte del comité de expertos de la dudosa aceptación de tales disposiciones en caso de configurarlas con un carácter totalmente vinculante y sin reserva alguna²⁵⁵.

Con la pretensión de señalar todos los aspectos que completan la regulación del blanqueo en el Convenio de Estrasburgo, deben señalarse los siguientes tres puntos, los dos primeros novedosos respecto a la Convención de Viena. En primer lugar, la fijación del principio de universalidad, de forma que resulta indiferente el lugar de comisión del "delito principal" y su incriminación o no en la jurisdicción en la que se produce el hecho²⁵⁶. En segundo lugar, se establece con carácter potestativo la punición del autoblanqueo, esto es, castigar a aquella persona que ha intervenido también en el delito previo. De nuevo, conviene poner de relieve que se trata de una cláusula abierta de tipificación para los estados, de forma que no se vulneren los principios penales básicos de cada ordenamiento jurídico nacional²⁵⁷. Y, en tercer

²⁴⁷ Cfr. art. 6.1 letra a) del Convenio de Estrasburgo.

²⁴⁸ Cfr. art. 6.1 letra b) del Convenio de Estrasburgo.

²⁴⁹ ABEL SOUTO, M. "Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 233.

²⁵⁰ ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 151.

²⁵¹ Cfr. art. 6.1 letra c) del Convenio de Estrasburgo.

²⁵² Sobre las reservas *vid.* art. 40 del Convenio de Estrasburgo.

²⁵³ ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 153.

²⁵⁴ Cfr. MATAILLÍN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 284, nota 21; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 124.

²⁵⁵ Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 155, que relaciona las letras d) y a) del art. 6.1 y concluye que se trata de un adelantamiento excesivo del castigo penal, contrario a los principios de seguridad jurídica e intervención mínima.

²⁵⁶ Cfr. art. 6.2 letra a) del Convenio de Estrasburgo; BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 195; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 122.

²⁵⁷ *Vid.* art. 6.2 letra b). Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, cit., p. 157, que valora positivamente tal previsión, sobre todo ante su no mención en la

lugar, coincidente con la Convención de Viena, destaca el reconocimiento de la prueba indiciaria que, en todo caso, se formula como un elemento potestativo para los órganos judiciales de los estados²⁵⁸.

Finalmente, el Convenio de Estrasburgo cierra la regulación del blanqueo con una serie de previsiones que, al igual que varias de las medidas antes descritas, son de tipificación voluntaria para los estados. La primera de ellas se refiere al castigo de aquellas conductas de blanqueo cometidas por imprudencia, ciñéndose el elemento culposo al conocimiento de que los bienes proceden de un delito²⁵⁹. Esta se trata de una de las diferencias principales respecto a la Convención de Viena, si bien en este último instrumento podía articularse también dicha incriminación conforme a la cláusula final de adopción de medidas más severas²⁶⁰. Del mismo modo, también se prevé la posibilidad de reprimir aquellas conductas de blanqueo en las que existe un *animus lucrandi* por parte del sujeto activo²⁶¹. Esta se trata de una cuestión jurídica dudosa para la doctrina, vinculándose las objeciones técnicas con la conducta de adquisición de bienes de origen delictivo, hasta el punto de calificarse esta última como reiterativa de aquella²⁶². Finalmente, el Convenio de Estrasburgo también recomienda el castigo de aquellas acciones que propician la realización de otros delitos, si bien se plantea muy difícil la delimitación de esta finalidad de las puramente económicas y propias del blanqueo²⁶³.

6.2. El Convenio de Varsovia, de 16 de mayo de 2005, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo

El Convenio de Varsovia de 2005²⁶⁴ pretendía inicialmente configurarse como una actualización de los contenidos del analizado Convenio de Estrasburgo; en concreto, como un protocolo adicional a este último instrumento en el que se regulase, con un ánimo precursor y armonizador, la amenaza terrorista sufrida por aquel entonces, especialmente en 2001²⁶⁵. MATA LLIN EVANGELIO indica que, finalmente, se optó por publicar un instrumento autónomo con contenidos actualizados, aunque la estructura sea la misma que la del texto anterior²⁶⁶, al preverse especialmente la responsabilidad de las personas jurídicas. Al margen de ello, el objetivo básico que se persigue con este nuevo texto es instaurar un sistema de cooperación internacional eficaz para hacer frente a la criminalidad organizada transnacional y tratar de evitar el aprovechamiento del producto derivado de los delitos graves cometidos²⁶⁷.

Convención de Viena y no resultar punible el autoencubrimiento, si bien reconoce la expansión penal que se produce con ella.

²⁵⁸ Cfr. art. 6.2 letra c) del Convenio de Estrasburgo; sobre la prueba indiciaria *vid.* ZARAGOZA AGUADO, J.A. *op. cit.*, pp. 1297 y ss.

²⁵⁹ Cfr. BERMEJO, M.G. *op. cit.*, p. 195, que señala que es la segunda de las consecuencias de atender a la ganancia ilícita y no al delito previo cometido; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 123.

²⁶⁰ *Vid.* art. 24 de la Convención de Viena.

²⁶¹ Cfr. art. 6.3 letra b) del Convenio de Estrasburgo; BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 123, que indica que con estas medidas se pretende castigar a quienes realizan negocios con delincuentes y saben que se paga con dinero ilícito, pero consideran que ello no es un impedimento para una relación comercial.

²⁶² Cfr. ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 163.

²⁶³ Cfr. art. 6.3. letra c) del Convenio de Estrasburgo; ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo...*, *cit.*, p. 165.

²⁶⁴ *Vid.* BOE. *Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005*, n.º 155, 2010, pp. 56174-56215.

²⁶⁵ Cfr. MATA LLIN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 284.

²⁶⁶ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 71.

²⁶⁷ Cfr. MATA LLIN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 285.

Al igual que el Convenio de Estrasburgo, su contenido no se ciñe exclusivamente al ámbito penal, sino que en él se abordan también con énfasis las medidas de prevención del blanqueo²⁶⁸, especialmente con el fin de establecer vías rápidas para el acceso a la información contenida por las entidades financieras²⁶⁹. Asimismo, como se señaló inicialmente, el Convenio se aplica también a la financiación del terrorismo²⁷⁰, que si bien posee como diferencia fundamental respecto al blanqueo que los fondos utilizados para su comisión pueden ser lícitos, la finalidad de la extensión a tal delito se debe a poder utilizar las mismas técnicas de investigación en relación con los bancos y el cotejo de datos de los sujetos objeto de indagación²⁷¹.

Otra de las novedades que singularmente merecen ser analizadas sobre el Convenio de Varsovia es que ordena a cada estado la creación de UIF que, al hilo de las 40 Recomendaciones del GAFI, se deben erigir como el organismo central con facultades de investigación y de análisis de los ROS emitidos por los sujetos obligados. Sobre tales entes, el Convenio fija además dos aspectos que merecen ser comentados. De un lado, las UIF de cada Estado parte deben estar dotadas de capacidad suficiente para acceder, directa o indirectamente, a la información administrativa, policial y de las entidades financieras que mantienen en sus registros y archivos²⁷². Y, de otro, establece una cooperación eficaz entre las UIF, si bien en tales relaciones se debe mantener una estricta confidencialidad y un adecuado tratamiento de los datos personales conforme a la legislación en la materia, así como una imposibilidad genérica de acceso para otras autoridades²⁷³.

En lo que se refiere a la tipificación de las conductas del blanqueo, debe señalarse que no existen diferencias sustanciales entre el contenido del texto adoptado anteriormente por el Consejo de Europa y el aquí analizado. En la misma línea, se prevé con carácter facultativo la tipificación del autoblanqueo²⁷⁴; la punición de las conductas de adquisición, posesión y utilización de bienes a sabiendas de que proceden de un delito, sin acompañarlas de ninguna finalidad concreta²⁷⁵; y la opción político-criminal de castigar las conductas de blanqueo realizadas por sujetos que tenían sospechas del carácter delictivo de los bienes -dolo eventual- o que debían haberlo presumido en función de las circunstancias -blanqueo imprudente-²⁷⁶. No obstante, como elementos diferenciadores entre los documentos del Consejo de Europa pueden señalarse los siguientes. En primer lugar, en el Convenio de Varsovia se modifican las disposiciones sobre el *animus lucrandi* o de favorecimiento a la realización de otras conductas delictivas que se insertaron en el texto anterior²⁷⁷. Y, en segundo lugar, como destaca BLANCO CORDERO²⁷⁸, en el segundo de los textos se incorporan dos previsiones novedosas: por un lado, el castigo del blanqueo a pesar de la inexistencia de condena previa o simultánea por el delito base²⁷⁹; y, por otro, la no exigencia de determinar el ilícito penal del que provienen los bienes objeto de blanqueo cuando existan elementos suficientes para probar dicho carácter delictivo²⁸⁰.

Finalmente, debe mencionarse como cierre al análisis del contenido del Convenio de Varsovia la previsión del principio de doble incriminación, el cual se

²⁶⁸ Cfr. art. 13 del Convenio de Varsovia.

²⁶⁹ Cfr. MATALLÍN EVANGELIO, Á. *op. cit.*, p. 285.

²⁷⁰ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 124.

²⁷¹ Cfr. ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *op. cit.*, p. 72.

²⁷² *Ibidem*. Tales autores auguran que dicha disposición será reducida por los estados, pues el acceso a dicha información no será en todo caso pleno y sin reserva alguna.

²⁷³ *Ibidem*; *vid.* Capítulo V del Convenio de Varsovia.

²⁷⁴ Cfr. art. 9.2 letra b) del Convenio de Varsovia.

²⁷⁵ Cfr. art. 9.1 letra c) del Convenio de Varsovia.

²⁷⁶ Cfr. art. 9.3 del Convenio de Varsovia.

²⁷⁷ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 125.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ Cfr. art. 9.5 del Convenio de Varsovia.

²⁸⁰ Cfr. art. 9.6 del Convenio de Varsovia.

negaba en el anterior texto normativo del Consejo de Europa. En este sentido, se dispone que es necesario que los ilícitos principales constituyan delito tanto en el estado de comisión del hecho como en el territorio nacional²⁸¹. A su vez, ello se acompaña de una cláusula de reserva que faculta a los estados para regular únicamente la exigencia de que la acción constituya delito principal si se hubiese cometido en su ámbito territorial²⁸².

7. Conclusiones

I. Con anterioridad a la Convención de Naciones Unidas sobre drogas de 1988 y de las 40 Recomendaciones del GAFI de 1990, principales textos normativos sobre el blanqueo y que ostentan un mayor seguimiento, desde el estadio internacional ya se había mostrado una incipiente, pero considerable, preocupación por el lavado de activos mediante la Recomendación n.º R (80) 10, de 27 de junio de 1980, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la Declaración de Principios de Basilea, de 12 de diciembre de 1988. Ambos textos carecen de naturaleza vinculante y se hallan circunscritos al ámbito bancario, si bien el segundo de los mencionados fue adoptado por una organización financiera internacional en la que participaron más de una decena de países y sus destinatarios no solo eran puramente los bancos. No obstante, el valor de las dos iniciativas radica en su carácter precursor en el tiempo, sirviendo de base para los numerosos articulados que luego se adoptaron desde las distintas organizaciones mundiales, regionales y estatales, así como en el tratamiento de la especial atención que debían prestar las entidades bancarias sobre su clientela, comprendiendo ello todos aquellos aspectos relativos a su identificación, titularidad de las cuentas y utilización de los distintos productos financieros.

Más en concreto, respecto a la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, debe hacerse mención, además de lo indicado sobre el control de la identidad de los clientes, de las importantes medidas que estableció para la prevención del blanqueo; en síntesis, la limitación del alquiler de cajas de seguridad y la debida colaboración de las entidades bancarias con las autoridades nacionales e internacionales. La Declaración de Principios de Basilea, por su parte, se trata de un conjunto de normas deontológicas de contenido programático, caracterizadas ante todo por su amplitud e indeterminación, debido ello a su pretensión de aceptación y cumplimiento por parte de todas las instituciones financieras a las que se dirige. Su transcendencia radica en la regulación sobre el cumplimiento de las leyes, las medidas de conservación de registros contables, el fomento de las auditorías internas y la colaboración con las autoridades nacionales e internacionales. Finalmente, sobre el mencionado texto debe valorarse notablemente aquellas disposiciones que regulan las medidas a aplicar por los bancos ante operaciones sospechosas de blanqueo, concretándose ellas en la negativa a prestar asesoramiento o a atender lo solicitado por los clientes financieros.

II. En el ámbito de Naciones Unidas se han promulgado tres textos normativos que han determinado de forma esencial la evolución en el tratamiento del blanqueo. El primero de ellos ha sido la Convención de Viena de 1988, en la que se restringieron los delitos previos únicamente al tráfico de drogas, si bien ello resultaba coherente al ser la materia principal del instrumento y los antecedentes históricos existentes. Con todo, este instrumento se considera un avance fundamental en la lucha contra el blanqueo, aunque si atendemos a su principal aportación, esto es, la formulación de las conductas típicas, castiga numerosas acciones que amplían desmedidamente el ámbito de persecución del lavado de activos, extremo que atenta contra principios penales básicos, como la seguridad jurídica o la intervención mínima. Vinculado a lo anterior, recuérdese que la génesis de la Convención de Viena estuvo influida por la tradición jurídica de los EE. UU., donde se habían adoptado numerosas leyes

²⁸¹ Cfr. BLANCO CORDERO, I. *op. cit.*, p. 125.

²⁸² Cfr. art. 9.7 del Convenio de Varsovia.

tendientes a reprimir el blanqueo mediante políticas severas. Esa misma pretensión dio lugar, por tanto, a una tipificación compleja y extensa que, sin embargo, luego se amparó, principalmente, por el GAFI y la UE.

La Convención de Palermo del año 2000, elaborada también en el seno de Naciones Unidas, no se limita materialmente al blanqueo sino que, como indica la propia rúbrica del texto, pretende luchar contra toda la delincuencia organizada transnacional. Para el logro de tal objetivo regula inexcusablemente el reciclaje, delito que se caracteriza por su dimensión internacional y su carácter mayoritariamente organizado en orden a completar las fases de colocación, encubrimiento e integración propias de la actividad delictiva. El texto establece un doble contenido, tanto penal como preventivo, contra el lavado de activos. Respecto al primero, extiende el catálogo de hechos previos, o en su terminología "delitos determinantes", al mayor número de ilícitos posible, acoge el principio de doble incriminación, impone la tipificación de las mismas conductas que la Convención de Viena -si bien con un objeto material más amplio-, y deja libertad a los estados para castigar el autoblanqueo. En lo que atañe a la prevención, incide en las obligaciones de información, mantenimiento de registros y emisión de ROS por parte de las instituciones financieras y otros sujetos obligados; alude a la necesidad de crear UIF en los estados con competencias para el análisis de la información recibida de los sujetos obligados; y subraya la necesidad de controlar los movimientos transfronterizos de dinero en efectivo.

Del mismo modo, al avance en la regulación internacional sobre el blanqueo contribuye también la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 que, en su objetivo primordial de prevenir y combatir la corrupción, se refiere a otros delitos intrínsecamente relacionados con él y, entre ellos, indudablemente el blanqueo de dinero. Al igual que la Convención de Palermo, regula el lavado de activos desde un punto de vista represivo, pero también preventivo. En la vertiente penal impone la tipificación de las mismas conductas típicas señaladas ya por Naciones Unidas en sus dos instrumentos anteriores, realiza una idéntica expansión de los delitos previos a todos los ilícitos penales y reconoce también el principio de doble incriminación. Para la prevención del delito, el texto hace hincapié en los bancos y aquellas entidades para la transferencia de dinero o valores, al considerar que son las estructuras que se hallan expuestas a un mayor riesgo de instrumentalización para el blanqueo. Por esa razón, les impone el deber de instaurar programas de medidas para la identificación del cliente y del beneficiario final, el establecimiento de registros para el tratamiento de dicha información y la obligación de informar ante operaciones sospechosas.

III. Al margen de los textos vinculantes clásicos analizados, el *soft law* permite descentralizar los procesos legales y, en el caso del GAFI como organización de carácter eminentemente especializado, se elabora en el marco de un grupo de trabajo en el que tecnócratas de varios países colaboran en la redacción de las disposiciones. En particular, las 40 Recomendaciones, seguidas globalmente y consideradas como los estándares elementales en orden a proteger íntegramente el sistema financiero internacional, generan realmente una mayor armonización de las regulaciones estatales en comparación con la "ley dura" de otras organizaciones internacionales, incluso plenamente institucionalizadas. Por tanto, se estima que de la conjunción de una visión experimentalista del GAFI y del contenido integral de sus 40 Recomendaciones se deriva la amplia aceptación de la que disfrutan, sin que se pueda establecer su éxito en argumentos puramente coercitivos. Resulta innegable que la amenaza de ser calificado como país de riesgo o la imposición de sanciones pueden justificar mínimamente una amplia implantación de las Recomendaciones del GAFI en los estados. No obstante, ello no justifica *per se* el triunfo del "derecho blando" en la regulación financiera internacional, lo cual sí se explica, en cambio, en las facilidades procedimentales que presenta -piénsese en las complejas negociaciones para la adopción de un tratado- para responder con mayor flexibilidad y rapidez a las nuevas amenazas para el blanqueo, así como en los mayores incentivos prácticos y reputacionales que presenta para los países.

Por lo anterior, las 40 Recomendaciones del GAFI se consideran los estándares normativos de referencia contra el lavado de activos y, desde el 2003, también contra la financiación del terrorismo. En lo que respecta a su contenido, la trascendencia de sus disposiciones radica en el tratamiento conjunto de los principales puntos que se deben abordar en la lucha contra los mencionados fenómenos delictivos, tales como los elementos típicos, las medidas a adoptar por el sistema financiero ante operaciones sospechosas, la fase posterior al ilícito penal en la que cobra especial importancia el decomiso y, como cuadratura del círculo, su régimen para una cooperación internacional eficaz. Más en concreto, entre sus principales aportaciones destaca, en primer lugar, el EBR que inspira todas las medidas a adoptar por los estados y por las instituciones financieras. En segundo lugar, la ampliación de los hechos previos a todos los delitos graves, contribuyendo al fenómeno catalogado en la actualidad como "la expansión penal del blanqueo". En tercer lugar, la llamada de atención que realiza sobre la frecuente instrumentalización de las OSFL para la financiación del terrorismo y las directrices que señala para evitarlo. En cuarto lugar, las medidas de DDC que deben adoptar no solo las instituciones financieras, sino también aquellas actividades que el GAFI incluye por el riesgo propio de su naturaleza, como los casinos o las profesiones jurídicas independientes. En quinto lugar, se incide también en la necesaria transparencia y conocimiento del beneficiario final en las personas jurídicas. Y, *last but not least*, sobresale su bloque destinado a la cooperación internacional, en el que dispone que deben establecerse medidas simplificadas para la asistencia policial y judicial entre los países, incluyendo la extradición. Por todo ello, las 40 Recomendaciones del GAFI suponen el principal texto normativo en la materia, el cual permite actualizaciones constantes ante las nuevas amenazas que se generan y resulta más eficaz que los instrumentos de *hard law*.

IV. Finalmente, la normativa internacional sobre el blanqueo se halla también marcada profundamente por las actividades del Consejo de Europa, pues en el seno de esta organización se han elaborado dos instrumentos sobre los que la doctrina mayoritaria concuerda en que poseen un carácter más técnico y un abanico más específico de directrices sobre prevención y represión del blanqueo. El primero, el Convenio de Estrasburgo de 1990, destaca porque regula desde las medidas de investigación a adoptar por las autoridades competentes de los Estados parte hasta lo atinente a la fase *post delictum* con el decomiso o la cooperación internacional. Este documento se diferencia de la Convención de Viena de 1988 por hacer referencia a aspectos sobre los que Naciones Unidas decidió no pronunciarse, como por ejemplo el blanqueo imprudente.

En la procura de un mayor rigor armonizador, en 2005 se planteó una actualización del Convenio de Estrasburgo que derivó en la aprobación de un nuevo texto autónomo, conocido como Convenio de Varsovia. Este, por su parte, destaca porque se aplica también a la financiación del terrorismo y, en general, a toda la criminalidad organizada transnacional. Respecto al lavado de activos, regula tanto medidas de prevención dirigidas a las instituciones financieras -esencialmente referidas a la información que deben recabar sobre sus clientes- y a la creación de UIF, hasta aspectos penales sobre el blanqueo entre los que, además de la tipificación de conductas, se incorporan ciertas novedades como la posibilidad de castigar el lavado de activos sin una condena previa o simultánea por el hecho previo y la no necesidad de determinar completamente el hecho antecedente cuando existan elementos suficientes para afirmar el origen ilegal de los bienes.

Bibliografía

ABEL SOUTO, M. *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*. Universidade de Santiago de Compostela, Tesis doctoral, 2001.

- ABEL SOUTO, M. "Conductas típicas de blanqueo en el Ordenamiento penal español", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *I Congreso de prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 175-247.
- ABEL SOUTO, M. *La expansión penal del blanqueo de dinero*, Ed. Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de México, 2016.
- ABEL SOUTO, M. "La comisión del delito de blanqueo de dinero mediante las nuevas tecnologías y la internacionalización del Derecho penal", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 501-528.
- ABEL SOUTO, M. "La reforma penal, de 22 de junio de 2010, en materia de blanqueo de dinero", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 61-110.
- ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- AMBOS, K. «Internacionalización del derecho penal: el ejemplo del "lavado de dinero"», en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 181-205.
- AMRANI, H. "Anti-Money Laundering as International Standards and the Issues of Sovereignty", *Indonesian Journal of International Law*, n.º 12, 2014, pp. 158-178.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. *El Delito de blanqueo de capitales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ARIAS HOLGUÍN, D.P. «La respuesta político-criminal al "blanqueo de capitales" como fenómeno delictivo económico. Entre la ambigüedad y la expansión», en VV.AA. (Pérez Álvarez, F. y Díaz Cortés, L.M. coords.), *Temas actuales de investigación en ciencias penales: Memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales*, Aquilafuente, Ediciones Universidad, Salamanca, 2011, pp. 373-404.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 11-20.
- BERMEJO, M.G. *Prevención y castigo del blanqueo de capitales: un análisis jurídico-económico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015.
- BLANCO CORDERO, I. *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- BOE. *Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8 de noviembre de 1990*, n.º 252, 1998, pp. 34713-34726.
- BOE. *Instrumento de Ratificación por parte de España del Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005*, n.º 155, 2010, pp. 56174-56215.
- BORLINI, L.S. y MONTANARO, F. «The Evolution of the EU Law Against Criminal Finance: The "Hardening" of FATF Standards within the EU», *Georgetown Journal of International Law*, n.º 48, 2017, pp. 1009-1062.
- CARRILLO DEL TESO, A.E. *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- CHOHAN, U.W. "The FATF in the global financial architecture: challenges and implications", *CASS Working Papers on Economics & National Affairs*, n.º 1, 2019, pp. 1-21.
- DEL CARPIO DELGADO, J. "La necesaria delimitación del ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Zúñiga Rodríguez, L. dir.),

- Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 645-688.
- DE LA TORRE LASCANO, C.M. *Lavado de activos: estudio sobre la prevención (en especial referencia al caso ecuatoriano)*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020.
- DE MOSTEYRÍN SAMPALO, R. "El delito de blanqueo de capitales a la luz de la normativa internacional sobre la materia", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n.º 69, 2016, pp. 375-407.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. "Recepción de las propuestas del GAFI y de las directivas europeas sobre el blanqueo de capitales en el derecho español", en VV.AA. (Bajo Fernández, M. y Bacigalupo, S. eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 21-67.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. "Alternativas a la actual legislación sobre drogas", en VV.AA. (Díez Ripollés, J.L. y Lorenzo Copello, P. coord.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 583-604.
- EKWUEME, E. y BAGHERI, M. "Money cleansing and effectiveness of FATF coercive measures: an overview", *Amicus Curiae*, n.º 2, 2019, pp. 274-286.
- FARALDO CABANA, P. "De la prevención del blanqueo de capitales a la de la financiación del terrorismo", en VV.AA. (De la Cuesta Aguado, P. M., Ruiz Rodríguez, L.R., Acale Sánchez, M., Hava García, E., Rodríguez Mesa, M.J., González Agudelo, G., Meini Méndez, I., y Ríos Corbacho, J.M. coords.), *Liber amicorum: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1447-1463.
- FATF. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, Paris, France, 2012-2022. Disponible en: www.fatf-gafi.org/recommendations.html
- FATF. *Consolidated Processes and Procedures for Mutual Evaluations and Follow-Up: "Universal Procedures"*, Paris, France, 2021. Disponible en: www.fatf-gafi.org/publications/mutualevaluations/documents/universal-procedures.html
- FLORES MARTÍN, A.R. y GONZÁLEZ BOTIJA, F. "La lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo tras la adhesión de España a la UE", *RUE: Revista universitaria europea*, n.º 26, 2017, pp. 91-120.
- FRUTOS PAREDES, M. "Blanqueo de capitales y los delitos cometidos en otros estados", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 343-344.
- GALLEGO SOLER, J.I. "Arts. 290 a 304", en VV.AA. (Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. dirs.), *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 1005-1037.
- GAONA, M.Á.A. "El lavado de activos o blanqueo de capitales, su desarrollo normativo en el ámbito supranacional, su lesividad y su relación con el ordenamiento jurídico ecuatoriano", *Revista Cap Jurídica Central*, n.º 3, 2017, pp. 15-57.
- GARCÍA ROJAS CASTILLO, S. "Prevención y detección de operaciones de lavado de dinero en el sistema financiero; hacia una más efectiva lucha contra la corrupción", *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, n.º 7, 2019, pp. 41-53.
- GATHII, J.T. "The Financial Action Task Force and Global Administrative Law", *Journal of the Professional Lawyer*, n.º 10, 2010, pp. 1-18.
- GÓMEZ INIESTA, D.J. "Incidencia en el ordenamiento jurídico penal de la IV Directiva de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VI Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 35-66.
- GÓMEZ INIESTA, D.J. «Las "eurodirectivas" en materia de blanqueo de dinero», en VV.AA. (Abel Souto, M., Brage Cendán, S.B., Martínez-Buján Pérez, C., Vázquez-Portomeñe Seijas, F. y Guinarte Cabada, G. coords.), *Estudios*

- penales en homenaje al profesor José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 611-628.
- GONZÁLEZ URIEL, D. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*, Ed. Comares, Granada, 2021.
- GRACIANO SUXBERGER, A.H. y CASELATO JÚNIOR, D. "O papel do GAFI/FATF: natureza jurídica de suas recomendações e formas de coerção aos países membros pela sua inobservância", *Cadernos de dereito actual*, n.º 11, 2019, pp. 173-185.
- GUINARTE CABADA, G. "La reforma de 2010 del comiso en el blanqueo", en VV.AA. (Abel Souto, M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 131-158.
- GUINOT MARTÍNEZ, M. "Blanqueo y principio de justicia universal", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 365-370.
- HLOPHE, Z. *Regulating Money Laundering in Developing Countries: A Critical Analysis of South Africa's Incorporation and Implementation of the Global FATF Standards*, King's College London, Doctoral dissertation, 2013.
- HÜLSSE, R. "Even clubs can't do without legitimacy: Why the anti-money laundering blacklist was suspended", *Regulation & Governance*, n.º 4, 2008, pp. 459-479.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Ed. Comares, Granada, 2015.
- KIYAN, R.A. *Deliberative Democracy within Transgovernmental Networks: A Case Study of the Financial Action Task Force*, Ed. McGill University, Canada, 2016.
- KEBONANG, Z. y FOMBAD, C.M. "The African peer Review Mechanism: Challenges and prospects", *AU, NEPAD and the APRM: democratisation efforts explored*, n.º 2, 2009, pp. 39-54.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, L.M. "El grupo de acción financiera internacional: revisión del mandato (2008-2012)", *Revista Estudios Jurídicos*, 8, 2008, pp. 1-15.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C. *Fiscalidad y blanqueo de capitales*, Universidad de Oviedo, Tesis doctoral, 2012.
- MÁRQUEZ LASSO, D.E. y GONZÁLEZ MÉNDEZ, A. "Las dificultades del intercambio de información en la lucha contra el blanqueo, con referencias a la Directiva 843/2018 y a la falta de armonización del delito fiscal como hecho previo", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 67-102.
- MARTÍN VELASCO, L. "La investigación policial en el blanqueo de capitales", en VV.AA. (González Cussac, J.L. dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 221-252.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "La dimensión internacional del blanqueo de dinero", *Estudios de derecho judicial*, n.º 61, 2004, pp. 179-270.
- MATALLÍN EVANGELIO, Á. "El blanqueo de capitales en la normativa internacional: obligaciones derivadas en el ordenamiento jurídico español", en VV.AA. (Vidales Rodríguez, C. coord.), *Tráfico de drogas y delincuencia conexas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 275-294.
- MONREAL ÁVILA, E. *La potestad sancionadora en la prevención del blanqueo de capitales*, Universidad Complutense de Madrid, Tesis doctoral, 2016.
- NANCE, M.T. "Re-thinking FATF: an experimentalist interpretation of the Financial Action Task Force", *Crime, Law and Social Change*, n.º 69, 2018, pp. 131-152.
- NANCE, M.T. "The regime that FATF built: an introduction to the Financial Action Task Force", *Crime, Law and Social Change*, n.º 69, 2018, pp. 109-129.

- ORTEGA GOMERO, S. "Constitución, libre mercado y lavado de activos", en VV.AA. (Abel Souto, M., Lorenzo Salgado, J.M. y Sánchez Stewart, N. coords.), *VIII Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 289-306.
- PAVLIDIS, G. "El grupo de acción financiera (GAFI) treinta años después: el futuro de la lucha internacional contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo", *Revista de estudios jurídicos*, n.º 20, 2020, pp. 434-447.
- PLANCHADELL GARGALLO, A. "Aspectos procesales de la prevención y represión del blanqueo de capitales", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp. 371-428.
- PURSIAINEN, A. "The FATF and Evolution of Counterterrorism Asset Freeze Laws in the Nordic Countries: We Fought the Soft Law and the Soft Law Won", en VV.AA. (Karjalainen, K., Tornberg, L. y Pursiainen, A. eds.), *International Actors and the Formation of Laws*, Springer, Heidelberg, 2022, pp. 135-172.
- REBOLLO VARGAS, R. "Limitaciones del Derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales", en VV.AA. (García Arán, M. dir.), *La delincuencia económica: prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 125-166.
- RENATO VARGAS, L. "La estrategia internacional en contra del lavado de activos", en VV.AA. (Velásquez Velásquez, F. comp.), *Problemas actuales del Derecho Penal. Volumen II: 2014-2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 51-80.
- RUBERTO, R. "Apuntes sobre el delito de blanqueo de dinero en Italia", en VV.AA. (Sanz Hermida, Á.M. dir.), *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 89-108.
- TURNER, N.W. "The financial action task force: international regulatory convergence through soft law", *New York Law School Review*, n.º 59, 2014, pp. 547-559.
- ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.E. "La lucha contra el blanqueo de capitales a nivel internacional", *Tiempo de Gestión*, n.º 9, 2010, pp. 93-106.
- ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.E. "Desafíos de los organismos internacionales frente a la delincuencia organizada", en VV.AA. (Zúñiga Rodríguez, L. dir.), *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los estados democráticos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 287-310.
- VARELA, L. "El papel de las fundaciones en la financiación del terrorismo: una primera aproximación a la posición de garante de los sujetos obligados a velar por la no-instrumentalización de las fundaciones en actividades terroristas", en VV.AA. (Ferré Olivé, J.C. y Pérez Cepeda, A.I. dirs.), *Financiación del terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp. 139-183.
- VARGAS, E. "La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional. Las convenciones de la OEA y de la ONU", *Nueva sociedad*, n.º 194, 2004, pp. 133-148.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. "Corrupción pública y globalización: Una mirada a la regulación del tráfico de influencias en los instrumentos internacionales anti-corrupción", *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º 26, 2017, pp. 1-25.
- VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. "La lucha contra la corrupción en la agenda internacional: algunas reflexiones sobre el ámbito y contenidos de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción", en VV.AA. (Morales Prats, F., Tamarit Sumalla, J.M. y García Alberó, R.M. coords.), *Represión penal y estado de derecho: homenaje al profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 1081-1094.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. "Introducción", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.), *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 15-26.
- VIDALES RODRÍGUEZ, C. "La ley de prevención del blanqueo en la legislación española: disposiciones generales", en VV.AA. (Fabra Valls, M. coord.),

Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 27-40.

ZARAGOZA AGUADO, J.A. "El delito de blanqueo de capitales", en VV.AA. (Camacho Vizcaíno, A. dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1228-1330.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 461-480
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Las limitaciones institucionales del consentimiento informado como expresión del principio de autonomía en la relación entre el médico y el paciente

Institutional limitations of informed consent as an expression of the principle of autonomy in the doctor-patient relationship

Ignacio Ara Pinilla¹

Universidad de La Laguna

Sumario: 1. La reubicación del principio de autonomía. 2. El consentimiento informado. 2.1. Planteamiento. 2.2. La información asistencial. 2.3. La competencia del paciente. 3. La reivindicación indirecta del principio de beneficencia. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen: El respeto a la autonomía del paciente cobra un singular significado en el tratamiento terapéutico, tradicionalmente regido por la discrecionalidad técnica de las decisiones que pudiera adoptar el médico al respecto. La exigencia del consentimiento informado del paciente como presupuesto de cualquier intervención sobre su persona pretende ser su expresión más genuina. Su articulación se ve dificultada por el carácter cuantificable de la información requerida y de la competencia del sujeto que presta el consentimiento. La consideración generalizada de la salud como una entidad especialmente valiosa reclama el máximo rigor en la valoración del nivel adecuado de información y competencia al efecto de garantizar el fundamento racional de la decisión. La reivindicación indirecta del principio de beneficencia en los supuestos en que

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia). Catedrático de Filosofía del Derecho y Director del Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y Filosofía del Derecho de la Universidad de La Laguna (España). iarapi@ull.edu.es

interviene el representante legal pone, en cualquier caso, en cuestión la vigencia efectiva de la función pro autonomía que se presume al consentimiento informado.

Palabras clave: Autonomía, tratamiento terapéutico, competencia individual, representación legal.

Abstract: Respect for patient autonomy takes on a singular significance in therapeutic treatment, traditionally governed by the technical discretionality of the decisions that the doctor may adopt in this respect. The requirement of the patient's informed consent as a prerequisite for any intervention on his or her person is intended to be its most genuine expression. Its articulation is made difficult by the quantifiable nature of the information required and the competence of the subject giving consent. The widespread consideration of health as a particularly valuable entity calls for the utmost rigour in assessing the appropriate level of information and competence in order to guarantee the rational basis of the decision. The indirect vindication of the principle of beneficence in cases in which the legal representative intervenes calls into question, in any case, the effective validity of the presumed pro-autonomy function of informed consent.

Keywords: Autonomy, therapeutic treatment, individual competence, legal representation.

1. LA REUBICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

La relación médico paciente ha experimentado una profunda transformación con la dimensión que cobra en nuestros días el principio de autonomía. Resultaría exagerado decir que éste se encontraba excluido hasta ahora de cualquier mediación en el ámbito que nos ocupa, pero su proyección era más bien marginal, circunscrita al juego que el médico le quiera dar con miras, por lo general, a garantizar la mayor eficacia sanadora del rumbo que él hubiera decidido atribuir al tratamiento de la enfermedad. Consciente del efecto devastador que puede ocasionar la falta de colaboración del enfermo, el médico se esforzaba en negociar con él pautas de tratamiento que contaran con su aprobación, retirando, llegado el caso, su propuesta inicial cuando ésta era rechazada de plano por su supuesto beneficiario. A ello contribuía también la consideración que pudiera dar a la autoconvicción del paciente como mecanismo psicológico para fortalecer su estado de ánimo y disparar sus opciones curativas.

Era en definitiva un instrumento más a tener en consideración por el médico a la hora de activar los mecanismos correspondientes al propósito terapéutico. Un instrumento cuya implicación en el tratamiento de la enfermedad se hacía depender en lo fundamental de la valoración que el propio médico pudiera hacer de la peculiaridad idiosincrática del paciente y de los condicionantes psicológicos de su personalidad. No podría en este sentido hablarse

de una auténtica contraposición entre los principios de autonomía y de beneficencia porque en realidad aquél resultaba ser un mero instrumento (de incierto y desigual peso en los diferentes casos) para la potenciación del efecto benéfico de la acción médica. Un instrumento cuya incidencia escapaba curiosamente a la voluntad del individuo para quedar en manos del director de orquesta que decidía libremente el momento y la intensidad de su intervención.

Cierto es que el paciente luchaba en ocasiones por imponer sus puntos de vista y hacer valer su voluntad. No menos cierto es que el médico optaba, llegado el caso, por la retirada de su propuesta. Pero era una retirada estratégica que no tenía otro propósito que acomodar su empeño terapéutico a las condiciones del terreno de juego en que hubiera de desarrollarse. Era en definitiva un principio de corto alcance, instrumental y subordinado en cualquier caso a la mejor realización del principio de beneficencia. En lo demás, evidentemente, a igualdad de efectos curativos, cuando no estaba en juego el juicio de autoridad del médico implicado en el asunto el principio de autonomía desplegaba sus efectos, siempre circunscritos al ámbito decidido por el médico, que en este caso no tenía inconveniente en consentir la proyección inerte de la voluntad del paciente.

La condición de la relación médico paciente como relación que se produce en un contexto de autoridad genuina² en el que se supone que el médico tiene la clave para la optimización del resultado apetecido explica este papel instrumental y residual que cumplía el principio de autonomía en el ámbito sanitario. Pero el concepto de resultado apetecido no necesariamente viene predeterminado por la específica condición del contexto en el que opera. Quiero decir que cabe perfectamente que en un contexto de tratamiento de la afección de la salud se plantee un propósito diferente al que pudiera significar la superación más rápida, completa y libre de efectos secundarios de la enfermedad.

En este contexto emerge el principio de autonomía como sublimación del respeto a la personalidad individual. Este debe proyectarse en cualquier contexto porque el individuo es libre de decidir qué es lo que le conviene y también cuál es la mejor manera de acceder a lo que le conviene en cualquier contexto, incluso en los contextos en que pudiera encontrarse en riesgo la propia integridad de la persona en cuestión. El paradigma de Mill cobra pleno sentido al respecto: "La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás; su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría más feliz, porque en opinión de los demás hacerlo sería más acertado o más justo"³.

Y es que la decisión relativa a la mejor manera de acceder a lo que le conviene escapa al ámbito fortificado de la neutralidad técnica para aderezarse

² LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., "Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en los tratamientos médicos", en Mendoza Buergo, B. (Editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas, Cizur Menor, 2010, p. 21.

³ MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 68.

con el aroma de la idiosincrasia personal. La cuestión deja de ser una cuestión puramente técnica para asumir un sesgo en cierto modo ideológico vinculado al sistema axiológico del individuo en cuestión. Todo ello al margen de que cabe también que ese mismo sistema axiológico proyecte la conclusión de que no es la superación de la enfermedad el bien que en el caso en cuestión conviene al sujeto. Y ello no tanto en la mayoría de las ocasiones por el desinterés que pueda tener con respecto al supuesto bien que representa su vida y su integridad física, como por, en general, la presencia de otros bienes enfrentados que pudiera el afectado considerar de mayor entidad.

El prejuicio de que el paciente siempre habría de utilizar su autonomía para perseguir la sanación de su enfermedad y en último extremo la preservación de la vida muestra en este punto sus grietas. Cabe perfectamente que el paciente anteponga su sistema de valores a la misma idea de la preservación de su salud y cabe también desde luego que, aun inmerso en la lucha por la preservación de su salud, su sistema axiológico le dicte directrices de tratamiento que en una consideración neutra del asunto pudieran no resultar las más idóneas para la consecución del objetivo propuesto.

Obviamente, existe también la posibilidad de que el paciente pudiera sostener un juicio técnico diferente al del médico en relación al tema del mejor abordaje de la enfermedad. Un juicio técnico que ciertamente resultaría en principio menos legitimado que el del médico por la muy distinta formación y capacidad de planteamiento del problema que se presupone a uno y a otro. Pero ni siquiera ese supuesto podría considerarse como una muestra inmediata de irracionalidad porque en general el tratamiento de la salud suele involucrar elementos de muy distinta naturaleza (potencialidad curativa de las medidas disponibles, previsión de efectividad de los distintos tratamientos, efectos secundarios, resistencia al dolor del paciente, etc...) que hacen que resulte muy difícil identificar una concreta decisión como objetivamente equivocada.

La prevención frente a las decisiones paternalistas que pudieran adoptarse en el ámbito de la relación sanitaria cobra pleno sentido al respecto, como prevención tanto frente al paternalismo de fines (que le lleva al médico a asumir el objetivo a perseguir frente a una decisión supuestamente errática del paciente) como frente al paternalismo de medios (que sustancia el tratamiento de la enfermedad sin dar voz al paciente en lo que respecta al iter terapéutico a seguir). Se impone así la atención al consentimiento del paciente como paso previo a cualquier intervención sanitaria (o no sanitaria) sobre su persona. Claro es que tampoco puede la autonomía individual desenvolverse en las debidas condiciones en este ámbito técnico (ni en ningún otro ámbito técnico) sin contar con la información precisa al respecto. Estamos en definitiva ante el consentimiento informado que constituye la regla de oro en principio in infringible de la relación médico paciente⁴.

⁴ La denominación de consentimiento informado ha sido criticada por resultar poco específica. Así RAMOS, L. C., "El consentimiento informado", *Panace@ Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, Vol. 13, n° 36, segundo semestre, 2012, p. 294, quien asume la opinión de DE LAS HERAS, M. A., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*,

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

2.1. Planteamiento

El consentimiento informado involucra una dupla de conceptos de distinta naturaleza: la información que ha de recibir el paciente y el derecho que le asiste al propio paciente a decidir por sí mismo si consiente o no las intervenciones que pudieran los servicios sanitarios pretender realizar sobre su persona. Son ciertamente conceptos que, aunque distintos, guardan una evidente relación entre sí en tanto que un posible déficit de información inevitablemente redundará en una afectación del consentimiento.

La información representa en este sentido una condición coincidente con la competencia primaria del sujeto para poder entender que el consentimiento que presta el paciente es realmente “libre y voluntario” tal como predica el artículo 8.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. No cabe la representación de ninguna libertad de juicio por parte de quien no dispone de la información suficiente para conocer de la manera más precisa el estado de la cuestión. Tampoco cabe imaginarla en quienes se encuentran en una situación de hecho que les impide llevar a cabo un juicio racional al respecto. De ahí la necesidad de abordar las dos cuestiones indicadas, que requerirán un análisis independiente.

2.2. La información asistencial

La información sobre el estado de la propia salud y sobre las distintas alternativas que ofrece el estado actual del progreso científico no solo representa un presupuesto ineludible para la viabilidad del consentimiento libre del paciente. Constituye una condición inherente al respeto a la personalidad individual. Se supone que todos tenemos en principio derecho a conocer todos los datos que nos afectan directamente, lo que evidentemente sucede cuando está en juego la integridad física de cada quien. Un derecho que, ciertamente, presenta como la otra cara de la moneda la correlativa posibilidad de no ser informado.

Este derecho a no ser informado, de muy difícil realización en el ámbito informal de la vida, se presenta sin embargo como una opción de inmediata aplicación en el ámbito clínico. Así lo dispone el artículo 4.1 de la Ley al prescribir que: “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada”. Es un corolario inmediato de la realización del bienestar individual porque cada sujeto debería ser libre de excluir cualquier intervención ajena que sin fundamento alguno en la realización de los derechos e intereses de los demás pudiera afectarle personalmente.

Dykinson, Madrid, 2005, al considerar más apropiada la denominación de “consentimiento legitimador de paciente, enfermo, usuario o cliente informado”.

La renuncia a la información no representa ningún síntoma de irracionalidad (por más que la interiorización de la información disponible pudiera aventurar una decisión más razonada sobre el asunto en cuestión), es la mera expresión de la singular personalidad de un individuo que, o bien no le da importancia a la información sobre su salud⁵, o bien no está dispuesto a sufrir la afectación (de muy diversa índole según los casos) que le pudiera generar su disposición.

Obvio es que ese rechazo a la voluntad de ser informado puede dificultar sobremanera la efectividad de la actuación médica que, sobre todo en los supuestos dudosos, podría verse confortada en la toma de decisiones críticas por la constancia de un consentimiento suficientemente informado por parte del paciente. Tampoco podría decirse que el rechazo a la voluntad de ser informado debiera necesariamente abrir paso libre a la acción del principio de beneficencia porque del hecho de renunciar a recibir una información no hay que deducir una renuncia al ejercicio de la autonomía individual, que en cualquier caso permanece incólume bajo la fórmula del libre desarrollo de la personalidad como uno de los bastiones del orden constitucional, fundamento del orden político y de la paz social según reza el artículo 10 de la Constitución.

Simplemente hace más difícil la aportación del médico al respeto a la autonomía del paciente sin que ello le excuse de indagar los distintos indicios que pudieran constar al respecto, asumiéndolo si acaso como un mero indicio, entre otros, que pudieran determinar el sentido de la voluntad del paciente en relación a su tratamiento. Procede igualmente diferenciar la renuncia del derecho a la información de la renuncia del derecho a consentir⁶, configurándose paradójicamente en este punto un derecho a consentir desinformado, lo que vendría a sustraer en cierto modo el fundamento material de la figura que nos ocupa.

Decir que el paciente debe ser informado si así lo desea de las cuestiones atinentes a su propia salud representa una obviedad, pues no cabe en principio dudar del valor que para cada individuo desempeña su salud. Pero la alusión a la información (al deber de los agentes sanitarios de informar) al paciente resulta un tanto imprecisa en tanto se trata de un concepto susceptible de cuantificación (de producirse en una medida mayor o menor), lo que nos remite a la definición de lo que se haya de entender como información suficiente.

Es igualmente necesario determinar quiénes son los individuos que habrían de ser informados para dar cumplimiento al correspondiente deber profesional cuando el paciente no se encuentra en condiciones de asimilar y hacer uso de la información que se le hubiera de proporcionar. Habrá que determinar

⁵ Esa indiferencia con respecto a la información no necesariamente trae causa de una paralela desvalorización de la propia salud, que en la mayoría de las ocasiones es muy apreciada. Puede obedecer también a circunstancias de distinta índole, como la desconfianza con respecto a la labor que pudiera implementar el sistema sanitario a su respecto, la consideración de la inexorabilidad del destino, etc...

⁶ LÓPEZ GUIZÁN, A. M., "El consentimiento informado y la responsabilidad de los profesionales sanitarios", en López Guizán, A. M., Trigo García, B., Puga Martínez, A. (Coordinadores), *La Prestación de Servicios Sanitarios ante los Retos del Siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 52-53.

también el modo de transmisión de la información y las diversas cuestiones que ésta debiera en cualquier caso comprender.

La idea de la información suficiente nos recuerda el carácter instrumental que tiene la información con miras a la puntual ejecución del principio de autonomía individual que se hace patente a través de la figura del consentimiento informado. Es la información que pueda avalar un consentimiento aceptable por parte del paciente. Una información que suele normalmente admitir restricciones cuando la interiorización de la misma que llevara a cabo el paciente pudiera perjudicar a su salud. Es lo que previene el artículo 5.4 de la Ley al expresar que: "El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave".

Es esta una solución discutible, hasta cierto punto contradictoria en principio con el marchamo que a la relación entre el médico y el paciente le había proporcionado la redimensión del principio de autonomía. Una solución que representa un cambio de perspectiva prevalente, que resultaría ser en este caso la perspectiva terapéutica.

El asunto quedaba planteado en sus términos por Ángel Pelayo al indicar que: "El denominado privilegio terapéutico establecía la posibilidad por parte del médico de administrar y racionar la información a su paciente en función del efecto que considere el facultativo que la información habría de tener sobre el tratamiento, de manera que el tema de la información giraba en el entorno de la eficacia terapéutica y no se relacionaba con el principio de autonomía de la voluntad"⁷. Representaba en definitiva una vuelta a la idea de la identificación entre el ámbito en el que se produce la relación entre el médico y el paciente y la finalidad perseguida: el ámbito que representa el cuidado de la salud arrastraría como consecuencia la prioridad de la máxima eficacia terapéutica.

No faltan tampoco planteamientos que tratan de salvar la compatibilidad entre el privilegio terapéutico y el principio de autonomía. Expresiva es al respecto la opinión de Enrique Marín Palma cuando indica que: "No podemos considerar al privilegio terapéutico como una excepción del anterior que permita ocultar toda información al paciente en beneficio de no causarle un daño que repercuta en su salud. Más al contrario, el privilegio terapéutico debe entenderse, en el contexto médico actual, como una forma equilibrada, razonada y específica, de ofrecer información al paciente para garantizar una toma de decisión que además no repercuta negativamente en su salud... A pesar de ser el privilegio terapéutico una excepción al consentimiento informado éste no debe entenderse como la negación total a ofrecer información al paciente, sino como el empleo de otro medio que no es el estándar de conseguir el consentimiento del paciente... El privilegio terapéutico no está reñido con decir la verdad al paciente, sino con

⁷ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, p. 39.

matizar la forma de transmitirle esa verdad o de utilizar colaboraciones como son los familiares”⁸.

Son planteamientos que a la hora de la verdad asumen la opción prioritaria por el objetivo que representa la eficacia terapéutica, por más que quiera hacerse ésta compatible con una cierta salvaguarda del principio de autonomía. Pero es siempre la autonomía que no perjudique de manera grave a la salud del paciente. Una autonomía en buena medida preterida frente a la acción de los principios que tradicionalmente se le han contrapuesto.

Entiendo que la justificación del privilegio terapéutico que no degrade la función del principio de autonomía pasa inexorablemente por la presunción de que en el caso de que el paciente hubiera de antemano conocido que la asimilación por su parte de la información disponible hubiera podido perjudicar el estado de su salud y en último término el efecto de la acción terapéutica hubiera renunciado a recibirla. Una hipótesis difícil de valorar porque hacerlo supondría inmiscuirse en los vericuetos en buena medida insondables de una personalidad ajena que no tiene por qué guardar correspondencia con ningún modelo predeterminado.

La presunción vendría ciertamente avalada por el valor que la generalidad de los individuos atribuye a la preservación de su salud, que se proyecta por lo común en el seguimiento de las indicaciones médicas cuando no entran en juego otros valores contrapuestos. Pero es una presunción que debería en cualquier caso ceder cuando mediaran indicios ciertos de que, ubicado en la referida situación, el paciente hubiera preferido contar con la correspondiente información. Va de suyo que el carácter irreversible del daño hipotéticamente producido con la información transmitida obliga a ser muy cauteloso al respecto⁹.

La clave radicaría en este sentido en la interpretación del perjuicio grave de la salud como un perjuicio de carácter irreversible o de muy difícil reparación. Precisamente porque la irreversibilidad del proceso degradatorio de la salud que pudiera poner en marcha la transmisión de la información iba a condicionar de manera muy significativa el eventual ejercicio posterior de la autonomía individual. Y ello no ya solo en los supuestos en que estuviera en juego la vida del paciente, porque sin el presupuesto que representa la vida no hay autonomía posible. También porque la propia carga de la enfermedad que se hubiera podido evitar o disminuir su importancia mediante la sustracción de la información disponible condiciona de manera significativa el sentido de las propias decisiones que hubiera de adoptar en el futuro el paciente. Estas resultarían inevitablemente condicionadas por una degradación del estado físico del paciente que se hubiera podido eventualmente evitar.

⁸ MARÍN PALMA, E., “El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente”, en Adroher Biosca, S., De Montalvo Jaaskalainier, F. (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 681.

⁹ MIRAUT MARTÍN, L., “El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, número 31, Época II, 2014, pp. 103-126.

El asunto no quedaría así planteado en términos de estricta contraposición entre los principios de beneficencia y autonomía, sino en términos de consideración del perjuicio a la autonomía del paciente que hubiera podido ocasionar el daño a la salud resultante de la apuntada transmisión de la información, siempre, claro está, sobre la base de la idea de que en caso de encontrarse ubicado en la hipótesis del conocimiento previo de sus consecuencias el paciente hubiera consentido que le fuera sustraída la referida información. El principio de autonomía recupera en este punto su significado como principio de justificación de una figura que aparentemente pudiera resultar incompatible.

Un interés singular plantea la cuestión de la titularidad del derecho a la información. Parece en principio claro que el paciente es el titular exclusivo del derecho a la información. En este punto resulta plenamente razonable el tenor literal del artículo 5.1 de la Ley cuando señala que: "El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita". El hecho de dejar condicionada la información que se pudiera suministrar a los parientes o allegados a la existencia de un permiso previo por parte del paciente no haría otra cosa que confirmar la consideración de este último como titular del derecho en cuestión.

Es, no obstante, una situación que contrasta abiertamente con la práctica habitual de transmitir la información sanitaria de manera complementaria, e incluso en ocasiones de manera sustitutoria, a los parientes cuando el paciente tiene una edad avanzada, con el fin de evitarle supuestamente sufrimientos psicológicos innecesarios. Es esta una práctica que podría si acaso tener encaje en el supuesto del privilegio terapéutico al que hemos hecho ya alusión. Pero cuando la información no puede de ninguna manera afectar negativamente a la salud del paciente constituye una práctica incompatible con las exigencias que impone el principio de autonomía individual, e incluso con el tenor literal de la ley. Y es que cualquier persona, tenga la edad que tenga, es el titular del derecho a decidir por sí misma, derecho al que habrían en consecuencia de subordinarse los puntos de vista y las pretensiones ajenas.

Claro está que, en último término, también el ocasionamiento de un sufrimiento psicológico relevante podría considerarse una afectación de la salud que convendría en su caso evitar. Por lo demás la propia remisión a la idea del consentimiento tácito abre un margen de apreciación difícil de controlar porque no está claro tampoco cuáles han de ser los indicios que pudieran presumir la existencia de este tipo de consentimiento. Recupera en este sentido el médico su función como elemento personal decisivo no ya solo para la activación de los procedimientos terapéuticos más adecuados sino para la propia vehiculización del principio de autonomía del paciente.

Ciertamente, en los casos en que no disponga de capacidad suficiente para entender la información el paciente no quedará más remedio que recurrir a los familiares o allegados. En este sentido se expresa el artículo 5.3 de la Ley al indicar que "cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o

psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho". Pero incluso en este caso es de nuevo el criterio médico el que ha de determinar si el paciente dispone o no de la capacidad suficiente para entender la información.

El objetivo de la información que se transmite al paciente es asegurar que éste pueda llevar a cabo una decisión libre y autónoma con un suficiente fundamento a partir del conocimiento de la situación en que se encuentra. Es en este sentido necesario que la información se transmita de una forma inteligible y siempre teniendo en cuenta la personalidad del paciente. Se trata en definitiva de hacerle conocer para decidir, lo que no se conseguiría si ese conocimiento resultara difuso, engañoso o injustificadamente complejo.

Se impone en este punto la necesidad de cortar cualquier tipo de discriminación entre los pacientes garantizando que todos ellos se encuentren en la medida de lo posible en idénticas condiciones de emitir un consentimiento que pueda resultar suficientemente informado. Ello no está sin embargo reñido con el hecho de que pudiera modularse la información a transmitir en función de los conocimientos previos constatables que por razones profesionales pudiera haber adquirido ya previamente el paciente.

La afirmación de que "para lograr la optimización de la autonomía es necesario mantener al paciente informado sin establecer distinción alguna según la edad, el sexo, la condición social o el nivel de instrucción"¹⁰ debería matizarse en el sentido de que se trata de que el nivel general de instrucción no resulte un motivo de discriminación a la hora de aplicar a la información a transmitir al paciente la lógica que impone el respeto al principio de autonomía. Pero es esa misma lógica del principio de autonomía la que permite que pueda existir la modulación en la transmisión de la información cuando la misma vaya dirigida a sujetos a quienes se supone ya informados de algunos de los aspectos que componen el contenido general de la información transmisible.

En cualquier caso, cuando existiera alguna duda acerca de la detentación de los conocimientos por parte del paciente el médico deberá proporcionar la información que garantice que el mismo va a disponer de la información suficiente para poder emitir un consentimiento que pudiera considerarse razonablemente fundamentado¹¹. En este punto las presunciones deben ser tratadas con el máximo cuidado evitando que su eventual puesta en escena pudiera generar cualquier vacío de información, por inesperado que pudiera éste resultar.

La forma de transmitir la información quedaría igualmente condicionada por las particularidades específicas de la personalidad del paciente. Cuanta más constancia quede de ella mejor será. En ese sentido la utilización de la forma escrita es siempre preferible a la forma oral. No obstante, la peculiaridad que supone el tratamiento de la enfermedad, en el que el tiempo representa un bien

¹⁰ ALLUÉ, M., *El paciente inquieto. Los servicios de atención médica y la ciudadanía*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2013, p. 67.

¹¹ LÓPEZ GUIZÁN, A. M., *El consentimiento informado y la responsabilidad de las profesiones sanitarias*, cit., p. 52.

muypreciado que no conviene distraer, puede hacer que valga también la forma oral cuando con ella se permite alcanzar el mismo resultado. Podría incluso pensarse que esa forma oral constituye la vía más natural para dar cauce al propósito de “rehumanizar la práctica médica”¹² mediante un diálogo abierto que elimine las aristas frías y formales que en tantas ocasiones envuelven la asimilación por parte del paciente del significado de la enfermedad y de las posibilidades de su curación.

El contenido de la información transmitida no deberá limitarse a los datos relativos a la enfermedad, sino que deberá abarcar también los datos relativos a los distintos tratamientos que pudieran aplicársele, a la efectividad de cada uno de ellos y a los riesgos y contraindicaciones resultantes de su implementación. Es lo que viene a señalar el artículo 10.1 de la Ley: “El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. d) Las contraindicaciones”.

Ni que decir tiene que la valoración de esa efectividad de los tratamientos y de los riesgos y contraindicaciones que les resultaran inherentes implica una participación activa por parte del médico en la que éste inevitablemente volcará su personalidad singular. Conviene en todo caso que el médico lleve a cabo un esfuerzo de neutralidad para transmitir al paciente una información que represente el estado actual del progreso científico y que sea lo más compartida posible por los miembros de la comunidad médica.

Ese esfuerzo de neutralidad no está en cualquier caso reñido con el deber del médico de transmitirle al paciente su propio punto de vista, su opinión personal, tanto sobre el estado actual y las previsiones de evolución de su enfermedad como sobre la efectividad y los pormenores de los tratamientos existentes. Dos sería, pues, los contenidos de la información que habría de recibir el paciente: la información más neutra posible sobre la opinión de la comunidad asistencial acerca de su enfermedad y de los posibles tratamientos existentes y la propia opinión del médico acerca de esos mismos puntos, que bien pudiera, llegado el caso, no resultar coincidente con la opinión de la comunidad asistencial.

2.3. La competencia del paciente

La proyección de la autonomía personal que representa el consentimiento informado presupone la competencia de quien lo emite. Un consentimiento prestado por un individuo incompetente estaría viciado en su raíz, como lo está el consentimiento prestado sin el asidero de la información que permitiera hacerse un juicio fundamentado al respecto.

¹² GARCÍA PÉREZ, M. A., “Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica”, en *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 4, número 2, p. 353.

Llama en este punto la atención la existencia de supuestos que aparentemente contradicen la idea del buen hacer del paciente con miras a asegurar la mejor preservación de su salud. O, cuando menos, la preservación de su salud conforme a los procedimientos más expeditivos o menos costosos desde cualquier punto de vista. El fenómeno presenta un carácter en cierto modo estructural en el caso de algunos colectivos que asumen unos determinados presupuestos religiosos y culturales que les dictaminan una línea de actuación divergente con las pautas establecidas por la medicina convencional para el mejor cuidado de su salud.

La tentación de apreciar en esa actitud heterodoxa desde la perspectiva estrictamente terapéutica una manifestación de la incompetencia del paciente se hace presente en este tipo de supuestos. Podría incluso atisbarse en ese seguimiento de pautas de comportamiento homogéneas por parte de esos colectivos en los momentos críticos para la preservación de la salud individual un movimiento compulsivo que escapa a los márgenes de la propia voluntad, al encontrarse ésta secuestrada en buena medida por el efecto adoctrinante supuestamente inherente a la participación del sistema de valores de que se trate. Más matizadamente se ha podido también indicar que “decidir en nombre de una religión o de unas creencias es precisamente lo que Kant consideraba heteronomía y no autonomía”¹³.

No parece, sin embargo, que semejante participación pueda destilar la idea de una personalidad incompetente para recabar el respeto a la autonomía que proyecta el principio del consentimiento informado. No es cuestión de plantear en esta sede el carácter inevitable de los condicionamientos culturales de cada quien. Estos se hacen especialmente visibles cuando la participación de los mismos entra en colisión con lo que pudiera considerarse el modo de entender y de actuar habitual en un momento dado en la comunidad social. Pero es que ese modo de entender y actuar no es tampoco expresivo del mayor acierto del fundamento que le subyace, ni mucho menos puede considerarse que responde a un planteamiento liberado de cualquier condicionamiento cultural.

Todo lo contrario. Por muy asentado en los estándares de comportamiento de la comunidad es él mismo fruto de los concretos condicionamientos culturales sobre los que se ha fundado la formación de las diferentes personalidades individuales. La común participación del sistema de valores establecido y de las pautas de comportamiento que le son consustanciales vendría a reforzar la idea del condicionamiento cultural expansivo que a todos nos hace responder a unos esquemas de pensamiento y acción semejantes.

La circunstancia de que estos parámetros culturales hegemónicos resulten compatibles con la idea de la maximización de la eficacia terapéutica en el tratamiento de la enfermedad del paciente favorece ciertamente el carácter en buena medida inadvertido de su presencia. Pero sobre todo evita la generación de cualquier cuestionamiento acerca de la solidez de sus fundamentos en los

¹³ CAMPS CERVERA, V., “La autonomía, el principio por “defecto””, *Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Volumen 7, número 62, enero-abril, 2011, p. 12.

contextos asistenciales. Rige en cierto modo la idea tácita de que cuanto más compatibles sean los parámetros culturales con la agilización del resultado terapéutico apetecido mayor es su fundamento racional.

El alineamiento con las exigencias inherentes al imperativo terapéutico vendría supuestamente a evidenciar la competencia de quienes comparten el patrón cultural establecido. Son los otros, los que comprometen la mayor eficacia terapéutica de los tratamientos prescribibles con la anteposición de postulados culturales desviados del buen tono de la maximización de la eficacia terapéutica, los que estarían evidenciando indicios de una personalidad incompetente, resultado eventual de la acción adoctrinante compulsiva sin cuya presencia parecería inexplicable la opción cultural asumida por el sujeto en cuestión.

No podemos en este momento entrar en la valoración del peso adoctrinante que pone de relieve la asunción de las distintas opciones culturales. Ciertamente es que la naturalización de situaciones de discriminación ajenas a cualquier responsabilidad imputable a quienes las experimentan y el propio desinterés con respecto a ciertos bienes comúnmente considerados como valiosos alientan la intuición acerca de la presencia intensa del factor adoctrinante. Pero tampoco es ésta una prueba concluyente que pudiera marcar una diferencia significativa (salvo los casos de compulsión física al seguimiento de los postulados culturales que se pretendan a toda costa imponer) con respecto al adoctrinamiento cultural que marca la propia inserción del individuo en la comunidad social de referencia.

Y tampoco podría hablarse en puridad de conceptos de adoctrinamientos equivocados, porque lo serían exclusivamente desde la perspectiva de quienes han formado su personalidad en un marco cultural diferente. El testigo de Jehová que antepone su sistema de valores al seguimiento puntual de las prescripciones médicas más efectivas para el tratamiento de su enfermedad no estaría en principio evidenciando una personalidad especialmente incompatible con la idea de la libertad en su formación, porque en la medida en que todos formamos nuestra personalidad en el marco de condicionamientos culturales establecidos estaría respondiendo a un esquema generalizable, por muy divergentes que resulten los axiomas que presiden las distintas opciones culturales.

Con todo, la propia percepción de que la personalidad de cada cual (que se proyecta lógicamente en la posición adoptada en relación a los tratamientos que pudieran aplicarse a sus problemas de salud) resulte culturalmente condicionada debería estimular la puesta en práctica de las acciones enderezadas a la mayor liberación posible de los condicionamientos culturales en los que queda en cierto modo atrapada la personalidad. Pero no sólo la personalidad de quienes mantienen posturas con respecto a los tratamientos médicos que desde nuestros parámetros culturales resultan ciertamente extravagantes, cuando no abiertamente contradictorias con el sistema de valores hegemónico. También la personalidad de quienes acomodados en nuestra "verdad" emitimos con la mayor desenvoltura juicios de valor condenatorios de las concepciones culturales que albergan las posiciones discutibles desde la óptica de la salvaguarda de la salud al anteponer la coherencia con sus postulados definitorios al objetivo que representa la maximización de la eficacia en el ámbito terapéutico.

El programa pasa por dos fases. La primera supone reconocer el valor que como fundamento de la personalidad individual tiene el reconocimiento cultural y obrar en consecuencia. Ello supone comprender el trasfondo cultural que tienen las decisiones que podamos considerar extravagantes y asumir *prima facie* actitudes de respeto hacia ellas optando en la medida de lo posible por tratamientos médicos digeribles desde la óptica cultural del paciente. La segunda fase conlleva la promoción de una información lo más neutra y completa acerca de los distintos sistemas culturales. Se trataría con ello de evitar actitudes de imperialismo cultural implicando el compromiso con el distanciamiento de sus propios principios culturales a la hora de transmitir la información de manera que la misma resulte si no absolutamente objetiva, al menos lo más objetiva posible. Es éste un proceso ciertamente prometedor en cuanto a sus resultados. Las circunstancias de que las referidas posturas extravagantes con respecto al tratamiento médico hayan sido adoptadas desde postulados culturales que la cultura hegemónica puede considerar absolutamente antilibertarios activa la expectativa de que el conocimiento de otras opciones culturales distintas a la que ha asentado la personalidad del paciente permita abrir el ámbito de visión del mismo asumiendo, llegado el caso, posiciones críticas al respecto que permitieran estimular una mayor apertura mental con respecto al diseño que hubiera trazado el médico para garantizar la mayor eficacia terapéutica en el asunto en cuestión.

Es, ciertamente, un programa de largo alcance que trasciende los límites de la relación entre el médico y el paciente, pero que también ha de proyectarse en la medida de lo posible sobre ella. No se trata, desde luego, de abrumar al paciente con datos que pudieran apoyar la supuesta irracionalidad de los postulados culturales que proyectan su decisión, lo que resultaría especialmente contraindicado en las situaciones críticas para la salud de los pacientes en las que éstos incrementan su condición de vulnerabilidad. Se trataría sobre todo de abrir un espacio para la comprensión mediante el simple relato de la importancia que otras opciones culturales atribuyen a la mayor diligencia en el tratamiento de la salud promoviendo la mayor eficacia terapéutica al respecto.

Con todo, si el paciente mantuviera no obstante su posición se hace patente la necesidad de respetarla en sus propios términos. El juicio crítico que pudiera tenerse con respecto a ella misma y a los postulados culturales que la sustentan no admite otra opción. La perentoriedad de la activación del programa de liberación de los condicionamientos culturales (referible a todas las culturas identitarias, no sólo a las que proyectan las decisiones discutibles desde la óptica terapéutica) no excluye la conciencia de su carácter inacabable y está inevitablemente condenada a respetar en cualquier caso la opción cultural del momento presente y los efectos que, de manera singular, en el ámbito sanitario le son inherentes. Y es que no podría deducirse de esa posición discutible desde la óptica terapéutica ningún signo de irracionalidad o incompetencia.

La valoración de la competencia del sujeto presupone, si acaso, la consideración de la coherencia del comportamiento individual con las premisas de partida. No puede ser un juicio externo sobre los postulados culturales que albergan la formación de la personalidad. Lo contrario supondría admitir la existencia de individuos (de enormes masas de individuos) incompetentes por

razón de identidad cultural. Algo profundamente contradictorio, por lo demás con el reconocimiento (inapelable, en nuestra opinión) del derecho a la identidad cultural. Una cosa es controlar el daño a terceros que pudiera ocasionar el seguimiento de los propios postulados culturales, sofocando llegado el caso a algunas de sus manifestaciones, y otra, muy distinta, deducir la incompetencia de quienes los practican.

Cierto es que en este punto podría alegarse que la renuncia del paciente al seguimiento puntual de las indicaciones médicas que se le pudieran formular, con la consiguiente búsqueda de otras alternativas que pudieran resultar eventualmente más costosas en términos económicos, genera un cierto daño a terceros al sustraer para la realización de un tratamiento inidóneo (al menos inidóneo desde el punto de vista económico) fondos que bien pudieran aplicarse a otros propósitos terapéuticos. Podría verse en ello una cierta vulneración del principio de equidad que impone la adjudicación de un esfuerzo terapéutico adaptado a las condiciones de salud del paciente desde la perspectiva de la mayor salvaguarda y promoción de la salud del conjunto de la población.

Es ésta una argumentación interesante que no debiera sin embargo dar vía libre a la preterición automática de la decisión del paciente, eventualmente contradictoria con las exigencias que impone el principio de la maximización de la eficacia terapéutica. Y es que en el fondo la propia condición minoritaria de la cultura identitaria que fundamenta la decisión obliga a ser extremadamente cuidadosos al respecto. La situación de inevitable vulnerabilidad que representa la propia asunción de postulados minoritarios en un contexto cultural relativamente homogéneo exige la máxima obligación por parte de quienes comparten los postulados de la cultura hegemónica en el empeño de viabilizar las proyecciones más íntimas de su personalidad, aunque ello suponga un cierto sacrificio social.

En lo demás tampoco la incoherencia con los presupuestos de partida representa por lo general un supuesto de incompetencia que pudiera justificar el desdén con respecto a la opción del paciente. Ante todo, por la dificultad que representa hablar de incoherencia en un contexto en el que se entrecruzan diferentes presupuestos de partida, cada uno con sus propias implicaciones. También porque la propia personalidad del individuo puede incorporar una cierta desatención con respecto a las implicaciones asumidas de antemano. Y es que frente a quienes sostienen una concepción restringida de la autonomía, vinculada al uso responsable de la libertad¹⁴, habría que asumir en nuestra opinión que la autonomía implica directamente el derecho a ser irresponsable

¹⁴ Paradigmática al respecto es la tesis de MAZO ÁLVAREZ, H. M., "La autonomía: principio ético contemporáneo", en *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, Vol. 3, Nº 1, enero-junio, 2012, p. 126, para quien: "La autonomía es, entonces, un derecho alcanzado, y no simplemente adquirido por la condición humana. No es como la dignidad humana, que se le entrega a cada persona por el solo hecho de ser persona y se considera inalienable. La autonomía es un derecho alcanzado en la medida en que se demuestra un uso responsable de la libertad. En consecuencia, no todos los seres humanos son autónomos: sólo lo son aquellos a los que, en términos de reconocimiento, se les considera capaces del autogobierno".

En este punto la distinción entre los conceptos tan difuminados de las decisiones incompetentes y de las decisiones equivocadas cobra todo su sentido¹⁵. No parece razonable que desde una óptica externa pueda tampoco vulnerarse el derecho que toda persona competente tiene a equivocarse, aun en los casos en que esa equivocación tuviera consecuencias negativas para su salud.

Obviamente los casos de incompetencia declarada deberán resolverse acudiendo a la representación legal del individuo en cuestión. Son casos en los que está claro que no funciona la voluntad independiente del sujeto, que debe ser suplida por quien mejor se supone en principio que ha de cuidar sus intereses. Se impone en cualquier caso la necesidad de evitar interpretaciones extensivas que pudieran colar bajo la forma de decisiones incompetentes lo que en muchas ocasiones no son más que decisiones equivocadas cuya valoración como tales se lleva a cabo desde unos presupuestos culturales concretos, que por mayor apariencia de racionalidad que exhiban resultan igualmente discutibles.

3. LA REIVINDICACIÓN INDIRECTA DEL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA

La lógica del principio de autonomía que pugna por hacerse valer como clave fundamental que habría de regir el sentido de la relación entre el médico y el paciente parece sin embargo ceder cuando no es el propio paciente el que asume en primera persona su realización. Se configura así la paradójica situación de que los representantes legales, llamados a prestar el consentimiento por imperativo normativo, hubieran de dejar aparentemente a un lado los indicios de la personalidad del paciente que permitieran, llegado el caso, configurar el sentido concreto de su hipotética voluntad, para asumir directamente el rumbo que marca la realización del principio de preservación de la salud.

Es la idea que de manera paradigmática proyecta el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando señala que: "En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

La preservación de la salud de los individuos se presenta en este punto como el telón de fondo institucional de la actividad médica. Un telón de fondo

¹⁵ LÓPEZ GUIZÁN, A. M., *El consentimiento informado y la responsabilidad de las profesiones sanitarias*, cit., p. 47.

que determina su sentido en los casos en que no media la declaración expresa y consciente (aun cuando pudiera ser una declaración dirigida a manifestar sus efectos en el futuro) por parte del paciente. Es como si no existiera otra manera de interpretar la voluntad del paciente que no fuera la que toma como objeto exclusivo de interpretación la constancia, verbal o escrita según los casos, de sus manifestaciones al respecto.

No podría hablarse tanto de la pretendida exaltación del principio de autonomía cuando el consentimiento informado por parte del representante (que se supone que ha de diligenciar las exigencias que le son inherentes) está legalmente obligado a circunscribir su desempeño a la mayor efectividad de las acciones encaminadas a la preservación de la salud de los representados. El carácter tasado de los supuestos de representación legal (que la referida ley reserva para los casos de incapacidad de toma de decisiones a criterio del médico, de imposibilidad física y síquica de hacerse por sí mismo cargo de su situación, de modificación judicial de capacidad, de minoría de edad que imposibilite la comprensión del alcance de la intervención, de grave riesgo para la vida de la salud del menor) no excluye la consideración del giro de ciento ochenta grados que supone la intervención del representante legal en relación con el peso específico que se supone que viene atribuido en los nuevos tiempos al principio de autonomía en la consideración de la relación entre el médico y el paciente.

Podría ciertamente esgrimirse que la incapacidad de los individuos que se trata de solventar con el establecimiento de la representación legal implica la desconsideración de cualquier indicio de su voluntad precisamente por ser la voluntad, indiciaria o no, de un sujeto incapaz. No parece sin embargo de recibo semejante argumento. Una cosa es que los referidos indicios puedan ser expresión de una personalidad incapaz, por proponer por ejemplo acciones que imposibiliten directamente la realización de los objetivos que condensan el centro de su vida y de su esfuerzo. Y otra muy distinta que se deba necesariamente desacreditar el conjunto de emociones, criterios, sentimientos y formas de ver la vida que condensan la personalidad del sujeto incapaz.

La función del representante legal tiene necesariamente como norte la realización de los intereses del representado. Y estos no necesariamente han de consistir en la preservación a toda costa de la salud conforme al método más expeditivo y seguro que pudiera prescribir la ciencia médica. El problema no es tanto la dejación voluntaria del interés por la propia salud (supuesto que tiene un carácter excepcional) como de jerarquía de intereses eventualmente contrapuestos o de imposible realización conjunta. Este es normalmente el núcleo de la cuestión.

No parece razonable que la constatación de la existencia de algún plano de incapacidad del sujeto tenga que dar necesariamente por cancelada la consideración del conjunto de su personalidad que bien pudiera intuirse sobre la base de los indicios existentes al respecto. La atención a los intereses del sujeto debiera proyectar en la medida de lo posible el sentido completo de su

personalidad eludiendo la salida fácil que representa el ninguneo automático de sus manifestaciones indiciarias.

Ello no excluye desde luego el cuestionamiento del (eventualmente limitado) alcance probatorio de los indicios que pudieran concurrir en el caso. No es cuestión de poner en tela de juicio la necesidad de moverse con la máxima prudencia al respecto. La salud representa un bien de una entidad indiscutible para la generalidad de la ciudadanía. Cuando las cosas no están claras es razonable que la decisión haya de girar del lado que representa la preservación de la salud en los términos prescritos por los servicios médicos. Pero las dificultades del caso no necesariamente debieran redundar en la activación de una regla general que precluya la consideración integral de la personalidad del afectado y la puesta en marcha de las consideraciones que le son inherentes.

Al fin y al cabo, la decisión eventualmente no coincidente con la generación del mayor beneficio para la vida o la salud del paciente no resulta tampoco automáticamente ejecutable, dando lugar en los casos en que pudiera llegar a producirse a la correspondiente consideración por parte de la autoridad judicial. Es esta sin duda la solución más aceptable, cualquiera que fuera el punto de vista que se adopte.

Lo llamativo del caso no es la pertinente entrada en juego de la autoridad judicial cuando la decisión pudiera contravenir el sentido general de la preeminencia del mayor beneficio para la vida o la salud del afectado. Lo más llamativo (e improcedente en nuestra opinión) es que se pretenda encorsetar el sentido de la actuación de la representación legal enderezándolo necesariamente al beneficio para la vida o la salud. La especificación de que la decisión que haya de adoptar el representante legal tenga que adoptarse “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente” resulta en este punto desconcertante entre otros casos porque excluye de entrada el juego que en el asunto pudiera asumir la autoridad judicial.

Esta comparecería solamente en los supuestos pretendidamente excepcionales en que el representante legal se desentendiera del rumbo que marca la atención exclusiva a la preservación de la vida o la salud del paciente. Y es aquí donde radica el núcleo del problema. No tiene sentido cortocircuitar la expresión del representante legal en el intento de formular una decisión coherente con la personalidad del paciente estableciendo el inexcusable deber de atender “siempre” al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente. Decisión que en cualquier caso habría de ser ponderada junto a los demás elementos concurrentes en el supuesto en cuestión por la autoridad judicial.

La indicación normativa presupone en este punto una apuesta decidida por el beneficio de la salud que viene a diluir en el concreto supuesto que representa la entrada en juego de la representación legal la lógica que marca el respeto al principio de autonomía. El representante legal se ve imperativamente compelido a asumir el punto de vista de la preferente preservación de la salud. Una actitud diferente por su parte supondría separarse de la línea marcada dando entrada a la acción de la autoridad judicial para, aparentemente, arreglar el entuerto generado.

Esta imperativa asunción del punto de vista de la preservación de la salud del paciente es suficientemente expresiva del carácter relativo que asume el principio de autonomía en los supuestos en que interviene la autoridad judicial. Claro que tampoco hay mucha diferencia entre el carácter automático que la norma en cuestión impone a la adopción del punto de vista de la preservación de la salud por parte del representante legal y el carácter automático de la prestación por parte del paciente de un consentimiento informado precocinado en las instancias médicas (y no necesariamente asimilado en su integridad por el paciente) como presupuesto para la práctica del correspondiente desempeño sanitario. Surge en este punto la duda de si no estará la línea normativa marcada a la intervención del representante legal resultando expresiva de una generalizada discordancia entre las palabras y los hechos cuando entra en juego el principio de autonomía en la relación entre el médico y el paciente.

4. CONCLUSIONES

El consentimiento informado del paciente representa el presupuesto de cualquier intervención médica sobre su persona. Se supone que es la expresión por antonomasia del principio de autonomía, que en el pasado había cedido su lugar de preeminencia al principio de beneficencia, en el que encontraba fundamento el amplio margen de discrecionalidad, apoyado en la detentación de los conocimientos técnicos, que proyectaba la acción terapéutica por parte del médico. La consideración imprecisa, por cuantificable, del nivel de información a transmitir y de competencia del sujeto llamado a consentir, para que pueda considerarse al consentimiento informado como una manifestación singular de la voluntad del paciente complica su operatividad. Tanto más cuando se reconoce comúnmente a la salud como un bien de máxima entidad cuya puesta en juego exige funcionar con la mayor cautela. La reivindicación indirecta del principio de beneficencia en los supuestos en que interviene la representación legal en la prestación del consentimiento informado pone en cuestión la operatividad al servicio del principio de autonomía que supuestamente le subyace. A ello contribuye también el automatismo que preside su prestación en los supuestos generales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUÉ, M., *El paciente inquieto. Los servicios de atención médica y la ciudadanía*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2013.
- CAMPS CERVERA, V., "La autonomía, el principio por "defecto"", *Bioètica & debat: tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Volumen 7, número 62, enero-abril, 2011, p. 11-13.
- DE LAS HERAS, M. A., *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 2005.

- GARCÍA PÉREZ, M. A., "Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica", en *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, Vol. 4, número 2, pp. 341- 356.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. J., "Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en los tratamientos médicos", en Mendoza Buergo, B. (Editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 19-34.
- LÓPEZ GUIZÁN, A. M., "El consentimiento informado y la responsabilidad de los profesionales sanitarios", en López Guizán, A. M., Trigo García, B., Puga Martínez, A. (Coordinadores), *La Prestación de Servicios Sanitarios ante los Retos del Siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 41-63.
- MARÍN PALMA, E., "El privilegio terapéutico: punto de unión entre el paternalismo médico y la autonomía del paciente", en Adroher Biosca, S., De Montalvo Jaaskalainer, F. (Directores), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 669-682.
- MAZO ÁLVAREZ, H. M., "La autonomía: principio ético contemporáneo", en *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, Vol. 3, Nº 1, enero-junio, 2012, pp. 115-132.
- MILL, J. S., *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- MIRAUT MARTÍN, L., "El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, número 31, Época II, 2014, pp. 103-126.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009.
- RAMOS, L. C., "El consentimiento informado", *Panace@ Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, Vol. 13, nº 36, segundo semestre, 2012, pp. 294-298.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinário (2023), pp. 481-487
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Resenha do livro "A Teoria comunista do Direito" (The Communist Theory of Law) por Hans Kelsen.

Review of the book "THE COMMUNIST THEORY OF LAW (A Teoria comunista do Direito) by Hans Kelsen.

Stânia Nágila Vasconcelos Carneiro¹

Centro Universitário Católica de Quixadá

Francisco José Mendes Vasconcelos²

Centro Universitário Católica de Quixadá

Sumário: 1. Introdução. 2. A teoria do Estado e do Direito de Marx-Engels. 3. As teorias do Direito de Lênin, Stuchka, Reisner, Pashukanis, Wyshinski. A Teoria Soviética do Direito Internacional. 5. Considerações finais. Referências.

Resumo: Esta resenha literária tem como objetivo maior trazer um suprasumo do pensamento do jusfilósofo austríaco quando de seus estudos sobre o mundo jurídico soviético, na época das décadas de 30 e 40 do século passado, ainda com União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), que resultou numa pequena obra literária (mas com um teor cognoscível de grande riqueza), denominada "A Teoria Comunista do Direito", de 1949. Respectiva obra, não resulta em uma crítica ao sistema político-econômico adotado pela URSS naqueles tempos, mas, sim, num trabalho filosófico – dogmático de Hans Kelsen sobre o Direito, suas características e adaptações às necessidades políticas - econômicas daquele Estado naquele momento.

Palavras chaves: Direito. Comunismo. Política. Economia.

Abstract: This literary review's main objective is to provide a summary of the Austrian legal philosopher's thinking during his studies on the Soviet legal world, at the time of the 30s and 40s of the last century, still with the Union of Soviet Socialist Republics (USSR), which resulted in a small literary work (but with a knowable content of great richness), called "The Communist Theory of Law", from 1949. This

¹ Pós-Doutora em Ensino da Língua pela Universidade do Minho, Pós-Doutora em Docência e Investigação Científica pela Universidade de Rosário, Doutora em Educação pela Universidad del Norte, Mestre em Linguística pela Universidade federal do Ceará e Licenciada em Letras pela Universidade Federal do Ceará

² Doutor e Mestre em Direito Internacional Pela Universidad Autonoma de Asunción (UAA), Mestre em Economia pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Especialista em Direito Penal Pela Universidade Estadual do Ceará (UECE), Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Centro Universitário Católica de Quixadá. Advogado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Ceará.

respective work does not result in a criticism of the political-economic system adopted by the USSR at that time, but, rather, in a philosophical – dogmatic work by Hans Kelsen on Law, its characteristics and adaptations to the political – economic needs of that State at that time.

Keywords: Right. Communism. Policy. Economy.

1. Introdução

Em 1949, Hans Kelsen escreveu um pequeno livro sobre a teoria política do pensamento comunista de Lênin e Stálin³, que foi justamente chamado de "a melhor análise crítica da teoria política de Marx e Engels e de seu desenvolvimento posterior por Lênin e Stálin"⁴. E não é apenas isso, mas de fato uma das melhores análises críticas de qualquer teoria política, cheia de uma acidez calma como só Kelsen pode produzir. Raramente deixo de atribuir pelo menos partes dele a aulas de jurisprudência.

Poucas teorias jurídicas ocidentais foram mais fortemente criticadas pelos juristas soviéticos do que a chamada Teoria Pura do Direito. É, portanto, bastante apropriado que Hans Kelsen, o fundador e principal defensor dessa teoria, tenha agora a oportunidade de escrever essa análise aguçada das teorias comunistas do Direito. Kelsen, no início, confessa francamente sua própria ignorância da língua russa; seu trabalho é baseado em traduções alemãs, francesas e inglesas das obras dos principais escritores soviéticos. Na realidade, baseou-se em escritos alemães, bem como em traduções de textos russos em inglês⁵ e alemão⁶, Hans Kelsen apresentou um estudo da jurisprudência comunista. Não se pode negar que essa dependência de material traduzido torna a base do estudo de Kelsen longe de ser adequada do ponto de vista teórico. Ao mesmo tempo, na opinião deste resenhista, é muito mais preferível ter esse estudo sob a ótica de Kelsen do que não tê-lo de forma alguma. Certamente, é mais proveitoso ter Kelsen dedicando seu gênio jurídico a traduções de escritores soviéticos do que ter um jurista de segunda categoria, que por acaso possui o conhecimento linguístico necessário, fazendo um trabalho semelhante com os originais russos. Bem, mesmo diante dessa "deficiência", a jurisprudência comunista, em termos de acuidade lógica e densidade de pensamento, Kelsen supera todas as críticas publicadas anteriormente sobre a teoria jurídica marxista.

O prefácio explica o tema central do austríaco, ou seja, a posição da abordagem antinormativa dos fenômenos sociais como um elemento essencial da teoria marxiana em geral e da teoria jurídica marxiana em particular. Em outras palavras, a teoria comunista do Direito pressupõe que a ordem jurídica não é uma ordem ou sistema normativo, mas sim uma soma total de fenômenos sociais. Especificamente, Karl Marx tratou o Direito como uma realidade - como uma "*expressão da realidade social e como o reconhecimento oficial*" de fatos econômicos. econômicos. Por outro lado, tanto Marx quanto Engels consideravam o Direito também como uma ideologia, confundindo assim direito com teoria do direito. Uma ideologia, no sentido de Marx e Engels, é uma teoria falsa e enganosa; e ao chamar o Direito de mera ideologia burguesa, os dois fundadores do socialismo científico, bem como seus seguidores, denunciaram a "*ideia burguesa de que o direito é justo*". Assim, a teoria do Direito de Marx é essencialmente uma doutrina do Direito

³ KELSEN, H, A Teoria Política do Bolchevismo, Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.

⁴ EBENSTHEIN, Introdução à Filosofia Política, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976.

⁵ Em particular, a antologia recentemente publicada? *Soviet Legal Philosophy*" (The 20th Century Legal Philosophy Series, vol. 5), Cambridge/Mass. 1951.

⁶ Presume-se que o autor, aparentemente, não viu a obra *Soviet Legal Theory: its social background and development*, 2.ed. Londres: Routledge & Kegan Paul., 1951.

natural. Mas Marx também enfatiza a realidade supostamente não ideológica do estado socialista, que, por sua vez, é um passo em direção à transição para a sociedade comunista. O último sendo, de alguma forma, uma comunidade em vez de um Estado, não precisará nem terá lei - o Estado "*definhou*". Grande parte do pensamento de Marx, Marx, como se sabe, baseava-se na dialética de Hegel, que "abriu o caminho para a especulação metafísica o caminho para a especulação metafísica irracional", como Kelsen demonstrou de forma irrefutável demonstrou de forma irrefutável no tratado anterior (KELSEN, 2021).

2. A teoria do Estado e do Direito de Marx-Engels

O primeiro capítulo sobre a imagem do Direito e do Estado em Marx e Engels compreende um quarto do livro e é particularmente impressionante. Kelsen estava certo em dedicar tanta atenção aos fundamentos da concepção marxista do direito. Pois, como se sabe, os dois fundadores do marxismo científico não apresentaram uma concepção coerente ou mesmo uniforme do direito. Ao introduzir várias questões de sua teoria aproximada do Direito, os mais diversos pontos de vista foram atribuídos a eles pelos mais diversos setores.

Portanto, Kelsen inicia sua análise com uma crítica à base doutrinária da teoria jurídica soviética, ou seja, a teoria de Marx-Engels sobre o Estado e a lei. Como quase todo mundo sabe, a característica dominante da teoria Marx-Engels é a doutrina do "extenuar" a relação entre o Estado e a Lei. O que não é tão conhecido, no entanto, é o que essa doutrina realmente significa na prática. De acordo com a passagem de Engels, durante o período de transição da ditadura do proletariado, a interferência do poder do Estado torna-se supérflua em uma esfera após a outra e logo se torna dormente. "O controle sobre as pessoas é substituído pela administração das coisas e pela direção dos processos de produção. O Estado não é 'abolido', ele murcha." E o que era verdade para o Estado também era verdade para a lei, que Marx e Engels consideravam uma ordem coercitiva emitida pelo Estado. Deve-se salientar que nem Marx nem Engels eram pensadores jurídicos e seus escritos sobre o Estado e a lei mostram isso claramente. Nenhum deles tinha uma ideia clara das relações entre o Estado e o direito e suas teorias sobre o assunto não foram tão claramente elaboradas quanto seus discípulos posteriores supuseram. Kelsen demonstra com muita lucidez que, apesar da depreciação marxista da doutrina do direito natural, a filosofia de Marx e Engels era essencialmente baseada em noções de direito natural. De fato, ele vai ainda mais longe e afirma apropriadamente que "*a previsão de uma sociedade sem estado e sem lei de justiça perfeita é uma profecia utópica como o Reino de Deus messiânico, o paraíso do futuro*"⁷ (KELSEN, 2021. P.65)." Marx e Engels falaram sobre o desaparecimento do Estado e da Lei como uma questão de teoria especulativa. Para Kelsen, foi necessário o estabelecimento do Estado soviético para nos mostrar o que o desaparecimento da lei significa em termos práticos. Pode-se ver isso mais claramente nos escritos de *E. B. Pashukanis*, o representante mais proeminente da teoria jurídica soviética durante o primeiro período de seu desenvolvimento.

Kelsen, com grande perspicácia, aponta toda uma série de contradições nas discussões dos dois teóricos: a classificação do Estado e do Direito como partes da subestrutura real, por um lado, e como partes da superestrutura ideológica, por outro; o caráter de direito natural da concepção materialista da sociedade com seus estados original e final paradisíacos; a revolução política exigida para o estabelecimento do governo do proletariado, apesar da primazia do "econômico"; os dois conceitos diferentes de Estado e Democracia, que antes da revolução proletária serviam para a preservação da exploração, mas depois servem à abolição da exploração por meio de uma "ditadura democrática"; a mistura de ciência e

⁷ KELSEN, H. Teoria Comunista do Direito. São Paulo: Contraconcorrente, 2021.

partidarismo na crítica da sociedade; a contradição entre o anarquismo político e o anarquismo econômico; a contradição entre o Estado e a Democracia, que antes da revolução proletária servem à preservação da exploração, mas depois servem à abolição da exploração por meio de uma "ditadura democrática"⁸; a contradição entre o anarquismo político e o anarquismo econômico. O leitor que foi capaz de seguir a linha de pensamento comprimida do autor até este ponto receberá uma explicação de tais contradições da dialética heideggeriana. O que permanece não satisfeito é o desejo de um agrupamento e uma correlação ou mesmo de uma solução para as contradições (KELSEN, 2021).

3. As teorias do Direito de Lênin, Stuchka, Reisner, Pashukanis, Wyshinski

Os seguintes capítulos sobre a teoria da lei e do Estado de *Lênin, Stuchka, Reisner, Pashukanis, Wyshinski*, bem como *Golunski* e *Strogovich* são cada, significativamente, mais curtos e não exigem tanto do leitor quanto a seção introdutória e primeiro capítulo, mas também contraria o leitor na abundância de sugestões e percepções contidas nela. Mas, todas e cada uma das teorias da lei comunista, defendidas por essas figuras proeminentes encimadas é vista com uma compreensão requintada do austríaco, e nenhum dos teóricos jurídicos mencionados escapa da acusação de ser culpado de "ardis" lógicos, aqui e acolá, no texto (Kelsen, 2021).

Kelsen expõe que de acordo com *Pashukanis*, toda lei tem sua base na troca de mercadorias. O ajuste das controvérsias decorrentes dessa troca é visto como o fim do direito. O direito, diz ele, perderá sua razão de ser em uma sociedade em que não haja interesses individuais conflitantes que exijam ajustes. Portanto, a lei não será mais necessária em uma sociedade socialista.

"Somente o capitalismo cria todas as condições necessárias para permitir que o elemento jurídico obtenha seu mais alto desenvolvimento nas relações sociais."(PACHUKANIS apud KELSEN, 2021, p.136)⁹.

No Estado socialista, não haverá mais lei, mas apenas regulamentação técnica; as regras legais serão substituídas por regras "sociotécnicas".

"O definimento do Direito burguês não pode, em hipótese alguma, significar sua substituição por algumas novas categorias de Direito proletário, mas apenas o definimento do Direito em geral, ou seja, o desaparecimento gradual do elemento jurídico das relações humanas." ."(PACHUKANIS apud KELSEN, 2021, p.145)¹⁰.

Como Kelsen apropriadamente aponta, a teoria de *Pashukanis* é uma negação completa do conceito de lei. Ou, de acordo com essa teoria e com os fatos da vida soviética, a ordem social é despojada de seu caráter coercitivo. Muito pelo contrário! Nos escritos de *Pashukanis*, a regulamentação técnica é apresentada como o substituto da lei. Mas isso é meramente outra forma da tese de Engels de que, com a transição gradual para um Estado socialista, o domínio da lei sobre os homens seria substituído pela mera administração das coisas. Em termos que nos são familiares, é óbvio que essas regras "sociotécnicas" são idênticas e coextensivas com as regras e regulamentos administrativos - com os atos de funcionários executivos sem restrições legais.

Ainda preceitua o austríaco que, diante deste contexto, uma doutrina de absolutismo administrativo deve tomar o lugar da lei na resolução de disputas. Quanto mais consistente for o princípio da regulamentação autoritária, excluindo todas as referências a uma vontade autônoma e independente, menos espaço restará para a aplicação da categoria de lei. No Estado apresentado por *Pashukanis*, não deve

⁹ Ibidem, p. 136.

¹⁰ Ibidem, p.145.

haver lei e apenas uma regra de lei, a saber, que não há leis, mas apenas ordens administrativas para o caso individual. A conveniência deve ser o guia para cada item da ação judicial-administrativa (KELSEN, 2021).

Com o estabelecimento da ditadura soviética em uma base mais ou menos permanente, os próprios escritores soviéticos passaram a perceber as inadequações de uma teoria jurídica que negava a existência da lei. Na época de *A. Y. Vyshinsky*, os juristas soviéticos perceberam a necessidade de elaborar seu sistema em termos legais e postularam o ideal da chamada legalidade socialista. Naquela época, era muito evidente que, apesar do dogma de *Marx-Engels*, o Estado não estava de forma alguma definindo na União Soviética. E o governo soviético, como todos os outros governos, procurou inculcar em seus cidadãos o ideal da legalidade.

A abordagem de Lênin em relação ao Direito e à teoria jurídica mostra a mesma incapacidade de separar a investigação científica sobre a natureza da ordem jurídica da questão política de quais deveriam ser os conteúdos de uma determinada ordem jurídica. Da mesma forma se aplica a *Stuchka*, um dos primeiros escritores soviéticos - o primeiro dos advogados comunistas russos cujos escritos são analisados no texto de Kelsen - que sustentava que a lei, por definição, é uma lei de classe, portanto não havia, nem haverá, nenhuma lei na sociedade sem classes do homem primitivo ou do futuro estado comunista, porque em uma sociedade sem classes o homem é guiado por uma mera lei da natureza (KELSEN, 2021).

Reisner, por outro lado, representou a "consciência jurídica revolucionária do proletariado" como o fundamento da atividade da justiça revolucionária. Como seus predecessores, ele enfatizou o caráter "ideológico" da lei burguesa, mas não da futura lei comunista. *Pashukanis* refinou, por assim dizer, esse passo teórico ao sustentar que apenas o direito privado é direito, enquanto o direito público, em outras palavras, o Estado, não é verdadeiramente direito. *Pashukanis* foi posteriormente expurgado e chamado de "demolidor" por *Vyshinski*, que insistia que a lei pública soviética também é lei, embora a lei pública burguesa seja uma ideologia (assim como o marxismo é a única ciência social, diferente das ideologias não marxistas que simplesmente se autodenominam ciências sociais). E como só pode haver uma teoria correta e científica do direito, ou seja, a teoria soviética do direito, sua abordagem ao direito também é, de fato, o oposto do que pretende ser: uma teoria natural, e não científica, do direito (KELSEN, 2021).

No entanto, *Vyshinski* reconhece, pelo menos, que o direito não é, afinal, um sistema de relações sociais ou uma forma de relações de produção, mas sim um "agregado de regras de conduta". No estado soviético, afirma *Vyshmski*, que a lei é uma expressão da vontade de todas as pessoas, enquanto nos estados capitalistas a lei é apenas uma expressão da vontade da classe dominante. Os escritos de *Golunskii*, *Strogovich* e *Trainin* não diferem essencialmente dessas concepções, ou melhor, contradições. *Trainin* pode ser notado por suas visões turvas e enganosas da teoria pura de Kelsen e por sua incapacidade de perceber a identidade da lei e do Estado. O último capítulo deste livro é dedicado à teoria soviética do direito internacional (Kelsen, 2021).

Kelsen mostra bem como a contribuição de *Vyshinsky* para a teoria da essência da lei consiste em seu esforço para adaptar a definição de lei à nova doutrina do Estado decretada por seu mestre, Stalin.

"E ele pensa que pode desacreditar aqueles que seguem apoiando a doutrina do definimento como apresentada por Marx e Engels ao estigmatizar – em completa conformidade com Stálin – sua visão como "anarquista", como se a doutrina de Marx e Engels não tivessem se empenhado cuidadosamente em distinguir sua doutrina daquela dos chamados anarquistas exclusivamente por sua visão do modo de sociedade pode ser libertada do Estado, e de modo algum por sua avaliação do \estado como um mal fundamental, um instrumento de exploração. A versão de Vyshinsky da doutrina do Estado de Marx e Engels

não é uma modificação, mas uma distorção da doutrina."(KELSEN, 2021. P.175)¹¹

Não se deve, é verdade, minimizar o lugar da lei no atual sistema soviético. No entanto, o que é importante sobre a lei soviética é que ela é lei no sentido anglo-americano apenas no campo do direito privado. A administração da justiça na URSS ainda é caracterizada por sua qualidade essencialmente dualista. Em outras palavras, a lei soviética desempenha um papel de controle apenas no ordenamento das relações entre cidadãos privados. Os conceitos jurídicos não se aplicam à esfera do direito público, que permanece regulado por medidas arbitrárias nas quais os funcionários dominantes exercem prerrogativas discricionárias. Um sistema de leis e um sistema de força existe lado a lado em um Estado como esse (KELSEN, 2021).

4. A Teoria Soviética do Direito Internacional

Kelsen entende que a União Soviética é, portanto, o que foi apropriadamente caracterizado como um "canal seguro", no qual os atos da administração são colocados em uma posição privilegiada de imunidade ao controle da lei. E isso, deve-se observar, é a característica central de todos os Estados totalitários, sejam eles da variedade soviética ou nazista. De fato, o próprio termo "Estado dual" foi usado pela primeira vez para descrever o Estado nacional-socialista autoritário. Mas certamente também é preciso para descrever o Estado estabelecido na Rússia pós-revolucionária. O Estado soviético, assim como o nazista, pode muito bem ser descrito como estando sob um sistema mais ou menos permanente de lei marcial, que, seguindo a famosa definição de *Blackstone*, "na verdade e na realidade não é lei", pois "não se baseia em nenhum princípio estabelecido, mas é inteiramente arbitrário em suas decisões"(KELSEN, 2021).

Em uma seção final, novamente mais extensa, Kelsen descreve a tentativa (fútil) de explicar a natureza do direito internacional a partir da concepção comunista do direito como um instrumento de luta de classes; além disso, as conclusões tiradas da observação dos círculos de direito internacional de várias intensidades para as condições sob as quais a União Soviética considera as normas do direito internacional geral como obrigatórias.

O livro muitas vezes não é fácil de ler. Mas o esforço do leitor para entender completamente é ricamente recompensado. Mesmo que uma grande parte das dos pontos de vista jurídicos comunistas analisados estejam desatualizados, a localização da teoria jurídica soviética contemporânea só pode ser compreendida no contexto do desenvolvimento histórico. O resumo do autor 193 resume adequadamente o desenvolvimento da teoria jurídica comunista expresso em duas frases:

1. Uma questão sócio-jurídica. A tentativa de desenvolver uma "teoria marxista do direito" com base na concepção de sociedade de Marx fracassou, sobretudo porque pretendia substituir uma concepção normativa do direito, não apenas complementá-la no sentido da questão sociológica do direito.

2. Uma Questão Política. Apesar da exigência de Marx de uma ciência não ideológica, a jurisprudência soviética não é objetiva. De acordo com o princípio marxista do caráter político, toda ciência social e, conseqüentemente, a jurisprudência devem ter caráter - nitidamente político; e seus resultados devem ser armas na luta política pelo poder.

Essas duas conclusões satisfazem não tanto um "não-comunista", como Kelsen, quanto o fundador da jurisprudência sociológica. A abordagem original da concepção marxista do direito é descrita por Kelsen como um subconjunto da jurisprudência sociológica que agora é amplamente difundida nos países não comunistas, que é ocasionalmente atacada no livro, assim como, inversamente,

¹¹ Ibidem, p.175

certas objeções da doutrina jurídica sociológica. Por outro lado, a doutrina pura do direito é defendida contra mal-entendidos.

A posição inicial do livro não é, portanto, de fato anticomunista, mas é dirigida contra a teoria comunista do direito como uma variedade da dominante, ou seja, uma teoria "impura" do direito. É aí que reside um dos limites do livro, mas também uma garantia de sua objetividade científica.

5. Considerações finais

O presente livro pode ser considerado uma continuação do anterior. Ele trata da teoria do estado de direito comunista até a época de *Stalin*, inclusive. Ele se baseia no trabalho e nos escritos de *Marx* e *Engels*, bem como, de proeminentes advogados soviéticos, desde que estivessem disponíveis em inglês, alemão ou francês. Não acredito que a incapacidade do autor de ler a fonte original russa tenha causado alguma deficiência grave; de uma coisa tenhamos certeza, foi somente por meio da tradução do autor que essas fontes russas assumiram importância internacional.

Qualquer pessoa que tenha apenas um conhecimento superficial dos escritos de Kelsen pode imaginar que o autor erudito não poupa esforços para mostrar as falácias e impossibilidades inerentes a todos esses escritos pseudocientíficos. Ele conclui com a seguinte advertência: "*A condição deplorável da teoria jurídica soviética, degradada em lacaia do governo soviético, deveria ser um severo alerta para os cientistas sociais de que a verdadeira ciência só é possível em condições em que ela é independente da política*"(KELSEN, 2021, p.258)¹².

Em outras palavras, as teorias políticas não devem ser apresentadas como absolutos científicos, e Hans Kelsen demonstrou apropriadamente que uma filosofia política pode ser exposta e sua conveniência a partir deste ou daquele ponto de vista explicada sem representá-la como um edifício de direito natural enviado por Deus ou imposto pela história. O presente livro é valioso, não porque ajude em uma batalha contra o comunismo - combater esse movimento político apontando as falácias de suas teorias e teóricos jurídicos seria como jogar pedras em um cruzeiro de batalha -, mas sim porque fornece uma ferramenta no que deveria ser nossa guerra eterna contra o pensamento confuso e os sonhos de desejo que fingem ser a realidade. Não devemos nos esquecer de que todas as falácias apontadas no livro de Kelsen ocorreram em muitos dos escritores não comunistas ao longo dos tempos, embora não de forma tão concentrada.

REFERÊNCIAS

- EBENSTHEIN, E. *Introdução à Filosofia Política*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976.
- KELSEN, H. *A Teoria Política do Bolchevismo*, Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.
- KELSEN, H. *Teoria Comunista do Direito*. São Paulo: Contraconcorrente, 2021.
- LENIN, V.I; SUCHKA P.I., et al., By V. I. LENIN, P. I. SUCHKA, et al., translated by Hugh W. Babb, with an Introduction by John N. Hazard. Cambridge: Harvard University Press. 1951.
- SCHLESINGER, R. *Soviet Legal Theory: its social background and development*, 2.ed. Londres: Routledge &Kegan Paul., 1951.

¹²Ibidem, p. 258.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 22. Núm. Ordinario (2023), pp. 488-492
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Recensión del libro “Derechos Humanos, cultura e identidad: Un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 191 páginas

Review of the book “Derechos Humanos, cultura e identidad: Un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 191 pages

Enrique Acosta Pumarejo

Universidad Internacional de La Rioja, España

En esta monografía, que lleva por título, “Derechos Humanos, cultura e identidad: Un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil”, el lector podrá sumergirse en la importancia de la cultura y el patrimonio cultural en la esfera jurídica. A pesar de que la obra trata las particularidades del acervo cultural brasileño, su contenido temático es de dimensión universal. El autor, Rubén Miranda Gonçalves, destaca la necesidad de reconocer la cultura como un auténtico derecho objetivo, ligado a la dignidad de la persona y su libre desarrollo. Además, el texto resalta la importancia de la protección del patrimonio cultural, con especial atención a la Constitución de Brasil de 1988

Se esgrime articuladamente, el reconocimiento de la diversidad cultural y la relevancia de los valores populares, indígenas y afrobrasileños. Es primordial señalar su énfasis en la necesidad de garantizar la participación y desarrollo de la cultura, así como la preservación de la identidad cultural individual y social. La obra también aborda la evolución legislativa, pormenorizada, de la protección del patrimonio cultural, destacando la importancia de la participación pública en la formulación y control de políticas relacionadas con el patrimonio cultural.

En las próximas líneas, nos adentraremos en un periplo dentro de los capítulos de la obra, explorando los aspectos fundamentales relacionados con el patrimonio cultural y su interacción con los derechos humanos en el contexto brasileño.

El primer capítulo aborda la conceptualización y fundamentación de los derechos humanos, destacando su base moral y su relación con la democracia, la ciudadanía y los derechos económicos, sociales y culturales. Se enfoca en la importancia de considerar diferentes perspectivas sociales, económicas y políticas al estudiar los derechos humanos, así como su papel en la transformación social y el reconocimiento de nuevos desafíos en los derechos. Además, resalta la dignidad

Recibido: 25/09/2023

Aceptado: 18/12/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10423685

humana como pilar fundamental en el reconocimiento de los derechos, incluyendo el respeto a la identidad cultural y el patrimonio cultural como garantía de la dignidad. La monografía también menciona que los derechos humanos son inherentes, irrenunciables, imprescriptibles e inalienables, y se fundamentan en el reconocimiento y salvaguardia de la dignidad humana. Asimismo, aboga por la protección del patrimonio cultural, exhortando a los Estados en conflicto bélico a abstenerse de atentar contra él y promoviendo la cooperación internacional para su protección y restitución.

En el segundo capítulo, el profesor Miranda proporciona una visión general panorámica e histórica de la evolución legislativa de la protección del patrimonio cultural en Brasil, desde la época colonial hasta la actualidad. Se describe cómo el gobierno brasileño ha trabajado para proteger los monumentos y lugares históricos del país a través de la implementación de políticas públicas de preservación, restauración y difusión de bienes culturales.

También destaca la importancia del patrimonio cultural como una fuente de identidad y memoria colectiva para la sociedad brasileña. Así mismo, describe los diferentes tipos de patrimonio cultural, incluyendo monumentos, sitios arqueológicos, obras de arte y objetos culturales, y cómo estos elementos son fundamentales para comprender la historia y la cultura de Brasil.

Por último, pero no menos importante, se acentúa los desafíos que enfrenta la protección del patrimonio cultural en Brasil, incluyendo la falta de recursos y la falta de conciencia pública sobre la importancia de la preservación del patrimonio cultural. El autor concluye que la protección del patrimonio cultural es esencial para la identidad y la memoria colectiva de la sociedad brasileña, y que es responsabilidad del gobierno y de la sociedad en general trabajar juntos para proteger y preservar estos valiosos recursos culturales.

En el tercer capítulo se analiza detalladamente el rango que posee del derecho a la cultura en Brasil, como uno fundamental, centrándose especialmente en el derecho al patrimonio cultural. El autor destaca la singularidad de considerar la cultura como un derecho fundamental en ordenamiento jurídico brasileño, subrayando la diferencia con las Constituciones europeas que suelen tratar el derecho a la cultura como un principio rector dentro de las políticas sociales y económicas como es el caso español.

La discusión se adentra en la clasificación contemporánea de los derechos fundamentales, diferenciando entre las generaciones de derechos. Se subraya la relevancia del derecho al patrimonio cultural, situándolo en la tercera generación, donde los derechos ya no se centran únicamente en el individuo o la colectividad, sino en la humanidad en su conjunto. Se introduce la noción de "prohibición de retroceso social", herencia alemana, argumentando que la protección del patrimonio cultural debe avanzar progresivamente para mantener y mejorar los estándares de calidad de vida y protección de la dignidad humana.

Por otra parte, se aporta la perspectiva de distintos expertos, como Ingo Wolfgang Sarlet y Luis Roberto Barroso, para respaldar la idea de que una vez que un derecho, como el de protección del medio ambiente o los derechos culturales, se establece legalmente, no puede ser arbitrariamente eliminado. Se aborda la importancia del patrimonio cultural desde una perspectiva teórica y práctica, enfocándose en su papel en la construcción de la identidad nacional y su impacto en la sociedad. La obra destaca la conexión intrínseca entre el disfrute de un patrimonio cultural saludable y la dignidad humana.

El cuarto capítulo del libro se sumerge en la compleja temática de los bienes patrimoniales, tomando como base el contexto brasileño y su evolución en concordancia con las discusiones culturales que tuvieron lugar en las décadas de 1970 y 1980. El autor destaca el papel fundamental del constituyente brasileño a finales de la década de 1980 en la construcción del concepto actual de patrimonio cultural, enfatizando su carácter dinámico, vivo y ciudadano.

El texto sitúa el patrimonio cultural en el ámbito de los derechos humanos y resalta la importancia internacionalmente reconocida del derecho a la cultura. Se explora la noción de patrimonio cultural material e inmaterial, presentando una división que abarca desde bienes tangibles e históricos hasta prácticas culturales vivas y expresiones intangibles.

El autor profundiza en el patrimonio cultural material, describiendo su relevancia como un testimonio tangible del pasado que permite conocer la evolución de la sociedad. Se subraya la riqueza del patrimonio cultural material brasileño, que abarca desde centros históricos y ciudades coloniales hasta iglesias, catedrales y monumentos arqueológicos.

Consecuentemente explora el patrimonio cultural inmaterial, vinculándolo a la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO. Se presentan ejemplos ilustrativos de este tipo de patrimonio, incluyendo conocimientos arraigados, eventos literarios, música, rituales y festivales tradicionales. La dimensión inmaterial se destaca por su dinamismo y mutación constante, a pesar de su intangibilidad.

En el quinto capítulo, el profesor Miranda, hace un excursus transversal multinivel detallado sobre la protección del patrimonio cultural en Brasil a nivel municipal, estatal, federal y mundial. Como esgrimió previamente esta protección se rige constitucionalmente, y desde este nivel jerárquico se señala al Estado como garante de proteger y preservar el patrimonio cultural brasileño. Sin menoscabo, de las leyes específicas que regulan la protección del patrimonio cultural en cada nivel de gobierno.

En el ámbito municipal, el patrimonio cultural se refiere a los bienes culturales que son importantes para la identidad y la memoria de la comunidad local. Estos bienes pueden ser edificios, monumentos, sitios arqueológicos, entre otros. La protección del patrimonio cultural municipal se lleva a cabo a través de la creación de leyes y regulaciones específicas, así como de la implementación de políticas públicas que fomenten la preservación y el uso sostenible de estos bienes.

A nivel estatal, la protección del patrimonio cultural se lleva a cabo a través de la creación de instituciones y órganos específicos encargados de la preservación y promoción del patrimonio cultural. Estos órganos trabajan en estrecha colaboración con las comunidades locales y otros actores relevantes para garantizar la protección y promoción del patrimonio cultural.

Por su parte, en el ámbito federal, la protección del patrimonio cultural se rige por la Ley de Protección del Patrimonio Cultural Brasileño, que establece los criterios para la protección y preservación del patrimonio cultural brasileño. Esta ley establece que el patrimonio cultural brasileño se divide en dos categorías: el patrimonio cultural material y el patrimonio cultural inmaterial. La ley también establece los procedimientos para la inscripción de bienes culturales en los libros de registro y la creación de políticas públicas para la protección y promoción del patrimonio cultural.

Por último, a nivel mundial, la protección del patrimonio cultural se lleva a cabo a través de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural

Inmaterial de la UNESCO. Esta convención establece los criterios para la identificación, protección y promoción del patrimonio cultural inmaterial en todo el mundo. Brasil es uno de los países que ha ratificado esta convención y ha implementado políticas públicas para la protección y promoción del patrimonio cultural inmaterial en el país.

Este capítulo se aborda la infraestructura institucional que respalda la preservación del patrimonio cultural en Brasil, centrándose, principalmente, en dos organismos clave: el Instituto Nacional del Patrimonio Histórico y Artístico (IPHAN) y el Instituto Estatal de Patrimonio Histórico y Artístico (IEPHA). Miranda acentúa la relevancia de la legislación actual que establece organismos a nivel municipal, estatal y federal para la preservación del patrimonio nacional. Se adentra primero en el IPHAN, detallando su papel como entidad federal vinculada al Ministerio de Ciudadanía y su responsabilidad en la preservación del Patrimonio Cultural Brasileño. Se destaca su evolución desde su creación en 1937 y su papel crucial en la protección de más de 20,000 edificios, 90 centros urbanos, 14,000 sitios arqueológicos y diversos objetos culturales.

Se dirime una visión detallada del IPHAN, describiendo sus funciones, estructura y su papel en la protección de bienes culturales materiales e inmateriales. También resalta su capacidad para establecer convenios con diversas instituciones y organizaciones, fortaleciendo así su alcance y recursos. Posteriormente, se examina el IEPHA, un organismo estatal específico, centrándose en el Estado de Minas Gerais. Se explora su función en la preservación del patrimonio cultural dentro del estado, con énfasis en su participación en la gestión pública del patrimonio cultural. Además, se destaca su papel pionero en la implementación de la llamada *Ley Robin Hood* y su influencia en la acción municipal a favor del patrimonio cultural.

Finalmente, Miranda resalta la diferencia principal entre ambos institutos; por una parte, el IPHAN opera a nivel nacional, mientras que el IEPHA se enfoca en la protección del patrimonio cultural a nivel estatal. El análisis detallado de estos órganos proporciona una comprensión clara de la estructura que respalda la preservación del patrimonio cultural en Brasil, destacando la importancia de las políticas y acciones implementadas a nivel nacional y estatal.

En su último capítulo el Dr. Miranda aborda los problemas y beneficios relacionados con la preservación del patrimonio cultural. Destaca la importancia cultural de dicho patrimonio, subrayando cómo la sociedad demuestra un creciente interés en su salvaguardia. Se argumenta que la preservación no solo es esencial desde un punto de vista cultural, sino también fundamental para el desarrollo económico.

Aunque se exploran los beneficios económicos asociados con la conservación del patrimonio cultural, se hace hincapié en que estos pueden quedar en segundo plano frente al valor intrínseco del patrimonio. También examina la importancia de la identificación del ciudadano con su entorno cultural y cómo este factor puede influir en la preservación del patrimonio. Se discuten las implicaciones de los cambios políticos en la protección del patrimonio cultural, haciendo referencia a preocupaciones expresadas por entidades en Brasil sobre la protección de la cultura nacional y el medio ambiente.

Adicionalmente, se explora la evolución del concepto de patrimonio cultural a lo largo del tiempo y se señala que la era en la que el patrimonio cultural prosperó está llegando a su fin. Además, se abordan las críticas que la UNESCO ha enfrentado respecto a su responsabilidad en la protección de dicho patrimonio, destacando la

necesidad de una mayor colaboración entre los Estados y la sociedad civil para asegurar la preservación.

Para terminar su obra, Miranda Gonçalves ofrece una serie de conclusiones fundamentales sobre la importancia y la preservación del patrimonio cultural, abordando diversos aspectos que van desde la identidad cultural hasta los beneficios del patrimonio natural. Entre éstas se pueden destacar, por ejemplo: a) la identidad cultural y conciencia colectiva como función esencial del patrimonio cultural en la formación y preservación de la identidad cultural de una sociedad. La cual se entiende como una conciencia colectiva sobre quiénes somos, qué valores compartimos y cómo se expresan a través de costumbres y tradiciones; y por supuesto, b) el patrimonio cultural como derecho humano dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, fundamental para asegurar la diversidad cultural y promover la igualdad cultural.

En resumen, Miranda, en sus líneas, destaca la importancia de reconocer la cultura como un derecho objetivo y la protección del patrimonio cultural en el ámbito jurídico. Aunque, se contextualiza en el caso brasileño, como se ha comentado es trasladable a nivel universal, esencia del quehacer de los Derechos Humanos. A lo largo de sus páginas, se exploran temas esenciales relacionados con la protección, preservación y el papel del patrimonio cultural en la sociedad elevado a un rango de Derechos Humanos.

De nuestra parte, queremos concluir esta, humilde, recensión, dando todo el mérito al autor de la obra. Destacamos la claridad de sus ideas y el logro de disertar de manera elocuente sobre cuestiones tan fundamentales como los derechos humanos, la cultura y la identidad en su obra "Derechos Humanos, cultura e identidad: Un estudio sobre el patrimonio cultural en Brasil". Aunque la obra no es extensa, logra sintetizar de manera destacada los aspectos más relevantes de estos temas, un desafío que el Dr. Miranda Gonçalves ha superado con éxito.